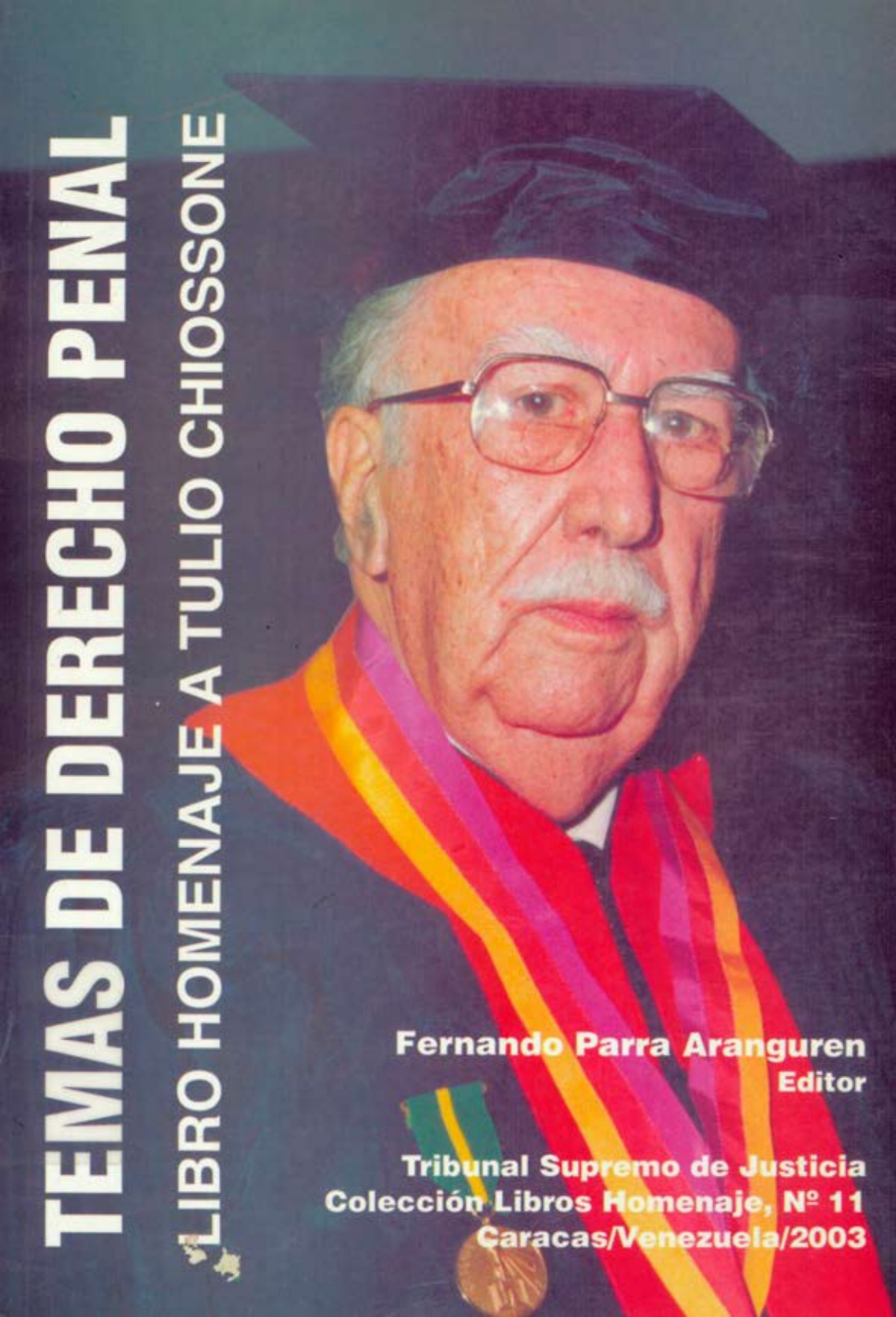
TEMAS DE DERECHO PENAL

LIBRO HOMENAJE A TULIO CHIOSSONE



Fernando Parra Aranguren
Editor

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, Nº 11
Caracas/Venezuela/2003

KHW5419
T278

Temas de Derecho Penal: Libro homenaje a Tulio Chiossone / Fernando Parra Aranguren, editor.- Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2003.

(1.030 p.) - (Colección Lihros Homenaje, Nº 11)

ISBN:

1. Derecho Penal - Venezuela.

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable por el contenido de los artículos firmados

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, Nº 11

Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:
ISBN:
Depósito Legal lf:
ISBN:

Fernando Parra Aranguren
-Editor-

TEMAS DE DERECHO PENAL
LIBRO HOMENAJE A
Tulio Chiossone

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, Nº 11
Caracas/Venezuela/2003

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Iván Rincón Urdaneta
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero
Vicepresidente de la Sala
Dr. José M. Delgado Ocando
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rondón Haaz

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dr. Levis Ignacio Zerpa
Presidente de la Sala
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Vicepresidente de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero

SALA ELECTORAL

Dr. Alberto Martini Urdaneta
Presidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Hernández Uzcátegui

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Franklin Arrieche Gutiérrez
Primer Vicepresidente del Tribunal
y *Presidente de la Sala*
Dr. Carlos Oberto Vélez
Vicepresidente de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
Presidente de la Sala
Dr. Rafael Pérez Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Segundo Vicepresidente del Tribunal
y *Presidente de la Sala*
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Valbuena Cordero

Contenido

Iván Rincón Urdaneta, *Palabras Preliminares* 9
Fernando Parra Aranguren, *Presentación* 13
Tulio Chiossone, *Currículum Vitae* 25
Jesús Ramón Quintero P., *Panegírico del Doctor Tulio Chiossone* 31

Alberto BAUMEISTER TOLEDO, *Acotaciones al Nuevo Régimen de la Acción Civil derivada del delito cuando es ejercida ante la competencia penal* 35

Alegría Lilian BELILTY BENGUIGUI, *Estudio analítico del delito de contrabando en Venezuela* 67

Ángel Edecio CÁRDENAS, *Constitución y principios del Derecho Penal Moderno* 131

Lisbeth DA COSTA ROIS, *Reincidencia* 155

Jorge FAROH, *La Desaparición Forzada* 187

Máximo N., FEBRES SISO, *La Responsabilidad Civil derivada de delito. Una visión procesal* 221

Mónica FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La Pena, su finalidad y ejecución: Análisis del caso venezolano* 257

Federico S. FUENMAYOR GALLO, *Derechos sobre la propia persona y la atipicidad del suicidio* 307

Gonzalo HIMIOB SANTOMÉ y Eduardo MEIER GARCÍA, *Aproximación al contenido y alcance de los crímenes de lesa humanidad* 357

Fernando M. MACHADO PELLONI, *Desobediencia civil: una lectura actual desde la teoría del delito* ... 405

Neptalí MARTÍNEZ NATERA, *Influencia de la sentencia penal sobre el procedimiento civil indemnizatorio en la Jurisdicción Civil de acuerdo al nuevo Código Orgánico Procesal Penal* 431

María G. MORAIS, *La Justicia Penal del Adolescente prevista en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Especial referencia al Área Metropolitana de Caracas* 451

Tulia G. PEÑA ALEMÁN, *Los Fines de la Pena* 477

Juan Rafael PERDOMO, *¿Golpe de estado o vacío de poder?* 493

María Inmaculada PÉREZ DUPUY, *Los Tipos Penales en la legislación venezolana* 565

Carlos PINTO OTATTI, *Breves notas sobre la experticia en el proceso penal y la necesidad de la prueba para los casos de extrema urgencia en el secuestro referencia al proceso ordinario* 619

Jesús R. QUINTERO, *Nuevamente sobre la prueba en el procedimiento criminal ordinario* 655

Juan Carlos RAMÍREZ PAESANO, *Consideraciones sobre la apropiación indebida de seguros* 699

Jesús Enrique RINCÓN RINCÓN, *La suspensión condicional del proceso y las otras medidas alternativas a la prosecución del proceso, previstas en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano* 711

Rodrigo RIVERA MORALES, *Presupuestos procesales en el proceso penal* 769

Julio RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, *Visión Histórica de la Teoría de la Transgresión* 805

Jorge L., ROSELL SENHENN, *El Garantismo y sus postulados. Muestras jurisprudenciales*..... 835

José Tadeo SAIN SILVEIRA, *Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica de los textos penales* .. 891

Juvenal SALCEDO CÁRDENAS, *Chiossone y su Derecho Transgresional* 931

Miguel Ángel SANDOVAL, *Derecho Penal del Adolescente* 939

Mireya **SOTO CALDERA,** *Mujeres, Historia y Violencia: un reto para la condición humana* 973

Magaly VÁSQUEZ GONZÁLEZ, *El delito de desaparición forzada de personas y su inconstitucional incorporación al ordenamiento jurídico penal venezolano* .. 1.003

Palabras Preliminares

El número 11 de nuestra *Colección Libros Homenaje*, **Temas de Derecho Penal,** está dedicado a un polifacético e ilustre personaje: el Doctor Tulio Chiossone, nacido en Rubio, estado Táchira, el 16 de setiembre de 1905 y fallecido en Caracas, el 26 de diciembre de 2001, luego de haber cumplido su jornada.

En el mundo de la Academia se desempeñó como Profesor de Educación Secundaria en los Liceos Simón Bolívar, de Rubio, y Libertador, de Mérida (1922-1936). En la Universidad de Los Andes, donde fue nombrado Vicerrector (1936), obtuvo el título de Doctor en Ciencias Políticas (1929) y laboró como docente en la Facultad de Derecho entre 1929 y 1936. En la Universidad Central de Venezuela fue profesor de Derecho Procesal Penal y de Derecho Penal II desde 1953 hasta 1978, fecha de su jubilación con rango de Profesor Titular III, luego de haber ejercido la Jefatura de la Cátedra mencionada en último lugar y, durante catorce años, la dirección del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. En la Universidad Católica Andrés Bello, habiendo sido el fundador de la cátedra de Derecho Penal Especial (1955), la regentó durante más de veinticinco años. Electo Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas, en 1949, para reemplazar al Doctor Guillermo Tell Villegas Pulido, se incorporó en 1953, con su trabajo sobre el Derecho Transgresional.

En la Judicatura, luego de haber sido Juez de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del estado Mérida (1930-1934), fue Magistrado en la Sala de Casación Penal, de la cual ejerció su Presidencia, de la Corte Suprema de Justicia, y fue Conjuez (1953-1975).

En el mundo de la política ocupó diferentes posiciones: Jefe de la Sección Política, Justicia e Instrucción en la Secretaría General de Gobierno y encargado de ésta (1926-1929) y Diputado por el Distrito Campo Elías en la Asamblea Legislativa del estado Mérida (hasta 1936). En Caracas, a partir de este último año, durante la Presidencia del General en Jefe Eleazar López Contreras, se desempeñó como Consultor Jurídico de la Presidencia de la República (1936-1937), Inspector de Cárceles y Penitenciarías (1937), Auditor de Guerra y Marina (1937-1939, con rango de Coronel asimilado), Diputado por el estado Táchira (1936-1940) y Presidente de la Cámara en 1939, Senador por el estado Táchira (1939-1944), Secretario del Presidente de la República (1939-1941), Ministro de Relaciones Interiores (1941-1942), Presidente del Estado Mérida (1941-1942), Procurador de la Nación, interinamente, Comisionado para el Estudio de la Legislación que compete al Ministerio de Relaciones Interiores (1945), Comisionado *ad honorem* del Ministerio de Agricultura y Cría para el estudio y funcionamiento del Crédito Agrícola en los Estados Unidos de Norte América (1945).

Redactó y colaboró en la redacción en numerosas leyes, entre las cuales cabe mencionar las de Régimen Penitenciario (1937) que inició la reforma en ese campo y estuvo vigente hasta 1961; la de Justicia y Protección de Menores (1937); el Código de Justicia Militar (1938); Ley Orgánica del Ejército y de la Armada (1938, vigente hasta 1947) y, en el ámbito Estadal, el Proyecto de Ley de Mejoramiento de la Vivienda Campesina (1944), aprobado por la Asamblea Legislativa del estado Mérida, siendo la primera ley que contempló tal problema.

Como columnista, labor iniciada en las páginas del diario *Patria* de Mérida (1927), continuó en *El Universal* de Caracas hasta mediados de 1998. Como escritor e historiador dejó, además de varios poemarios, numerosas obras sobre diversos tópicos. Su obra jurídica, iniciada en 1929, con su Tesis Doctoral (**Anotaciones al Libro Primero del Código Pe-**

nal), continúa con **Anotaciones al Código Penal Venezolano, Temas Jurídicos de Ayer y de Hoy, Delincuentes Infantiles** (primer trabajo publicado en el país sobre el problema de los menores de edad con trastornos de conducta), **El término "Enfermedad Mental"**; **Apuntes de Derecho Penitenciario**; **Lo transgresional en la Dinámica Jurídica**; **Anuario de Jurisprudencia de la Corte de Casación**; **Sanciones en Derecho Mercantil**; **Manual de Derecho Procesal Penal; Principios Generales para una Teoría de la Transgresión**; **Trastornos de la Conducta Juvenil**, en colaboración con varios profesores; **Unificación del concepto de responsabilidad *ex-delito* y por hechos ilícitos; El concepto de costas en el Proceso Penal**; **Límites legales de la privación de la libertad**; **Semejanzas y diferencias en el proceso civil y en el proceso penal**; **Manual de Derecho Penal Venezolano**; **Vigencia del Código Penal de 1873**; **Sanciones en Derecho Administrativo**; **El Derecho y la Transgresión**; **Teoría del hecho punible: elementos objetivos**; **Derecho vial y delitos culposos en Venezuela**; **Contribución a la reforma de la Ley Penal Venezolana**; **Delitos Innominados**; **Temas Procesales y Penales; Delitos ecológicos**; y **Procedimientos Especiales en el Código de Procedimiento Penal.**

En vida recibió muchos homenajes. Unos meses antes de su jubilación, el Decano de la Facultad, José Alberto Zambrano Velasco, solicitó del Consejo de Facultad el correspondiente acuerdo que le permitiera publicar un libro en homenaje de ese hombre "que por muchos años ha recorrido los pasillos de esta Facultad 'con el libro de las leyes a la altura del corazón' y que puede exhibir una de las más limpias, completas y hermosas páginas de servicio a la Venezuela contemporánea". Este Libro Homenaje se materializó bajo el nombre de **Ciencias del Delito**, contentivo de veintinueve estudios de docentes, nacionales y foráneos, que quisieron testimoniar su admiración al Maestro.

En 1985, con motivo de su octogésimo aniversario, el Consejo de Facultad considerando su vasta e importante obra en la Facultad, la personalidad y la obra de Chiossone ("universitario integral, abogado y magistrado ejemplar"), le propuso a la Asamblea de la Facultad de Ciencias Jurídi-

cas y Políticas que lo designase Profesor Honorario de la Facultad, propuesta aprobada por los órganos correspondientes.

En 1994, la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela rompió su tradición de rendirle homenaje sólo a sus muertos y el Nº 91 lo hizo como tributo al Profesor. En esa edición difundió –en la sección *La Universidad*– las palabras pronunciadas por los profesores Elio Gómez Grillo y Tomás Polanco en el acto en que, por iniciativa del Presidente de la República, doctor Ramón J. Velásquez, se llevara a cabo en su honor. La Corte Suprema de Justicia, el 8 de agosto de 1996, celebró un acto dedicado a destacar sus méritos y virtudes, con asistencia del Presidente de la República, doctor Rafael Caldera.

La obra recoge veintisiete estudios –uno de ellos colectivo– sobre diversos temas de derecho penal, cuyos autores están dedicados a diferentes áreas de la actividad profesional: unos al asesoramiento y al litigio; otros se desempeñan a la docencia; y un tercer grupo, a la judicatura. Algunos de ellos prestan sus servicios en este Tribunal Supremo de Justicia como Magistrados o funcionarios.

Para terminar, deseamos agradecer la colaboración de quienes contribuyeron a la elaboración de esta obra, y la de quienes no pudieron hacerlo, cualesquiera fueran las razones que se lo impidieron, por una parte; y, por la otra, esperar que esta publicación, **Temas de Derecho Penal,** *Libro Homenaje a Tulio Chiossone*, sea acogida con la misma aprobación que las publicadas anteriormente.

Caracas, 31 de julio de 2003

Iván Rincón Urdaneta

Presentación

I. **Estudios de Derecho Penal**, *Libro Homenaje a Tulio Chiossone,* reúne veintisiete colaboraciones –una de ellas colectiva– sobre temas diversos de la disciplina jurídica indicada en su título. Algunos de los autores de los trabajos que la componen están dedicados a la actividad docente; otros, al mundo de la academia en instituciones diferentes a las universidades; y un tercer grupo ejerce su profesión de abogado.

II. Tulio Chiossone nació en Rubio, el 16 de setiembre de 1905 y murió en Caracas, el 26 de diciembre de 2001. Comenzó su actividad docente en su ciudad natal, 1922, y la continuó, oficialmente, hasta 1978, cuando después de más de treinta años como profesor, le fue otorgado el beneficio de la jubilación, con el rango de Profesor Titular III, luego de haber sido Jefe de la Cátedra de Derecho Penal II y Director del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Fue, además, durante más de veinte años, Profesor de la Cátedra de Derecho Penal Especial que fundó en 1955. Profesor Honorario y Doctor *Honoris Causa* de la misma Facultad, cuyos pasillos recurrió durante muchos años "con el libro de las leyes a la altura del corazón".

Académico, escritor, columnista, fue sujeto de múltiples homenajes durante su larga vida: la Universidad Central de Venezuela publicó un libro en su honor y la Revista Nº 91 –en 1994– le fue dedicada; el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia (donde estuvo por más

de veinte años) le rindieron públicos honores (1994 y 1996, respectivamente). Como jurista, elaboró y contribuyó a la redacción de numerosos textos legales y publicó más de veinte libros y muchos artículos difundidos en revistas y publicaciones especializadas.

III. Luego de esta Presentación y del *Currículum Vitae* del homenajeado, se difunde, con la debida autorización del autor, el panegírico que, en el Acto de su Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, le dedicara su alumno y sustituto en el sillón 24, Jesús R. Quintero Prieto.

IV. Por orden alfabético de los autores, se divulgan los siguientes estudios preparados especialmente como homenaje al distinguido compatriota:

1. Alberto Baumeister Toledo (**Acotaciones del nuevo régimen de la acción civil derivada del delito cuando es ejercida ante la competencia penal**). Luego de señalar que el Código Orgánico Procesal Penal consagra una nueva modalidad para sustanciar la acción civil derivada del delito, la cual difiere del modelo establecido en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, destaca que el nuevo modelo es autóctono y fija un procedimiento *sui géneris,* el cual presenta una serie de lagunas que conllevan inconvenientes de trámite; por tanto, a juicio del autor, el referido modelo es perfectible, y de corregirse, será un instrumento eficaz para la reparación e indemnización de daños ocasionados a la víctima de delito.

2. Alegría Lilian Belilty B. (**Elementos Analíticos del Delito de Contrabando**) quiere suministrarle al lector "una visión legal y dogmática del delito de Contrabando en Venezuela, el cual presenta una serie de dificultades como son, entre otras: la escasa bibliografía, operaciones aduaneras producto de reglamentos, decretos y resoluciones de diferentes entes gubernamentales". Al mismo tiempo, señala, "encontramos una Ley Orgánica de Aduanas que contempla varias conductas que tipifican el delito de contrabando con evidentes fallas de técnica legislativa, que lesionan principios constitucionales y legales; además de una limitada jurisprudencia que interfiere en la cabal comprensión del delito en cuestión". Fundamentada en experiencia como Juez Nacional

de Hacienda (1996-1999), presenta "diferentes definiciones que aporta la doctrina" y realiza "el análisis delictivo a la luz de la moderna concepción del funcionalismo teleológico". Termina revisando "sus antinomias con los principios constitucionales".

3. Ángel Edecio Cárdenas (**Constitución y Principios del Derecho Penal Moderno**) "se refiere a una serie de reflexiones en torno a los Principios Fundamentales de la Teoría del Delito en el Estado de Derecho Democrático Social y de Justicia diseñado en el artículo 2 de la Constitución de la República, que se fundamenta básicamente en el concepto de persona y en el respeto de su dignidad (Art. 3), en el que se exige además con carácter obligatorio, el respeto y garantía por parte de los órganos del Poder Público (Poder Legislativo y Judicial incluidos) de los Derechos Humanos".

A su juicio, "dichas reflexiones se justifican porque la determinación de tales principios permiten precisar con claridad los límites del Poder punitivo del Estado y salvaguardar de esa manera el derecho de los ciudadanos de conocer con seguridad lo prohibido y permitido legalmente. Además el recordar esos principios siempre resultará útil en una realidad como la nuestra en la que suelen ser olvidados y por ende algunas veces no se les aplica. Del respeto escrupuloso de esos principios dependerá en última instancia que Venezuela tenga un Derecho Penal Democrático o, por el contrario, se convierta en un Estado Autoritario. El tratamiento que se le da a cada uno de los Principios que se desarrollan, se hace conforme a las modernas concepciones que sustenta la actual Teoría del Delito y siempre con pertinencia a la vigente Constitución".

4. Lisbeth Da Acosta Rois (**Reincidencia**) desarrolla, sobre la concepción de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado hacia un Derecho Penal Humanitario que reconoce al hombre como persona. Señala que la imposición de una pena severa atenta contra el Derecho Penal de garantías cuyo principio constitucional de resocialización está consagrado en el artículo 272 de la Constitución vigente. Concluye afirmando que "es al propio Estado al que debe atribuírsele en gran medida el incremento de la reincidencia y no invertir en razón de una inadecuada política social y criminal".

5. Jorge Faroh (**Desaparición Forzada**), con motivo de la incorporación a la normativa penal venezolana de la tipología que consagra el delito de Desaparición Forzada, trata lo relacionado con sus orígenes, precedentes en Latinoamérica, caracteres principales del delito, entorno sociopolítico en el que se desarrolla, así como los efectos que su comisión produce. Incluye, además, los textos legales que de manera integral lo regulan.

6. Máximo N., Febres Siso (**La Responsabilidad Civil derivada de delito. Una visión procesal**) realiza un estudio exhaustivo sobre la materia de la acción civil para la restitución, reparación e indemnización de perjuicios por causa de delito. Afirma que la noción de daño, de la cual deriva la responsabilidad civil, difiere de la noción de daño que alcanza el delito, esto es, el delito existe como hecho socialmente dañoso, sin que por ello lo sea también civilmente. Señala el hecho de que sólo si el delito ha causado daño es posible pretender la restitución, reparación e indemnización a que hubiere lugar. Considera que la base de la responsabilidad se halla en el Código Civil, en específico, en las normas atinentes a la responsabilidad civil por hecho ilícito, aun cuando el Código Penal consagra disposiciones sobre la responsabilidad civil derivada del hecho punible.

7. Mónica Fernández Sánchez (**La pena, su finalidad y ejecución: Análisis del caso venezolano**) destaca que, desde el punto de vista de la política criminal, la pena tiene gran importancia y su análisis se ha dejado para los filósofos del derecho penal. Argumenta que, en tanto, cada Estado desarrolle la finalidad de la imposición de una sanción hablará mucho de su política criminal y de los sistemas de prevención del delito y que la pena no puede ser entendida como la finalidad única del derecho penal, a pesar de que es la materialización del poder punitivo del Estado. Finaliza con la demostración de que el Estado sólo se preocupa por el proceso de criminalización de conductas, al elaborar nuevos tipos penales, maximizar las penas, lo cual conlleva una política criminal represiva que en cierta medida es necesaria, empero no logra controlar el fenómeno delictivo. Propone que la finalidad de la pena debe subsumirse dentro de los principios modernos y liberales democrá-

ticos de un Estado, además debe ser única, indivisible, proporcional e igualitaria.

8. Federico S. Fuenmayor Gallo, (**Derechos sobre la propia persona y la atipicidad del suicidio**), "con el fin de exponer el fundamento de la atipicidad del suicidio en nuestro entorno histórico-cultural y sentar con ello los cimientos de una discusión posterior en torno a otros temas vinculados a éste (entre los que se encuentra el de la ayuda al suicidio, el homicidio a petición y la eutanasia en general), analiza entre otros aspectos, el concepto de persona, la positivación de los derechos subjetivos en la historia, la concepción de los derechos sobre la propia persona, el contenido y alcance del derecho a la vida, las relaciones entre el derecho a la vida y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, la tesis de la inviolabilidad e indisponibilidad absoluta de la vida humana y la tesis del deber absoluto de vivir".

9. Gonzalo Himiob Santomé y Eduardo Meier García (**Aproximación al contenido y alcance de los crímenes de lesa humanidad**). Aborda aspectos importantes para la comprensión de la necesaria prevención y la efectiva persecución de los crímenes de lesa humanidad. El objetivo principal del trabajo es "contribuir a revertir la escasa, y no siempre acertada, jurisprudencia y doctrina nacionales, a precisar en qué medida el Derecho Penal Internacional, consuetudinario y convencional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, son vinculantes y obligan a Venezuela en esta materia; pero principalmente, pretende ser un modesto aporte, un homenaje a la legión de mujeres y hombres que con su esfuerzo, lucha y sacrificio incansable, incluso a costa de sus propias vidas, han impedido que la –era de los derechos humanos– (...) sea una verdadera entelequia y un estado de cosas retórico e inalcanzable".

10. Fernando M. Machado Pelloni (**Desobediencia civil: una lectura actual desde la teoría del delito**) explica el tema de la desobediencia civil –indispensable para la protección de la conciencia y la autonomía en los Estados– desde el punto de vista de la Teoría del Delito. Siguiendo a Welzel, plantea el asunto tratado como una aplicación teleológica que el Derecho Penal hace a la defensa de la libertad como autonomía.

En este orden, justifica la aplicación de una sanción sólo cuando exista abuso de desobediencia, sea por exceso o por omisión inexcusable. Concluye afirmando que "la totalidad del orden legal y su fundamento histórico coadyuvan para tratar la desobediencia como una severa regla para cocensurar, especie de regla aplicada a la regla (...), y si el futuro no se abre a un sincero consenso como núcleo democrático de nuestras sociedades latinoamericanas, ahí estará...".

11. Neptalí Martínez Natera (**Influencia de la sentencia penal sobre el procedimiento civil indemnizatorio en la Jurisdicción Civil de acuerdo al nuevo Código Orgánico Procesal Penal**). Sobre la base de los artículos 26 y 257 de la Constitución Nacional, estudia la procedencia de la acción civil para obtener la reparación e indemnización del daño derivado del delito. El propósito del estudio es crear una matriz de opinión sobre el tema, dada la novísima forma de accionar en juicio para obtener del victimario la reparación.

12. María G. Morais (**La Justicia Penal del Adolescente prevista en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Especial referencia al Área Metropolitana de Caracas**) enfoca el estudio sobre la doctrina de la protección integral de los niños y los adolescentes reconocida en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), mediante la cual Venezuela se adaptó a los principios y categorías expuestas en la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU 1989), cuya característica primordial es la consideración de éstos como sujetos de derechos. Señala que la referida doctrina permitió construir un Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente garantista del proceso, de la legalidad, sanción y de la ejecución, el cual describe y analiza. Concluye con los resultados de un trabajo exploratorio-descriptivo sobre la implementación y funcionamiento de la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, durante los primeros dos años de vigencia de la LOPNA.

13. Tulia G. Peña Alemán (**Los Fines de la Pena**) aborda el estudio de la Teoría de los Fines de la Pena, en sus dimensiones doctrinarias, basada en la Filosofía Penal. Considera que la pena no cumple una función

reparadora sino coercitiva (vigilar y castigar) porque conlleva la privación de los derechos. Por tanto, sólo se legitima entendida como medio de prevención del delito. Asimismo, señala, que el poder punitivo estatal, cuando confisca el conflicto a la víctima con prisionización, éste no se resuelve sino que la resolución del mismo se suspende en el tiempo. Concluye que la pena es un ejercicio de poder y sólo la conminación penal tiene efectos favorables en los sujetos potenciales, en la medida en que logra que éstos se comporten conforme a la ley por el efecto intimidatorio.

14. Juan Rafael Perdomo (**¿Golpe de estado o vacío de poder?**) el contenido del documento que hubiera sometido a la consideración de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en su condición de Magistrado Ponente, en el "caso de los Altos Oficiales implicados en la solicitud de Antejuicio de Mérito formulada por el (...) Fiscal General de la República". Luego de narrar la historia de los golpes de Estado acontecidos en el país, indica sus comentarios sobre la sentencia aprobada, en definitiva, por la Sala y fundamenta su ponencia a la luz de los hechos y la doctrina judicial sostenida en casos anteriores, tal como él los entiende. De su análisis concluye afirmando que el 11 de abril de 2002 se produjo un golpe de Estado en el país.

15. María Inmaculada Pérez Dupuy (**Los Tipos Penales en la legislación venezolana**) examina el proceso legislativo venezolano, en materia penal, cuya tendencia ha sido aumentar el número de leyes, con el propósito de excluir del Código Penal la regulación de ciertos bienes jurídicos para ser tutelados por medio de leyes especiales en las que se tipifican conductas de forma casuística. Asimismo, plantea el problema de legislar en materia penal a través de leyes habilitantes, así como también, de sancionar leyes penales especiales atendiendo a criterios de especialidad, objeto material del delito o al sujeto pasivo del hecho criminal. Cuestiona la sanción por parte de la Comisión Legislativa de leyes penales y de la reforma del Código Penal. Por último, resalta la existencia de la paratipicidad "descripción concreta, individual determinada por la conducta humana hecha por el legislador que se encuentra asimilada por la propia ley a otra conducta humana así descrita abstractamente por el legislador y la cual se encuentra conminada con una sanción".

16. Carlos Pinto Otatti (**Breves notas sobre la experticia en el proceso penal y la necesidad de la prueba para los casos de extrema urgencia en el secuestro referencia al proceso ordinario**) ofrece algunas consideraciones sobre la prueba de la experticia en el proceso penal y su importancia conforme a los principios constitucionales y los principios que rigen el sistema acusatorio. Dicho análisis conllevó establecer el principio de necesidad que rige a la experticia como medio probatorio.

17. Jesús R. Quintero (**Nuevamente sobre la prueba en el procedimiento criminal ordinario**). Expone aspectos importantes para la búsqueda de la verdad y la justicia por medio de las sentencias judiciales. Afirma que el principio de verdad material como fundamento de la actividad juzgadora, prevalece en el Título Preliminar del Código Orgánico Procesal Penal. Desarrolla en forma amplia los principios reguladores de la prueba en el proceso penal venezolano y respecto de los medios de adquisición de convicción diferenciados en dos etapas, la fase preparatoria de la investigación, la fase de juicio oral y público, así como también la valoración de las pruebas, la cual distingue según la libre convicción y según la sana crítica.

18. Juan Carlos Ramírez Paesano (**Consideraciones sobre la apropiación indebida de seguros**) aborda el estudio, en orden a tipificar la conducta de un productor de seguros que se apodere de una prima, la cual debe entregar a la compañía aseguradora al día hábil siguiente, a la fecha en que se hubiere efectuado el cobro. Dicha acción la subsume dentro del tipo de apropiación indebida calificada y en su criterio, genera responsabilidad penal, civil y administrativa.

18. Jesús Enrique Rincón Rincón **(La suspensión condicional del proceso y las otras medidas alternativas a la prosecución del proceso, previstas en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano**), luego de una consideraciones generales sobre el objeto tema de su estudio, se refiere a la suspensión condicional del proceso y a la suspensión condicional de la ejecución de la pena; a su alcance y a sus límites. A modo de conclusión en esta materia, explica los resultados de la aplicación de la suspensión condicional del proceso en Venezuela, presenta un

cuadro comparativo de la suspensión condicional del proceso, como estaba en el COPP original y como quedó en la Reforma del 2001. Concluye su estudio analizando las otras medidas alternativas a la prosecución del proceso previstas en el Código Orgánico Procesal Penal.

20. Rodrigo Rivera Morales (**Presupuestos procesales en el proceso penal**), luego de unas consideraciones teóricas, se refiere a los presupuestos procesales en particular: la jurisdicción y competencia, la imputación objetiva penal, la perseguibilidad del imputado penal, la prohibición legal de intentar la acción propuesta, el incumplimiento de los requisitos de procedibilidad, la caducidad y la prescripción de la acción penal, la falta de requisitos formales para intentarla, la cosa juzgada y la extinción de la acción penal.

21. Julio Rodríguez Berrizbeitia (**Visión Histórica de la Teoría de la Transgresión)** expone un análisis histórico del pensamiento penal de Chiossone. Sostiene que un país donde una de las metas futuras es una ley penal adecuada debe tener una concepción que le dé unidad a la parte general de la ley, allí lo valioso de la obra de Chiossone, que en el más puro lenguaje formuló las interrogantes y trató de dar respuestas al fundamento, función y finalidad del derecho penal.

22. Jorge L., Rosell Senhenn (**El Garantismo y sus postulados. Muestras jurisprudenciales**). Desarrolla algunas consideraciones sobre el garantismo penal definido cono un medio de *"control, racional, justo y legítimo de la intervención punitiva del Estado"*. A lo largo del trabajo, explica la teoría con ejemplos prácticos, a los cuales hace referencia en el texto. Afirma que, el conjunto de normas establecidas en el Código Orgánico Procesal Penal constituyen un sistema destinado a proteger a la persona de la violencia institucional. Por último, cuestiona las últimas reformas de la ley adjetiva penal, las cuales a juicio del autor, desnaturalizaron el sistema de garantías y de protección consagrado en el citado Código.

23. José Tadeo Sain Silveira (**Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica de los textos penales**) aborda el álgido tema de la hermenéutica jurídica en el ámbito de textos penales desde el lenguaje utilizado por el legislador hasta las ambigüedades, imprecisiones e inconsis-

tencias de algunas oraciones. Desde estas consideraciones, critica una sentencia proferida por la Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal del país, del 21 de diciembre de 2001, a través de la cual se creó una pena, en contravención con los principios de aplicación estricta de preceptos penales consagrados por el legislador en el Código Penal y que son objeto de reserva legal, pues se le asignó al delito de homicidio intencional simple, tipificado en el artículo 407 del referido Código, una pena diferente a la establecida y se creó una sanción intermedia entre ésta y la del tipo homicidio culposo, previsto en el artículo 411 *eiusdem*. Para concluir, señala que la interpretación jurídico-penal desempeña una labor política en la instrumentación de los cambios sociales, la cual será más o menos beneficiosa para la sociedad, en la media en que se efectúe dentro del sistema de protección y de garantías, que establece los límites del poder punitivo del Estado y se ajuste a las normas legales, principios y valores del estado de derecho, social, democrático y de justicia.

24. Juvenal Salcedo Cárdenas (**Chiossone y su Derecho Transgresional**) dedica su ensayo a señalar la argumentación dada por Tulio Chiossone para defender su posición en relación con la denominación adecuada a la disciplina conocida como Derecho Penal y a las críticas que por ello recibió, fundamentadas más que en razones jurídicas, en motivaciones ajenas al derecho.

25. Miguel Ángel Sandoval (**Derecho Penal... del Adolescente**) señala, en primer lugar, que la expresión Derecho Penal del Adolescente abarca la respuesta del Estado al fenómeno de la delincuencia juvenil. En segundo lugar, plantea la inconveniencia de utilizar el derecho penal como instrumento para resolver problema sociales, pues hay que establecer distinción entre las políticas sociales del Estado y su Política Penal; y en tercer lugar, diseña una estrategia para la prevención de la criminalidad infantil y juvenil que crea las bases sólidas para un verdadero derecho penal del adolescente integrado a las políticas sociales, lejana a la cultura del delito y sus consecuencias.

26. Mireya Soto Caldera (**Mujeres, Historia y Violencia: un reto para la condición humana**) considera que algunas concepciones no sólo han relegado a la mujer a roles secundarios en los espacios públi-

cos, sino que la consideran como un objeto más del hogar. Olvidan así tanto su esencia humana como "la importancia de sus convicciones, ideas, pensamientos y valores". Su investigación revisa "la posición asumida por la mujer" a lo largo de la historia y analiza "la violencia desde la perspectiva del género". Concluye afirmando la necesidad de rescatar los valores para renovar el modo de pensar aún imperante y entender que hombres y mujeres son, por igual, seres humanos.

27. Magaly Vásquez González (**El delito de desaparición forzada de personas y su inconstitucional incorporación al ordenamiento jurídico penal venezolano**) analiza y describe el tipo de la desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad, realiza un estudio de derecho comparado sobre el tema y cuestiona la forma cómo fue incorporado este delito al ordenamiento jurídico positivo venezolano. Finalmente, propone incluir un Capítulo en el Código Penal destinado a diferentes delitos de lesa humanidad, entre éstos la desaparición forzada de personas.

V. Para concluir, deseamos agradecer la colaboración recibida en la preparación de esta obra tanto de quienes participan en la misma, como la de quienes –por una razón u otra– no pudieron actualizarla. En particular la de Tulia Peña Alemán, Magíster Scientiarum en Ciencias Penales y Criminológicas, Abogada adscrita al Despacho del Magistrado Doctor José Manuel Delgado Ocando, por haber elaborado muchos de los resúmenes de esta Presentación. Queremos, igualmente, aprovechar la oportunidad para destacar –una vez más– ante la comunidad jurídica, los méritos sobresalientes de Tulio Chiossone, "venezolano eminente y hombre público (...) de destacada trayectoria como docente y universitario, y cuya vasta obra bibliográfica es digna de admiración" (Comunicación del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela al Presidente de la Academia de Ciencias Políticas, de 3 de marzo de 1980).

Caracas, 3 de agosto de 2003

Fernando Parra Aranguren

Currículum Vitae
Tulio Chiossone

Tulio Chiossone nació en Rubio, estado Táchira, el 16 de setiembre de 1905 y murió en Caracas, el 26 de diciembre de 2001. Luego de sus estudios de educación secundaria, cursados en el Liceo Simón Bolívar de San Cristóbal, culminados con el título de Bachiller en Filosofía y Letras, se inició como docente en el mismo Instituto como Profesor de Mineralogía y Geología. Con miras a seguir sus estudios superiores, se fue a Mérida donde obtuvo, en la Universidad de Los Andes, el título de Doctor en Ciencias Políticas (1929), previa presentación de la Tesis de Grado correspondiente, **Anotaciones al Libro Primero del Código Penal** (Mérida, Imprenta del estado 1930).

Entre 1924 y 1936 regentó, en el Liceo Libertador de Mérida, las cátedras de Latín y Raíces Griegas, Literatura, Física y Química y fue Miembro Principal de la Delegación de Instrucción Primaria. Obtenido el título de Doctor, su *Alma Mater* lo tuvo como Profesor de Sociología (1929), Derecho Mercantil (1929-1931), Principios Generales del Derecho (1932), Medicina Legal (1933), Derecho Penal (1934-1936), Derecho Español y Derecho Público Eclesiástico (1935) y Derecho Internacional Privado (1936). Fue, igualmente, designado Vicerrector, pero no llegó a tomar posesión del cargo (1936).

En este primer período de su vida fue, además, Juez de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del estado Mérida (1930-1934), Jefe de la Sección Política, Justicia e Instrucción en la Secretaría General de Gobierno y encargado de ésta (1926-1929) y Diputado por el Distrito Campo Elías en la Asamblea Legislativa del estado Mérida (hasta 1936). Al mismo tiempo inició la difusión de su obra escrita, literaria, jurídica e histórica. Aparecen así, además de sus pininos periodísticos en *Patria*, diario fundado por los hermanos Eduardo y Roberto Picón Lares, **Rocas y Azul** (poemario, 1927), **Últimos años del Libertador**, **Un crepúsculo en San Pedro Alejandrino,** "La mujer casada ¿copropietaria y acreedora del marido?", "El 'Warrant' agrícola", "Apreciación de la prueba de testigos", "Servidumbres", "Daños y Perjuicios", "Fondos de Comercio", "Teoría del Riesgo, aplicada a la responsabilidad en materia de transporte", "La comunidad de bienes entre concubinos", "El Primer Aniversario de la Batalla de Boyacá", **Anotaciones al Código Penal Venezolano**, tomo I, "Apuntaciones sobre el mandato mercantil", "El Escudo del Táchira", "El Derecho Penal Deportivo", "El Franciscanismo y el Derecho Penal Moderno", "Luna de Promisión", "Las Bucólicas" y "De la amistad". Los trabajos jurídicos de este lapso fueron recogidos en **Temas Jurídicos de Ayer y de Hoy**, Caracas 1969). Entre 1933 y 1936, "Los socialmente peligrosos y las medidas de seguridad en el Derecho Penal", "Introducción a la Cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Los Andes", "Lexicografías" y **Delincuentes Infantiles** (primer trabajo publicado en el país sobre el problema de los menores de edad con trastornos de conducta).

Durante la Presidencia del General en Jefe Eleazar López Contreras vino a Caracas, donde se desempeñó como Consultor Jurídico de la Presidencia de la República (1936-1937), Inspector de Cárceles y Penitenciarías (1937), Auditor de Guerra y Marina (1937-1939, con rango de Coronel asimilado, Diputado por el estado Táchira (1936-1940) y Presidente de la Cámara en 1939, Senador por el estado Táchira (1939-1944), Secretario del Presidente de la República (1939-1941), Ministro de Relaciones Interiores (1941-1942), Presidente del estado Mérida (1941-1942), Procurador de la Nación, interinamente, Comisionado para el Estudio de la Legislación que compete al Ministerio de Relaciones Interiores (1945), Comisionado *ad honorem* del Ministerio de Agricul-

tura y Cría para el estudio y funcionamiento del Crédito Agrícola en los Estados Unidos de Norteamérica (1945).

Redactó y colaboró en numerosos proyectos de leyes, entre los cuales cabe mencionar los de Régimen Penitenciario (1937) que inició la reforma en ese campo y estuvo vigente hasta 1961, presentada conjuntamente con los diputados Antonio Pulido Villafañe y Julio Medina Angarita; el de Justicia y Protección de Menores (1937), conjuntamente con Rómulo Gallegos y Ángel Bustillos; el de Justicia Militar (1938); de Ley Orgánica del Ejército y de la Armada (1938, vigente hasta 1947) y, en el ámbito Estadal, el Proyecto de Ley de Mejoramiento de la Vivienda Campesina (1944), aprobado por la Asamblea Legislativa del estado Mérida, siendo la primera ley que contempló tal problema. Continuó, además, con su obra escrita: **Reforma Penitenciaria Venezolana** (primer trabajo publicado en el país sobre el tema); **Anotaciones al Código Penal Venezolano,** tomos I y II y multitud de artículos publicados en la prensa de Caracas y del interior del país sobre diversos tópicos.

En 1951 publicó **Ha llegado el Libertador** (Caracas, Ávila Gráfica), seguido de **El término "Enfermedad Mental**" (Caracas, Tip. Americana 1952); **Apuntes de Derecho Penitenciario** (Caracas, Tip. Caja de Trabajo Penitenciario 1954); **Lo transgresional en la Dinámica Jurídica** (Caracas, Empresa El Cojo 1954); **Anuario de Jurisprudencia de la Corte de Casación**, vol. I, Caracas, Emp. El Cojo 1960); **Sanciones en Derecho Mercantil** (Caracas, Emp. El Cojo 1960); **La Villa**, Biblioteca de Autores Tachirenses Nº 12, Año Cúa tricentenario de San Cristóbal, (San Cristóbal 1961); **Los problemas sociales en la formación del Estado Venezolano** (Caracas, Gráfica Americana 1964); **Manual de Derecho Procesal Penal,** Primera Edición, Cursos de Derecho UCV, Imp. Universitaria 1967, del cual se han hecho varias ediciones; **Principios Generales para una Teoría de la Transgresión**, Caracas, Imp. Universitaria 1968; **Trastornos de la Conducta Juvenil**, en colaboración con varios profesores, UCV, Caracas 1968; **Unificación del concepto de responsabilidad *ex-delito* y por hechos ilícitos,** Caracas, UCV 1969; **El concepto de costas en el Proceso Penal**, Caracas UCV 1969; **Límites legales de la privación de la libertad**, Caracas, UCV 1969, **Semejanzas y diferencias en el**

proceso civil y en el proceso penal; Caracas, UCV 1970, **Manual de Derecho Penal Venezolano**, Caracas, Imprenta Universitaria 1972, con varias ediciones; **Mármoles Ilustres**, Homenaje de la Academia Nacional de la Historia a Caracciolo Parra León, Caracas, Italgráfica S.R.L. 1972; **El lenguaje erudito, popular y folklórico de los Andes venezolanos**, Caracas 1972; **Vigencia del Código Penal de 1873**, en colaboración, Caracas, Imprenta del Congreso de la República 1973; **Sanciones en Derecho Administrativo**, Caracas, Imprenta Universitaria 1973; **El Derecho y la Transgresión**, Caracas, Imprenta Universitaria 1975; **Teoría del hecho punible: elementos objetivos**, Caracas, Imprenta Universitaria 1976; **Derecho vial y delitos culposos en Venezuela**, Caracas, Imprenta Universitaria 1976; **Contribución a la reforma de la Ley Penal Venezolana**, Caracas, Imprenta Universitaria 1976; **Delitos Innominados**, Caracas, Imprenta Universitaria 1977; **Temas Procesales y Penales**, Caracas, Imprenta Universitaria 1977; **Formación Jurídica de Venezuela en la Colonia y la República**, Caracas, Imprenta Universitaria 1978, **Delitos ecológicos**, Caracas, Imprenta Universitaria 1978; **Procedimientos Especiales en el Código de Procedimiento Penal**, Caracas, Imprenta Universitaria 1978, amén de numerosos artículos difundidos en revistas jurídicas y literarias especializadas y en otras publicaciones, entre los cuales cabe mencionar su columna en el diario *El Universal* de Caracas, que mantuvo hasta 1998.

En 1953, la Universidad Central de Venezuela lo nombró Profesor de Derecho Penal en su Facultad de Derecho, cargo en el cual duró hasta su jubilación, con el rango de Profesor Titular III, en 1978, luego de más de veinticinco años de docencia en dicha Casa de Estudios, de haber desempeñado la Jefatura de la Cátedra y la posición de Director del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas por un lapso de catorce años. Al mismo tiempo, regentó, también por veinticinco años, la cátedra de Derecho Penal II en la Universidad Católica Andrés Bello.

Unos meses antes de jubilación, el Decano de la Facultad, José Alberto Zambrano Velasco, aprovechando una "ocasión particularmente propicia, por lo reciente del cumplimiento de treinta años de vida académica del Dr. Chiossone y la proximidad de sus veinticinco años de servicio

ininterrumpido en esta universidad de Caracas" solicitó del Consejo de Facultad el correspondiente acuerdo que le permitiera publicar un libro en homenaje de ese hombre "que por muchos años ha recorrido los pasillos de esta Facultad 'con el libro de las leyes a la altura del corazón' y que puede exhibir una de las más limpias, completas y hermosas páginas de servicio a la Venezuela contemporánea". Este Libro Homenaje se materializó, bajo el nombre de **Ciencias del Delito**, contentivo de veintinueve estudios de docentes, nacionales y foráneos, que quisieron testimoniar su admiración al Maestro.

En 1985, con motivo de su octogésimo aniversario, el Consejo de Facultad considerando su vasta e importante obra en la Facultad, la personalidad y la obra de Chiossone ("universitario integral, abogado y magistrado ejemplar"), le propuso a la Asamblea de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas que lo designase Profesor Honorario de la Facultad, pedimento aprobado por los órganos correspondientes.

Electo para ocupar el sillón Nº 24 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, vacante por el fallecimiento del Doctor Guillermo Tell Villegas Pulido, en 1949, al incorporarse, en 1953, disertó sobre **El Derecho Transgresional**. En este mismo año de 1953, además de haber ingresado al personal docente de la Universidad Central de Venezuela, conforme fue mencionado, fue nombrado Magistrado de la Corte Federal y de Casación, Sala de Casación Penal, que, además, presidió. Posteriormente, en la Corte Suprema de Justicia, fue Conjuez de la misma Sala por dieciséis años (1959-1975). La Academia Venezolana de la Lengua, correspondiente a la Real Española, también lo tuvo como Individuo de Número.

En vida se le rindieron varios homenajes. En 1994, la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, rompió su tradición de rendirle homenaje a sus muertos y el Nº 91 lo hizo como tributo al Profesor. En esa edición se difundieron –en la sección *La Universidad*– las palabras pronunciadas por los profesores Elio Gómez Grillo y Tomás Polanco en el acto en que, por iniciativa del Presidente de la República, doctor Ramón J. Velásquez, se llevara a cabo en su honor en el Palacio de Miraflores. La Corte Suprema de Justicia, por Acuerdo de 27 de junio de 1996, dedicó una sesión

solemne del Alto Tribunal en Pleno, con motivo de sus noventa años, por considerarlo "ciudadano eminente, de sobresalientes méritos, consagrado jurista, notable profesor universitario, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y de la Academia Venezolana de la Lengua, correspondiente de la Real Española y quien, en el desempeño de diversas funciones pública, ha prestado muy importantes servicios a la República". En el acto, llevado a cabo el 8 de agosto de 1996 con asistencia del Presidente de la República, se destacó, como en el Acuerdo, su pasantía por la Sala de Casación Penal de la Corte Federal y de Casación que por su "ejercicio excepcional honra a la judicatura, por su acertado criterio jurídico y reconocida probidad".

Panegírico del Doctor Tulio Chiossone[*]

Jesús Ramón QUINTERO P.[**]

Es obligado y gratamente evocador referirme en este solemne momento a la personalidad y la obra científica del doctor Tulio Chiossone.

Fue él uno de esos hombres meritorios en quienes el talento se manifestó tanto en la acción como en el pensamiento. La larga vida del doctor Chiossone estuvo íntegramente dedicada al estudio y a la acción política. El doctor Chiossone hizo suyo el compromiso que significó pertene-

---

[*] Tomado de **Delitos e infracciones administrativas** *Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, el 20 de mayo de 2003, Mérida, Producciones Karol C.A., 2003, pp. 9-11.

[**] **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Profesor en pregrado (1969-1986) y en postgrado. **Universidad Central de Venezuela**, Profesor de Posgrado. **Universidad de Madrid**, Reino de España, Cursos de Postgrado y especialización en Derecho Penal y Criminología. **Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, Individuo de Número. Autor de varias obras y artículos especializados.

cer a una generación de hombres ilustrados que se propusieron en sus días la tarea de modernizar la cultura del pueblo venezolano, que una sucesión de dictaduras y malos gobiernos mantuvieron anclado en el siglo XIX. Él comprendió que la labor civilizadora que se propuso no produciría los frutos que esperaba si quedaba circunscrita a sus esfuerzos como maestro y por ello se aventuró en el difícil mundo de la política, donde hubo de cosechar, no sólo el reconocimiento colectivo que hoy es patente, sino también no pocas amarguras.

Don Tulio Chiossone, en la época en que los estudios de derecho penal eran poco frecuentes se dedicó con ahínco a esta disciplina, la cual cultivó con singular éxito, tanto en lo académico como en lo profesional.

La originalidad de su pensamiento lo llevó a elaborar una categoría analítica propia. Creyó él que el término derecho penal debía suprimirse, por carecer de todo sentido. La pena, decía, es una consecuencia de la transgresión, es una medida curativa o profiláctica y, junto a ella, se ha creado otro medio de lucha contra la transgresión, que es la medida de seguridad. En su opinión, basada en la afirmada unidad existente entre la transgresión civil y la penal, puesta de manifiesto por Merkel, el estudio de las transgresiones de la norma jurídica debía denominarse derecho transgresional y abarcar, no solamente los actos violatorios con secuelas penales propiamente dichas, sino todos los actos humanos que violen o transgredan la norma jurídica.

Según Chiossone, la transgresión, en general, es el efecto del acto humano, consciente o inconsciente, que viola o un *status ético-jurídico* o una regla legal que impone un deber o prohíbe determinada conducta, a la cual denominó regla advertiva. La transgresión –decía– puede afectar, en primer lugar, lo que he denominado *status ético-jurídico*, o sea, lo que los autores alemanes, creadores de la doctrina penal del tipo, denominan norma; y en segundo término, puede afectar también, no ya el *status ético-jurídico*, sino la regla legal objetivamente considerada que impone una obligación o un deber con respecto a un organismo administrativo o político determinado o, en general, prevé situaciones que puedan afectar aquel *status ético-jurídico* antes mencionado, de donde se desprende que la transgresión adopta diferentes formas sus-

tanciales según afecte lo normativo (la regla advertiva) o lo objetivamente legal; y la sanción viene a ser entonces, una consecuencia necesaria de la transgresión, bien sea de un principio normativo o de un precepto legal.

Cuando la acción humana realiza una figura de derecho penal, o sea, un tipo legal, se produce *ipso facto* una transgresión al *status ético-jurídico* de la sociedad y la acción es entonces transgresora, aun cuando revista la forma de la omisión. El derecho penal se configura esencialmente como fundamentado en la transgresión de las reglas o normas advertivas que son las que en principio tienen como consecuencia la pena.

El desarrollo de la categoría analítica del derecho transgresional, permitió al doctor Chiossone dar fundamento a sus principales obras: *El derecho transgresional* y *Teoría del hecho punible*, así como a la distinción entre las infracciones penales y las administrativas que desarrolló en su obra *Sanciones en derecho administrativo*.

Cuando el Instituto de Codificación y Jurisprudencia inició, a mediados de la década de los cincuenta, los trabajos de revisión del Código Penal, hubo de tomar en consideración tanto el proyecto elaborado por la Comisión Codificadora Nacional, como el redactado por los doctores José Rafael Mendoza y José Agustín Méndez, con la asesoría técnica del profesor Luis Jiménez de Asúa. Las dificultades para el examen de ambos proyectos, disímiles en su estructura y contenido, llevó a la Comisión a la conclusión de que era preferible elaborar un nuevo proyecto para ser estudiado en el seno del Instituto. Fue elegido el doctor Tulio Chiossone para preparar dicha ponencia y para la redacción de la Exposición de Motivos después que el proyecto hubiera sido aprobado por el Instituto. El proyecto y su Exposición de Motivos fueron publicados por el Instituto de Codificación y Jurisprudencia en 1956. Es ésta una obra personal del doctor Chiossone y sus aportes deberán ser tomados en cuenta en la reforma de la legislación penal venezolana que está pendiente desde 1936.

No sólo el derecho penal sustantivo ocupó los desvelos del doctor Chiossone. En 1967 publicó su *Manual de derecho procesal penal,* que contiene una clara exposición del proceso penal venezolano regido por

el Código de Enjuiciamiento Criminal, con cuyo estudio se formaron varias generaciones de juristas.

El doctor Chiossone dedicó la parte más importante de su vida a la docencia. Fue profesor de derecho penal y derecho procesal penal de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Fundador y Director del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Sus indudables méritos como maestro y como ciudadano, fueron reconocidos por esta Corporación al elegirlo el 15 de enero de 1951 como Individuo de Número. Al fallecer el 26 de diciembre de 2001, su sabiduría, su gentileza, su integridad y su condición de buen venezolano han dejado un vacío difícil de llenar.

Atentamente,

Jesús Ramón Quintero

Estudio Analítico del Delito de Contrabando en Venezuela

Alegría Lilian BELILTY BENGUIGUI*

SUMARIO:

Introducción
1. **El delito de contrabando.**
2. **El delito de contrabando en la Ley Orgánica de Aduanas.**
3. **Elementos del delito de contrabando.**
4. **Autoría y participación en el delito de contrabando.**

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad analizar el delito de contrabando a la luz de las disposiciones previstas en la Ley Orgánica de Aduanas

* **Universidad Central de Venezuela,** Abogada, *Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas,* Tesista, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho,* Profesora, **Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas,** Juez de la Sala N° 10.

(Decreto-Ley publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Nº 5.353, de fecha 17 de junio de 1999, previamente aprobada en Consejo de Ministros).

Abordaremos el delito de contrabando en nuestro país, indagaremos la fórmula definitoria aportada por la doctrina y las diferencias con la infracción aduanera.

Esbozaremos los elementos del mencionado delito, las diferentes conductas del contrabando genérico y agravado, su forma perfecta e imperfecta de ejecución, autoría y participación en el mismo, circunstancias modificativas y la penalidad asignadas para ambos tipos.

Finalmente, presentaremos conclusiones sobre la citada ley, la técnica legislativa empleada, las consecuencias frente a algunos principios constitucionales.

1. EL DELITO DE CONTRABANDO

Etimología. Concepto genérico del delito de contrabando

Etimológicamente, la palabra contrabando proviene del latín, identificada con la expresión *bannum*, *"...una ley cualquiera dictada con la finalidad de ordenar o de impedir hechos individualizadores a los moradores de una nación. De este modo, la palabra contrabando vino a significar cualquier acción o comportamiento contrario a una ley o a un edicto en un país, región o pueblo determinado",* como lo refiere Joaquín Indriago (1976:1). Por otra parte, el origen de la palabra aduana, se asocia indefectiblemente a la anterior en la etimología arábica *Ad-diwana* que significa "casa donde se recogen los derechos aduaneros".

Entre algunas definiciones que aporta la doctrina en relación con este delito, tenemos las siguientes:

Joaquín Escriche, citado por Indriago (1976:3), lo concibe como todo comercio que se hace contra las leyes, noción que nos parece incompleta e imprecisa, pues no determina cuáles son las conductas típicas a las que se refiere. Así, el aprovechamiento de cosas provenientes del

delito es una actividad comercial ilícita, mas no una forma o variante del contrabando.

Tulio Chiossone (1973:111), expresa que el delito de contrabando consiste en realizar actos u omisiones dirigidos a eludir la intervención de las oficinas aduaneras en la introducción, extracción, circulación, conducción de efectos o mercancías.

Jiménez Asenjo (1950:75) expresa que la conducta del agente en este delito está dirigida a ocasionar un fraude al Fisco Nacional, eludiendo el pago de los derechos y contribuciones especiales que gravan la importación y la exportación de mercancías.

Jorge Luis Tosi (1997:1) señala que la conducta del delito de contrabando, tiene como finalidad, dificultar u obstruir el control aduanero en cualquier país.

Giuliani Fonrouge (1978:662) por su parte, indica que el contrabando se manifiesta en la conducta tendente a eludir la actividad fiscal para afectar la economía nacional.

Finalmente, Félix Jorge Silveyra (1968:10), expresa que la actuación del transgresor en este caso tiene como finalidad quebrantar disposiciones aduaneras para obtener ventajas particulares.

Las definiciones aportadas por la doctrina convergen en que la conducta del agente está dirigida a introducir o extraer mercancías sin cumplir con los controles aduaneros; divergen en que para unos la finalidad se dirige a defraudar al Fisco Nacional (Jiménez Asenjo), o en obtener un beneficio propio (Silveyra) y hay quienes subrayan que el objetivo principal es dañar la economía nacional (Giuliani Fonrouge).

Consideramos –en forma genérica– que el delito de contrabando consiste en eludir o intentar eludir los controles aduaneros por medio de la introducción, extracción, circulación de mercancías, obteniendo un provecho propio o en beneficio de un tercero, y en perjuicio siempre del Fisco Nacional, al no cancelarse el pago de los impuestos respectivos o al realizarse operaciones con mercancías prohibidas o reservadas.

2. EL DELITO DE CONTRABANDO EN LA LEY ORGÁNICA DE ADUANAS

2.1 El delito de contrabando y la infracción aduanera

La Ley Orgánica de Aduanas, además de consagrar el tipo genérico y agravado del contrabando en sus artículos 104 y 105, prevé las infracciones aduaneras en los artículos 114 y siguientes. Ello hace necesario señalar las diferencias entre ambas figuras, de la manera siguiente:

1. En cuanto a la conducta:

a) La conducta en el delito de contrabando, consiste en eludir el control aduanero en la introducción, la extracción o el tránsito de mercancías, específicamente a través de comportamientos tales como la utilización de documentos falsos, ocultando mercancías y otros supuestos fácticos que se explicarán durante el desarrollo de la investigación, como veremos más adelante.

b) La conducta en la infracción aduanera,[1] entre otras modalidades consiste en la presentación de la declaración de aduana deficiente o incompleta, al obviar requisitos referidos a los regímenes especiales de

[1] En decisión dictada por el extinto Juzgado Nacional de Hacienda: *"(...) en el contrabando hay una acción inequívoca dirigida a entrabar, burlar y hasta corromper a la autoridad aduanera mediante ocultaciones, simulaciones, roturas o apropiaciones de mercancías, mientras que en las infracciones aduaneras hay un comportamiento que permite a la autoridad aduanera detectar la respectiva contravención. Quepa citar los ejemplos en los casos de subfacturación, clasificación errónea, mercancía demás en número, peso o cantidad con la declaración de aduana, son supuestos factuales que constituyen elementos fundamentales de tipificación de las infracciones y no así del delito de CONTRABANDO, toda vez que en dichos casos la mercancía es sometida al tratamiento aduanero de su nacionalización, oportunidad en que la misma aduana está en capacidad de detectar y apreciar la respectiva infracción, en el caso concreto de subfacturación, práctica consistente en subestimar el precio normal de las mercancías presentadas en las aduanas, para su legal desaduanamiento con el objeto de evadir los gravámenes fiscales (...) En el caso subjudice, es evidente que según la Ley Orgánica de Aduanas, la mercancía retenida por los funcionarios del Comando de Operaciones de la Guardia Nacional, en fecha 8 de octubre de 1997, en la empresa ELECTRONIC TOP, C.A., propiedad de DOMINGO AULETTA LIGOURA, consistente en equipos de sonido y electrodomésticos, parte de dicha mercancía fue puesta a la orden de las autoridades administrativas a fin de que las mismas ejercieran sobre tales efectos el debido control fiscal (...), sin embargo, se aprecia la existencia de efectos no precisados ni amparados por los documentos bajo estudio, tal situación está prevista por la Ley Orgánica de Aduanas, mas sólo como un ilícito fiscal, como es el caso de las INFRACCIONES ADUANERAS, previstas en el artículo 120 de la mencionada Ley. Lo que nos permite afirmar que la presencia de este ilícito de carácter administrativo escapa del conocimiento de este Juzgado (...)"* (Nº 363,14/10/98).

liberación, restrictivos o de admisión temporal; comportamientos que pueden discriminarse en cuanto a la declaración de aduanas, operaciones y regímenes aduaneros, auxiliares de la administración aduanera y los funcionarios aduaneros en la utilización del sistema informático; modalidades de conductas que se explican de seguidas:

1.a En relación a la declaración de aduanas:

La Declaración de Aduanas es el documento utilizado por el importador para declarar la mercancía objeto de dicha operación. En virtud de este documento el importador reconoce ante la aduana venezolana la propiedad de la misma y en él se refleja la situación jurídica particular del objeto u objetos importados.

Ley Orgánica de Aduanas establece los supuestos en los cuales se considera que la declaración de aduanas es inexacta o contiene otras referencias injustificadas, de la siguiente manera:

a) Porque carezca del permiso respectivo en caso de la operación aduanera sobre mercancías sometidas a prohibición, reserva, suspensión, restricción arancelaria, registro sanitario, certificado de calidad o cualquier otro requisito. (Artículo 114 de la Ley Orgánica de Aduanas).

La disposición, se refiere a mercancías que por su especial naturaleza exigen la presentación en aduanas del permiso respectivo, por ejemplo, en el caso de medicinas que requieren el permiso expedido por el Ministerio de Salud y Desarrollo Social.

b) Porque no corresponda a la clasificación arancelaria declarada, al valor en aduanas o a las unidades del sistema métrico decimal declaradas, artículo 120, literales a), b) y c) de la Ley Orgánica de Aduanas

La declaración de aduanas en Venezuela, incluye dos planillas, llamadas forma “A” y forma “B”. La primera requiere la indicación de los datos generales de la importación, mercancía, precio, los datos del vendedor o proveedor extranjero, las condiciones comerciales de la importación, los datos referidos al valor de aduana, es decir, a la base imponible a los

fines de la liquidación de los gravámenes establecidos en el Arancel de Aduanas, y, finalmente, los resultados de la valoración aduanera.

La planilla denominada forma "B", comprende en cambio la descripción arancelaria y comercial de las mercancías y la discriminación de valores, así como el llamado certificado de origen. Esta planilla permitirá efectuar la valoración aduanera que atenderá al precio normal del objeto determinado en el momento en que son exigibles los gravámenes arancelarios.

En consecuencia, será considerada infracción aduanera, el supuesto en el que los datos aportados por el contribuyente en cualesquiera de estas planillas, no se ajusten íntegramente a la realidad.

c) Porque no corresponda a la totalidad de la mercancía embarcada, artículo 120, literal d) de la Ley Orgánica de Aduanas.

La disposición indicada se refiere al caso de mercancía faltante, es decir, aquellas mercancías que son embarcadas, pero algunas de ellas no son declaradas debidamente ante las autoridades aduaneras.

d) Porque no corresponda, por ser falsa o incorrecta la marca, cantidad, especie, naturaleza, origen o procedencia de la mercancía objeto de la operación aduanera, artículo 120, literal e) de la Ley Orgánica de Aduanas.

El supuesto de hecho indicado, bien puede asimilarse al correspondiente a los literales a), b) y c) del artículo 120 de la Ley Orgánica de Aduanas, referido al supuesto en el que *"no corresponda a la clasificación arancelaria declarada, al valor en aduanas o a las unidades del sistema métrico decimal declaradas*", explicado *ut supra.*

e) Porque no sea presentada dentro del plazo establecido

El supuesto de hecho indicado se refiere a la presentación de la declaración de aduanas extemporánea, es decir, fuera del lapso de cinco días previsto en la Ley Orgánica, una vez que se materializa el arribo de la mercancía a la zona primaria aduanera.

Es importante indicar que el lapso no podrá ser mayor de treinta días continuos, porque de ser así, pasaría a configurarse el supuesto de abandono legal previsto en el artículo 66 de la misma Ley Orgánica.

1.b En relación a las operaciones y regímenes aduaneros:

a) Incumplimiento de los requisitos previstos para la autorización, delegación, licencia, suspensión o liberación (artículos 115, 116 y 117 de la Ley Orgánica de Aduanas).

El supuesto de hecho indicado se refiere al incumplimiento de los requisitos previstos para la autorización, delegación, licencia, suspensión o liberación de la mercancía.

Dentro de las diferentes actividades aduaneras, se encuentran los regímenes liberatorios y suspensivos, regulados por la Ley Orgánica de Aduanas, su Reglamento vigente (y actualmente en proceso de reforma) y el Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros Especiales (G.O. N° 35.313, del 7 de octubre de 1993).

El régimen liberatorio representa el conjunto de exoneraciones basadas en circunstancias políticas, económicas, de orden nacional e internacional que justifican el otorgamiento de beneficios fiscales, como por ejemplo, en los supuestos de efectos destinados al uso del Presidente de la República, o al uso de la Administración Pública Nacional, Estatal o Municipal, necesarios para el servicio público, o consignados a instituciones religiosas, destinados directamente al ejercicio del culto respectivo, a obras de utilidad pública y asistencia social, a nombre de quienes realizarán dichas obras en casos debidamente justificados. Igualmente, como lo indicáramos antes, los destinados a la industria, la agricultura, la cría, el transporte, la minería, la pesca, la manufactura, y en los casos de productos calificados por el Ejecutivo como de primera necesidad.

El régimen suspensivo, en cambio, se refiere a aquel al que se encuentran sujetas las mercancías extranjeras que pueden cruzar el territorio nacional o permanecer en él, sin tener que satisfacer los derechos aduaneros, como es la admisión temporal. Dentro del mismo se incluyen, además

de la admisión temporal, la admisión temporal para perfeccionamiento activo, los almacenes generales de depósito, los almacenes libres de impuesto *(duty free shops*), las zonas francas y los puertos libres, el depósito aduanero *(in bond*), las provisiones de a bordo y el equipaje.

Las mercancías introducidas bajo estos regímenes se encuentran exentas del pago de derechos aduaneros, sin embargo, deben ser sometidas al control de las autoridades aduaneras y cumplir con los requisitos respectivos que indiquen el régimen impositivo al que estarán sometidas. Así, por ejemplo, en el caso de realizarse una operación de importación sobre artículos religiosos destinados directamente al ejercicio del culto respectivo, pero que terminan siendo comercializados, se incurre en infracción, cuando son asignados a un fin distinto.

b) Incumplimiento de las condiciones de admisión temporal (artículo 118 de la Ley Orgánica de Aduanas).

El supuesto de hecho indicado se refiere al incumplimiento de las condiciones de admisión temporal. Al respecto consideramos que este enunciado incurre en errores de técnica legislativa, porque en el aparte anterior el legislador utiliza la expresión régimen suspensivo, dentro del cual se comprende la admisión temporal.

c) Incumplimiento de las condiciones del reconocimiento en la operación de exportación (artículo 119 de la Ley Orgánica de Aduanas).

Este supuesto de hecho se refiere a la omisión y al cumplimiento incompleto o insuficiente de las condiciones del reconocimiento en la operación de exportación.

El reconocimiento de la mercancía es el acto a cargo de las autoridades aduaneras en virtud del cual se verifican la mercancía y la documentación presentada al efecto. En la operación de exportación el reconocimiento puede efectuarse en los locales del interesado o en el momento del embalaje, y una vez que el mismo es realizado, el objeto debe ser remitido a la aduana.

En caso de que la mercancía objeto de exportación no sea enviada por el exportador a la autoridad aduanera a los fines de perfeccionar la operación dentro del plazo fijado por el Ministerio de Finanzas, se subsumiría dicha conducta en la categoría de infracción indicada.

1.c En relación a los auxiliares de la administración aduanera

Se incluyen en esta infracción las conductas a cargo de los auxiliares de la administración aduanera, como son los transportistas, los consolidadores, los porteadores o maleteros, los depositarios, los almacenistas, los agentes de aduanas y los mensajeros internacionales, comprendidas de la siguiente manera:

> a) Cuando no entreguen oportunamente a la aduana alguno de los documentos exigidos en la Ley de Aduanas o su Reglamento, a cargo del agente de aduanas.
>
> b) Cuando obstaculicen o no realicen la carga o descarga en la debida oportunidad, a cargo generalmente de los porteadores.
>
> c) Cuando descarguen bultos de más o de menos, respecto de los anotados en la respectiva documentación, que no fueren declarados a la aduana dentro del término que señale el Reglamento, a cargo generalmente de los porteadores.
>
> d) Cuando no hubiere sido participada al consignatario la llegada de los cargamentos, en las condiciones señaladas por el Reglamento, a cargo generalmente de los consolidadores.
>
> e) Cuando se trate de vehículos de cabotaje que por cualquier circunstancia justificada hayan tocado en el extranjero, sin participación a la autoridad aduanera, a cargo generalmente de los transportistas.
>
> f) Cuando impidan o retrasen el ejercicio de la potestad aduanera, a cargo generalmente de los porteadores o transportistas de la mercancía.

1.d En relación a los funcionarios aduaneros en la utilización del sistema informático

Contempla esta infracción los actos a cargo de los funcionarios aduaneros en la utilización del sistema informático que alteren o varíen programas de computación correspondientes al servicio aduanero, manifestados así:

a) Al acceder, sin la autorización correspondiente, a los sistemas informáticos utilizados por el servicio aduanero.

b) Al apoderarse, copiar, destruir, inutilizar, alterar, facilitar, transferir o tener en su poder, sin la autorización del servicio aduanero, cualquier programa de computación y sus programas de datos, utilizados por el servicio aduanero, siempre que los mismos hayan sido declarados de uso restringido por esta última.

c) Al dañar los componentes materiales o físicos de los aparatos, las máquinas o los accesorios que apoyen el funcionamiento de los sistemas informáticos diseñados para las operaciones del servicio aduanero, con la finalidad de entorpecerlas u obtener beneficio para sí u otra persona y al facilitar el uso del código y la clave de acceso asignados para ingresar en los sistemas informáticos.

2. En cuanto a la sanción:

a) El delito de contrabando contempla penas principales de prisión, multa y decomiso de la mercancía.

b) La infracción aduanera sólo acarrea en principio la sanción de multa, que varía atendiendo al valor de aduanas de los objetos. En algunos supuestos precisos también se aplica la pena de comiso que recae sobre los efectos, como en el caso de mercancías parcialmente declaradas.[2]

[2] Artículo 115 de la Ley Orgánica de Aduanas: "*El incumplimiento de las obligaciones y condiciones bajo las cuales hubiere sido concedida una autorización, delegación, permiso, licencia,*

3. En cuanto al procedimiento:

a) El delito de contrabando es conocido y juzgado por la jurisdicción penal, de conformidad con el procedimiento consagrado en el Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con disposiciones previstas en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional en cuanto no colidan con aquella normativa.

b) La infracción aduanera es conocida y decidida por la Gerencia de Aduanas –SENIAT– dependiente del Ministerio de Finanzas y la intervención de los juzgados contencioso-administrativos, para lo cual no se requiere el agotamiento de la vía administrativa, y se aplica supletoriamente la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el Código Orgánico Tributario.

En consecuencia, tenemos que las infracciones aduaneras presentan una amplia gama de conductas que considera el legislador menos lesivas para el bien jurídico tutelado, por cuanto hay un control aduanero pero éste resulta incompleto por responsabilidad, bien del contribuyente, bien de los auxiliares de la administración aduanera, lo que comporta una pérdida pecuniaria para el Estado. Tal es el caso de la declaración de aduanas presentada extemporáneamente, cuyas sanciones incluyen multas, atendiendo al valor en aduanas y el comiso de las mercancías, y cuya competencia es atribuida a las autoridades aduaneras y los tribunales en lo contencioso-administrativo, de acuerdo a las disposiciones previstas en la Ley Orgánica de Aduanas, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el Código Orgánico Tributario.[3]

---

suspensión o liberación, será sancionado con multa... sin perjuicio de la aplicación de la pena de comiso." Artículo 12. 4) *ejusdem:* "*Cuando un embarque contenga mercancías no declaradas, con multa igual al triple de los gravámenes aduaneros aplicables a dichas mercancías. Si los efectos no declarados resultaren sometidos a restricciones, registros u otros requisitos establecidos en el Arancel de Aduanas, con multa adicional equivalente al valor en aduana de dichos efectos. Sin perjuicio de la aplicabilidad de la pena de comiso*".

[3] Artículo 130 de la Ley Orgánica de Aduanas: "*Corresponde al jefe de la oficina aduanera respectiva, la aplicación de las sanciones previstas en esta Ley, no atribuidas a otras autoridades judiciales o administrativas*. Artículo 131 *ejusdem": "De toda decisión se oirá recurso jerárquico por ante el Ministro de Hacienda.*" Artículo 138 *ibídem: "Contra la decisión del Ministerio de Hacienda o cuando éste no decidiere dentro de los términos de Ley, se podrá interponer recurso ante el órgano jurisdiccional competente. Para la interposición de la acción ante el órgano jurisdiccional competente no es necesario el agotamiento de la vía administrativa*". Artículo 139 de la misma Ley: *"En todo lo no previsto en este Título se aplicará supletoriamente la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el Código Orgánico Tributario".*

Reiteremos que en el delito de contrabando –como se indicará en los apartes siguientes– la intervención de la autoridad aduanera es eludida al introducir, extraer o hacer transitar mercancía, lo que acarrea la aplicación de penas corporales –prisión– y no corporales –multa y comiso– y cuyo conocimiento le corresponde a los tribunales penales, tal como lo prevé el Código Orgánico Procesal Penal, junto con la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que indicamos en el presente cuadro:

	Infracción Aduanera	**Contrabando**
Conducta	Presentación de la declaración de aduanas deficiente o incompleta	Eludir el control aduanero en la introducción, la extracción o el tránsito de mercancías.
Sanción	Multa + Comiso (excepción)	Prisión + Multa + Comiso
Procedimiento	Ley Orgánica de Aduanas + Ley Orgánico Proced. Administ.+ Código Orgánico Tributario.	Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional + Código Orgánico Procesal Penal

Vistas las consideraciones indicadas en relación con las infracciones aduaneras y las diferencias fundamentales con el delito de contrabando, procedemos en esta parte del trabajo a realizar el análisis del tipo objetivo y subjetivo de los delitos de contrabando genérico y de contrabando agravado, previstos y sancionados en los artículos 104 y 105 de la Ley Orgánica de Aduanas.

3. ELEMENTOS DEL DELITO DE CONTRABANDO

Analizaremos los elementos del delito de contrabando dentro de la concepción del funcionalismo teleológico, con base a los planteamientos, entre otros autores, de Roxin, Berdugo y Mir.[4]

[4] En este sentido, Rosales expresa que en la tesis roxiniana, a pesar de partir del mismo origen sociológico de Jakobs –funcionalismo normativo– que entiende el sistema social ordenado por relaciones… *"Estas relaciones son mediadas por el Derecho que está dotado de un sentido (la orientación teleológica), cual es la protección de bienes jurídicos". Fin del cual discrepan los jakobsianos para quienes esto constituye… "un elemento de sobra y si se quiere por demás, constituye una especie de 'contaminación' de la ciencia jurídica*". (2000:231). Roxin señala que una de las diferencias entre su postura y la de Jakobs es que esta última se aleja de todo planteamiento político criminal (2000:53).

Tipo objetivo:

El tipo objetivo constituye la parte externa del delito.[5] A continuación describiremos, el bien jurídico –objeto material / objeto jurídico, la conducta, el resultado y las cualidades de los sujetos, a fin de precisar adecuadamente el sentido de la frase.

2.1 El bien jurídico del delito de contrabando:

Previo al análisis del bien jurídico tutelado en el delito de contrabando, es menester separar el objeto material del objeto jurídico; así tenemos que el objeto material es aquél sobre el que recae la conducta delictiva, que es la mercancía objeto de la operación o régimen de que se trate, pudiendo estar representado por bienes muebles por naturaleza o destinación, incluyendo semovientes, es decir, artículos diversos, productos elaborados, animales, materias primas o frutas.

Consideramos que el bien jurídico tutelado en el delito de contrabando corresponde al control que ejerce el Estado sobre la mercancía que se introduce, extrae o transita, en virtud de las funciones que le son atribuidas en el Art. 156 numeral 15º de la Constitución, en el cual se expresa "*Es de la competencia del Poder Público Nacional. 15. (...) la organización de las aduanas"*, que reconoce la intervención pública en las operaciones y regímenes aduaneros.

En tal sentido, las funciones de las aduanas consisten en:

> – La recaudación de impuestos que correspondan por la operación de que se trate, a los fines de cumplir con las políticas económicas estatales.
>
> – El control del ingreso, egreso y tránsito de las mercancías a los fines de ejercer la vigilancia sobre bienes que pueden aten-

[5] Según expresa Roxin, "*Al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también del resultado penado*". (1997:304).

tar contra derechos fundamentales, como la seguridad o la salud de los ciudadanos, entre otros.

En consecuencia, cuando se elude la intervención de las autoridades aduaneras, se ocasiona una lesión al bien jurídico de control, de intervención del Estado en el ejercicio de sus funciones.[6]

2.2 La conducta:

Las conductas desplegadas por el agente en el delito de contrabando son variadas, y en sentido general contemplan la acción u omisión del agente en la introducción, extracción o tránsito de mercancías, con el fin de eludir o intentar eludir los controles aduaneros.

Como se indicó anteriormente, no sólo se desarrolla la conducta en un hacer, sino también en un dejar de hacer, en el tipo indicado en la forma de omisión impropia o comisión por omisión, que a diferencia de la omisión propia o simple –ausencia de realización de la acción típica ordenada– se caracteriza porque el resultado se verifica por la ausencia de una acción determinada a la que debe añadirse por parte del agente la

[6] Conforme al criterio de los Juzgados de Hacienda, el bien jurídico tutelado es el control de las aduanas "(...) *la mercancía retenida en autos cumplió con todos los requisitos a que se contrae el artículo 98 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas para su ingreso al territorio aduanero nacional en lo relativo a la documentación exigible para la importación de mercancías, igualmente fue puesta a la orden de las autoridades aduaneras en sus facultades legales quienes practicaron sobre las mismas el debido reconocimiento ordenado por la Ley en el artículo 43 y siguientes de la Ley Orgánica de Aduanas. Asimismo, resultando conforme dicho reconocimiento, ordenaron la cancelación de los impuestos causados por la mercancía en cuestión, cumpliendo con la liquidación, pago y retiro aduanero –artículo 56 y siguientes de la Ley Orgánica de Aduanas– y el correspondiente desaduanamiento de dichos efectos, vale decir que en virtud de la documentación aportada en autos se evidencia que la mercancía fue puesta a la orden de la aduana, la aduana cumplió su misión reconocedora conforme a la documentación presentada, ordenó la entrega de la mercancía previo el pago de los impuestos causados por dicha mercancía".* (Juzgado Nacional de Hacienda del 24/03/97, 25/06/97, 17/11/97 y 04/05/98, Nos. 65, 114, 233 y 88, entre otras).

posición de garante del bien jurídico tutelado por la norma, como sería el caso del deber de custodia del depositario o almacenista de la mercancía, que aún no ha llegado a perfeccionar la operación aduanera.[7]

Ahora pasamos a distinguir las diferentes conductas manifestables tanto en los delitos de contrabando genérico como de contrabando agravado, previstos en los artículos 104 y 105 respectivamente de la Ley Orgánica en materia aduanera, y cuyas diferencias se reducen, por una parte, a la sanción contemplada, que para el segundo de los hechos punibles, supone la pena aumentada de un tercio a la mitad, en relación a la pena de prisión de dos a cuatro años correspondiente para el delito de contrabando genérico, y por la otra, frente a las conductas que las configuran, como veremos en los puntos siguientes:

2.2.1 Las conductas en el delito de contrabando genérico:

Son diversas las conductas constitutivas del tipo de contrabando genérico contemplado en el artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas, y las cuales a continuación procedemos a explicar:

a) La introducción y la extracción de mercancías:

El supuesto de hecho indicado en el encabezamiento del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas, se contrae a la introducción o extracción de mercancías sin cumplir con los controles aduaneros respectivos.

---

[7] Según Tosi, el contrabando puede ser cometido por "*acción directa (...) el caso del contrabando, que siempre se tratará de una comisión por omisión, es decir, que fundamentalmente estará precedido por la intencionalidad de comisión de una acción. En ese sentido, la omisión debe ser el medio utilizado para obtener el resultado buscado*". (1997:12). Por su parte, para Bello, "*…se trata de un delito que se puede cometer por comisión o por omisión, aun cuando en su praxis judicial se ofrezca predominantemente positivo. Un supuesto interesante es el contemplado en la letra 'k' del artículo 103 (derogado). El abandono se presenta como omisivo. La naturaleza de la norma violada es de carácter imperativo, de allí que el giro verbal de la ley recoge una actividad final, abandonar precedida de una actividad positiva que la condiciona y prepara*". En todo caso, la omisión sería factible en el supuesto del Art. 102 (derogado, actualmente encabezamiento del artículo 104). (1988:650).

En la práctica, dichas conductas se materializan en las operaciones de importación y exportación de mercancías. En el primer caso, se trataría del acto administrativo mediante el cual las mercancías extranjeras adquieren la nacionalidad del país a los cuales van a ser destinadas con carácter definitivo.

La operación de exportación, en cambio, es el acto administrativo mediante el cual las mercancías nacionales o nacionalizadas, abandonan el territorio aduanero con destino a otro territorio aduanero a título definitivo.

Ambas operaciones exigen el cumplimiento de requisitos establecidos por la Ley Orgánica de Aduanas y el Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas vigente, que someten las mercancías a los controles aduaneros, por lo que en caso de que se eluda o evite la intervención de las autoridades respectivas, por cualquier modo, se incurre en el supuesto indicado.

b) La conducción, tenencia y circulación de mercancías extranjeras sin comprobar su legal introducción o adquisición en lícito comercio.

El supuesto de hecho previsto en el artículo 104 literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas se contrae a la conducción, tenencia o circulación de mercancías extranjeras, sin que se pueda comprobar su legal introducción previa o su adquisición en lícito comercio.[8]

[8] Al respecto, en criterio del Juzgado Nacional de Hacienda, se indica: "(...) el concepto de poseedor o tenedor no siempre fue pacífico en la doctrina, pues se han conformado dos corrientes, una denominada romanística, entre los que se encuentra Savigny, para quien la posesión es la concurrencia de dos elementos, uno físico expresivo de la acción que se ejerce sobre la cosa, identificado como el *corpus*, mientras que la intención del sujeto con respecto de la cosa, sería el *animus,* elemento este que permitiría a Savigny, calificar la posesión. Frente a esta teoría, se presenta la concepción germánica de la posesión, denominada por los alemanes *gewere* y distinguía la *gewere* jurídica que equivale a la titularidad del derecho real y que se obtiene por la posesión continuada de más de un año, la *gewere* corporal apoyada en la relación de hecho sobre la cosa y la *gewere* ideal, la que existe con independencia de la relación efectiva sobre la cosa, como en los casos del heredero, del despojo y sobre una decisión judicial. Las formas de adquirir la posesión, puede ser bien por adquisición originaria, es decir, sin la voluntad del poseedor anterior, por ejemplo, una persona coloca en los almacenes del poseedor, a disposición de éste, un bien o grupo de bienes que considera abandonados por su anterior titular; el dueño del estanque que decide conservar para sí los peces que han penetrado en el recipiente. En materia fiscal, en el caso de abandono de mercancías cumpliendo con los requisitos de ley, forman parte del Fisco Nacional, sin considerar a su importador o adquirente original. También por adquisición derivativa, en cuyo

Del análisis de dicho supuesto se desprende lo siguiente:

1. No se precisa ni determina con claridad la conducta punible, tan sólo se limita el enunciado a describir el comportamiento típico de una manera escueta e indeterminada, mediante los verbos posesión-conducción-circulación, sin precisar sus circunstancias relevantes, los componentes anímicos del agente u otras circunstancias indicativas de modo, lugar y tiempo.

A nuestro juicio, el supuesto de hecho indicado presenta cierta imprecisión, lo cual resultaría violatorio del principio de legalidad, previsto en el artículo 49, numeral 6) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que exige que los tipos penales deben ser claros y precisos a los fines de cumplir con la función de seguridad ciudadana, evitando así generar interpretaciones equívocas.

2. Se coloca al investigado en la posición de demostrar el carácter con el cual detenta, posee o hace circular la mercancía de procedencia extranjera, bien sea mediante su introducción legal o su adquisición en lícito comercio (la llamada compra en plaza).

El anterior supuesto atenta, en nuestro criterio, contra principios procesales, como serían el debido proceso y básicamente, la presunción de inocencia, que preceptúa que una persona se considera inocente hasta tanto exista una sentencia definitivamente firme que establezca lo contrario, por ende la carga probatoria le compete al titular de la acción

caso, sí necesita o supone el concurso del poseedor anterior por tradición o entrega del bien, sea ésta efectiva o material, simbólica *brevi manu o constito posesorio,* documental y finalmente, la adquisición (...) la posesión está prevista en el Título V del Código Civil. El artículo 772 *ejusdem*, describe los elementos de la posesión legítima de la siguiente forma: (...). de lo que se desprende que para referirnos a poseedor de buena fe, es menester la existencia de los siguientes requisitos: a) Elemento material: Implica la existencia de un título, es decir, del acto traslativo, bien sea a título gratuito, oneroso, singular, como por ejemplo, la venta, la donación, la permuta, la dación de pago, y como indica Gert Kumerow en su obra *Bienes y Derechos Reales* (p. 1.721): "El título debe existir de hecho y jurídicamente, aunque esté viciado". b) Elemento subjetivo, consiste en la buena fe, la creencia de haber adquirido la propiedad o de quien jurídicamente podía disponer del mismo y la ignorancia de los vicios que puedan afectar el título de adquisición (...) Vistos los anteriores planteamientos, tenemos que la empresa BAZAR EL BOTELÓN, C.A, representada por los ciudadanos JOSÉ MARÍA DE NÓBREGA y MANUEL DE NÓBREGA JUNIOR es un poseedor de buena fe (...)." (Decisión Nº 88, 04/05/98).

penal –Fiscal del Ministerio Público– y no al imputado o acusado, por lo que en caso de ausencia de pruebas o dudas sobre la responsabilidad de este último, deberá proceder una sentencia absolutoria.

En consecuencia, estimamos muy debatible el planteamiento de Asuaje Sequera (1997:233), cuando expresa*:*

> Quien tenga en su poder mercancía de origen extranjero deberá demostrar que las introdujo mediante el cumplimiento de los trámites y satisfacción de las obligaciones y requisitos establecidos en la legislación aduanera, o que las adquirió en lícito comercio dentro del país; caso contrario, queda sujeto a recibir las penas establecidas para el contrabando.

Esta consideración, como se indicó anteriormente, podría quebrantar principios y garantías penales y procesales establecidos en normas de rango superior. Entendemos, sin embargo, que en la práctica, por la multiplicidad de controles existentes, la problemática no deja de revestir aspectos complicados.

c) El ocultamiento de las mercancías en cualquier forma que dificulte o impida el descubrimiento de los bienes en el reconocimiento.

Este supuesto de hecho (previsto y sancionado en el artículo 104 literal c) de la Ley Orgánica de Aduanas) se refiere al ocultamiento de las mercancías que en cualquier forma dificulte o impida el descubrimiento de los bienes en el acto llamado de reconocimiento aduanero.

Una de las fases requeridas para perfeccionar la operación de importación lo constituye el reconocimiento aduanero, el cual permite la determinación del régimen jurídico-impositivo a aplicarse. En este sentido, el ente administrativo a través del Fiscal Nacional dependiente del Ministerio de Finanzas, verifica la documentación presentada en relación con la mercancía objeto de dicha operación, a los fines de determinar el régimen jurídico al que van a ser sometidas, tal como lo expresan los artículos 49 y siguientes de la Ley Orgánica de Aduanas, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 159 y 160 de su Reglamento.

Ahora bien, en la práctica dicho reconocimiento se dificulta o impide cuando la mercancía ha sido escondida, como en los casos del uso de maletas de doble fondo, en la ropa que se porta, o en el tapizado de las paredes de un *container* o sus equivalentes usados para el transporte de la mercancía.

Consideramos que esta nueva conducta parece redundante respecto del enunciado legal anterior, pues se trataría más bien del uso de medios tendentes a eludir el control aduanero en la introducción de mercancías, lo que perfectamente correspondería a la introducción de éstas eludiendo los controles aduaneros a que se refiere el encabezamiento del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas, ya examinado en las páginas anteriores.

d) El transporte o permanencia de mercancías en vehículos de cabotaje no autorizados.

Este nuevo supuesto de hecho previsto en el artículo 104 literal d) de la Ley Orgánica de Aduanas, se refiere al transporte o la permanencia de mercancías extranjeras en vehículos de cabotaje no autorizados para el tráfico y la de mercancías nacionales o nacionalizadas en el mismo tipo de vehículos, sin haberse cumplido con las exigencias legales del caso.

El régimen de cabotaje es el transporte marítimo, fluvial, lacustre o aéreo de mercancías nacionalizadas, entre territorios aduaneros de un mismo país, por medio de vehículos o medios de transporte de matrícula nacional (salvo que previamente el Ministerio de Finanzas permita que tengan matrícula extranjera).

De la descripción típica de la conducta tenemos que el supuesto se refiere a:

– Transporte o permanencia.

– De mercancías destinadas a la importación o exportación.

– A través de un medio de transporte marítimo, fluvial, lacustre o aéreo, sin cumplir con los requisitos legales, como son entre otros, la autorización expedida por el Ministerio de Finanzas,

previa opinión favorable del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (actualmente Ministerio de Infraestructura).

e) La circulación de mercancías extranjeras no nacionalizadas por rutas o lugares distintos de los autorizados, de mercancías extranjeras no nacionalizadas, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

El supuesto de hecho indicado en el artículo 104 literal e) de la Ley Orgánica de Aduanas se contrae a la operación de tránsito, entendida como el acto mediante el cual las mercancías extranjeras son trasladadas bajo control aduanero de una aduana nacional a otra, sin que por ello se afecte su nacionalidad.

De la descripción típica de la conducta tenemos que se refiere a:

– La operación de tránsito de una zona aduanera a otra.

– De mercancías destinadas a la operación de importación .

– A través de rutas o lugares distintos a los autorizados por las autoridades aduaneras, una vez que han arribado al territorio nacional, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

En relación con la disposición *en comento*, consideramos que el desvío de las rutas para eludir el control aduanero, pudiera considerarse como un medio de ejecución del delito de contrabando, como una fase externa del *iter criminis,* por lo que su inclusión en la ley especial tal vez no era indispensable, como supuesto aparte, porque en todo caso, también esta modalidad resultaría punible.

Por otra parte, dicha disposición excluye su configuración bajo supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, entendido como sucesos imprevisibles e inevitables que escapan del control humano, por ejemplo, en el caso de inundación que obligue a cambiar el rumbo del medio de transporte empleado, o en el caso del conductor o transportista que es embestido por otro vehículo o es secuestrado, impidiéndose de este modo que se cumpla el itinerario previsto.

Consideramos que en cualquiera de los supuestos indicados, y no necesariamente en este último, se excluye la configuración típica ante la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor.

f) La rotura no autorizada de precintos, sellos, marcas, puertas, envases y otros medios de seguridad de mercancías cuyos trámites aduaneros no hayan sido perfeccionados, o que no estén destinados al país, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

El supuesto de hecho indicado en el artículo 104 literal f) de la Ley Orgánica de Aduanas, se relaciona con la ruptura de sellos, precintos o cualquier medio de seguridad que acompaña la mercancía cuando aún no se ha perfeccionado la operación aduanera, o cuando la mercancía no está destinada al país.

De la descripción típica de la conducta tenemos que la misma se refiere a:

La alteración no autorizada de sellos, precintos, envases, puertas u otras medidas de seguridad con las que circulan las mercancías.

Estas mercancías estarían por someterse a la operación de importación o al régimen de admisión temporal, introducidas para permanecer en el país y cumplir una función económica dada, o bien para formar parte de un bien que habrá de ser posteriormente exportado. Salvo en el caso fortuito o la fuerza mayor.

En relación con la disposición en cuestión, consideramos que incurre igualmente en errores de técnica legislativa, toda vez que no se establece con precisión cuándo estaría autorizada la ruptura de sellos; por otra parte, pareciera redundante, ya que dicha conducta es un medio de ejecución del delito de contrabando como fase externa del *iter criminis,* por lo que no parece indispensable su inclusión como supuesto separado.

g) El despacho o entrega de mercancías sin autorización de la aduana, en contravención a lo dispuesto en el artículo 26 de esta Ley.

El supuesto de hecho previsto en el artículo 104 literal g) de la Ley Orgánica de Aduanas, guarda relación directa con las funciones de

los guardadores de las mercancías depositadas en los almacenes o depósitos, bajo potestad de la aduana, que entregan o despachan mercancías, sin haber sido autorizadas por la autoridad respectiva, y en consecuencia, sin haber sido sometidas al acto de examen o reconocimiento respectivo.

Recordemos que su ocurrencia ha sido, en algunas aduanas, frecuente.

h) La descarga o embarque de mercancías en general, de suministros, repuestos, provisiones de a bordo, combustible, lubricantes y otras destinadas al uso o consumo a bordo de los vehículos de transporte, sin el cumplimiento de las formalidades legales.

Este supuesto de hecho indicado en el artículo 104 literal h) de la Ley Orgánica de Aduanas, se contrae al manejo de las provisiones de a bordo, es decir, de víveres y provisiones liberados del pago de impuestos de importación, destinados al uso y consumo de los pasajeros y tripulantes de vehículos que realicen transporte de pasajeros (llamados comúnmente "ranchos"). Incluye además la reparación y accesorios para dicho transporte, como son entre otros, las escaleras de embarque, el equipo para el servicio de mesa, las baterías de arranque e incluso los billetes de pasaje.

Dichas provisiones, atendiendo al fin propuesto, se encuentran exentas del pago de impuesto y cuando se les atribuye una naturaleza distinta, el legislador considera que se está incurriendo en el delito de contrabando.

i) El transbordo de mercancías extranjeras efectuado sin el cumplimiento de las formalidades legales.

El supuesto de hecho previsto y sancionado en el artículo 104 literal i) de la Ley Orgánica de Aduanas, se refiere al transbordo, que consiste en la movilización de mercancías de un vehículo de transporte a otro con fines de trasladarlo a la oficina aduanera, donde se perfeccionará la operación de que se trate. Ello exige la autorización de la autoridad aduanera respectiva.

j) El abandono de las mercancías en lugares contiguos o cercanos a las fronteras, al mar territorial o en dependencias federales, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

El supuesto de hecho indicado en el artículo 104 literal j) de la Ley Orgánica de Aduanas, nos refiere el abandono de las mercancías en lugares vecinos o cercanos a las fronteras, al mar territorial o en dependencias federales, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Dicha disposición excluye el tipo en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, entendido como tal los sucesos imprevisibles e inevitables que escapan del control humano, como en el caso citado de inundación. Por otra parte, nos parece la acotación redundante, ya que en cualquiera de los supuestos indicados, ante la presencia de caso fortuito o fuerza mayor, se genera regularmente la llamada ausencia de tipo.

Vistos los supuestos de hecho indicados en cuanto al contrabando básico o genérico, previsto y sancionado en el artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas, procedemos a continuación a distinguir las diferentes conductas manifestables en el delito de contrabando agravado, tal como está establecido en el artículo 105 de la citada Ley, de la siguiente manera:

1.2.2 Las conductas en el delito de contrabando agravado

Son diversas las conductas que se pueden desplegar en el tipo de contrabando agravado. A continuación procedemos a explicarlas:

a) La desviación, consumo, disposición o sustitución de mercancías sin autorización y las cuales se encuentran sometidas o en proceso de sometimiento a un régimen de almacén o de depósito aduanero.

El supuesto de hecho indicado, previsto y sancionado en el artículo 105 literal a) de la Ley Orgánica de Aduanas, se refiere al desvío, consumo, disposición o sustitución de mercancías que se encuentran en depósito aduanero o bajo régimen de almacén, sin autorización para hacerlo.

El depósito aduanero o régimen de almacén, consiste en el sistema mediante el cual las mercancías son confiadas en un lugar determinado bajo control y potestad aduanera, mientras se perfecciona la operación aduanera de que se trate. El depósito abarca:

> – Las mercancías importadas sin sujeción al pago de los derechos de importación.

– Las mercancías nacionales destinadas a las operaciones de exportación.

– Las mercancías sometidas al régimen de admisión temporal, es decir, aquellas que se introducen al territorio aduanero nacional con suspensión del pago de los impuestos de importación y otros recargos por formar parte de un bien que será exportado, luego de utilizado, y sin haber experimentado modificación alguna (Artículo 31 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros Especiales, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 35.313, de fecha 7 de octubre de 1993).

– La mercancía sometida al régimen de admisión temporal para perfeccionamiento activo o maquila, es decir, aquella que se introduce al territorio aduanero nacional con suspensión del pago de los impuestos de importación y otros recargos, para formar parte de un bien que será luego exportado después de haber sido objeto de transformación, combinación, mezcla, reparación o ensamblaje.

De allí se concluye que las mercancías sometidas al régimen indicado no pueden ser retiradas, consumidas, sustituidas ni desviadas a otro destino hasta tanto se perfeccione la operación aduanera respectiva.

b) La conducción y desembarque de mercancías extranjeras en buque de cualquier nacionalidad en aguas territoriales, sin que estén destinadas al tráfico o comercio legítimo con Venezuela o alguna otra nación.

Este supuesto de hecho indicado en el artículo 105 literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas, plantea la conducción y desembarque de mercancías de procedencia extranjera en aguas territoriales de Venezuela, sin que estén destinadas a operación o régimen alguno con el país u otra nación cualquiera.

De la descripción típica tenemos que se trata de:

– Conducción y desembarque de mercancías.

– Mediante vía marítima –sin presentar el conocimiento de embarque–.

– No sujetas a operación ni trámite aduanero alguno.

c) La apropiación, retención, consumo, distribución o falla en la entrega a la autoridad aduanera competente, por parte de los aprehensores o de los depositarios de los efectos embargados que, en virtud de esta Ley, deban ser objeto de comiso.

El supuesto de hecho previsto y sancionado en el artículo 105 literal c) de la Ley Orgánica de Aduanas, contempla la apropiación, retención, consumo, distribución o falla en la entrega de mercancía retenida por parte de los aprehensores o de los depositarios de los efectos embargados sujetos a comiso.

De la descripción típica indicada se desprende que:

– Los sujetos activos tienen particularidades especiales, como el carácter del aprehensor, es decir, funcionarios instructores tales como los funcionarios policiales, los funcionarios adscritos a la Guardia Nacional –Resguardo Nacional– u otra autoridad policial o administrativa como en el caso de los funcionarios del Ministerio de Finanzas –SENIAT–, tal como lo prevé el artículo 322 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Igual ocurre con el depositario de los efectos embargados.[9]

– La mercancía presuntamente ha salido del ámbito físico de la potestad aduanera.

– La mercancía es objeto de un procedimiento administrativo o judicial, y por ende sometida a pena de comiso.

[9] Establece dicho artículo: "*Los funcionarios judiciales o administrativos, que en el curso de una averiguación sumaria, encuentren pruebas suficientes de que se ha cometido una contravención sancionada con pena de comiso, embargarán los efectos decomisables, formulando por triplicado una relación especificada de ellos en la que conste su naturaleza, número, peso y valor. Para determinar este último podrán asesorarse con persona experta. De las actuaciones a que se refiere este artículo darán aviso inmediato al Ministro de Hacienda y mientras este funcionario indica la Oficina o empleado fiscal a quien deban ser entregados, los efectos aprehendidos se mantendrán al cuidado de un Administrador de Rentas, el mismo guardará provisionalmente los efectos*".

– La mercancía no es entregada debidamente, lo cual impide ejecutar la pena indicada.

d) La introducción al territorio aduanero de mercancías procedentes de zonas, puertos o almacenes libres aduaneros (*in bond*), sin haberse cumplido o violentándose los requisitos de la respectiva operación.

El supuesto de hecho, previsto y sancionado en el artículo 105 literal d) de la Ley Orgánica de Aduanas, se refiere a la introducción de mercancías sin cumplir con los requisitos legales, procediendo dichos bienes de los siguientes lugares:

– **Zonas francas y puertos libres**. Es decir, aquellas porciones del territorio nacional sustraídas a la jurisdicción aduanera y en virtud de lo cual las mercancías de procedencia extranjera pueden ingresar al mismo, sin el pago de los derechos respectivos.

– **Almacenes libres de impuesto** *(duty free shops*). Corresponden a lugares donde se expenden mercancías libres de impuestos a las personas que están de tránsito en el país en condición de pasajeros, como son los establecimientos comerciales en los aeropuertos o puertos internacionales, formando parte del equipaje acompañado (efectos de uso o consumo personal y sin finalidad lucrativa).

– **Depósito aduanero** *(in bond*). Régimen especial mediante el cual las mercancías son depositadas en un lugar determinado, bajo control y potestad de la autoridad aduanera, sin estar sujetas al pago de impuestos de ninguna especie, siempre y cuando no exceda del plazo de un año contado a partir del ingreso de la mercancía al depósito.

Este último supuesto comprende los casos en que se introduce mercancía adquirida en zonas, almacenes o depósitos que por su característica especial tienen un fin y naturaleza determinada y se encuentran en principio exentos del pago de impuesto; en cuyo caso se deberá cumplir con la cancelación de los impuestos respectivos. Así, por ejemplo, en el supuesto de cigarrillos o bebidas alcohólicas adquiridas en la Isla de Mar-

garita, al ingresar a Caracas para su comercialización, se requerirá el pago de los tributos correspondientes.

e) Impedir o dificultar mediante engaño, ardid o simulación el cabal ejercicio de las facultades otorgadas legalmente a las aduanas.

Este supuesto de hecho previsto y sancionado en el artículo 105 literal e) de la Ley Orgánica de Aduanas, regula los presupuestos en los cuales se trata de impedir o dificultar mediante engaño, ardid o simulación el ejercicio de la potestad aduanera.

La anterior conducta es genérica, por lo que puede subsumirse en la introducción o extracción de mercancías sin cumplir con los controles aduaneros, o bien ocultando mercancías que de cualquier forma dificulte o impida el descubrimiento de los bienes en el reconocimiento, (ya previsto en el artículo 104, encabezamiento y literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas), casos ya explicados.

f) La violación de las obligaciones establecidas en los artículos 7º y 15º de esta Ley.

El supuesto fáctico indicado en el Art. 105 literal f) de la Ley Orgánica remite a otra disposición (figura denominada por Fernández Carrasquilla, normas penales de reenvío, 1998:VI:68). En virtud de esta remisión el precepto se ubica en diferente lugar, como son los artículos 7 y 15 de la misma Ley.[10]

---

[10] Artículo 7°*: "Se someterán a la potestad aduanera: 1) Toda mercancía que vaya a ser introducida o extraída del territorio nacional; 2) Los bienes que formen parte del equipaje de pasajeros y tripulantes; 3) Los vehículos o medios de transporte, comprendidos sus aparejos, repuestos, provisiones de a bordo, accesorios e implementos de navegación y movilización de carga o de personas, que sean objeto de tráfico internacional o que conduzcan las mercancías y bienes; así como las mercancías que dichos vehículos o medios contengan, sea cual fuere su naturaleza; 4) Las mercancías, medios de transporte y demás efectos cuando sean objeto de tráfico interno en aguas territoriales o interiores, espacio aéreo nacional y zona de vigilancia aduanera, áreas especiales de control, de almacenes generales de depósito, depósitos aduaneros o almacenes libres de impuestos.* Parágrafo Unico: *Se excluyen de la potestad aduanera los vehículos y transporte de guerra y los que expresamente determine el Ministro de Hacienda, excepto cuando realicen operaciones de tráfico internacional o nacional de mercancías y pasajeros*". Artículo 15: *"Las operaciones aduaneras relativas al transporte multimodal, carga consolidada y mensajería internacional deberán realizarse en los lugares y rutas habilitados para ello. El Reglamento determinará las formalidades relativas a la documentación y las respectivas responsabilidades de los transportistas o de las empresas especializadas, así como las demás normas relativas a los sistemas indicados, en lo que se refiere a los controles aduaneros*".

Los mismos guardan relación directa con las violaciones referidas a eludir la potestad aduanera a la que expresamente hace mención el artículo 7 de la Ley Orgánica de Aduanas, que prevé los supuestos de la llamada potestad aduanera. La misma comprende:

> – Toda mercancía que vaya a ser introducida o extraída del territorio nacional.
>
> – Los bienes que formen parte del equipaje de pasajeros y tripulantes.
>
> – Los vehículos o medios de transporte, comprendidos sus aparejos, repuestos, provisiones a bordo, accesorios e implementos de navegación y movilización de cargo de personas, que sean objeto de tráfico internacional o que conduzcan las mercancías y bienes, así como las mercancías que dichos vehículos o medios contengan, sea cual fuere su naturaleza.
>
> – Las mercancías, los medios de transporte y demás efectos cuando sean objeto de tráfico interno en aguas territoriales o interiores, espacio aéreo nacional y zona de vigilancia aduanera, áreas especiales de control de almacenes generales de depósitos aduaneros, o almacenes libres de impuestos.

Así, quedan expresamente exceptuados de la potestad aduanera las negociaciones efectuadas sobre vehículos y transportes de guerra, y los que expresamente determine el Ministro de Finanzas, al menos cuando realicen operaciones de tráfico internacional o nacional de mercancías y pasajeros.

Las violaciones referidas a las operaciones efectuadas bajo la modalidad de transporte, carga consolidada y mensajería internacional, están previstas en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Aduanas.

La consolidación de carga internacional, es la operación mediante la cual un operador del porteador transporta en el vehículo de éste una carga en forma agrupada, bajo su nombre y responsabilidad, destinada a uno o más consignatarios.

El transporte internacional multimodal, intermodal o combinado, es la operación de tránsito aduanero mediante la cual el transporte de mercancías se realiza por más de dos modos diferentes, desde un lugar donde el operador de transporte combinado se hace cargo de mercancías, a otros lugares destinados para su entrega en un país diferente.

Una vez más consideramos que estos supuestos resultan redundantes, al poder ser subsumidos en el encabezamiento general del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas, el cual establece "la introducción, extracción de mercancías sin cumplir con los controles aduaneros". Igualmente, existe previsión legal cuando se refiere a eludir la potestad aduanera, expresamente indicada en el artículo 7 de la mencionada Ley, o cuando el transporte en la modalidad indicada no cumple con los requisitos exigidos para la operación aduanera de que se trate.

g) La presentación a la aduana como sustento de la base imponible declarada o como fundamento del valor declarado, de factura comercial falsa, adulterada, forjada, no emitida por el proveedor o emitida por éste en forma irregular en connivencia o no con el declarante, a fin de variar las obligaciones fiscales, monetarias o cambiarias derivadas de la operación aduanera. Igualmente, la presentación a la aduana como sustento del origen declarado, de certificado del origen declarado, de certificado falso, adulterado, forjado, no emitido por el órgano o funcionario autorizado o emitidos por éstos en forma irregular, en connivencia o no con el declarante, con el objeto de acceder a un tratamiento preferencial, de evitar la aplicación de restricción u otra medida a la operación aduanera o en todo caso, defraudar los intereses del Fisco Nacional.

El supuesto de hecho indicado, previsto y sancionado en el artículo 105 literal g) de la Ley Orgánica de Aduanas, se contrae a los siguientes aspectos:

1. Presentación ante las autoridades aduaneras de documentos falsos, adulterados o emitidos en forma ilícita con la finalidad de acceder a un tratamiento preferencial, de evitar la aplicación de restricción u otra medida a la operación aduanera o en todo caso, defraudar los intereses del Fisco Nacional, cuales son:

> – La factura comercial definitiva, aquella que determina la adquisición de la mercancía en el extranjero, con indicación del proveedor, así como el tipo y precio de los efectos y la cual tiene por finalidad determinar el valor monetario a los fines del reconocimiento.
>
> – Certificado de origen, aquel documento que determina el lugar de procedencia de la mercancía y tiene por finalidad determinar la clasificación arancelaria, así como el pago o la exención de los tributos.

2. La participación del proveedor al otorgar la factura comercial definitiva o el funcionario al emitir en forma irregular el certificado de origen.

Consideramos que esta conducta bien puede subsumirse en la introducción y extracción de mercancías sin cumplir con los controles aduaneros, a fin de eludir la intervención fiscal, al presentar ante la oficina aduanera respectiva documentos falsos, tal como expresamente lo consagra el encabezamiento del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas.

h) La utilización, adulteración, tenencia o preparación irregular de los sellos, troqueles u otros mecanismos o sistemas informáticos o contables destinados a aparentar el pago o la caución de las cantidades debidas al Fisco Nacional.

El supuesto de hecho indicado en el artículo 105 literal h) de la Ley Orgánica de Aduanas, se contrae al uso, adulteración, tenencia o preparación irregular de los sellos, troqueles u otros mecanismos o sistemas informáticos o contables que bien puede considerarse como medio de ejecución del delito de contrabando genérico, como fase externa del *iter criminis,* porque como se explicará en el aparte correspondiente, con ello se comienza a penetrar en el tipo indicado, con la finalidad de simular el pago o la caución debida al Fisco Nacional, con ocasión de la operación de que se trate.

i) La presentación de delegación, licencia, permiso, registro u otro requisito o documento falso, adulterado, forjado, no emitido por el órgano

o funcionario autorizado o emitidos por éste en forma irregular, cuando la introducción o extracción de las mercancías estuviere condicionada a su exigibilidad.

El supuesto de hecho sancionado en el artículo 105 literal i) de la Ley Orgánica de Aduanas, se refiere a lo siguiente:

> – Operaciones de importación o exportación.
>
> – A través de la presentación ante las autoridades aduaneras de documentos falsos, adulterados, no emitidos por el órgano o funcionario autorizado o emitidos por éste en forma irregular.
>
> – Relativos a mercancías sometidas a delegación, permiso o licencia.
>
> – Con la participación de un funcionario, al emitir en forma irregular el documento exigido ante las autoridades aduanales.

Se trata de supuestos de operaciones de importación o exportación que versan sobre mercancías que exigen –atendiendo al tipo de mercancía de que se trata– la concurrencia de un requisito concreto para su perfeccionamiento, como es el caso, por ejemplo, de un permiso fitosanitario para la importación de productos alimenticios o medicinales que haya sido previamente forjado.

Consideramos igualmente que estas conductas bien podrían subsumirse en la introducción-extracción de mercancías sin cumplir con los controles aduaneros, para eludir la intervención fiscal, al presentar ante la oficina aduanera respectiva documentos falsos, tal como expresamente lo consagra el encabezamiento del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas. Como vemos, este artículo constituye el enunciado fundamental en la organización del control aduanero del delito de contrabando, posible de manifestarse en numerosísimas modalidades.

j) El respaldo de las declaraciones aduaneras, solicitudes o recursos, con criterios técnicos de clasificación arancelaria o valoración aduane-

ra, obtenidos mediante documentos o datos falsos, forjados o referidos a mercancías diferentes.

El supuesto de hecho indicado, previsto y sancionado en el artículo 105 literal j) de la Ley Orgánica de Aduanas, se contrae a la utilización de instrumentos no auténticos o forjados, ante las autoridades aduaneras, relativos a criterios técnicos de clasificación arancelaria o valoración aduanera, o referidos a mercancías diferentes.

Dicho supuesto, a nuestro entender, bien puede subsumirse en los previstos en los numerales anteriores, y en todo caso bastaba con indicar la presentación ante las autoridades aduaneras de documentos falsos o forjados. Como observamos acá, y se repetirá en los siguientes supuestos, a nuestro juicio, el exceso de mención casuística terminará por transformar la ley en una especie de "super-reglamento".

k) La alteración, sustitución, destrucción, adulteración o forjamiento de declaraciones, actas de reconocimiento, actas de recepción y confrontación de cargamentos, resoluciones, facturas, certificaciones, formularios, planillas de liquidación o autoliquidación y demás documentos propios de la gestión aduanera.

El supuesto de hecho indicado en el artículo 105 literal k) de la Ley Orgánica de Aduanas, guarda relación directa con la falsificación, adulteración o sustitución de declaraciones, actas de reconocimiento, de recepción y confrontación de cargamentos, resoluciones, facturas, certificaciones, formularios, planillas de liquidación, autoliquidación y otros documentos exigidos para perfeccionar la operación aduanera de que se trate.

Creemos igualmente en este caso, que dicho supuesto bien puede subsumirse en los previstos en los numerales anteriores, y a todo evento, habría bastado con indicar la presentación ante las autoridades aduaneras de documentos falsos o forjados, sin otro añadido.

l) La inclusión en contenedores, en carga consolidada o en envíos a través de empresas de mensajería internacional, de mercancías no declaradas cuya detección en el reconocimiento o en una gestión de control posterior, exija la descarga total o parcial del contenido declarado.

El supuesto de hecho previsto y sancionado en el artículo 105 literal l) de la Ley Orgánica de Aduanas, apunta a la inclusión en contenedores, carga consolidada o a través de empresas de mensajería internacional de mercancías cuyo transporte o movilización no han sido declarados.

El medio a que hace mención dicha disposición se refiere a transportes, como el caso de la consolidación de carga internacional, figura mediante la cual un operador del porteador transporta en el vehículo de éste, carga en forma agrupada, bajo su nombre y responsabilidad, destinada a uno o más consignatarios; o el transporte internacional multimodal, intermodal o combinado, los cuales ocurren cuando el envío de mercancía se realiza por más de dos modos diferentes, desde un lugar donde el operador de transporte combinado se hace cargo de mercancías a otros lugares destinados para su entrega en un país diferente.

m) La simulación de la operación aduanera de importación, exportación, tránsito o de las actividades de admisión, reimportación, reexportación, reexpedición, reintroducción, transbordo, reembarque o retorno.

Este supuesto de hecho, previsto y sancionado en el artículo 105 literal m) de la Ley Orgánica de Aduanas, se contrae al simulacro de numerosas operaciones aduaneras consideradas de rutina, tales como la importación, exportación y tránsito, así como de los regímenes aduaneros de admisión, reimportación, reexportación, reexpedición, reintroducción, transbordo, reembarque o retorno.

Simular es aparentar algo inexistente. En el supuesto de hecho indicado, fingir o aportar apariencia de que las operaciones y regímenes aduaneros indicados fueron perfeccionados, como sería representar bajo cualquier medio que la mercancía fue introducida regularmente, y por ende sometida al control aduanero, cuando en realidad no ha ocurrido así.

Pensamos que igualmente dicho supuesto puede ubicarse dentro del tipo básico o genérico de contrabando, el cual se refiere a “introducir o extraer mercancías eludiendo el control aduanero” y que abarca las actividades indicadas, siendo la simulación simplemente el medio instrumental para evitar o intentar evitar la intervención aduanera en cualquiera de sus variadas fases.

n) La participación en el contrabando de un funcionario público u obrero al servicio de la Administración Pública o un auxiliar de la Administración Aduanera o de quien tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y hasta el segundo grado de afinidad con los funcionarios de la aduana en la introducción o extracción de la mercancía.

El supuesto de hecho indicado, previsto y sancionado en el artículo 105 literal n) de la Ley Orgánica de Aduanas, hace especial referencia al autor en la introducción o extracción de mercancías, en particular cuando el mismo está dotado de cualidades propias, como lo son:

> 1. Los funcionarios públicos u obreros de la administración pública, es decir, toda persona que se encuentre laborando en relación de dependencia con cualquiera de las instituciones estatales, nacionales, municipales y las empresas del Estado, ya sea a título permanente o temporal, siempre y cuando medie remuneración.

Por otra parte, no especifica el literal anterior si el supuesto de hecho ocurre cuando se está en ejercicio o con ocasión de funciones. Consideramos en virtud de ello, que bastaría con que ostente el carácter indicado, investido como tal por el poder público.

> 2. Los funcionarios auxiliares de la administración aduanera, como son los funcionarios adscritos al Ministerio de Finanzas, en particular del Servicio Nacional de Integración Aduanera (SENIAT) –Gerencia de Aduanas– y sus familiares con parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y hasta el segundo grado de afinidad.

No comprendemos cuál fue el espíritu del legislador al extender expresamente la responsabilidad en la participación de familiares de los funcionarios adscritos a la Gerencia de Aduanas y darle el carácter de contrabando agravado, quebrantando principios fundamentales como el principio el hecho, en virtud del cual la pena o la medida de seguridad impuesta a una persona, sólo lo será por la acción externa realizada y concretada previamente en un tipo, excluyéndose la responsabilidad por

el estilo de vida, personalidad o carácter, o el grado de parentesco, lo que en otras épocas se refería al principio de autor, u otros como la antigua concepción caracterológica de la culpabilidad.

o) Cuando las mercancías objeto del contrabando sean prohibidas o reservadas.

El supuesto anterior, sancionado en el artículo 105 literal o) de la Ley Orgánica de Aduanas, regula aquella situación en la cual la mercancía sobre la que recae la operación se considera de naturaleza estrictamente prohibida o reservada.

Este carácter puede generarse por razones económicas, de seguridad o de defensa pública, de política internacional, moral y relacionado con lo que tradicionalmente se ha denominado las buenas costumbres, además de las razones de salud pública, en virtud de la obligación que tiene el Estado de ejercer el control sobre el ingreso y egreso de las mercancías que se encuentren bajo su jurisdicción soberana.

Agreguemos, con respecto a este supuesto, que las mercancías sometidas a restricción o prohibición se encuentran reguladas en tratados internacionales, leyes, resoluciones y decretos, como son entre otros, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, del 12-09-1994, el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de fecha 28-12-1994 y la Ley de Defensa Sanitaria Vegetal y Animal (15-08-1941).

p) Cuando el hecho se haya cometido en ocasión de incendio, catástrofe, naufragio o de circunstancias perturbadoras de la tranquilidad y seguridad públicas.

Este supuesto de hecho [artículo 105 literal p) de la Ley Orgánica de Aduanas], se contrae a la introducción, extracción o tránsito de mercancías eludiendo los controles aduaneros en el contexto de circunstancias especiales, perturbadoras de la tranquilidad y seguridad ciudadana, como en los casos de motines, saqueos, accidentes de la naturaleza, incendios intencionales o no, entre otros.

1.3 El resultado:

Una de las características esenciales del delito de contrabando es que el mismo constituye un tipo de resultado, es decir, que requiere que la acción u omisión estén dirigidas a eludir el ejercicio de las funciones de las autoridades aduaneras en el control de la mercancía, bien en las operaciones de introducción, extracción, tránsito o regímenes aduaneros, y cuya violación se concreta en un daño o lesión para el bien jurídico tutelado por el Estado y en particular por las autoridades aduaneras, por cuanto se trata de someter bajo su intervención las mercancías que ingresen, egresen o transiten por nuestro país.

En consecuencia, sólo será imputable un resultado causado por la conducta humana cuando ella ha producido un peligro jurídicamente desaprobado, momento en el cual se plantea la formulación del juicio de imputación objetiva[11] que exige:

La existencia de una relación de causalidad entre la conducta realizada por el agente al introducir, extraer o hacer transitar mercancías, y el resultado perjudicial materializado al eludir los controles aduaneros.

El resultado es consecuencia de un riesgo jurídicamente desaprobado o no permitido, implícito en la conducta, de lo que tenemos que:

– El riesgo será imputable al autor, cuando:

a) La conducta del autor cree el riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico.

b) Incremente el riesgo permitido.

c) Quede fuera del ámbito de protección de la norma.

Vistos los extremos de comprobación de la teoría de la imputación objetiva, que exige que la conducta realizada por el agente ponga en riesgo

[11] Según Roxin, "*...la teoría de la imputación objetiva presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo"*. (1997:364).

el bien jurídico tutelado en materia aduanera al introducir, extraer o transitar mercancías, eludiendo los controles aduaneros, ocasionando con ello un perjuicio fiscal. Esbozaremos a continuación brevemente los supuestos en los cuales el riesgo no será imputable al autor de la siguiente manera:

> a) **No sea relevante para el derecho penal** o bien, que sea adecuado socialmente; por ejemplo, la madre que viaja a Italia y trae de Roma para su hijo una salsa preparada por la abuela; ella se comporta de forma socialmente adecuada, aunque ignore que necesita un permiso fitosanitario para ingresarla al país como elemento de su equipaje.
>
> b) **Disminuya el riesgo para el bien jurídico protegido**, es decir, en los casos de desviación de un resultado grave que haya llevado a producir uno leve.[12] Así por ejemplo, ante el incendio de un depósito aduanero se rompe un envase contentivo de extinguidor de fuego, vemos que por una parte hay lesión del bien jurídico al romper envases dispuestos a perfeccionar una operación aduanera, sin embargo, se hizo con la finalidad de salvar de las llamas los efectos depositados en el almacén, en cuyo caso no podría hablarse de una acción típica.

Ejemplos:

> BB compra una filmadora en un establecimiento X que la introdujo al país de contrabando. Al ciudadano BB no se le podrá indicar que cumple con el tipo objetivo, por cuanto BB, realizó un riesgo permitido y adecuado, no existiendo para él la posibilidad objetiva de pretender la realización del resultado típico.
>
> CC adquiere un vehículo importado de agencia, siendo un comportamiento socialmente adecuado, aunque ignore que el dueño de la agencia lo introdujo en forma irregular. A pesar de que

[12] Conforme a Mir, "...hay disminución del riesgo cuando la conducta co-causante tiene el sentido de evitar otro riesgo en un mismo bien jurídico y por lo tanto no se aumenta la posibilidad de su lesión, sino que en todo caso la disminuye". (1990:245).

> pueda indicarnos la experiencia que podría lesionarse un bien jurídico, el mismo es un riesgo socialmente adecuado.
>
> ZZ viaja a New York, donde compra una computadora *laptop* para su uso personal, y aprovecha –para ganarse un dinero extra– traer para comercializar 15 *jean*s marca Calvin Klein y 10 carteras Luis Vuitton, lo que oculta en sus maletas. En este caso, la conducta de ZZ, al adquirir mercancías para su uso personal es un comportamiento adecuado; no así la comercialización de productos sin pasar por los controles aduaneros, ya que con su conducta adicional, sí crea un riesgo que no es socialmente adecuado.

Siguiendo con la secuencia indicada, corresponde en esta fase referirnos a los sujetos activo y pasivo del delito de contrabando.

1.4 Los sujetos del delito de contrabando:

En cuanto a los sujetos del delito de contrabando, suele distinguirse entre sujeto activo y sujeto pasivo del mismo.

a) El sujeto activo:

Sabido es que el sujeto activo es quien realiza la acción, o quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado en la norma, o bien los actores que están obligados a cumplir o hacer cumplir las normas aduaneras, entre los cuales podemos mencionar al importador, el agente de aduana, los funcionarios aprehensores y los funcionarios aduaneros.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Aduanas, sujetos activos pueden ser:

> 1. El contribuyente.
>
> 2. Los auxiliares de la administración aduanera (artículo 121 de la Ley Orgánica de Aduanas), como lo son:

a) Los agentes de aduana, los representantes del contribuyente. Artículos 105 literales k), o), p) de la Ley Orgánica de Aduanas.

b) Los funcionarios aprehensores dependientes de funcionarios instructores, tales como los policiales, adscritos a la Guardia Nacional –Resguardo Nacional– u otra autoridad policial o administrativa como aquellos dependientes del Ministerio de Finanzas –SENIAT– tal como lo prevé el artículo 322 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y en el caso del depositario de los efectos embargados. Artículo 105 literal c) de la Ley Orgánica de Aduanas.

c) Las empresas de transporte multimodal, carga consolidada y mensajera internacional. Artículos 105 literal f) y 15 de la Ley Orgánica de Aduanas.

d) Los proveedores en la emisión irregular de la factura comercial. Artículo 105 literal g) de la Ley Orgánica de Aduanas.

e) Los funcionarios autorizados en la emisión irregular del certificado de origen. Artículo 105 literal g) de la Ley Orgánica de Aduanas.

f) Los funcionarios en la emisión irregular del permiso u otro requisito distinto del certificado de origen. Artículo 105 literal h) de la Ley Orgánica de Aduanas.

g) Las empresas de mensajería internacional. Artículo 105 literal l) de la Ley Orgánica de Aduanas.

h) Los funcionarios públicos u obreros al servicio de cualquier ente de la administración pública. Artículo 105 literal n) de la Ley Orgánica de Aduanas.

> i) Los funcionarios de la administración aduanera, dependientes de la Gerencia de Aduanas de la Superintendencia Nacional Tributaria –SENIAT. Artículo 105 literal n) de la Ley Orgánica de Aduanas.
>
> j) Los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad en cuanto a los funcionarios de la aduana. Artículo 105 literal n) de la Ley Orgánica de Aduanas.
>
> k) Las empresas de almacenamiento o depósito aduanero. Artículos 105 literales c) y f), este último en concordancia con el artículo 26, ambos de la Ley Orgánica de Aduanas.

En consecuencia, en algunas modalidades del contrabando, el sujeto activo es calificado, dotado de cualidades especiales como las indicadas de funcionario, depositario, etc. Estos sujetos con particularidades legales le dan la configuración al tipo de delitos especiales, porque la participación está sometida a pautas concretas, por lo que no pueden ser autores, sino aquellos que tienen dicha calificación legal (*intraneus*) y nunca un tercero (*extraneus*). Este aspecto será analizado más extensamente al referirnos luego al concurso de personas en el delito de contrabando.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad de la persona jurídica, empresa importadora o transportista a que hemos hecho mención, tenemos que nuestro país se ha erigido sobre el postulado s*ocietas non potest delinquere*, en virtud del cual no se concibe la responsabilidad de las personas no naturales, sin embargo, ello no ha sido del todo pacifico, ya que como señalaba hace tiempo Von Liszt, a partir de este aforismo, se podría propiciar la impunidad al resguardarse las personas físicas detrás de las jurídicas para cometer delitos. El punto se centra en que el derecho penal persigue la regulación de conductas motivadas en la lesión o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos, y esta motivación como elemento o requisito psicológico del acto no está presente en

las personas jurídicas, sino que se manifiesta a través de quienes son sus administradores o sus representantes.[13]

b) El sujeto pasivo:

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado por el delito, en este caso, el Estado o la entidad pública concreta a la cual se le ha

[13] En esta materia, el Tribunal Supremo de Justicia ha mantenido una línea constante. Así, en la sentencia del 29 de febrero de 2000 estableció: "...No es posible desconocer la capacidad de dichas personas jurídicas para "actuar" válidamente y en el marco de la ficción que les dio "vida" y dotó de "personalidad"; pero ese actuar guarda más relación con los hechos naturales o acontecimientos mecánicos propios del famoso y así denominado "acto acromático". Aun acogiendo la tesis organicista (que atribuía voluntad a las personas jurídicas) es forzoso reconocer que tal "voluntad" sería como la del autómata o como la energía que permite moverse a quienes duermen. Y sin embargo, pese a la aseveración de la defensa de que es "inconcebible desde todo punto de vista" que las personas jurídicas puedan "ser sujetos activos de hecho 'punible'" (página 4 de su impugnación a la formalización del recurso), hay tendencias político-criminales internacionales que tienden a considerar a las personas jurídicas como sujetos activos delictuales. Más aun: existe una fuerte inclinación a aceptar una auténtica punibilidad de las personas jurídicas e incluso la recomendación del Consejo de Europa de 1988 propone la punibilidad real de las personas jurídicas. En la Comunidad Europea se cree que un derecho penal europeo de la empresa será la óptima solución del futuro. En los estados angloamericanos, desde el siglo XIX, está reconocida legalmente la punibilidad de las personas jurídicas. En tal sentido se ha llegado hasta el cuestionamiento histórico –en términos de veracidad– del postulado latino "*societas delinquere non potest*" y hasta en la Revolución Francesa la punibilidad de las personas jurídicas en Europa continental era comunísima. La defensa, para reforzar su criterio, citó (página 12 del mismo escrito) al ilustre jurista patrio F.S. ANGULO ARIZA; pero no transcribió el párrafo del mismo sitio y obra en el que éste reconoce –sin rechazarla– la tendencia señalada con antelación, de considerar a las personas jurídicas como tales sujetos: ..."Sin embargo, este principio parece que tiende a ser reconsiderado en algunos aspectos por la penalística moderna..." (...).El teleologismo es ver lejos. Lo contrario supondría dar preeminencia a la interpretación literal de los tipos penales, y esto fue proscrito ha mucho de la ciencia penal porque se prefirió la interpretación teleológica que considere la intención del agente, quien puede anticipar fines y acomodar la cadena causal para lograrlos. Y quien quiere los medios y los pone, también quiere el fin. Esta interpretación se impuso definitivamente con el advenimiento del finalismo. Quedarse en la interpretación literal del tipo ata al mecanicismo y a la forma en perjuicio de una interpretación real que desentrañe la real intención del legislador; y en definitiva esa interpretación afecta la lógica y la justicia. No es posible dejar impunes hechos integrantes de una ordenación causal perfectamente capaz de lograr el fin último. Prescindir de esta evidencia es pasmar la interpretación de los tipos y hacerla casi desfalleciente, pues así no es capaz ni de penetrar lo más mínimo en la mente y verdaderas intenciones finales del sujeto activo del delito. Y por ende se desconocería la virtualidad de la causa, es decir, su virtud de producir efectos.... La doctrina entre los que podemos mencionar a Mir, expresa que "la comisión de delitos por personas jurídicas no es típica. Ello significa que el legislador se ha limitado a castigar las acciones humanas, esto es que –las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley (Art. 1) han de proceder de un hombre". (1990:189); por su parte, Tosi expresa: "los delitos únicamente pueden ser realizados por personas físicas, pero en cuanto la persona ideal hubiere podido ser beneficiada del resultado del hecho delictuoso, será también responsable de reparar el perjuicio económico. Ahora bien, si las personas designadas como directores, administradores y socios ilimitadamente responsables, fueran las que tomaron la decisión de la persona ideal y por la otra recibirían parte del beneficio a que hubieren llegado el acto delictivo, serán también responsables del perjuicio causado; ello siempre que la sociedad en cuestión no abonare las multas impuestas". (1997:94).

delegado la potestad tributaria por ley expresa, como es el Ministerio de Finanzas y su órgano dependiente, la Superintendencia Nacional Tributaria –SENIAT–.

El artículo 156 numeral 15) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, expresa que queda reservado al Estado la competencia para organizar las aduanas, que los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Aduanas colocan en la cabeza del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, del Ministro de Hacienda –hoy Ministro de Finanzas– y del Jefe de la Administración Aduanera –actualmente la Superintendencia Nacional Tributaria– SENIAT.

1.5 Los elementos accidentales típicos de la acción:

Son varias las circunstancias de la conducta típica, mencionaremos entre otras, las siguientes:

> – **Circunstancias de lugar,** como es el caso del artículo 104 literal d), "circulación por rutas o lugares distintos de los autorizados" o el literal i) "el abandono de mercancías en lugares contiguos o cercanos a la frontera, mar territorial o dependencias federales".
>
> – **Circunstancias de sentido ético-social**, la conmoción pública a que se refiere el artículo 105 literal p): "Cuando el hecho se haya cometido en ocasión de incendio, catástrofe, naufragio o de circunstancias perturbadoras de la tranquilidad y seguridades públicas".
>
> – **Circunstancias de medio especial de comisión**, por ejemplo, el contrabando por medio de "ruptura de sellos, marcas, puertas, envases y otros medios de seguridad de mercancías, cuyos trámites aduaneros no hayan sido perfeccionados".

El Tipo Subjetivo

El delito de contrabando es un delito doloso, porque se supone que el autor conoce y quiere introducir, extraer o hacer transitar en el país

mercancías eludiendo intencionalmente los controles aduaneros en condiciones de ardid o engaño, para así eludir la acción aduanera.

No se exige que el autor posea en relación al tipo objetivo conocimiento científico o técnico del asunto, basta con un saber profano, es decir, no requiere que esté al tanto de cuál es la tarifa arancelaria correspondiente conforme al arancel de aduanas en vigencia, sino que sepa que no debe introducir, extraer o transitar efectos sin cumplir con los controles impuestos por la autoridad aduanera.

En el mismo sentido, su conducta debe estar dirigida por la voluntad de contradecir la norma de prohibición, que impone someter al control aduanero las mercancías a introducir, extraer o hacer transitar en territorio patrio.

Se caracteriza entonces porque su conducta –introducción, extracción o tránsito– está dirigida a producir el resultado típico –burlar el control aduanero–, lo cual ha sido denominado por la doctrina dolo directo o dolo directo de primer grado.

– La ausencia del tipo de contrabando

Hemos visto los casos en los cuales está presente el tipo de contrabando; en su defecto no habría tipo de contrabando cuando el agente desconoce la concurrencia de los elementos típicos indicados (error de tipo) o carece de voluntad en su conducta y resultado típico (ausencia de dolo). Ejemplo: caso de que a X le dan un paquete de regalo para que lo traiga conjuntamente con su equipaje al país, siendo que el paquete contenía 500 bujías que debían ser presentadas en la aduana; tenemos que X, desconoce que debía declarar el envío, su error impide admitir que debía declarar los efectos ante la aduana y por lo tanto impide apreciar el dolo, excluyéndose la aplicación del tipo de contrabando ante la presencia del llamado error de tipo.

La antijuricidad

No basta con que la conducta sea típica para que se esté en presencia del delito de contrabando, sino que además se exige que la misma sea antiju-

rídica, es decir, que contraríe las normas que rigen las leyes sobre la materia –antijuricidad formal– y que además, lesione o ponga en peligro el bien jurídico que la norma quiere proteger –antijuricidad material–.[14]

Son normas prohibitivas que imponen a la persona que va a realizar una operación o régimen aduanero con determinada mercancía, el control de las autoridades aduaneras. En consecuencia, las normas no le facultan o no le permiten dicha conducta. Cuando se le faculta o permite, estaríamos en presencia de las causas de justificación, o ante lo que ha sido llamado por algunos funcionalistas los elementos negativos del tipo.[15]

Las causas de justificación:

Para la existencia del delito de contrabando es preciso, como se indicó en los apartes anteriores, el despliegue de una conducta subsumida en los tipos previstos en la Ley Orgánica de Aduanas, pero ello no es suficiente, porque puede suceder que tal conducta se encuentre legitimada por la presencia de las causas de justificación, caso en el cual ella no podría considerarse como delito.

En nuestra legislación, las causas de justificación se encuentran previstas en forma general en el artículo 65 del Código Penal, entre ellas, atendiendo a su naturaleza respecto al delito de contrabando, podemos mencionar las siguientes:

1. El ejercicio legítimo de un derecho, oficio, profesión o cargo:

En el delito de contrabando, tal como se indicó *ut supra*, la práctica de determinadas profesiones o funciones relativas a la actividad aduanera en algunos casos puede ocasionar lesiones a los bienes jurídicos

[14] Según Muñoz Conde: "El contenido material de la antijuricidad no se agota, sin embargo, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor del resultado) es antijurídica, sino sólo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico". (1996:321).

[15] Según lo expresa Roxin, esta teoría llega a la conclusión de que las causas de justificación excluyen no sólo la antijuricidad, sino ya el propio tipo, por lo que tipo y antijuricidad se funden en un tipo global (o total) de injusto (1997:284).

típicamente consagrados; por ejemplo, el agente aduanal que no declara un medicamento –reconocido internacionalmente, pero no aprobado en nuestro país– y que requiere su representado para salvar la vida de un familiar.

2. El estado de necesidad:

En este caso, el autor se encuentra ante el conflicto de sacrificar un bien, generalmente de terceros, para salvaguardar el propio ante la presencia de un peligro actual inminente, grave, injusto, no provocado intencionalmente por quien pretende haber obrado bajo esta causal, no evitado de otra manera y que proviene entre otras situaciones de catástrofe natural, por la intervención de un animal o la conducta de un tercero.

Tal es el caso de la persona que tiene un pariente enfermo en estado terminal y decide ir al exterior a traer unas medicinas para salvarlo, sin obtener previamente el permiso respectivo; o el supuesto de un barco que está a punto de naufragar y para salvar personas que allí se encuentran, se ve obligado a abandonar mercancías transportadas y bienes en lugares contiguos a la frontera de nuestro país.

La culpabilidad:

La culpabilidad, de acuerdo a la moderna concepción dogmática (funcionalismo teleológico) se comprende en la idea de la suficiente motivación normativa del hecho antijurídico –injusto, comprendido por la imputabilidad-capacidad del sujeto para verse motivado– el conocimiento de la prohibición legal –conciencia de la antijuricidad– y la exigibilidad de una conducta diferente;[16] por ejemplo, el importador de *jeans* que no presenta la mercancía a la aduana, porque no quiere pagar impuestos al Fisco Nacional y así ganar más dinero al venderlos.

[16] Como expresa Mir en el contexto de España, existe culpabilidad cuando el autor de un hecho penalmente antijurídico actúa en motivabilidad normal, lo que sucede si no es imputable (enajenado, menor de 16 años, sujeto a una alteración en la percepción desde la infancia que altere gravemente su conciencia de la realidad, o sujeto que actúa en trastorno mental (transitorio) u obra en una situación de no exigibilidad (miedo insuperable, estado de necesidad exculpante, 1990:577).

Ahora bien, no será culpable, cuando:

> – Sea inimputable, es decir, carezca de la capacidad para verse motivado o bien para comprender la ilicitud en la norma, en caso que padezca enfermedad mental grave o presente una edad menor a la requerida para asumir la responsabilidad penal.
>
> – Que carezca de la conciencia de la antijuricidad del hecho, es decir, que desconozca que introducir mercancías sin cumplir con todos los controles es un acto prohibido; por ejemplo, cuando X, colombiano, introduce mercancía en Venezuela procedente de Estados Unidos en la convicción de que por su nacionalidad está exento de declarar estos bienes y pagar los impuestos correspondientes.
>
> – Que no le sea exigible una conducta diferente, es decir, el Estado no puede imponer a los ciudadanos que cumplan mandatos o prohibiciones que en algunos casos son imposibles y que representan en todo caso comportamientos que pudieran considerarse como heroicos; por ejemplo, el caso del empleado (único sustento de su familia) a quien su patrono dueño de una empresa importadora le exige que traiga en su equipaje oculto en el trasfondo de la maleta, artículos de joyería y que en caso de negarse podría perder su trabajo. Siendo que esta actividad representa el único sustento de la familia.

La penalidad en el delito de contrabando:

En los apartes precedentes, hemos analizado las premisas fundamentales del delito – injusto y culpabilidad– por lo que abordaremos ahora la consecuencia lógica del mismo, es decir, la penalidad, tal y como está sometida a principios y fines determinados constitucionalmente en base al llamado Estado Social, Democrático, de Derecho y de Justicia.

La pena representa la pérdida, o al menos la disminución de derechos que impone el Estado al autor del delito, porque con su conducta lesionó o puso en peligro bienes fundamentales para el orden y el desenvolvimiento normales de la sociedad.

Su finalidad variará de acuerdo a determinado modelo de Estado, así en el Estado teocrático imperará su fin retributivo (castigo como respuesta al daño infligido o al peligro creado, como exigencia de la justicia divina); en el Estado absolutista prevalecerá la disuasión general, es decir, la amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para que no delincan (intimidación-prevención general negativa); en el Estado liberal la pena como realización de la justicia en base a la proporción por la gravedad del delito cometido, así como la adecuación a los principios de igualdad y dignidad humana.

Finalmente, en el modelo de Estado Social, de Derecho, Democrático y de Justicia en el que se enmarca el Estado venezolano, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se sostendrá la retribución por el delito cometido, a la que se le añadirá el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales - negativos (amenaza) y positivos (integración), como especiales (resocialización), todo lo cual es cumplido en diferentes momentos: uno legislativo –prevención general–; dos aplicación judicial –retribución–; tres ejecución de la condena –prevención especial terciaria–.

Nuestro trabajo se enmarcará en el análisis de ese primer momento legislativo; en virtud de ello, tenemos que los artículos 104 y siguientes de la Ley Orgánica de Aduanas establecen el sistema de penas aplicables en el delito de contrabando, como lo son:

1. **Las penas principales**. Es decir, aquellas penas que se aplican directamente al castigo del delito, como lo expresa el artículo 11 del Código Penal, tales como:

a) Las penas corporales o privativas de libertad:

Como su nombre lo indica, ellas limitan la libertad del autor o partícipe y son aplicadas en el delito de contrabando genérico con prisión de dos a cuatro años, y en el delito de contrabando agravado, con aumento de un tercio a la mitad (artículos 104 y 105 de la Ley Orgánica de Aduanas).

b) Penas no corporales:

A diferencia de las anteriores, no limitan o afectan la libertad del autor o partícipe, sino derechos de otra naturaleza, tal como se indica a continuación:

b.1 La pena de multa:

Consiste en la obligación de pagar al Fisco Nacional la cantidad de dinero que se determina en la sentencia, una vez que ella adquiere el carácter de definitiva, conforme al artículo 110 de la ley especial en la materia.

La Ley Orgánica de Aduanas establece reglas relativas a esta pena atendiendo al valor en aduana de las mercancías, la misma será fijada por dos expertos, designados, uno por el jefe de la oficina aduanera de la jurisdicción y otro por el juez competente. En la práctica, podrá estar presente o hacerse representar el contraventor, a cuyos fines será notificado del acto en los términos estipulados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, todo a objeto de que sean aportadas o expuestas las observaciones, informaciones u objeciones que estime pertinentes y pueda ejercer, oportunamente, los recursos legales de que dispone.

b.2 La pena de comiso:

Comprende esta sanción la pérdida de las mercancías u objetos materiales sobre los que versa el contrabando y los instrumentos utilizados al efecto, como son los vehículos, semovientes, enseres, utensilios, aparejos y otros objetos (como maletas o documentos falsificados) utilizados para llevar a cabo el hecho punible.

Se excepcionan, sin embargo: a) Los vehículos de transporte, cuando su propietario no sea autor, coautor, cómplice o encubridor del contrabando; b) Los vehículos de transporte cuyo valor no exceda del décuplo del valor en aduana de los efectos del contrabando.[17]

[17] Artículo 110: "Además de la multa prevista en los artículos anteriores, se impondrá también el comiso de los efectos objeto del contrabando, así como el de los vehículos, semovientes, enseres, utensilios, aparejos y otras mercancías usadas para cometer, encubrir o disimular el contrabando. Se exceptúan, sin embargo, del comiso: a) Los vehículos de transporte, cuando su propietario no sea autor, coautor, cómplice o encubridor del contrabando; b) Los vehículos de transporte cuyo valor no exceda del décuplo del valor en aduana de los efectos del contrabando, en cuyo caso se aplicará una multa equivalente a dicho décuplo".

1. Las penas accesorias:

Son aquellas penas que se aplican como adherentes a la principal necesaria o accidentalmente al castigo del delito, tal como lo expresa el artículo 11 del Código Penal. Ellas son:

> – Cierre del establecimiento y suspensión de la autorización para operarlo.

Pena accesoria aplicable en el supuesto de que se trate de una sociedad mercantil o en el caso de un agente de aduanas. Ante estas circunstancias, el juez en la sentencia oficiará al Ministerio de Finanzas a los fines de que proceda a suspender la autorización que permite al condenado realizar operaciones y trámites aduaneros.

> – Inhabilitación para ocupar cargos públicos o para prestar servicios a la administración pública.

Pena accesoria a la principal que produce como efecto la incapacidad legal para ocupar cargos públicos o prestar servicios a la administración pública; como por ejemplo el funcionario público o auxiliar de la administración aduanera que participe en la comisión del delito de contrabando, Artículo 105 literal n) de la Ley Orgánica de Aduanas .

> – Inhabilitación para ejercer actividades de comercio exterior y las propias de los auxiliares de la administración aduanera.

Esta pena accesoria a la principal produce como efecto la prohibición para efectuar actividades de comercio exterior –importación, exportación– y las propias de los auxiliares de la administración aduanera. La misma puede afectar igualmente a los transportistas, consolidadores, porteadores, depositarios, almacenistas, agentes de aduana y mensajeros internacionales, Artículo 114 literal k) de la Ley Orgánica de Aduanas.

> – Destitución o revocatoria del permiso de la autorización para actuar del funcionario público o funcionario de la administración aduanera.

Pena accesoria a la principal que tiene por efecto separar de sus funciones a los funcionarios públicos o aduaneros autores o partícipes del delito de contrabando, o revocarles el permiso para actuar en el caso del contratado.

Consideramos en el primer supuesto que su eventual reingreso deberá regirse por las disposiciones contenidas en la Ley de Carrera Administrativa.

Por otra parte, establece el primer aparte del artículo 111 de la Ley Orgánica de Aduanas, que dichas sanciones accesorias serán impuestas por un lapso que oscila entre seis (6) y sesenta (60) meses, según la entidad del contrabando, y la implicación o no de los auxiliares de la administración aduanera.

Formas imperfectas de ejecución en el delito de contrabando:

Vistos los diferentes elementos que integran el delito de contrabando, corresponde en esta fase del trabajo analizar las diferentes formas imperfectas de su ejecución.

En las páginas anteriores señalamos que el tipo de contrabando es un delito de resultado, es decir, el mismo requiere para su consumación que se eluda el control aduanero en la introducción, extracción o tránsito de las mercancías, constituyéndose así la llamada consumación formal del hecho.

Ahora bien, a dicha consumación formal traducida en eludir el control aduanero, puede seguir la consumación material, es decir, la continuación del desenvolvimiento ulterior subjetivamente propuesto, conformada en el daño patrimonial al Fisco –mercancías que debían cancelar impuestos–, en el perjuicio de la salud de la comunidad –alimentos o medicamentos prohibidos– o en el deterioro de la economía nacional –caso de afectarse la producción nacional de un determinado producto–.

En caso de que no se produzca el resultado querido por el agente –eludir el control aduanero– estaríamos ante lo que ha sido denominado por la doctrina, delito imperfecto, figuras delictivas subordinadas o dispositivos

amplificadores del tipo conformados por diferentes clases de tentativa, que precisamos:[18]

1. Tentativa o tentativa inacabada:

Concretándonos a lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, primer aparte, habrá tentativa cuando "…con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo necesario a la consumación del mismo por causas independientes a su voluntad". También, cuando el sujeto interrumpe la realización de la conducta típica.

En consecuencia, se exige la concurrencia de los siguientes elementos:

– Intención de cometer el delito de contrabando.

[18] Destácase en estos conceptos posiciones encontradas, así Giuliani Fonrouge, quien expresa que la tentativa está equiparada al delito consumado y que de todas formas no habría tentativa, porque comenzar a ejecutar el delito de contrabando es ya cometer el delito (1978:664); la de Tosi, quien define la tentativa del contrabando "…como el momento en que el autor ha cometido todos los actos de su parte hasta llegar a la conclusión del hecho delictivo que por circunstancias ajenas o hechos externos a la voluntad del actor, no se consuma. La ley pena tanto el hecho consumado como su tentativa". (1997:63). Agreguemos el planteamiento de Bello Rengifo, quien expresa: "Si el denominador común de todos los supuestos constitutivos de contrabando es el propósito de eludir la intervención aduanera, poniendo en peligro o lesionando de una vez el interés social, resulta claro que si la rotura de precintos, *v.gr.,* no está dirigida por este propósito, el bien no resulta afectado y por tanto, no hay contrabando, sino daños, y menos aún tentativa de contrabando, de tal manera que recurriendo al propósito del agente como determinante de la lesión del bien (..) ninguno de tales supuestos admite tentativa, porque si el propósito (...) es interferir la acción fiscal, ya el contrabando se ha consumado, apenas se exterioriza la acción". (1988:655). La jurisprudencia argentina se ha pronunciado por la admisibilidad de la tentativa en sentencia de fecha 25/5/69, citado por Echegaray y Lemos: "Si bien las actividades preparatorias en la pista de aterrizaje, balizamiento etc., pueden *prima facie,* demostrar el contrabando y ser idóneas para la prisión preventiva, ellas resultan insuficientes para una sentencia definitiva, ya que en autos no se ha probado que algún avión haya pretendido aterrizar o hubiere sido destinado al lugar de espera, o que en el mismo se condujera mercancía. Constituyen actos de ejecución de contrabando la conducta de los procesados que fueron sorprendidos por la policía en una pista de aterrizaje preparada al efecto, esperando el aterrizaje de un avión que conduciría mercadería, haciendo señas con los faros de los automóviles de los que se habían munido para transportar los efectos (..) el *iter criminis* no se integra con el cruce de frontera únicamente, sino que la trayectoria de la acción delictuosa se cumple en su última etapa, con el descenso del avión en la pista preparada al efecto y la entrega de la mercadería al destinatario. Si la última etapa ha sido la construcción de la pista, y su señalamiento con sábanas, etc., y los procesados fueron sorprendidos cuando hacían señales con los faros de los automóviles y con toques de bocina, es evidente que la acción clandestina se hallaba en ejecución". C. Fed. Tucumán, 11/10/68, en autos: Pfann y otros. JA, 22/5/69 - (1971:175).

– Comienzo de la ejecución a través de medios idóneos.

– Falta de realización de todo lo necesario para su consumación.

– Falta involuntaria de realización (azar o hecho de un tercero).

Corolario de ello, tenemos que si alguien ha comenzado la ejecución del delito de contrabando por medios idóneos y no llega a realizar todo lo necesario para consumarlo, debido a causas independientes de su voluntad, estaríamos en presencia de una tentativa del delito de contrabando.

Cumpliendo las fases del *iter criminis*, tenemos que son tres los momentos o etapas requeridas para la comisión de este delito, las cuales se indican a continuación:

a) **La interna**: La misma es desarrollada en la mente del autor, en sus procesos volitivos y de reflexión iniciales.

b) **La intermedia o de resoluciones manifestadas**: Constituida entre otras por la proposición, en el caso en el que una persona propone a otra introducir artículos de joyería, eludiendo los controles aduaneros, o bien, el delito putativo en el supuesto en el que el agente es más exigente que el ordenamiento jurídico, en este caso, cuando cree que debe declarar la ropa que viste cuando llega de viaje del extranjero.

c) **La externa**: Cuando la resolución criminal se manifiesta, sale a la luz con actos de preparación (por ejemplo, cuando compra las maletas para ocultar la mercancía, actividades que por sí mismas son insuficientes y no punibles en relación con el delito que se trate) y comienza su ejecución con medios de ejecución, o bien cuando utiliza medios que ponen en peligro el bien jurídico tutelado; por ejemplo, cuando utiliza dicha maleta en cuyo trasfondo coloca diferentes artículos de joyería con el fin de eludir el control aduanero.

2. Tentativa acabada o frustración:

El artículo 80 del Código Penal, en su segundo aparte, expresa que habrá frustración *"...cuando alguien ha realizado, con el objeto de cometer un delito, todo lo que es necesario para consumarlo y, sin embargo, no lo ha logrado por circunstancias independientes de su voluntad"*.

En consecuencia, acá se exige la concurrencia de los siguientes elementos:

– Intención de cometer el delito de contrabando.

– Comienzo de la ejecución por medios idóneos.

– Realización de todo lo necesario para consumarlo.

– Falta involuntaria de realización.

Así, no es posible referirnos a la categoría de frustrada o en grado de tentativa acabada, porque si el agente realizó todo lo necesario para consumarlo y logró por lo tanto introducir, extraer o hacer transitar mercancías eludiendo el control aduanero, el delito fue consumado y en consecuencia perfecto.

Por otra parte, en cuanto a los efectos que consagra la Ley Orgánica de Aduanas para los supuestos de la tentativa acabada o frustración, tenemos que el encabezamiento del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas expresa: "*Incurre en contrabando y será penado con prisión de dos a cuatro años quien, mediante actos u omisiones, eluda o intente eludir la intervención de las autoridades aduaneras en la introducción de mercancías al territorio nacional o en la extracción de las mismas de dicho territorio"*. Con ello se equipara el delito tentado al delito consumado, atribuyéndose la misma pena.

3. Tentativa desistida, abandonada o calificada:

En cuanto a la tentativa desistida o abandonada, en virtud de la cual el resultado típico no se produce porque el agente voluntariamente sus-

pende su iniciada ejecución, observamos que los artículos 63 y siguientes de la Ley Orgánica de Aduanas, y 189 y siguientes de su Reglamento, consagran el abandono legal y voluntario, que pasamos a circunscribir:

> a) **El abandono legal**, es el que se produce en el supuesto de que el consignatario, exportador o remitente no haya aceptado la consignación o no haya declarado o retirado la mercancía.
>
> b) **El abandono voluntario**, es la manifestación escrita e irrevocable formulada ante la aduana por el consignatario, exportador o remitente, con objeto de renunciar a favor del Fisco Nacional sus derechos sobre la mercancía.

En consecuencia ante la existencia de alguna de las formas de abandono, en virtud de las cuales no se produce el resultado porque el autor abandona en una decisión libre y espontánea el intento de consumarlo, y cuyo efecto no es otro que la exclusión de la pena, tal como lo prevé la Ley Orgánica de Aduanas en los artículos indicados, aplicables en supuestos de abandono legal y voluntario, en concordancia con el artículo 81 del Código Penal.

4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE CONTRABANDO

El artículo 106 de la Ley Orgánica de Aduanas, establece: "*Los cómplices y encubridores serán castigados con la misma pena impuesta para los autores y coautores, rebajada en la mitad a los cómplices y en un tercio a los encubridores*".

En consecuencia, dicha disposición distingue la participación del encubrimiento, lo que procedemos a explicar:

1. En cuanto a la participación de las personas en el delito de contrabando:

En los apartes anteriores indicamos que el delito de contrabando puede ser un tipo especial, cuando quien realiza la acción o quien lesiona o

pone en peligro el bien jurídico tutelado en la norma tiene cualidades especiales, como son:

– Los agentes de aduana, representantes del contribuyente. Artículos 105 literales k), o), p) de la Ley Orgánica de Aduanas.

– Los funcionarios aprehensores dependientes de funcionarios instructores, tales como son los policiales, adscritos a la Guardia Nacional –Resguardo Nacional– u otra autoridad policial o administrativos como aquellos dependientes del Ministerio de Finanzas –SENIAT–, tal como lo prevé el artículo 322 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Igual en el caso del depositario de los efectos embargados. Artículo 105 literal c) de la Ley Orgánica de Aduanas.

– Las empresas de transporte multimodal, carga consolidada y mensajería internacional. Artículo 105 literal f) y 15 de la Ley Orgánica de Aduanas.

– El proveedor en la emisión irregular de la factura comercial. Artículo 105 literal g) de la Ley Orgánica de Aduanas.

– El funcionario autorizado en la emisión irregular del certificado de origen. Artículo 105 literal g) de la Ley Orgánica de Aduanas.

– El funcionario en la emisión irregular del permiso u otro requisito del certificado de origen. Artículo 105 literal g) de la Ley Orgánica de Aduanas.

– Las empresas de mensajería internacional. Artículo 105 literal l) de la Ley Orgánica de Aduanas.

– El funcionario público u obrero al servicio de cualquier ente de la administración pública. Artículo 105 literal n) de la Ley Orgánica de Aduanas.

– El funcionario de la administración aduanera, dependiente de la Gerencia de Aduanas de la Superintendencia Nacional Tributaria –SENIAT– Artículo 105 literal n) de la Ley Orgánica de Aduanas.

– Los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad con los funcionarios de la Aduana. Artículo 105 literal n) de la Ley Orgánica de Aduanas.

– Las empresas de almacenamiento o depósito aduanero. Artículos 105 numerales c) y f), este último en concordancia con el artículo 26, ambos de la Ley Orgánica de Aduanas.

En consecuencia, en el tipo de contrabando el sujeto activo es calificado, dotado de cualidades especiales como las indicadas de funcionario, depositario, etc., por lo tanto, no pueden en estos casos ser autores, sino aquellos sujetos que tienen dicha calificación legal (*intraneus*) y nunca un tercero (*extraneus)*.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Aduanas, los terceros que participan en el delito de contrabando podrán tener el carácter de cómplices, es decir, personas que no poseen verdadero poder sobre el hecho[19] y cuyo comportamiento no es lo suficientemente relevante como para que al faltar su aportación al acto no se hubiera efectuado (en caso contrario serían cómplices necesarios). A los mismos les corresponderá la mitad de la pena atribuida a los autores, tal como lo establece el artículo 106 de la Ley Orgánica de Aduanas.

[19] Según Roxin, el autor es quien tiene el dominio del hecho y quien "a través de su influjo determinante en el acontecimiento aparece como figura clave, como figura central en la realización del delito" (1998:358). En el mismo sentido, en Berdugo, la teoría del dominio del hecho se basa en la diferenciación entre autores y partícipes y será autor aquel que pueda decidir los aspectos esenciales de la ejecución de ese hecho (1999:289); para Jakobs, el dominio del hecho implica la realización de la acción ejecutiva (dominio del hecho formal) a la que se unen las decisiones sobre si se realiza el hecho (dominio del hecho material como dominio de la decisión) y la configuración del hecho (dominio del hecho material como dominio de la configuración, 1995:741).

Consideramos que además de la complicidad, quedan vigentes otras formas de participación a que hacen mención los artículos 83 y 84 del Código Penal, como el caso del instigador, tratándose del supuesto de la persona que hace surgir en otro la idea criminal, o en el caso del sujeto que promete beneficios o mejoras en el entendido de que esconda en su mercancía transportada determinados artículos, por ejemplo de joyería .

2. En cuanto al encubrimiento:

El encubrimiento consiste en ayudar de cualquier modo al autor del delito, ocultándolo, a fin de que pueda eludir la persecución policial o judicial, facilitar la adquisición de cosas que han sido objeto del delito, desapareciendo las huellas o elementos probatorios del delito posteriormente al hecho delictivo, siempre y cuando no exista concierto anterior, tal como se desprende de la interpretación auténtica del artículo 255 del Código Penal.

Dicha falta de concierto previo a la comisión del hecho punible es lo que distingue el encubrimiento de la participación criminal, situación a la cual el legislador aduanero le estableció una atenuante del tercio de la pena.

Por otra parte, consideramos que se mantiene la no exigibilidad de otra conducta como causal de ausencia de culpabilidad, prevista en el artículo 258 en concordancia con el artículo 220 del Código Penal, en virtud de lo cual está exento de responsabilidad el encubridor de sus parientes cercanos (cónyuge, ascendientes, descendientes, tíos, sobrinos, hermanos y los afines en el mismo grado), tal como se acepta en la jurisdicción ordinaria.

4. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE CONTRABANDO

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad en el delito de contrabando, son elementos accidentales del delito que no influyen ni sirven de fundamento del delito mismo.[20]

[20] Según Arteaga, a través de las circunstancias modificativas del delito, el Derecho penal trata de adecuarse a exigencias individualizadoras y se esfuerza tímidamente por escapar a la rigidez, el formalismo y a la arbitrariedad (1992:290).

La Ley Orgánica de Aduanas en su artículo 107 contempla tan sólo las circunstancias atenuantes específicas del delito de contrabando, como son:

1. Entregar no menos del cincuenta por ciento del total de los efectos no aprendidos.

2. Facilitar el descubrimiento o aprehensión de los efectos objeto del delito.

Se trata de circunstancias materiales o reales que recaen en la ejecución material del delito de contrabando, como es la entrega de por lo menos la mitad de la mercancía no recuperada y facilitar su descubrimiento o retención, esta última incluiría la delación, referida a los objetos materiales del hecho punible.

En cuanto a los efectos, la Ley Orgánica de Aduanas no establece nada al respecto, por lo que se aplicarían las disposiciones previstas en el artículo 37 del Código Penal, en virtud del cual el juez en el caso concreto y sobre la base del término medio, podrá reducir la pena hasta el límite inferior

CONCLUSIONES

De lo expuesto en los capítulos precedentes y a manera de reflexión final, presentamos las siguientes conclusiones:

La Ley Orgánica de Aduanas, publicada en la ***Gaceta Oficial*** **N° 5.353 Extraordinario, de fecha 17 de Junio de 1999, lesiona los siguientes principios:**

– **El principio de Legalidad**, que de seguidas explicamos:

1. El principio de legalidad previsto en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 2 *ejusdem*, consagra entre otros aspectos la separación de poderes, en virtud del cual, al legislativo le corresponde la tipificación y sanción de conductas punibles; sin embargo, este principio se lesiona porque dicha Ley es producto de las atribuciones conferidas por

Ley Habilitante al Presidente de la República y no a la Asamblea Nacional, tal como se erige en un Estado de Derecho.

Al respecto, Bello Rengifo (1998:578), expresa:

> Si el principio de legalidad constituye un elemento definidor del sistema legislativo venezolano y da lugar por tanto al de reserva, conjuntamente contemplado en el artículo 60, numeral segundo de la Constitución, no hay lugar para afirmar que es facultad del Ejecutivo crear delitos y penas, ni aun mediante ley autorizante.

2. El principio de legalidad previsto en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en base al viejo aforismo *nullum crimen sine typus,* exige que la conducta punible debe estar anteriormente prevista en la ley escrita, cierta, determinada e inequívoca; sin embargo, se lesiona el mismo, porque las conductas previstas en los artículos 104 y 105 de la Ley Orgánica de Aduanas, presentan las siguientes características:

> a) No especifican con claridad el verbo rector que las describe, tampoco las circunstancias de tiempo, modo o lugar necesarias; por ejemplo al referirse a la violación de las disposiciones previstas en los artículos 7 y 15 de la Ley Orgánica de Aduanas, relativos a la potestad aduanera y al transporte multimodal a que se contrae el literal f) del artículo 105 de la misma ley.
>
> b) Contienen un lenguaje técnico, normativo, sujeto a valoración, difícil para la comprensión de la mayoría de los ciudadanos a quienes van destinada, como por ejemplo "sin cumplir con los requisitos legales". Pudiera preguntarse el ciudadano común: ¿cuáles son estos requisitos? O en el caso de provisiones de a bordo, zonas libres, almacenes *duty free* o almacenes *in bond* ¿a qué se refieren exactamente estas figuras?
>
> c) Son reiterativas, confusas por contener supuestos de hecho que utilizan como verbos rectores, cuando constituyen medios de ejecución del tipo básico de introducción o extracción de mercancías, con fines de eludir el control aduanero, como por

> ejemplo el supuesto de ocultamiento a que se refiere el literal b) del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas.
>
> d) Reiteran conductas y las señalan en diferentes supuestos de hecho en forma poco sistemática, como es el caso de la adulteración de documentos a que se refieren los literales i), j), k) del artículo 105 de la Ley Orgánica de Aduanas.

Por estas razones, se impide la adecuada interpretación que deben tener los tipos a los fines de realizar la operación de adecuación o subsunción en el sentido más estricto posible y afectan la posibilidad de un conocimiento cabal por parte de los ciudadanos en cuanto a sus componentes.

En conclusión, estimamos importante destacar lo señalado por Fernández Carrasquilla (1998:II:177), al indicar:

> El abuso de los elementos normativos se considera con razón, poco democrático, pues retrogada el derecho penal al estado de arbitrariedad judicial e incertidumbre ciudadana en que se encontraba antes de la Revolución Francesa, es decir, antes de la fundación de la moderna ciencia, a partir de la filosofía liberal del iluminismo.

– **El principio de proporcionalidad de las penas**, previsto en el citado artículo 49, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que se deriva del principio de legalidad que supone la relación de adecuación entre el bien jurídico afectado o lesionado y el castigo a imponer; además de la prohibición de asignar más de una pena por un delito –*non bis in ídem*– llamado principio de prohibición de doble valoración; se lesiona por las siguientes razones:

> a) Aplica en forma conjunta las penas de prisión, multa y comiso de mercancías, tal como se desprende de los artículos 104, 105, 108, 110; todos de la Ley Orgánica de Aduanas;
>
> b) Las penas accesorias indicadas en el capítulo anterior, son desproporcionadas; porque imponen en algunos casos una duración superior a la principal, como en el caso del contrabando

genérico que establece la pena de dos a cuatro años, y la accesoria de sesenta meses (superior a la pena principal); además son indeterminadas, pues dejan en decisión del juzgador la apreciación de la entidad del daño, sin parámetro legal alguno.

– **La presunción de Inocencia**, previsto en el artículo 49, numeral 2) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; en virtud del cual una persona se presume inocente hasta tanto exista una sentencia definitivamente firme que establezca lo contrario, por ende la carga probatoria le compete al titular de la acción penal –Fiscal del Ministerio Público– y no al imputado o acusado. En caso de ausencia de pruebas o dudas sobre la responsabilidad de este último, se debe proceder regularmente una sentencia absolutoria. Sin embargo, este principio se lesiona, porque el literal b) del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas, expresa que uno de los supuestos del delito de contrabando es: "*La conducción, tenencia, circulación de mercancías extranjeras sin comprobar su legal introducción o adquisición en lícito comercio*" (subrayado nuestro); esto coloca al investigado en posición de presunción culpable, ya que tiene que comprobar que la conducción, tenencia y circulación de mercancía, fue introducida o adquirida, cumpliendo los requisitos aduaneros; lo que puede dar lugar a interpretaciones contradictorias, produciendo abusos y afectando la seguridad jurídica general del ciudadano.

En conclusión, la Ley Orgánica de Aduanas, presenta en nuestro criterio, visos de inconstitucionalidad y por ende debería ser declarada nula, a tenor de lo dispuesto en los artículos 25, 137, 138, 334, primer y segundo aparte y 336, Numeral 3) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[21] y en su lugar, se deben crear disposiciones que se adecuen a los principios legales y constitucionales indicados.

[21] Artículo 25 *"Todo acto dictado en el ejercicio del Poder Publico que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley, es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores"*. Artículo 137 "*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución*". Artículo 138 *"Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos*". Artículo 334 "*En caso de*

En el mismo orden de ideas, como lo expresa Ferrajoli (1999:15), estamos ante la denominada "crisis del constitucionalismo", subrayada por él de la siguiente manera:

> (..) la progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y del conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos: basta pensar en los abusos de poder que llevaron a pedir la acusación del ex Presidente de la República Italiana por atentado contra la Constitución, en la pérdida del contenido de la función parlamentaria, en los conflictos entre el poder ejecutivo y el judicial, debido a que el primero no soporta la independencia del segundo...

incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente. Correspondiendo exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tenga rango de ley, cuando colida con aquélla". Artículo 336 "*Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución*".

BIBLIOGRAFÍA

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto (1992). *Derecho Penal Venezolano*. Parte General. Caracas, Editorial Miguel Ángel García e hijo.

ASUAJE SEQUERA, Carlos (1997). *Derecho Aduanero.* Caracas, Imprenta Nacional.

BELLO RENGIFO, Carlos S. (1988). *Ilicitud Penal Colateral. Delitos, Faltas e Ilícitos Administrativos en la Legislación Penal.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (1999**)**. *Lecciones de Derecho Penal*. Barcelona, Editorial Praxis.

CHIOSSONE, Tulio (1973). *Sanciones en Derecho Administrativo*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

ECHEGARAY, Miguel Federico y LEMOS, José Julio (1971). *El Delito de Contrabando (Elementos útiles para su estudio).* Buenos Aires, Víctor de Zabalía Editor.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1998). *Derecho Penal Fundamental*. Santafé de Bogotá, Editorial Temis.

_____: (1998). *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal.* Santafé de Bogotá, Grupo Editorial Leyer.

FERRAJOLI, Luigi (1999). *Derechos y Garantías, La Ley del Más Débil*. Madrid, Editorial Trotta.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M. (1978). *Derecho Financiero*. Buenos Aires, Ediciones Depalma.

GUNTHER, Jakobs (1995). *Derecho Penal*. Parte General. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A.

INDRIAGO VILLARROEL, Joaquín (1976). *El Delito de Contrabando. Legislación Penal Fiscal***.** Bogotá, Editorial Temis.

MIR PUIG, Santiago (1990). *Derecho Penal.* Parte General. Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1995). *Derecho Penal* –Parte General y Parte Especial–. Valencia-España, Editorial Tirant lo Blanch.

ROSALES, Elsie (2000). *Base Científica del Derecho Penal Actual: El Funcionalismo Sistémico a Dos Tiempos. Separata de la Revista de Derecho N° 1.* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia.

ROSALES, Elsie; BORREGO, Carmelo y BELLO RENGIFO, Carlos S. (1996). *Constitución, Principios y Garantías Penales.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

ROXIN, Claus (1997). *Derecho Penal.* Parte General. Madrid, Editorial Civitas, S.A.

_____: *Dogmática Penal y Política Criminal*. Lima, Idemsa.

SILVEYRA, Félix J. (1968). *Contrabando y Encubrimiento de Contrabando*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.

SOLER, Sebastián (1953). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina.

TOSI, Jorge L (1997). *Derecho Penal Aduanero*. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina.

Constitución y Principios del Derecho Penal Moderno

Ángel EDECIO CÁRDENAS*

SUMARIO:

Introducción

1. Algunos Principios del Derecho Penal Moderno: 1.1 *Principio de Legalidad.* **1.2** *Nullum Crime, Nulla Poena Sine Actione o Sine Conducta.* **1.3** *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Injuria.* **1.4** *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Culpa.*

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado. **Universidad Complutense**, Madrid, Reino de España, Diplomado Superior en Criminología, calificación Sobresaliente. **Universidad de Carabobo**, Doctor en Derecho (Excelente, mención Recomendación de Publicación), Profesor, *Instituto de Investigaciones Penales y Criminológicas, Sección de Investigaciones Jurídicas*, Ex Coordinador, *Consejo Técnico*, Miembro. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor Titular. **Universidad José María Vargas**, Profesor Titular, Director de Postgrado, Vicerrector Académico. **Corte Suprema de Justicia**, *Sala de Casación Penal*, ex Magistrado. Autor de una obra y varios ensayos publicados en Revistas especializadas.

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna a partir de la Declaración Universal de las Naciones Unidas de fecha 10 de Diciembre de 1948, el tema de los Derecho Humanos ha ido adquiriendo un gran auge, el cual cada día se acrecienta aún más. Tal cosa conlleva a que el Derecho en general, y en particular el Derecho Penal se inspiren materialmente en la moral racional o Universal que se irradia a partir del concepto fundamental de persona como centro y fin supremo de todo derecho siendo desde el punto de vista formal sus fuentes ante todo la Constitución (Constitución Material) y los tratados sobre derechos humanos internacionales; y, más pragmáticamente las normas legales de garantía.[1] Por esta vía se han ido configurando con perfiles cada vez más nítidos un Conjunto de Principios que conforman parte de la moderna Teoría del Delito y cuyo escrupuloso respeto es exigido para poder hablar con propiedad de un Derecho penal democrático. Dichos principios aspiran alcanzar dos objetivos fundamentales, a saber:

> a) Determinar con claridad los límites del Poder punitivo del Estado. Poder que se expresa no sólo en la sanción o castigo que se impone a quienes delinquen, sino también en la selección por parte de ese poder de las conductas que se valorizan para ser castigadas.
>
> b) Salvaguardar el derecho de los ciudadanos ante el despliegue de ese inmenso poder del cual es titular el Estado, para que se les brinde la seguridad jurídica de conocer y distinguir con claridad lo que se prohíbe penalmente y lo que está permitido de conformidad al Derecho.

Resulta obvio que tales principios habrán de influir de manera determinante en la elaboración legal del delito y en la concepción doctrinaria que se tenga del mismo.

---

[1] Cfr. Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Liberal de Hoy.* Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002. p. 44

Dichos principios han orientado e influido los Códigos modernos, inclusive algunos de estos dedican sus primeros artículos a manera de "Título Preliminar", o de "normas rectoras", a destacarlos (caso de Colombia, Costa Rica, etc.) De allí que no resulte extraño que la comisión que estudia un "nuevo Código Penal" para nuestro país se haya expresado con los términos siguientes: "Se le ha encomendado redactar en forma de proyecto sistematizado de un nuevo Código Penal, que por supuesto sustituirá a la legislación penal vigente conforme a los nuevos conceptos doctrinarios del Derecho Penal sustantivo, el Derecho de los Derechos Humanos y las disciplinas que permitan al Estado establecer las garantías al pleno desarrollo de la persona y el respeto a la dignidad humana".[2]

La evolución y el desarrollo continuo de los precitados principios se enmarca claramente dentro de un contexto en el cual el Derecho Penal "no sólo limita el poder del Estado sino que lo conforma y habilita. Por ello se puede afirmar que existe sin duda el poder político sin el Derecho, pero el Derecho no existe sino en cuanto a regulación limitadora del poder en orden a la justicia social de los Derechos...".[3] Un apego militante a estos principios se manifestará en múltiples consecuencias puesto que variaría esencialmente el alcance del concepto del Derecho Penal, que se verá influido por la orientación que se siga para determinar su naturaleza. Es así como Carrasquilla llama la atención sobre el *Nullum crimen nulla poena sine Ius* y señala "...se trata del principio de estricta legalidad de los delitos y penas, pero en sentido **valorativo material**, con la persona como referente supremo de toda posible regulación jurídica y política en las sociedades modernas".[4] Resulta obvio que una concepción así del Derecho Penal justo va más allá del ordenamiento jurídico y las normas que lo integran fundamentándose entonces, en razones trascendentales fundadas en los valores inmanentes a la persona humana que constituyen la única instancia legitimadora del poder mismo y particularmente de las aplicaciones concretas de dicho

[2] Subcomisión del Código Penal *Hacia un Nuevo Código Penal*. Marzo 2002.
[3] *Vid.* Carrasquilla, Juan. *Ob. Cit.,* p. 38.
[4] *Vid.* Carrasquilla, Juan. *Ob. Cit.,* p. 35. (Destacado es nuestro).

poder.[5] Dicha concepción se aleja del dogma del positivismo jurídico que confunde legitimidad con legalidad y también con racionalidad. "...La forma de legitimidad más corriente es la creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correcto...".[6]

Lo que aquí se plantea adquiere subida importancia si se piensa que en el fondo del asunto está en juego la adopción o no del Estado de Derecho Democrático que pretende alcanzar la Constitución Venezolana de 1999, el cual pasa por una concepción jurídica de Estado Liberal, asentado en los valores de la persona que es el tránsito hacia lo que hoy se denomina Estado Social y democrático de Derecho.[7] El Constitucionalismo contemporáneo marcha paralelo a la idea de un Estado destinado a garantizar la protección y vigencia de los Derechos Humanos, los cuales particularmente pueden verse conculcados en el área en la cual el Estado de manera más eficaz ejerce su poder como es el campo del Derecho Penal, lo que lleva a veces a estructurar un "Sistema Penal" que no es verdaderamente un "Sistema de Derecho Penal", puesto que este último no se concibe sólo como un mero instrumento con el cual se ejerce arbitrariamente aquel poder, ni aún en el caso de que esté apoyado en un conjunto de normas plenas de arbitrariedades; sino para ser tal se requiere que se fundamente en la idea de la persona humana y los valores que le son propios, los cuales deben traducirse en derechos inquebrantables, sin los cuales resulta imposible estructurarlo. Este es precisamente la orientación de nuestra Carta Magna cuando establece como característica de los Derechos Humanos que ella tutela, la progresividad, indivisibilidad, irrenunciabilidad e interdependencia (Art. 19). Los principios fundamentales de la teoría del delito en el Estado de Derecho cada vez son más

[5] En la filosofía contemporánea con Teilhard de Chardin y Enmanuel Mounier a la cabeza aparece una reformulación del concepto de persona humana a quien se considera como una unidad de espíritu y materia y como tal destaca del resto de la naturaleza por estar dotada de inteligencia y libertad. El hombre es un fin en si mismo y su existencia no solo constituye una existencia biológica sino la realización de unos valores superiores *Vid.* Enmanuel Mounier. *El personalismo.* Editorial Nueva América. Bogotá, 1981, p. 64 y ss.

[6] Max Weber. *Economía y sociedad.* Fondo de Cultura Económica. México. 1968. pp. 25-26.

[7] Frías Caballero, Jorge. *Teoría del Delito*. p. 19. Editorial Livrosca. 1996.

rescatados por la doctrina contemporánea, pues ellos sirven para lograr la coherencia del derecho que emerge desde el mismo surgimiento de los preceptos legales en relación a su interpretación y aplicación, la cual guarda relación con la adaptación de los mismos a los valores reconocidos en el marco constitucional y particularmente con la concepción de los derechos de la persona en que este se sustenta.

La actual Constitución tiene una clara orientación de defensa y garantía de los Derechos humanos, lo que conlleva desde el punto de vista jurídico al Estado de Derecho Democrático. Efectivamente al analizar sistemáticamente diversas disposiciones Constitucionales se aprecia la Filosofía contenida en su texto. Así tenemos, se declara que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna una serie de valores superiores como la vida, la igualdad, la solidaridad, la democracia y la responsabilidad social; y en particular la preeminencia de los derechos humanos.[8]

La declaración constitucional contenida en el artículo 2 que define la organización jurídica política del Estado como democrático y social de Derecho y de justicia, aunada a la preeminencia de los Derechos Humanos permite la más amplia interpretación y aplicación de los principios fundamentales de la moderna teoría del delito.

[8] La cuestión de los derechos fundamentales como inherentes a la naturaleza humana aparece solo en los últimos tiempos, apenas hace aproximadamente dos siglos que ellos han comenzado a ser reconocidos expresamente. En la antigüedad solo los ciudadanos en la Polis disfrutaban de ellos. En la edad media se reconocía al menos teóricamente la dignidad del hombre que declara la fe cristiana. Antecedentes remotísimos de ello se sitúan en 1215 en la Carta Magna y en documentos como la Petition of right inglesa de 1629 el Bill of rights de 1689 y en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América del 4 de Julio de 1776. La Revolución Francesa el 29 de Agosto de 1789 aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Así hasta llegar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidad. Luego varias organizaciones regionales de los estados han aprobado convenciones; así: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948). La Convención Americana Sobre Derechos Humanos de Costa Rica (1969). etc.

El artículo 3 destaca como fines esenciales del Estado la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad.[9]

Es obvio que tales fines deben ser protegidos y garantizados, de la forma más amplia, de conformidad a los principios de progresividad, indivisibilidad, interdependencia e irrenunciabilidad a que se hace referencia el texto Constitucional en su artículo 19. Dicha interpretación de carácter amplio conforme a los principios modernos de la Teoría del Delito, tiene carácter obligatorio para los órganos del poder público (incluidos el Poder Legislativo y el Poder judicial) de conformidad con la Constitución, los tratados sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen. (Art. 19). Para que no quede duda alguna debe destacarse la cláusula de amplitud consagrada en el artículo 22 de la vigente Constitución que dispone sobre la no taxatividad de los derechos y garantías contemplados en el texto Constitucional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que no deben entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona no figuren expresamente en ellos; señalando igualmente que la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos. Este bloque Constitucional encapsula toda una teoría del Estado de Derecho que cobra especial importancia cuando se trata de establecer los límites a los posibles exceso del poder punitivo de un Estado que nos luce cada vez como más poderoso. La Carta Constitucional permite y obliga a adoptar una teoría del delito cónsona con la filosofía constitucional y orientada por una serie de principios que tienen que ver directamente con la elaboración legal y doctrinaria del delito. En el sistema estructurado en la Carta Magna "la persona encarna los valores supremos y constituye el irrebasable referente normativo material de todos los derechos y de todos los sistemas...".[10]

[9] La dignidad de la persona ha sido considerada como el rango de la persona como tal; pues ser persona es un rango o una categoría que sólo le corresponde al individuo de la especia humana y no a ningún otro ser irracional. Tal categoría supone la aptitud para ser titular de una serie de derechos y deseos que le son inherentes e inviolables. La dignidad de la persona humana es tan importante que más que derecho en si mismo ella debe ser considerada como el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución.

[10] Juan Fernández Carrasquilla. *Ob. Cit.,* p. 42

Sólo partiendo de este centrismo antropológico con pertinencia en ideas filosóficas que ubican a la persona humana con todas sus especialísimas características como la destinataria de cualquier sistema normativo es que se le puede encontrar sentido a la recepción de los principios de una teoría moderna del delito en un Estado de Derecho Democrático. Se ha denominado a este sistema personalista, en oposición a los llamados sistemas transpersonalistas o totalitarios.[11] Una concepción de base antropológica como la hasta aquí señalada, conlleva a considerar que los derechos humanos fundamentales preexisten al reconocimiento material positivo de los mismos. Por ello las leyes penales "que no partan del reconocimiento de esos derechos y libertades y no tengan por objetivo esencial el protegerlos y desarrollarlos de manera igualitaria y en grado óptimo ciertamente no son leyes en sentido jurídico sino tan solo reglas técnicas de dominación y control que a lo mejor se visten con el traje de la ley...".[12]

Al fundamentarse la Constitución en el reconocimiento del hombre como persona lo que equivale a considerarlo en una dimensión que va más allá que la mera dimensión biológica, ello conlleva al mismo tiempo la titularidad de una serie de derechos, que impiden su instrumentación por el derecho, puesto que esto supondría por una parte el desconocimiento de su autonomía, dignidad y libertad e impediría el pleno desarrollo de su personalidad, negando su realidad ontológica como es ser un fin en si mismo, lo que impide tomarlo como medio para realizar los fines políticos del Estado.[13]

En consecuencia partiendo del texto constitucional resulta posible construir en nuestra legislación penal, de manera orgánica, un sistema de

---

[11] Esta terminología se aproxima al pensamiento de Enmanuel Mounier. Véase Caballero Frías. *Ob. Cit.,* p. 3

[12] Fernández Carrasquilla, Juan. *Ob. Cit.,* pp. 43 - 44

[13] Kant formula el imperativo categórico que implica que el hombre como persona posee una dignidad de allí que no pueda ser utilizado como medio debiéndosele tratar como un fin en si mismo. Por supuesto tal imperativo categórico compendia una concepción ética cuyas consecuencias trascendentales no pueden ser desconocidas por el derecho. Véase Karl Lorenzo Derecho Justo Fundamento de Ética Jurídica. Traducción Diez Ricazo. Editorial Busch. Madrid, p. 56 y Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Hacia un Realismo Jurídico Penal.* p. 19. 1987.

principios que apoyados en el concepto de persona humana y con pleno reconocimiento de todos sus valores por un estado que se declara democrático social de derecho y de justicia, permita la permanencia de los derechos humanos por encima de cualquier "Sistema Penal" que se pretenda imponer incluyéndose en el mismo no solo la elaboración de las leyes penales sino también la aplicación de las mismas; mediante la administración de la justicia o la ejecución de las penas. Así de esta forma se haría realidad la organización jurídica y política prevista en la constitución que se refiere además del Estado Democrático al Estado Social de Derecho[14] y de Justicia.

Por otra parte debe destacarse que existe en la actualidad una firme tendencia a recoger en los Códigos Penales de manera sistemática, los principales Principios que la Teoría penal moderna, establece para regir al Derecho Penal.

Como antecedente de dicha tendencia se puede citar al Código Penal Tipo para Latinoamérica, posteriormente el Código Colombiano de 1981, comienza la parte general con "Las Normas Rectoras de la Ley Penal Colombiana".[15]

El Código Penal de Costa Rica igualmente comienza el Libro Primero con las "Disposiciones Generales".[16] El Código Penal Español (1995)

---

[14] Por Estado Social de Derecho hay que entender aquel que asume una responsabilidad para garantizar los deberes sociales respecto a los cuales está obligado por constituir en definitiva la representación de los ciudadanos, quienes pueden requerirle la obtención de todos sus derechos. Por esta vía el estado asume el compromiso político y jurídico con todos los ciudadanos de garantizar la efectiva vigencia de los derechos en lo que existe un interés social o colectivo. Por ello precisamente el Art. 19 señala que el respeto y garantía de los Derechos Humanos son obligatorios para los órganos del Poder Público. Por lo tanto resulta obvio que toda la actuación Legislativa y Judicial debe estar comprometida en el respeto y eficacia de los Derechos Humanos.

[15] En este Código se dedican los primeros quince artículos para referirse a los siguientes principios: Art. 1º (Legalidad). Art. 2º (Hecho Punible). Art. 3º (Tipicidad). Art. 4º (Antijuricidad). Art. 5º (Culpabilidad). Art. 6º (Favorabilidad). Art 7º (Exclusión de analogía). Art. 8º (Igualdad ante la ley). Art. 9º (Cosa Juzgada). Art. 10º (Conocimiento de la ley), Art. 11º (Juez Natural), Art. 12º (Función de las penas y de los medios de seguridad).

[16] Este Código en su articulo 1ª enuncia el Principio de Legalidad y en el 2ª la prohibición de analogía. En los artículos siguientes hace referencia a otras normas que no constituyen verdaderos principios del Derecho Penal Moderno.

igualmente comienza con un Título Preliminar dedicado "A las Garantías penales y a la aplicación de la Ley Penal". Estando estudiándose en la actualidad la formulación de un nuevo Código Penal, luce conveniente establecer, como lo han hecho otras legislaciones, un Título Preliminar, para señalar allí con toda claridad y precisión los principios esenciales que rigen nuestro Derecho Penal, a la luz de los mandatos Constitucionales y del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que se proclama; tal previsión amen de incorporar de manera expresa los valores materiales de nuestro derecho penal, serviría como permanente recordatorio a los miembros del sistema de justicia de dichos principios, lo que llevaría sin duda a un importante cambio de mentalidad, y a un afinamiento de la doctrina y la jurisprudencia en obsequio de un verdadero sistema de justicia penal para un Estado Democrático.

1. ALGUNOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL MODERNO

Frente a los posibles excesos del poder punitivo que el Estado ejerce se impone trazar claramente sus límites, por ello hemos comulgado con la idea de fijar en el plano positivo los postulados que rigen nuestro Derecho Penal. Mientras tal aspiración se concrete en la realidad, nada impide que dichos principios se apliquen en la práctica pues no cabe duda que ellos se encuentran "encapsulados" en la Constitución vigente y particularmente en la concepción de Estado Democrático por ella manifestada.

1.1 *PRINCIPIO DE LEGALIDAD*

Este postulado que se considera como correspondiente a un Derecho Penal Liberal o personalísimo, sirve para poner de relieve que no puede haber delitos ni penas que no se encuentren previstos y penados por la ley penal. La doctrina discrepa acerca de la razón de ser de este principio; siendo diversas las opiniones al respecto. Para algunas la dignidad del hombre consecuencia de la condición de persona constituye su fundamento.

Para otros su origen está en la culpabilidad pues consideran que el reproche que este significa supone la existencia clara de lo exigido y de la pena con la que se castiga. Inclusive hay autores que lo sustentan en la división de los poderes que se dan en la organización democrática del Estado, en la cual le corresponde al Poder Legislativo ser el único creador de delitos y de penas aunque el *jus puniendi* se reparte en dos poderes distintos: el legislativo al ejercer las funciones que le son propias (dictar las leyes penales) y el judicial al aplicarlas. Debiendo actuar ambos con estricto apego al principio de la legalidad.[17] La vigente Carta Magna al proclamar la vigencia del Estado de Derecho Social y Democrático permite fundamentar desde el punto de vista político el principio de Legalidad en la separación de los Poderes Públicos, según lo cual le corresponde exclusivamente al legislador señalar en que casos a través de la formulación de los tipos penales se limita la libertad de la persona y cuales son las penas con las que se les debe castigar. Pero no cabe duda que fiel a las características que acompañan el diseño de Estado de Derecho contenido en la Constitución el ejercicio de todas esas facultades no es absoluto, teniendo limites que se derivan fundamentalmente de la Filosofía de los Derechos Humanos presente en ella y particularmente de la obligatoria garantía de los mismos, ordenada en el texto Constitucional.

De esta manera toda la normativa Constitucional se encamina a un constitucionalismo democrático cuyo eje de apoyo está en la persona humana y su dignidad.

El principio se conoce con la fórmula latina (*Nulla Poena Sine Lege, Nulla Poena Sine Crimene, Nullum Crimen Sine Poena Legale*).

Dicha fórmula se debe a Anselm von Feuerbach, quien la enunció en realidad dentro de la teoría de la pena, al exigir la precedencia de esta

[17] Bacigalupo, Enrique. *Principio de Derecho Penal General,* 2ª edición, 1990, Madrid. pp. 34 y 35

respecto a la acción a castigarse, como un requisito para que se logre el carácter preventivo del eventual castigo.[18]

Moderadamente se requiere que el principio del *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege,* se complemente a su vez con otra serie de principios que en conjunto permitirán que efectivamente queden garantizados los derechos de la persona ante el poder de castigar del Estado. Dichos principios están relacionados con las fuentes del Derecho Penal, con su configuración desde el punto de vista técnico-legal con su validez temporal y con el hecho de proscribirse la analogía.

El conjunto de garantías aludidas, se compendian en el siguiente aforismo: *Nullum Crimen, Nulla Poena, Nulla Mensura Sine Lege Scripta, Stricta, Certa et Praevia,* lo que quiere decir que no hay tipo penal, pena o medida de seguridad sin ley escrita, estricta, cierta, y previa. Que la ley debe ser escrita, es tanto como decir que sólo la ley que ha dictado el poder Legislativo es fuente de delitos y de penas. De esto se deriva a su vez el principio de reserva de la ley; a su vez este principio impide acudir al derecho consuetudinario para crear delitos o penas; la costumbre no tiene eficacia como fuente directa de derecho penal. Cuando se hace referencia a que solo la ley constituye la fuente directa del jus puniendi; se alude a la ley formal y no a la ley material.

[18] *Cfr*. Caballero Frías, Jorge. *Teoría del Delito,* Editorial Livrosca, 1996 p. 8. Destaca este autor que generalmente los antecedentes del principio se suelen remontar a la famosa Carta Magna de Juan sin tierra (1215). Pero que hay otros autores que encuentran antecedentes análogos en el Código de Hanmurabi (1950 A.C.) en el que se exigía un derecho evidenciado en "Grafías" que brindara seguridad. Otros encuentran su origen en la carta leonesa de Alfonso IX en las cartas del león (1188) en la cual se plasmó la responsabilidad de los jueces en la administración de justicia y el juicios de los "pares" como garantía de los ciudadanos. Dicho principio se concreta con el iluminismo (Voltaire Montesquieu, Becaria). Becaria llega a afirmar como consecuencia del contrato social que: "sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad puede residir exclusivamente en el legislador". *Vid.* Becaria. *Dei delitti e delle pene*, 1764, tomo III, p. 15, también citado por Bacigalupo en Derecho Penal. p. 84. El código Bavaro elaborado por Feuerbach, estableció el principio en su Art. 1º (1813).

La reserva deja en la instancia constitucionalmente legitima la potestad de crear delitos y penas; es decir deja en manos del Poder Legislativo tal facultad; ya que éste representa el poder político menos peligroso.[19]

La ley debe ser también estricta lo cual significa que queda prohibida la analogía como fuente para crear delitos y penas. Con razón se afirma que la prohibición de la analogía como fuente no es consecuencia ineludible del dogma de la legalidad, puesto que puede coexistir con ella como sucedió en la Alemania Nazi. Lo que realmente se quiere significar con la prohibición de la analogía es que sería inaceptable para un derecho que respete los derechos humanos fundamentados en la concepción de persona humana con dignidad, el admitir que mediante procedimientos analógicos se establezcan delitos o penas. Cabe empero ser aún más precisos y señalar que existe cierto margen para aplicar un proceso analógico cuando se trata de aplicar el derecho y más específicamente cuando el juez se mueve en el "ámbito semántico" de la norma. Se trata en realidad de no sobrepasar ese ámbito, lo que sucedería cuando se le da al precepto un sentido en contra del reo que está más allá del sentido literal que posibilita la propia norma. Por otra parte la analogía si tiene cabida en otros casos como por ejemplo para apreciar una atenuante genérica (artículo 74 ordinal 4º del código penal); pero nunca para crear delitos ni penas.

La ley también debe ser cierta. Esto significa que la ley debe tener certeza o ser determinada; a este principio se le ha denominado también de Taxatividad y supone que las conductas típicas y sus consecuencias jurídicas deben estar señaladas de manera clara de modo que los requisitos esenciales de cada delito queden precisados de manera minuciosa. La finalidad que se persigue no es otra sino poder conocer lo realmente prohibido por el derecho para poder realizar todo aquello que al no estar prohibido está permitido. Por supuesto la taxatividad total no siempre se puede alcanzar en realidad se puede afirmar que en los tipos penales hay mayor o menor taxatividad, ello va a depender en buena parte de la necesidad que existe debido a la variedad de conductas que se han de regular, de incorporar elementos normativos, susceptibles de valoración

[19] Caballero Frías, Jorge. *Ob. Cit.,* p. 12. El Art. 187 Numeral 1 de la Constitución atribuye a la Asamblea la facultad de legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.

en dichos tipos. Estos elementos normativos cumplen una doble función, por una parte permiten integrar en la descripción típica el total de la conducta que se quiere sancionar y por la otra suelen facilitar la interpretación progresiva. Piénsese por ejemplo en el elemento normativo de carácter cultural que supone la valoración del concepto de "honestidad" integrante del delito de seducción con promesa matrimonial que tendrá una interpretación diversa según el contexto sociocultural en el que se haga la valoración. Dicha valoración es esencial para completar cabalmente el tipo.

Otro tanto sucede con los llamados tipos abiertos, entre ellos: los delitos culposos, delitos de comisión por omisión y las leyes en blanco, en los cuales respectivamente no se pueden precisar en su contenido material todas las hipótesis legales de culpa, o agotarse exhaustivamente todos los supuestos en que se está en "una posición de garante" o determinar el contenido de lo prohibido por depender ello de las mutaciones derivadas de otras normas generalmente sublegales.

Merece particular consideración el último supuesto, es decir las normas penales en blanco, pues estas al concretar los tipos de delito incorporan elementos normativos ajenos al Derecho Penal. Algunos autores han visto la contravención de la norma extrapenal como un elemento puramente objetivo del tipo, una condición objetiva de la punibilidad e incluso de perseguibilidad por lo que aseguran no ha de quedar abarcada para que la conducta típica se concrete por el dolo del autor. Para la mayoría la conducta controvertida de la norma extrapenal se ubica en el tipo subjetivo, motivo por el cual para concretar el tipo doloso debe ser comprendida por el dolo del autor. Como es obvio esto tendrá gran relevancia para resolver los problemas referentes a la teoría del error. Asimismo cabe destacar que la extensión, difuminación y enrevesamiento del derecho extrapenal, que en la mayoría de los casos se trata de Derecho Administrativo, complica el conocimiento por parte de aquellos a quienes van destinadas las normas a las que remite la norma penal en blanco impidiendo su motivación y afectando los aspectos materiales del principio de la legalidad penal.

En nuestro derecho positivo existen diferentes normas tanto en la Constitución como en otras leyes que disponen el principio de Legalidad. Así tenemos:

El Código Penal en su artículo 1º señala: "Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviese expresamente previsto como punible por la ley ni con penas que ella no hubiere establecido previamente..." De esta disposición se deriva que no puede haber una conducta punible que sea susceptible de pena si no existe una ley formal escrita que lo disponga. Igualmente al hacer referencia la precitada norma a que el hecho debe estar expresamente previsto en la Ley" se hace alusión al principio que proscribe la analogía (*lex penal stricta*) y al principio que exige la determinación en el tipo penal (*lex penal certae*). Se hace referencia al principio que prohíbe la retroactividad (*lex penal praevia*) cuando se exige que el hecho previsto como punible por la ley y las penas con las que se le castiga se deban "haber establecido previamente". Por otra parte la ley sustantiva expresamente ratifica el principio de la prohibición de la retroactividad de la ley penal al establecer como excepción al mismo en el artículo 2 "Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo aunque al publicarse hubiere ya sentencia previa y el reo estuviere cumpliendo condena". Por otra parte la Constitución de la República en su artículo 24 establece el principio de irretroactividad, efectivamente en dicha norma expresamente se reafirma que la ley debe ser previa y no puede aplicarse para hechos ejecutados con anterioridad a su vigencia; a pesar de esto, y sólo por vía excepcional, se ordena la aplicación retroactiva cuando la ley posterior imponga menor pena. El principio por el cual se prohíbe la retroactividad aparece históricamente unido al principio de legalidad; a su vez el principio de retroactividad de la ley penal posterior como excepción, en caso de que sea más favorable a la persona es generalmente aceptado por la doctrina y aparece en numerosos textos legales.[20] En consecuen-

[20] El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su artículo 24 establece la Irretroactividad *Ratione Personae,* según la cual nadie será penalmente responsable por una conducta anterior a su entrada en vigor. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva se aplicaran las disposiciones más favorables a las personas a objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena. Artículo 24-2

cia para un estado de derecho respetuoso de la persona humana y su dignidad que pretende evitar el abuso del poder de castigar con detrimento de los derechos de los individuos está proscrita la retroactividad de toda disposición que suponga la vulneración de esos derechos en cuanto se afecte la posición del individuo frente a tal poder en los aspectos sustantivos; ejemplo de ello lo tenemos en aquellas normas penales posteriores que desmejoran la posición del imputado, bien porque se aumente la pena de los hechos cometidos con anterioridad a ellos, o regulen de manera diferente la prescripción (esta no es estrictamente una norma de naturaleza procesal, puesto que de ella depende nada más ni nada menos que exista delito o no). Nuestra Constitución dispone la regla de la retroactividad sólo en materia estrictamente procesal señalando que las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aún para los procesos que se hallaran en curso. Debe ponerse de manifiesto que en esta materia resulta de particular importancia señalar que aunque alguna determinada disposición se encuentre en el contexto de una ley procesal se aplicará inmediatamente sólo si no afecta los derechos sustantivos de la persona en cuyo caso no deberá aplicarse retroactivamente. Son normas de carácter estrictamente procesal aquellas que se refieren a los actos de proceso, la forma de su organización a sus intervinientes, etc.

1.2 *NULLUM CRIME, NULLA POENA SINE ACTIONE O SINE CONDUCTA*.

El principio del acto o del hecho, o principio de la materialidad de la acción o exteriorización de la misma constituye el fundamento de un Derecho personalista o individualista que se asienta en el respeto escrupuloso a un Estado de Derecho que como el venezolano reposa fundamentalmente en el reconocimiento de la persona humana y de su dignidad. Se traduce este principio en la seguridad de no ser castigado sino solamente por lo que se hace en el mundo externo por el ser humano. El derecho de castigar en cabeza del Estado sólo nace ante lo verdaderamente realizado y no por lo simplemente ideado, resuelto o manifestado; por eso Ulpiano decía: *Cogitiationis Poenam Nemo Patitur* (que nadie tenga pena por sus pensamientos). Esto lleva a sustentar un Derecho Penal de Acto en contraposición de un Derecho Penal de

Autor. Para que pueda hablarse de delito se requiere que efectivamente exista un acto humano, un comportamiento o una conducta que trascienda la interioridad del autor proyectándose en el mundo exterior; sin embargo aún la mera manifestación de voluntad no constituye generalmente delito, es necesario que se llegue a actuar efectivamente para que pueda hablarse de "comienzo de ejecución" de un delito, lo que dentro de la teoría del delito conforma el límite mínimo de punibilidad en nuestro derecho. La concepción de un derecho penal de Acto conlleva el castigo por lo que se hace y no por lo que se es. Responsabilizar al ser humano por lo que se es constituye la justificación del peligrosismo positivista italiano, así como de la concepción sintomática de la conducta delictiva (Tessar Kollman) en la cual el acto únicamente tiene un valor sintomático como índice de una personalidad.[21]

Un derecho sin acción sanciona no sólo determinados comportamientos, sino que además fundamentándose en un criticable subjetivismo castiga aptitudes y situaciones totalmente subjetivas lo que lleva a castigar el peligrosismo por sí mismo.[22]

No cabe duda que en consonancia con el respeto a los derechos de la persona humana, los cuales derivan precisamente de tal condición, se hace menester sostener una clara posición, respecto a la aceptación sólo de un Derecho Penal de Acto, lo que prefigura una concepción al momento de legislar y particularmente al momento de aplicar la justicia penal; pues en efecto cabe anotar que la aceptación de tal postura conlleva una serie de consecuencias, entre las cuales vale la pena destacar las siguientes: La pena en el Derecho Penal de Acto se deriva de la

[21] Frías Caballero, Jorge. *Ob. Cit.,* p. 7.

[22] En el campo del derecho penal no se puede afirmar la incompatibilidad de la valoración de los aspectos internos (motivos) de la conducta respecto a una auténtica concepción liberal, muy por el contrario ellos en el derecho de corte liberal cobran particular importancia; sólo que deben ser tomados en consideración cuando se manifiesta exteriormente con actos que representan la vulneración o puesta en peligro de bienes jurídicos importantes de acuerdo a la relevancia social que se les atribuye. En la historia reciente hay ejemplo de delitos castigados sin haberse realizado el hecho externo que ataca el bien jurídico de interés social. Los nazis castigaron la voluntad contraria al deber.

culpabilidad en el hecho y en cambio en un Derecho Penal de Autor aquella deviene de la peligrosidad del sujeto, en el Derecho Penal de Autor no se hacen distingos entre delito tentado y consumado ni entre autoría y participación en lo que se refiere a la penalidad pues el hecho no interesa sino lo que importa es la voluntad peligrosa del sujeto. Apoyarse en el Derecho Penal de Autor genera un distorsionado subjetivismo que sustituye culpabilidad por peligrosidad lo cual además de ser un procedimiento altamente inseguro para apreciar la responsabilidad penal por si mismo, puede suceder que a la larga no se produzca el hecho para el cual se consideró al sujeto como peligroso. Exner decía: "no hay concepto más peligroso que el concepto de peligrosidad" por otra parte asumir un Derecho Penal de Autor supone igualmente adoptar ciertas posiciones con fundamento en la peligrosidad tales como agravar la reincidencia (Art. 100 Código Penal) aumentar la pena a los autores habituales o profesionales del delito por el solo hecho de serlo. En esto se aprecia su ser, su personalidad y no el hecho efectivamente ejecutado.

Por último también destaca en un Derecho Penal de Autor el castigo por el delito imposible.

Nuestro código en diferentes disposiciones parece reafirmar el Derecho Penal de Acto. Así: el artículo primero al postular el principio de legalidad hace referencia al "hecho" (nadie puede ser castigado por **un hecho** que no estuviese previsto como punible por la ley...) (destacado nuestro). El artículo 61 al definir el dolo como intención y permitir por interpretación dogmática fundamentar el error de prohibición, se refiere en su encabezamiento a que "nadie puede ser castigado como reo de delito no habiéndole tenido la intención de realizar el **hecho** que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión...". Es interesante hacer una interpretación dogmática y destacar que ella se refiere al hecho constitutivo del delito; este es al hecho típico antijurídico y culpable. El hecho típico es aquel que está previsto en la ley al que se le asigna una pena y en el caso de nuestra legislación el hecho previsto debe al menos estar constituido por "un comienzo de ejecución" (artículo 80) esto equivale a decir que se castiga en nuestra legislación por el acto no por condiciones de la personalidad del sujeto, ni por su ser ni por su peligrosidad etc.

En otras disposiciones el código penal se hace mención igualmente "al hecho" (artículo 62, 67, 75, 77, 90, 91, 98, 99, 109, 111, 124, etc.). En materia de participación a los cómplices secundarios (artículo 84) se ordena la rebaja de pena no así a los cómplices primarios (cooperadores inmediatos y cómplices necesarios).

1.3 *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE INJURIA*

Sin duda que este principio de origen liberal, consagra un avance respecto a la concepción tradicional según la cual el delito se presentaba como un simple ataque a los derechos subjetivos de la persona. El principio se vincula en el derecho penal de la actualidad, con el tema del bien jurídico. Se considera que no basta con la promulgación de la ley formal scripta, cierta, stricta y praevia, para que se respete el estado democrático social de derecho y de justicia; sino que se hace menester que esa legalidad se fundamenta ontológicamente en la vulneración grave a un bien jurídico, que es precisamente lo único, que puede justificar el ejercicio del poder represivo por parte del legislador inclusive por parte del juez. El bien jurídico no es creado por el legislador el sólo lo regula con las normas penales, la existencia del bien jurídico es previa al mismo legislador y depende de valores reconocidos por la sociedad, que el derecho acoge para preservar el normal funcionamiento de la misma. En este sentido resulta particularmente lúcida la opinión vertida por Carrasquilla al determinar la noción de Bien jurídico para un Estado Social y Democrático de Derecho y la consecuente importancia que deriva de esa noción para el concepto de persona que vive en la sociedad. Nos dice el maestro "...Una noción de bien jurídico adecuado para un estado social y democrático de derecho - o sea para un Estado Moderno – tiene forzosamente que partir de los derechos morales universales de la persona humana, de los derechos humanos internacionales y de los derechos fundamentales de cada Constitución ...como se sabe los derechos son para el estado y el derecho un fin esencial –el fin fundamental o fundacional– en tanto que para la persona son medio imprescindibles de convivencia social democrática...".[23] El bien jurídico

[23] Carrasquilla. *Ob. Cit.,* p. 353

es considerado como la única instancia legítimamente del poder punitivo. El derecho penal tiene como función esencial proteger los bienes jurídicos: no puede haber delito sin ofensa (lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido). El legislador no está facultado para castigar cualquier conducta sólo puede hacerlo con aquellas que sean lesivas a un bien jurídico.[24] Vinculado íntimamente con esto el legislador tiene la obligación de examinar la racionalidad y proporcionalidad de cada pena se cree de modo parecido a como la existencia de los tipos penales, no exime a los jueces de la necesidad de confrontar en cada caso si la conducta imputada ha creado o no para el correspondiente bien jurídico un daño de importancia o al menos un riesgo innecesario o indebido.[25] Si se incumple con el requerimiento de lesividad a un bien jurídico el Derecho Penal se convierte en autoritario. Tal cosa acontece cuando se prescinde de bienes jurídicos concretos, bien reprimiendo anticipadamente su simple y a menudo abstracta puesta en peligro o castigando al mero desvalor político de la acción despojando de tal forma a los tipos penales de su auténtica función de tutela. Hay una ausencia del bien jurídico en aquellos tipos penales integrados en todo o en parte por condiciones o cualidades desviadas de la persona, en los delitos de peligro abstracto o presunto, en los delitos de asociación, en los delitos de opinión y en los delitos de sospecha.[26]

Frías Caballero nos ilustra con el famoso caso de la "peinadora", defendido en su momento por Jiménez de Asúa como una hipótesis de falta de antijuricidad, sosteniendo el maestro Boliviano que más bien se trata de una falta de tipicidad material, aunque no de tipicidad formal, tal cual lo sostuvo en un caso similar, cuando le correspondió conocerlo en el desempeño de sus funciones judiciales en la Corte Suprema de Argentina. Opina que se trata de un supuesto en que falta la vulneración al bien jurídico.

---

[24] Frías Caballero, Jorge. *Ob. Cit.,* p. 24
[25] Carrasquilla, Fernando. *Ob. Cit.,* p. 354
[26] Ferrajoli. Citado por Velásquez Fernando. *Derecho Penal.* Parte General. Tercera Edición. Temis . p. 281.

El mencionado caso se refiere a la mujer soltera que con noble propósito inscribió como hija suya a una niña abandonada. Señala el profesor Frías que en ese supuesto no existe ofensa al bien jurídico. A la mujer en cuestión se le imputó los delitos de falsificación ideológica de documento público y suposición del estado civil. La falsificación quedó excluida "porque la acción no estuvo integrada por la acción o representación de la posibilidad de algún perjuicio (objetivamente exigido por el tipo) y el delito contra el estado civil porque la criatura era de padres totalmente desconocidos y a partir de la conducta de la mujer se convertía en persona investida de una serie de expectativas y derechos jurídicamente relevantes.[27] Ciertamente a favor de la absolución de la mujer militan diversas razones entre ellas la ausencia de vulneración de un bien jurídico lo que no justificaría el castigo y por otra parte la justicia que se corresponde con no sancionarla penalmente, cuando lo que en rigor la imputada produjo y era su voluntad no fue otra cosa que proteger a la menor. Por lo tanto esa solución luce lo más acorde en un Estado de Derecho que proclama ser Democrático, Social y de Justicia; como es el caso Venezolano.

1.4 *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE CULPA*

Este principio que para muchos autores es considerado como el más importante se enuncia diciendo que no hay pena sin culpabilidad y que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad.[28] De poco serviría exigir el respeto de todos los principios del derecho penal hasta ahora analizados y de otros; si no se requiriera que la conducta sea el resultado reprochable del sujeto. Por ello se asienta claramente hoy en día, que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, de allí que se proscribe toda forma de responsabilidad objetiva por el mero resultado.

---

[27] Caballero Frías. *Ob. Cit.,* p. 29.

[28] Especial discusión ha tenido particularmente en ámbitos europeos la tesis del doble aspecto del principio de culpabilidad que proclama que tampoco debería haber culpabilidad sin pena pues esta además de su proporcionalidad con aquella debe también ser necesaria. Se le atribuye a Kaufman la precitada tesis, aunque al parecer posteriormente la modificó aceptando que no basta con la culpabilidad para justificar la pena.

La conducta humana por ser tal no equivale a un simple hecho o acontecimiento natural, por el contrario supone una compleja manifestación, que debe ser debidamente valorada por el derecho respetando la estructura ontológica del ser humano y el carácter subjetivo de tal manifestación del cual carece de forma absoluta el simple hecho natural e inclusive el mero actuar animal que está más cerca de este que de representar verdaderamente la conducta que sólo el ser racional tiene. Precisamente tal diferenciación es lo que permite proyectar el concepto de persona, dotada de dignidad como rango que le pertenece por la sola razón de ser, sobre el derecho que está obligado a respetarla. El principio de culpabilidad no aparece señalado expresamente en la Constitución de la República. En la doctrina según algunos el principio está implícito en el de legalidad (artículo 49 ordinal 6º de la Constitución Nacional). "Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.[29] Pensamos que luce más claro fundamentar, en nuestro caso, el principio de culpabilidad en el artículo 3 de la Constitución que proclama como fin esencial del Estado la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad. Efectivamente ella supone el respeto a la dignidad de la persona humana. Imponer una pena sin culpabilidad o si la medida de la pena supera la medida de culpabilidad, es tanto como utilizar al ser humano como si fuese un simple instrumento con el que se persigue obtener fines sociales o preventivos sin respetar su dignidad.

Actuándose de esta manera en realidad se está convirtiendo al derecho penal en un conjunto de normas que sin tomar en cuenta los valores inmanentes de la persona humana pretende controlar la criminalidad desde el ángulo preventivo o represivo. Entonces se habría construido un sistema penal que por no tomar en cuenta a la persona bien pudiera denominarse "transpersonalista" o "transindividualista" en el que impe-

[29] En sentido contrario a esa tesis mantenida en España por autores como Cabo del Rosal y Viven Antón, se pronuncia Cerezo Mir, José, en *Curso de Derecho Penal General III. Teoría Jurídica del Delito*. p. 16. A este autor le parece discutible dicha tesis pues considera que para la existencia de la culpabilidad es preciso la conciencia actual o posible de la antijuricidad de la conducta pero no de la punibilidad de la misma.

raría la peligrosidad en vez de la culpabilidad y se aplicaría paradójicamente el mayor subjetivismo por parte del Estado al momento de ejercer su poder con una apreciación de la conducta desvalorada sin consideraciones referentes a la postura subjetiva que implica el actuar humano que el derecho debe necesariamente considerar.

Ese sistema sería capaz de servir como sustento punitivo al más franco totalitarismo, sobre la base de una exacerbación de las ideas de una Defensa Social, sin trabas o de un peligrosísimo naturalista capaz de conducir a una especie de profilaxis social contra el delito en la cual para nada cuenta la persona humana.[30]

A la luz de la actual Constitución cabe encontrar fundamento al "dogma culpabilístico" en el principio del Estado de Derecho, así lo ha considerado en Alemania el Tribunal Federal Constitucional el cual ha establecido que la exigencia culpabilista tiene rango constitucional por derivarse del principio de Estado de Derecho, del reconocimiento del derecho a la libertad general de actuación y por tener su fundamento en la dignidad de la persona. En España de manera idéntica se ha pronunciado Enrique Bacigalupo al opinar que podría derivarse como en su caso lo ha dicho el Tribunal Constitucional Federal Alemán del principio del Estado de Derecho (Artículo 1º de CE) e inclusive de la protección de la dignidad de la persona humana contemplada en el artículo 101 de CE.[31]

No nos cabe duda que en última instancia el artículo 2 de nuestra Constitución al proclamar un estado democrático de derecho y de justicia que propugna como valores superiores entre otros la libertad, la justicia y la preeminencia de los derechos humanos, permite darle rango constitucional al principio culpabilístico. No se puede olvidar que la estructura del Estado dibujada en el artículo 2 gira en torno al concepto de persona humana con su rango de dignidad conforme a lo previsto en el artículo

[30] Caballero Frías, Jorge. *Problemas de la culpabilidad en el Código Penal Venezolano (Art. 60, 61, 62 y 64 del Código Penal),* p. 17. Caracas 1998.
[31] *Vid.* ¿Tiene rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?. *La Ley* año III, número 434, 8, 8 - 6 - 1992, p. 1-3.

3º. La aplicación de una pena sin fundamento en el respectivo reproche y en la cantidad del mismo resulta violatoria a la concepción democrática del Estado y a los valores que ella supone de libertad, justicia y en general de los derechos humanos. Por otra parte la presunción de inocencia como norma instrumental supone el reconocimiento previo de la culpabilidad como elemento esencial del delito. Por ello también puede afirmarse que la presunción de inocencia establecida en la constitución implica reconocimiento del principio de culpabilidad (artículo 49 ordinal 2. "Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario").

Por otra parte se debe señalar que el código penal venezolano a diferencia de algunos proyectos de reforma y de muchos códigos modernos no se pronuncia de un modo expreso sobre el principio de culpabilidad; como tampoco se define el dolo o la culpa, ni se regula las diversas clases de error y menos sus consecuencias, ni se fija la función de la culpabilidad en relación a la pena y por último no se establece con claridad las causas de inculpabilidad ni sus requisitos; a pesar de ello nada impide que con las escasas normas relacionadas con la culpabilidad que contiene nuestro código, se pueda hacer una elaboración dogmática adecuada a la moderna teoría de culpabilidad.[32]

[32] *Vid*. Jorge Frías Caballero. Problemas de culpabilidad en el código penal venezolano (artículos 60, 61, 62, 63, y 64 código penal) ya citada en 1998. Este autor en su clarísimo a su vez que profundo y original estudio, ensaya una reelaboración dogmática a partir del artículo 61 del código penal para comprobar la vigencia del dogma *Nulla Poena Sine Culpa*, entre nosotros que permita afirmar que en el derecho venezolano rige plenamente el derecho de culpabilidad.
Principio este que encuentra reafirmación en los artículos 62 al 65 del código penal. Igualmente deriva del artículo 61 un concepto de dolo y sus diversas formas, el cual se comprende el elemento psicológico del dolo y el elemento volitivo del mismo. Construye también de manera, por demás brillante una teoría dogmática sobre el error y su incidencia sobre la culpabilidad. Previamente determina el contenido del elemento intelectual del dolo, esto es, que cosas son las que debe saber o conocer el agente para actuar con dolo y por consiguiente cuales son las hipótesis en la que el error elimina el dolo por estar ausente ese conocimiento. En consecuencia se desarrolla el llamado modernamente **Error de Tipo**. Resulta particularmente brillante el autor cuando fundamenta en nuestra legislación el **Error de Prohibición** (Error sobre la antijuricidad o sobre la significación antijurídica del hecho) lo que hace con argumentos de carácter dogmático y teóricos. Realizando además una clarísima distinción entre ignorar la ley (artículo 60) que no excusa y alegar un error sobre una causa de justificación que si puede excusar.

Hoy en día los textos legales se mantienen algunos remanentes de responsabilidad objetiva donde se castiga sin culpabilidad; ejemplo de ello está en los delitos calificados por el resultado que son figuras delictivas formadas por una conducta básica, generalmente dolosa y en las que se prevé la aplicación de una pena mas elevada cuando de esa conducta básica se deriva un ulterior resultado más grave. En una futura reforma se deben superar estos vestigios de responsabilidad objetiva que también nuestro código contempla. En el caso de los delitos calificados por el resultado debería exigirse que concurra al menos imprudencia con el resultado más grave para que pueda aplicarse la pena más elevada. Igualmente el castigo de los delitos preterintencionales puede vulnerar el principio culpabilista. Igual sucede cuando no se aprecia una circunstancia que constituye un Error de Tipo (lo que consiste como se sabe en el desconocimiento de algunos de los elementos del aspecto objetivo del tipo penal por el sujeto); ejemplo se dispara contra lo que se cree de manera esencial e invencible que es un animal; pero se trata de una persona. Aquí hay un error respecto a uno de los elementos del Tipo de Homicidio (artículo 407) o cuando no se valora *un Error de Prohibición* que consiste en la no conciencia de la antijuricidad (error sobre la antijuricidad o sobre la significación antijurídica del hecho).

Reincidencia

Lisbeth DA COSTA ROIS[*]

SUMARIO:

1. **El Control Social.**
2. **La Pena y sus Teorías: 2.1** *Teorías Absolutas:* **2.1.1** *Análisis Crítico.* **2.2** *Teorías Relativas:* **2.2.1** *La Prevención General.* **2.2.1.1** *Análisis Crítico.* **2.2.2** *La Prevención Especial:* **2.2.2.1** *Análisis Crítico.* **2.3** *Teorías Unificadoras.*
3. **La Reincidencia: 3.1** *Naturaleza Jurídica.* **3.2** *Requisitos y Clases.*
4. **Límites del ejercicio del *Ius Puniendi.***
5. **La Reincidencia en contraposición a los Principios Superiores del Derecho Penal: 5.1** *Reincidencia y Principio de Igualdad.* **5.2** *Reincidencia y Principio de Proporcionalidad de la*

[*] **Universidad Santa María,** Abogada, Especialidad en Docencia Universitaria, Cursante, Ex Profesora de Pregrado. **Universidad Central de Venezuela**, Especialidades en Derecho Procesal y en *Ciencias Penales y Criminológicas*, Tesista. **Universidad Católica Andrés Bello**, Facultad de Derecho, Profesora. **Ministerio Público**, *Consultoría Jurídica*, Abogado Adjunto V, *Asesoría Técnico-Científica e Investigaciones Penales*, Ex Directora.

Pena: **5.2.1** *Idoneidad.* **5.2.2** *Necesidad.* **5.2.3** *Proporcionalidad en sentido estricto.* **5.3** *Reincidencia y Principio de Culpabilidad.* **5.4** *Reincidencia y Non Bis In Ídem.*

6. Ineficacia de la Reincidencia como Medida de Prevención Especial de la Pena.

7. Supremacía de la Constitución.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 2, que Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia. Sin embargo, para que éste exista como tal debe poseer una capacidad de dinamismo que no se aferre a una postura estacionaria y que, por ende, sea susceptible de modificaciones que se correspondan con los valores superiores de su ordenamiento jurídico que proclama en dicho texto preceptivo y que se encuentran contenidos en la preeminencia de los Derechos Humanos.

Sobre la base de esta concepción de Estado, la Carta Fundamental como el instrumento de mayor jerarquía legal, con el fin de procurar el bienestar de todos los ciudadanos destinatarios de dicha normativa, debe crear las condiciones necesarias para cumplir con los fines que se ha propuesto, contando para ello, entre otros, con un mecanismo ponderado en todo su contenido y justo en su aplicación como es un Derecho Penal signado por el Principio de Progresividad, a través del cual debe garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los Derechos Humanos.

Para alcanzar esos fines esenciales, el Estado debe asegurar el cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. El régimen relativo a los deberes de las personas se garantizará a través de la observancia de las normas de carácter sustantivo que establecen en caso de ser vulneradas, determinadas consecuencias jurídicas.

Sin embargo, el ejercicio de esa facultad punitiva del Estado debe propender siempre hacia un Derecho Penal Humanitario que implique el reconocimiento y trato efectivo del hombre como persona, lo que lleva

intrínseco, entre otros, la observación de su dignidad humana, la fundamental libertad de conciencia, la igualdad de las personas ante la ley y por ende ante la pena.

La imposición de una pena excesiva atentaría contra el Derecho Penal de Garantías que caracteriza a un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia. Asimismo, es también el momento para poner en práctica el Principio Constitucional de Resocialización reconocido en la letra del artículo 272 de la Carta Fundamental.

Por lo que durante el tiempo de ejecución de la pena, debe procurarse ocasionar con ella el menor daño posible a quien la sufre, tratando de proporcionarle, en la medida en que se pueda, un tratamiento educativo de persuasión, que lo prepare para una libertad sin delitos, a través del cumplimiento de una misión moralizadora, que forme o refuerce los valores éticos elementales de la convivencia y procure sobre todo un cambio de actitud frente a los intereses protegidos por el orden jurídico, lo que no sólo redundaría en beneficio de los condenados, sino también de la colectividad, que debe aceptar su reinserción.

1. EL CONTROL SOCIAL

Una de las condiciones primordiales requeridas para garantizar el mantenimiento de las organizaciones estatales es la presencia del control social. Por control social debe entenderse, aquel conjunto de medios idóneos llamados a regular el comportamiento humano, a través de la imposición de una serie de instrumentos limitadores de la libertad de los miembros que integran una comunidad; con la única finalidad de tutelar sus bienes fundamentales, para así lograr, mediante el apego de su comportamiento a determinadas reglas de conducta, la anhelada convivencia en sociedad.

Entre esos mecanismos de control social se encuentra el Derecho, y en especial el Derecho Penal, cuyo ejercicio sólo le corresponde al Estado, el cual, conforme al esquema de división de los Poderes Públicos, interviene en su creación, aplicación y ejecución. El Estado ejerce su autoridad sobre la base de un sistema penal previamente establecido, orientado

por un conjunto de ciencias o disciplinas, bajo una misma línea de pensamiento y argumentación que persiguen un fin único, el cual no es otro que el de brindar seguridad jurídica a los ciudadanos, con el objeto de coadyuvar a mantener el orden y preservar la paz de todo el conglomerado social.

El Derecho Penal procura alcanzar el equilibrio de la sociedad mediante la coacción y la represión, por ello, el mantenimiento del orden social a través de la aplicación de la ley penal se limita al control del delito. En ese sentido, el Estado se sirve del Derecho Penal como instrumento para disciplinar a los ciudadanos, declarando como punibles determinados comportamientos que al atentar contra los intereses de una sociedad, los cataloga como delitos y les asigna penas.

El análisis de la Teoría del Delito y la Pena constituyen la esencia del estudio de la Parte General del Derecho Penal. La tipificación de los delitos y previsión de las sanciones que le corresponden, se encuentran comprendidos en la estructura de la norma mediante la cual se pretende establecer un sistema de comunicación entre el Estado y todos los integrantes de la sociedad. Por ello, la pena no puede ser entendida en forma aislada o independiente de la existencia y mantenimiento de un determinado orden social que asegure la convivencia.

2. LA PENA Y SUS TEORÍAS

Son innumerables las definiciones aportadas por los diferentes autores acerca de la noción de pena.

Para Quintano Ripolles,[1] "*la pena consiste en la privación de un bien impuesta en virtud del proceso al responsable de una infracción previamente determinada por la ley*".

[1] Quintano Ripolles, Antonio (1963). *Curso de Derecho Penal*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid España.

Según Sebastián Soler,[2] "*Pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos"*.

Por su parte Bustos Ramírez[3] define la pena como "*la amarga necesidad de un mal social que consiste en la relativamente justa y proporcionada privación coactiva de ciertos bienes jurídicos, que como tal producen sufrimiento, impuesta judicialmente como legítima consecuencia, previamente conminada por la ley, de la ejecución de un injusto típico por el sujeto responsable*".

Entre las nociones antes transcritas existe una correspondencia teórica que pone de manifiesto que el poder estatal en el campo del Derecho Penal, ejerce su autoridad a través de la pena; por lo que resulta imprescindible establecer los fines que persigue el Estado mediante su utilización.

En ese sentido, los fines que tradicionalmente se le han asignado a la pena, pueden fundamentarse bajo las siguientes teorías:

2.1 *TEORÍAS ABSOLUTAS*

Las teorías absolutas tratan de justificar el castigo buscando la razón dentro de la pena misma, la conciben como la justa retribución del delito perpetrado, como el mal que debe imponerse al responsable del hecho delictivo, su culpabilidad se compensa con el mal que inflinge la pena.

Los representantes de esta concepción, más citados por la doctrina son los filósofos alemanes Kant y Hegel.

Para Kant, "*la pena jurídica no puede jamás ser considerada simplemente como medio para realizar otro bien, sea para el propio*

[2] Soler, Sebastián (1988). *Derecho Penal.* Tomo II. Ediciones Nueva Argentina. Buenos Aires. Argentina.
[3] Bustos Ramírez, Juan. (1994). *Manual de Derecho Penal.* Parte General. 4ª Edición. PPU. Barcelona. España.

infractor o para la sociedad civil, sino que debe serle infligida solamente porque él ha cometido un crimen, pues el hombre no puede ser tratado simplemente como medio para los fines de otro y ser confundido con los objetos del derecho de cosas… Antes de que alguien piense extraer de esa pena alguna utilidad para sí mismo o para sus conciudadanos, el reo debe ser encontrado merecedor del castigo".

Según la opinión del citado defensor de las teorías absolutas, la pena encuentra su único fundamento en la culpabilidad del autor, esta es la forma de cumplir con la función de realización de justicia, rechazando con ello cualquier concepción de castigo que se fundamente en razones de utilidad social, porque de esta forma se estaría considerando al hombre como un simple instrumento en beneficio de la sociedad.

Hegel fundamenta la pena en el concepto de Derecho Penal; concibe al delito como la negación del derecho, de ahí que la pena sea la negación de la negación del derecho, por lo que según su concepción, la pena restablece el derecho, marca la diferencia entre lo injusto y la justicia.

2.2.1 *Análisis Crítico*

En un verdadero Estado democrático y social de derecho y de justicia no puede mantenerse la estricta tesis retribucionista que literalmente sostiene que retribuir es pagar con mal otro mal, fundamentando la pena en la necesidad de ejercer una represalia sin finalidad, es decir, castigar por castigar, lo que refleja por parte del Estado un total autoritarismo, debiendo objetarse, por una parte, la falta de límites al ejercicio del *ius puniendi* y la degradación de la condición de hombre a un mero instrumento, al que viéndose marcado por ideas de venganza no se le reconoce la dignidad de ser humano.

Un aspecto positivo que debe reconocérsele a la concepción retribucionista es su contribución al desarrollo del principio de culpabilidad. El criterio legalmente aceptado para legitimar la teoría retributiva se funda en el juicio de culpabilidad, donde se afirma que sólo se responde por el hecho punible cometido y en la medida que el mismo le sea reprochable

al sujeto. En este contexto, el autor Hans Wezel,[4] señala que: "…*la pena se justifica como retribución adecuada a la medida de la culpabilidad. Este sentido de la pena se dirige a la comprensión y a la voluntad del hombre, tanto del autor como de la sociedad en que vive. La retribución justa de la infracción culpable del derecho presenta ante los ojos de todos el disvalor del hecho que refuerza con ello el juicio ético-social*".

La evolución de dicho principio ha sido determinada por el paso de cada época, donde al legislador se le ha exigido observar la situación del momento para poder ejecutar la tarea de exigir lo que es posible de cumplir, es decir, ordenar las relaciones sociales de tal manera que el ciudadano pueda acatar las obligaciones que le son impuestas, para poder mantener el orden social y la seguridad jurídica. En ese sentido, el legislador tiene que configurar de manera paralela un catálogo de delitos y de causas de exclusión de la culpabilidad.

2.2 *TEORÍAS RELATIVAS*

Las teorías relativas buscan su finalidad fuera de la pena misma, proyectándola hacia el futuro, es decir, pretenden evitar la comisión de hechos delictivos a través de la advertencia de la imposición de la pena. Cuando dicha advertencia va dirigida a la colectividad, la prevención es general y será especial, cuando se limita a aquel que ya ha delinquido.

2.2.1 *La Prevención General*

Según esta modalidad de las teorías relativas, la previsión de pena para los comportamientos delictivos se establece para que la colectividad se abstenga de delinquir en el futuro.

El modelo de prevención general fue sustentado y desarrollado, en principio, por ilustres autores como Cesare Becaria, De los delitos y las penas, "*es mejor prevenir los delitos que punirlos*"; Bentham y Feuerbach.

---

[4] Welzel, Hans. (1987). *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile.

Para Bentham, el fundamento de la pena residía más que en su utilidad, en su necesidad, "*la prevención general –dice Bentham– es el fin primordial de las penas; es también su razón justificativa. Si se considerase el delito cometido sólo como un hecho aislado que no puede volver, la pena sería un puro perjuicio; no habría sino añadir un mal a otro: pero cuando se piensa que un delito impune dejaría la vía libre, no solamente al mismo delincuente, sino a todos los que tuvieran los mismos motivos y ocasiones para delinquir, se advierte que la pena aplicada a un individuo deviene una especie de salvaguardia universal. La pena, medio vil en sí mismo, que repugna todos los sentimientos generosos, se eleva al primer rango de los servicios públicos cuando se la contempla, no como un acto de cólera o de venganza contra un culpable o infortunado que ha cedido a impulsos funestos, sino como un sacrificio indispensable para la salud pública".*

Por su parte Feuerbach, autor de la tesis denominada "coacción psicológica" defiende con mayor claridad los fines que persigue la prevención general, es decir, afirma que mediante la conminación general de la imposición de las penas se pretende evitar la comisión de hechos punibles. Con la intimidación de la generalidad, lo que se persigue es inhibir los impulsos delictivos, al tratar de disuadir a los potenciales autores con la amenaza que implica el sufrimiento de una pena.

Los sostenedores de esta tesis inicial han desarrollado dicha concepción con importantes aportaciones. En la doctrina española, Gimbernat Ordeig,[5] señala que "*la necesidad de la pena radica en su fin de motivar los comportamientos sociales y evitar la justicia por propia mano…/ la tarea que la pena tiene que cumplir es la de forzar el carácter inhibidor de una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento…".*

[5] Gimbernat Ordeig, *Colección de Monografías Jurídicas N° 29.* El sistema de derecho penal en la actualidad.

La motivación del futuro autor consiste en aprisionar en tipos penales la descripción de comportamientos, que por haber sido desaprobados socialmente son considerados prohibidos y merecedores de una pena, cuya función ha de ser la de amedrentar mediante la aflicción que imprime, por saber con certeza que a la infracción le seguirá el sufrimiento de un mal, todo ello con el fin de evitar que tal conducta se realice.

Sin embargo, la vía de intimidación, conocida como prevención general negativa, no puede ser considerada como la única forma de prevención general, porque además de que la amenaza de la pena cumpla la función amedrentadora de infundir temor en el futuro autor del delito, lo que lo conlleva a la posible paralización de la acción de delinquir; en un segundo sentido, como bien lo afirma Mir Puig,[6] puede ser entendida como afirmación del derecho, es decir, "*…la prevención general persigue más que la finalidad negativa de intimidación, la internalización positiva en la conciencia colectiva de la reprobación jurídica de los delitos y, por otro lado, la satisfacción del sentimiento jurídico de la comunidad. Se dirige a toda la sociedad, no sólo a los eventuales delincuentes*".

Bajo esta perspectiva, la prevención general positiva persigue a través del conocimiento del valor ético-social de la norma y la aceptación de sus consecuencias, demostrar y fortalecer la legalidad de las mismas en la conciencia de sus destinatarios.

2.2.1.1 *Análisis crítico*

A las teorías de la prevención general, al igual que a la tesis retributiva, se le critica que al parecer resulta insuficiente para fundamentar el *ius puniendi* del Estado, ya que la misma encuentra el basamento de la pena en la necesidad de motivar a una generalidad para que se abstenga de cometer delitos, mediante la advertencia de la imposición de un castigo, lo que podría conducir a la implantación de un terror estatal.

---

[6] Mir Puig, Santiago. (1981). *Problemática de la pena y la seguridad ciudadana,* Revista Jurídica de Cataluña, N° 11. Barcelona. España.

Sin embargo, se apuntó anteriormente que la prevención general no debe ser entendida sólo en su aspecto negativo, como una simple propagación del miedo a la pena infundida por el Estado a través del conocimiento de la norma, sino también tomando en consideración su aspecto positivo, como la respuesta a los valores ético-sociales que generan la convicción necesaria en una comunidad, tal y como lo expresó Mir Puig, basado en la afirmación del orden jurídico en la conciencia colectiva. Aunado a ello, debe resaltarse que la aplicación del llamado Principio de la Proporcionalidad de la Pena, también contribuye a impedir el tránsito hacia el llamado terror estatal alegado por los opositores de la concepción de la prevención general positiva antes abordada.

2.2.2 *La Prevención especial*

Esta nueva posición centra sus esfuerzos sobre quien ya ha cometido un delito, es decir, toma en consideración la peligrosidad del sujeto, porque lo que pretende es evitar que quien ya haya delinquido, vuelva a delinquir.

Von Liszt,[7] a través de la elaboración de un programa, conocido como programa de Marburgo, postuló que la pena se legitima a través de la prevención especial, tomando en consideración tres aspectos: la intimidación del motivable, la corrección del delincuente susceptible de reeducación y la inocuización del delincuente habitual incorregible.

Bajo la configuración que ofrece la tesis preventivo-especial, la necesidad de la pena radica en evitar la reincidencia en cada delincuente en concreto.

2.2.2.1 *Análisis crítico*

El objetivo de la prevención especial es evitar la reincidencia. En ese sentido, la prevención especial se encuentra orientada principalmente hacia un fin resocializador, dirigido a rehabilitar al sujeto que delinquió para así poderlo reinsertar a la sociedad.

---

[7] Von Liszt, Frank. (1962). *Derecho Penal.*

Sin embargo, es evidente que el modelo constitucional venezolano que concibe al tratamiento penitenciario como garante de la rehabilitación del interno, se queda sólo en postulado, ya que no constituye secreto alguno, la crisis permanente que caracteriza al sistema carcelario, el cual carece de la infraestructura adecuada, de las condiciones mínimas que hagan posible garantizar los derechos fundamentales de todo ciudadano en prisión, de instituciones penales eficaces, así como del equipo multidisciplinario necesario para cumplir con la finalidad resocializadora que le ha sido asignada.

Las críticas de las que han sido objeto las formas puras de las teorías adoptadas para justificar la necesidad de la pena, dieron paso a la formación de las llamadas teorías unificadoras.

2.3 *TEORÍAS UNIFICADORAS*

Con la elaboración de las teorías unificadoras se pretende la fusión de los fines retributivos y de prevención en sus dos modalidades. Así pues, la justificación de la pena ha de plantearse sobre la base de una doble fundamentación, es decir, la pena será legítima dependiendo de su capacidad para reprimir y prevenir a un mismo tiempo, es decir, en la medida en que sea justa y útil.

No obstante debe reconocerse que la unión de fines represivo-preventivos para optar por una solución al conflicto no resulta la más adecuada, toda vez que ambos conceptos son excluyentes, no puede complementarse las deficiencias de una teoría con otra, más aún, cuando sus sustentaciones teóricas no se corresponden con su finalidad práctica, lo que obstaculiza su aplicación. La pena considerada como justa por la comisión de un hecho delictivo puede resultar insuficiente si se toma en consideración las necesidades preventivas que caracterizan a una sociedad.

En ese sentido, se hace necesario conocer los intentos emprendidos por algunos autores para presentar una fundamentación integrada por los aspectos positivos ofrecidos por ambas teorías.

Según la teoría dialéctica de la unión, Roxin[8] conduce los fines de la pena a través de tres momentos: conminación, imposición y ejecución.

La conminación de las penas corresponde a la fase legislativa. En esta etapa la pena se justifica desde el punto de vista preventivo-general, sobre la base de la protección de los bienes jurídico-constitutivos de una sociedad.

La imposición de la pena le corresponde al juez mediante la emisión de la sentencia y con la aplicación de la pena se demuestra la efectividad de su conminación, ya que en la medida que no se hiciera realidad ante la infracción de una norma, la pena carecería de credibilidad y eficacia; por ello, igualmente durante esta fase, se desarrolla una función de prevención general.

Durante la ejecución de las penas se busca lograr la resocialización del reo, a fin de reinsertarlo en la sociedad y aproximarse a la meta de una coexistencia caracterizada por la paz y seguridad, con lo que se cumple una función de carácter preventivo-especial.

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar que la teoría argüida por Roxin plantea una tesis integradora, pero sólo del aspecto preventivo de la pena, ya que sólo combina la prevención general y especial, excluyendo el aspecto retributivo, ya que a pesar de parecer estar presente en la fase de aplicación de la pena, puesto que ésta debe ser considerado como el momento de la realización de la justicia, explicó que la prevención puede ser limitada por la culpabilidad mediante un proceso dialéctico, donde no puede haber pena sin culpabilidad pero tampoco sin prevención, por lo que a pesar de que una persona fuera declarada culpable, si la pena no cumple con su finalidad preventiva, no debe imponerse; –dice Roxin– *hay una diferencia fundamental entre utilizar la idea de culpabilidad para entregar al particular a merced del poder del Estado, y emplearla para preservarlo para el uso*

[8] Citado por: Luis M. García (1992). *Reincidencia y Punibilidad.* Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina.

de ese poder. / Mediante esta limitación se evita que la prevención general degenere en el terror estatal. /...pues por razones de prevención general sería lícito quedar por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad.

Actualmente las teorías unificadoras ocupan una posición preponderante en la mayoría de las legislaciones, donde el objetivo de una de las tesis que las integran, vale decir, la prevención especial, radica principalmente en evitar la reincidencia.

No obstante, la eficacia preventiva de dicha estrategia resocializadora, garantizada por demás constitucionalmente, se encuentra ampliamente cuestionada.

3. LA REINCIDENCIA

Etimológicamente hablando, el término reincidencia *(recidere*) significa recaída; sin embargo, en el aspecto penal, no siempre que se comete otro delito existe reincidencia, sino que es necesario que ese delito anterior haya sido judicialmente comprobado y sancionado el responsable con la imposición de la pena correspondiente.

Según Cuello Calón,[9] la reincidencia puede ser definida como "*La situación del individuo que, después de haber sido juzgado y definitivamente condenado por un delito, comete otro u otros en determinadas condiciones*".

Por su parte, Antonio Martínez de Zamora,[10] considera la reincidencia, "*como la recaída en el delito por parte de un sujeto precedentemente condenado con sentencia penal irrevocable por otro u otros delitos*".

[9] Cuello Calón, Eugenio. (1937). *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Cuarta Edición. Casa Editorial Bosch. Barcelona. España.
[10] Martínez de Zamora, Antonio. (1971). *La Reincidencia.* Publicaciones Universidad de Murcia. España.

3.1 *NATURALEZA JURÍDICA*

A pesar de que tanto en nuestro Derecho Penal Sustantivo como en la generalidad de las legislaciones y la doctrina, se considera a la reincidencia como una circunstancia agravante, cuyo efecto produce el aumento de la pena, la determinación de la naturaleza jurídica de las circunstancias agravantes ha sido objeto de innumerables discusiones.

Las circunstancias agravantes en general determinan un aumento de la pena por ser reveladoras de una mayor peligrosidad en el agente o una mayor antijuricidad de la conducta.

Frente a esta calificación, surgieron objeciones sobre si su fundamento es puramente objetivo, subjetivo o por el contrario mixto, dependiendo si la agravación se basa en la mayor criminalidad del hecho, con independencia del sujeto activo, si es puramente personal, en la medida que represente sólo mayor perversidad y peligrosidad del delincuente o que se le atribuya el doble carácter.

Nuestro legislador concede a las circunstancias agravantes un carácter orientador, para facilitar la tarea del juzgador al momento de individualizar la pena y para ello establece diferencias entre aquellas agravantes que residen en el delincuente y las que radican en la producción del delito o sus elementos materiales, asignándole naturaleza subjetiva u objetiva dependiendo de la circunstancia de la cual se trate.

En el caso de la reincidencia, el Código Penal venezolano le atribuye naturaleza puramente subjetiva, toda vez que la misma es una expresión individual del carácter del delincuente, demostrativa en principio de una mayor peligrosidad, que depende directamente de su voluntad.

No obstante, la reincidencia no sólo produce la agravación de la pena, sino que también debe ser tomada en consideración por el juzgador a los efectos, entre otros, de la negación de las medidas sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad (artículo 256 COPP), y de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 494, numeral 1). Asimismo, la reincidencia específica, de conformidad con lo estable-

cido en el artículo 112 del Código Penal, constituye una causal de prescripción de la pena.

3.2 *REQUISITOS Y CLASES DE REINCIDENCIA*

De acuerdo con la normativa penal venezolana, la reincidencia se configura cuando un sujeto comete un nuevo delito después de haber sido condenado anteriormente y antes de que transcurran diez años de haber cumplido la condena o de haberse extinguido ésta. Asimismo, nuestra ley sustantiva distingue en sus artículos 100 y 101, tres tipos de reincidencia, la genérica, la específica y la llamada multirreincidencia. Estas dos últimas, a diferencia de la genérica, que se da en supuestos en que se trate de delitos de distinta especie, tienen lugar cuando el delincuente incurre en la comisión de un delito de la misma índole y en el caso de la multirreincidencia, además, se exige que al nuevo hecho punible le precedan dos o más sentencias condenatorias.

En lo que se refiere al *quantum* de la pena a aumentar, se observa que el legislador atribuye menos gravedad a la reincidencia genérica, por cuanto la pena a imponer debe regirse entre el término medio y el máximo asignado por la ley, mientras que en la reincidencia específica, se establece la aplicación de la pena correspondiente con un aumento de la cuarta parte y en la multirreincidencia aumentada a la mitad.

4. LÍMITES DEL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI*

Determinado como ha sido el fundamento del Derecho Penal Subjetivo a través de la función atribuida a las sanciones penales, el cual varía según la concepción de la pena que se adopte, se hace necesario limitar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado mediante el control que ejercen dichas concepciones.

No obstante, el ejercicio de ese derecho subjetivo implica un despliegue de poder por parte del Estado, el cual sin la imposición de los límites respectivos, devendría en una intervención arbitraria y excesiva, nada garantista para los ciudadanos que se encuentran sometidos a dicha potestad punitiva.

En ese sentido, la coerción del Estado debe encontrarse limitada o contenida por los llamados Principios Fundamentales del Derecho Penal.

Según cita de Velásquez Velásquez, [11] se entiende por Principios Generales del Derecho Penal "*aquellos axiomas fundamentalmente forjados por el hombre desde tiempo inmemorial que... permiten orientar y encauzar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica: posibilitando, además, a un nutrido cuerpo de doctrina llevar este sistema de conocimientos al elevado grado de racionalización y sistematización teórica y práctica, con el cual cuenta en la actualidad./En la doctrina contemporánea son cada vez más reivindicados los principios: ellos… sirven no sólo para crear el derecho, sino también para interpretarlo e integrarlo; por lo tanto constituyen la suprema garantía para que la creación, interpretación e integración del derecho no queden libradas al arbitrio subjetivo de quienes la ejercen, sino a la inatacable objetividad en que ellos consisten".*

En la afirmación de un Estado Constitucional, esos límites garantistas de la protección de todo ciudadano se encuentran comprendidos bajo la llamada supremacía del texto constitucional, caracterizado por un conjunto de –normas rectoras– contentivas de axiomas básicos sin los cuales adolecería de sentido cualquier tentativa de elaboración normativa con validez general y programática.

En ese contexto, el prenombrado autor define la expresión "normas rectoras", como aquellas "*…disposiciones jurídicas que incorporan al derecho positivo los postulados básicos del conocimiento jurídico; son, pues, los mismos principios inspiradores de esa parcela del saber vertidos en los textos legales, lo cual los dota de obligatoria e imperativa observancia para el intérprete o administrador de justicia, tanto en su labor doctrinaria como judicial, sobre todo si se tiene en cuenta su rango constitucional. Por eso, se designa a tales*

[11] Velásquez Velásquez, Fernando. (2002). *Manual de Derecho Penal,* Parte General. Editorial Temis, S.A. Bogotá. Colombia. p. 31.

normas con el calificativo de "rectoras", pues están destinadas a regir y orientar todo el sistema jurídico penal…".

5. LA REINCIDENCIA EN CONTRAPOSICIÓN A PRINCIPIOS SUPERIORES DEL DERECHO PENAL

5.1 *REINCIDENCIA Y PRINCIPIO DE IGUALDAD*

El ordenamiento jurídico establece límites para la validez de las leyes penales no solamente en el ámbito espacial y temporal sino también en lo que respecta a las personas.

La esencia de un Estado de derecho radica en que las normas sean de carácter obligatorio para todos sus habitantes y que no exista discriminación de ningún tipo.

En tal sentido, el Principio de Igualdad frente a la ley es reconocido expresamente en primer lugar, por los diferentes Pactos, Declaraciones y Convenciones Internacionales, a saber, la Declaración Universal de los Derechos humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10-12-48, en su artículo 7 establece que: "*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección ante la ley…*", la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en el año 1948 en la IX Conferencia Internacional Americana, en su artículo II consagra: "*Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*"; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (vigente desde el 18-7-78), en su artículo 24 señala: *"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley";* el Pacto Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16-12-66 (vigente desde 23-3-76), en su artículo 26 establece que: *"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.*

A ese respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".[12]

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela lo consagra en su artículo 21 bajo el texto: "*Todas las personas son iguales ante la ley...*" y en materia penal, el legislador lo contempla en el artículo 3 del Código Penal cuyo contenido reza lo siguiente: "*La ley penal se aplica indistintamente a todo individuo que cometa un delito o falta en el territorio de la República*".

El principio de igualdad concebido bajo la idea de justicia impone un trato análogo para todos los ciudadanos amparados bajo la concepción de un mismo ordenamiento jurídico, otorgándole la potestad de exigir ser tratado de manera semejante a los demás, ante situaciones similares.

La norma penal está dirigida a todo un conglomerado social sin excepción, ni distinción, con un contenido de esquemas amplios de comportamientos –carácter general y abstracto–, dentro de los cuales debe enmarcarse la conducta de cualquier destinatario infractor, por ello, las penas deben ser iguales para los responsables de igual delito; sin embargo, la propia ley sustantiva, en oposición al prenombrado principio, consagra una desigualdad previa de tratamiento, entre aquellos que la norma define como reincidentes, al hacerlos acreedores de la pena correspondiente al nuevo delito aumentada según la clase de reincidencia y los llamados delincuentes primarios, quienes sólo serán castigados con la pena asignada al hecho punible.

[12] *Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos (1999).* Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos. Comisión de la Unión Europea. Tercera Edición. San José de Costa Rica.

Por lo que la vulneración del principio de igualdad a través de la aplicación de los efectos gravosos de la reincidencia se fundamenta en el hecho de establecer de manera previa, penas diferentes para conductas que pudieran considerarse iguales desde el punto de vista de la antijuricidad. De ahí que cuando el juzgador persigue imponer una sanción justa, debe hacerlo conforme al postulado constitucional de la igualdad.

5.2 *REINCIDENCIA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD*

Toda pena, independientemente del delito que la prevé, debe respetar las reglas mínimas relativas al tratamiento de los internos, relacionadas indefectiblemente con el concepto de dignidad del ser humano y de prohibición de penas infamantes; por ello, el principio de proporcionalidad se une frecuentemente con el principio de humanidad de las penas.

Al respecto, afirma Artega Sánchez,[13] que "*según el principio de la pena humanitaria, la pena, desprovista de toda crueldad o señalamiento infamante, debe guardar relación con la gravedad del hecho cometido y servir a los fines de la prevención general y a los de la recuperación personal y social de quien ha delinquido*". De la afirmación que antecede se desprende que la prohibición de penas inhumanas contiene implícitamente el principio de proporcionalidad, ya que sólo podrá ser considerada como humana y respetuosa a la dignidad de la persona, aquella pena proporcionada a la gravedad del hecho.

En consecuencia, la no aplicación del también llamado principio de prohibición de exceso en materia penal implica la limitación de los derechos fundamentales de todo ciudadano; por ello, debe procurarse establecer a través de su empleo, una relación de paridad entre las medidas restrictivas de derechos y los bienes o valores que se pretendan proteger.

---

[13] Artega Sánchez, Alberto (2001). *Derecho Penal Venezolano*. Novena Edición. McGraww-Hill Interamericana.

En ese sentido, en la aplicación de cualquier medida restrictiva de libertad debe tomarse en consideración el principio de la proporcionalidad de la pena en sentido amplio, es decir, debe atenderse a dos momentos específicos, el de la conformación legislativa y la individualización judicial.

Sobre ese particular, el Código Penal venezolano consagra en sus artículos 37 y siguientes, las reglas a seguir para la aplicación de la pena según el delito cometido y las circunstancias que lo caracterizan, concibiendo el legislador como criterio para su individualización judicial, la mayor o menor gravedad del delito.

Por lo que en atención al caso en concreto, deben atenderse tres exigencias básicas:

5.2.2 *Idoneidad de la medida*

La medida que se adopte ha de ser apta para alcanzar el objetivo que persigue, debiendo corresponderse por lo tanto con las finalidades que justifican su existencia. Por ello, las medidas a aplicar deben ser adecuadas tanto cualitativa como cuantitativamente con los fines de tutela fijados por el Estado, en el sentido de obtener la protección de los ciudadanos, a través de la realización de justicia, la prevención del delito y resocialización del delincuente.

5.2.3 *Necesidad*

La proporcionalidad de la pena debe medirse en función de su necesidad. El legislador al momento de estatuir el catálogo de los delitos, debe atender para su configuración al carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal. Según el carácter fragmentario, no todos los bienes jurídicos requieren de protección penal; para que ésta pueda estimarse como necesaria se requiere que la modalidad de ataque sea considerada grave, intolerable. En cuanto a la estimación del carácter subsidiario, debe recurrirse a la sanción, sólo cuando la protección ofrecida por otros medios de tutela menos gravosos, no cumpla su función.

Desde este punto de vista, puede concretarse que, las penas privativas de libertad deben constituir un instrumento de –*última ratio*–, al cual

sólo se debe acudir cuando haya fracasado la aplicación de otros medios menos lesivos. Con la aplicación de este principio de menor injerencia, se persigue la reducción de la intervención punitiva del Estado a límites estrictamente necesarios y útiles.

La necesidad de la aplicación de la pena fue consagrada, en principio, en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano (1789) bajo los siguientes términos: "*La Ley no debe establecer sino las penas estricta y evidentemente necesarias*". Posteriormente en 1795, estableció en su artículo 12 que "*La Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito*". Actualmente, el Pacto Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocen en la segunda parte del numeral 1 de su artículo 15, segunda parte de su artículo 9 e igualmente en la segunda parte del numeral 2 de su artículo 11, respectivamente, el principio de la proporcionalidad de la pena, al establecer que "*Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito"*.[14]

Por versar dichos pactos y convenciones suscritos y ratificados por Venezuela sobre Derechos Humanos, adquieren según lo establecido en el artículo 23 del Texto Fundamental, jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno.

5.2.2 *Proporcionalidad en sentido estricto*

Actualmente, en líneas generales, para que exista proporcionalidad, debe determinarse una exacta correspondencia entre la intensidad de la sanción, teniendo para ello en consideración, la mayor y menor gravedad tanto del injusto cometido como de la culpabilidad del autor, y el fin perseguido con la conminación penal. De tal manera que si una vez efectuada dicha ponderación, se evidencia que las medidas adoptadas son desproporcionadas con respecto a la defensa del bien tutelado, no

[14] Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. *Ob. Cit.*

cumpliendo por ende la pena su finalidad, se estaría en presencia de la violación de derechos fundamentales.

Sobre el particular que antecede, el Tribunal Constitucional Español, en sentencia del 2 de octubre de 1997, se pronunció señalando que "…*sólo podrá considerarse desproporcionada una sanción cuando atente contra el valor fundamental de la justicia propia de un Estado de derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona (...), es decir, cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles*".

Por su parte, nuestro Código Penal Venezolano consagra para el reincidente una pena aumentada inclusive hasta en la mitad a la correspondiente al nuevo hecho cometido (multirreincidencia), lo que a la luz de las consideraciones argüidas, podría afirmarse que constituye una flagrante violación al principio de la proporcionalidad de la pena.

La aplicación de este instituto no se ajusta a las exigencias requeridas por dicha máxima, vale decir, en principio, la agravación previa de pena no resulta idóneo para alcanzar los fines que la justifican, ya que no es ajeno para los legisladores, juzgadores y el sector doctrinario, estos últimos medios que deben coadyuvar a evitar la estaticidad del derecho penal, la ineficacia del tratamiento penitenciario, como estrategia resocializadora para lograr la prevención especial, cuyo objetivo es evitar la reincidencia.

5.3 *REINCIDENCIA Y PRINCIPIO DE CULPABILIDAD*

Un hecho típico y antijurídico no acarrea automáticamente la imposición de una pena. Junto a la tipicidad y antijuricidad aparece la culpabilidad como elemento integrante de la teoría general del delito, cuya función consiste en la elaboración de un juicio de reproche al sujeto que ha podido actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo, ya que, el contenido de la culpabilidad viene dado por el dolo y la culpa, como formas de voluntad libre y consciente de los hechos. En ese sentido, se entiende por culpabilidad el reproche personal por la realización del acto

típicamente antijurídico. Por lo que de acuerdo con esa afirmación, la esencia del principio de culpabilidad ha de basarse en el aserto, *nullum crimen sine culpa*; no hay delito sin culpabilidad.

El injusto penal sólo puede ser atribuido a la persona que actúa infringiendo una norma que impone deberes que obligan de una forma personal y que por lo tanto lo hace responsable de todo aquello que se hubiera podido y debido evitar, por ello, la sanción es individual y estrictamente personal, no pudiendo sobrepasar la medida de la culpabilidad. Su imposición se hace atendiendo al grado de la culpabilidad, el cual ha de ser medido por los niveles de responsabilidad que imponen el dolo y la culpa.

La imposibilidad de castigar a quien obra sin culpabilidad conlleva a excluir, en principio, la preservación de la denominada responsabilidad objetiva, donde se responde en razón del simple hecho antijurídico, por la causación material del resultado externo, lo que conduce a transitar por el camino de tener que negar la subsistencia de un Derecho Penal de Resultado por su evidente incompatibilidad con el Derecho Penal de Culpabilidad, a pesar que todavía en nuestro derecho, por razones de política criminal, se mantengan formas aisladas de responsabilidad objetiva.

Ahora bien, no sólo el Derecho Penal de Resultado se encuentra en franca pugna con el Derecho Penal de Culpabilidad, también pretende basarse al Derecho Penal en la peligrosidad del autor. Por ello, a fin de sostener que los efectos gravosos de la reincidencia no se corresponden con las exigencias del principio de culpabilidad, en la medida que la pena a imponer sobrepasa la culpabilidad del autor en la comisión de ese nuevo ilícito, se hace necesario advertir las diferencias existentes entre la llamada culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor.

En ese sentido, se debe acotar que el principio de culpabilidad "por el hecho" rige en todo sistema penal de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, donde sólo se es culpable por la comisión concreta de un hecho punible aislado, se es culpable, sólo por lo que se hace, sin entrar a considerar la conducta del autor anterior o posterior al delito; mientras que la llamada "culpabilidad de autor" o "culpabilidad por conducción de la vida", se basa en un juicio sobre el comportamiento

social del autor delictivo, donde se proyecta su culpabilidad desde el pasado y hacia el futuro, estimando al sujeto como un ser peligroso, es decir, se le considera culpable sólo por lo que es o por lo que puede llegar a ser; razón por la cual se aplica la pena basada únicamente en fundamentos que atañen a la personalidad del autor, sin hacer referencia al hecho típico y antijurídico, ni a las circunstancias que rodean su comisión.

De lo anterior se infiere que el juicio de culpabilidad es esencialmente opuesto al juicio de peligrosidad, por lo que trasladar el fundamento de la responsabilidad por la culpabilidad, a la peligrosidad, resultaría inaceptable, ya que quedaría en el olvido la gradación de la culpabilidad, como criterio para la tasación de la pena; lo que justificaría una agravación especial de la misma (reincidencia) entendida estrictamente en sentido retributivo.

Por lo que una vez determinado que la pena debe concretarse dentro de las fronteras del marco penal y que el límite de la culpabilidad por el hecho viene dado en cada caso por la pena establecida en abstracto por el legislador para los diferentes tipos de delitos, su individualización ha de establecerse en atención a la proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la pena y la gravedad de la culpabilidad, sin interpretar las circunstancias personales en relación con la personalidad del autor, –reincidencia–, sino en relación con todos aquellos factores determinantes que concurren en la persona al momento de la ejecución de su acción.

Apreciado bajo estas condiciones, el principio de culpabilidad posibilita la vigencia del principio de la proporcionalidad, lo que permite la aplicación de una justa sanción, acorde al trato igualitario que merecen todas las personas ante la comisión de hechos castigados con una misma pena.

5.4 *REINCIDENCIA Y NON BIS IN ÍDEM*

Para garantizar la existencia de una verdadera justicia material, se requiere de la aplicación de la unidad de imputación delictiva y sanción penal ante la comisión de un solo delito, es decir, el seguimiento de un solo proceso y pronunciamiento de una sola sentencia definitiva, con la imposición del cumplimiento de una única pena, ante la comisión de un

solo delito. Por ello, para evitar que un mismo hecho se sancione penalmente más de una vez, el derecho positivo consagra la prohibición de la doble incriminación.

El *non bis in ídem*, en razón de su alcance, tiene una doble significación; por una parte, debe ser entendido en sentido material, según el cual nadie puede ser castigado dos veces por una misma infracción; y por la otra, en un sentido procesal, en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

Este postulado es también reconocido por el antes mencionado Pacto de San José, al establecer en el numeral 7 de su artículo 14 que: "*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento Penal de cada país*".

En ese contexto, si el principio *non bis in ídem* prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, el instituto de la reincidencia debe ser cuestionado en relación con la vigencia de esa máxima, toda vez que la imposición de una pena aumentada para sancionar el nuevo delito cometido, la vulnera de manera flagrante, puesto que dicho incremento de pena es la proyección del resultado de un delito anterior, ya juzgado en definitiva y por el cual el condenado ha saldado su deuda con la sociedad. Con este tipo de sanción, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto y hechos, se verifica una duplicidad de penas, es decir, primero se le castiga por el hecho anterior y luego esa condena se utiliza para agravar la pena a imponer en sentencias posteriores.

Los defensores de la inconsistente armonía jurídica entre la reincidencia y el principio constitucional *non bis in ídem,* afirman que si bien es cierto que dicha máxima prohíbe la nueva aplicación de la pena por el mismo hecho, no es menos cierto que nada le impide al legislador tomar en cuenta la condena anterior, con la finalidad de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que se considere más adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en un nuevo delito, lo que pone en evidencia el desprecio que manifiesta por la pena, quien a pesar de haberla sufrido antes, recae en su conducta delictual.

De allí, la insostenible afirmación que el instituto de la reincidencia, lejos de resultar ineficaz como medio de prevención especial del delito, justifica en ello su existencia.

Ahora bien, planteada como ha sido la premisa de una posible confrontación entre el Derecho Penal Liberal y Derecho Penal Autoritario, al admitir entre otros, la constitucionalidad de la reincidencia, se preguntaba Zaffaroni,[15] "*…se puede aplicar una pena más severa que la que corresponde a la clase de delito de que se es culpable; si han cometido un primer delito por el que fueron penados, ¿no será violar abiertamente a su respecto el non bis in ídem, que es una de las bases fundamentales de toda legislación en materia penal?…*" A ese efecto, cita igualmente: "*…consumada la pena, no podrán ser considerados como infames para ningún efecto ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito, que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con la pena que habrán sufrido…*".

6. INEFICACIA DE LA REINCIDENCIA COMO MEDIDA DE PREVENCIÓN ESPECIAL DE LA PENA

La supremacía de la libertad exige que si ésta ha de ser restringida mediante la imposición de una pena, la misma debe demostrar su fundamento en la necesidad social de prevenir delitos, a fin de lograr el restablecimiento del orden externo de una comunidad.

El objetivo de la prevención especial es específicamente el evitar la reincidencia, empleando para ello, entre otros medios, la aplicación del denominado tratamiento penitenciario.

En ese sentido, el texto constitucional consagra en su artículo 272, que "*El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos…*".

[15] Zaffaroni, Raúl Eugenio (1990). *Hacia un realismo jurídico penal marginal.* Monte Ávila Editores Latinoamericana, Buenos Aires. Argentina.

Aunado a ello, según se desprende del artículo 2 de la Ley de Régimen Penitenciario, la finalidad de las penas privativas de libertad es la rehabilitación del penado y su readaptación social, es decir, la prevención especial.

La finalidad de todo sistema penitenciario se encuentra reconocido internacionalmente por el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles,[16] en el numeral 3 de su artículo 10 al establecer: "*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados…*".

Esa resocialización debe ser entendida como el medio idóneo para lograr que el individuo a quien se le ha impuesto una pena, mediante el reconocimiento y trato efectivo de sus derechos, adquiera una mejor apreciación de los valores ético-normativos de una sociedad y se haga partícipe de ellos, lo que le permita adoptar un cambio de actitud frente a los intereses defendidos por el orden jurídico.

En el modelo de Estado democrático y social de derecho y de justicia, la función resocializadora del sistema penitenciario adquiere relevancia constitucional, en la medida en que la ejecución progresiva de la actividad punitiva implica la garantía de un amplio catálogo de derechos fundamentales, es decir, debe entenderse como la obligación institucional de ofrecerle a los condenados todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, en un ambiente en el que confluyan, la dignidad irrestricta de la persona, la prevalencia de la autonomía de la conciencia moral y la vigencia incondicional de los derechos humanos.

Ahora bien, sin pretender invadir los límites de este trabajo con el problema del tratamiento penitenciario de los reincidentes o condenados en general, no hay duda que la estrategia resocializadora como medio para lograr la prevención especial se encuentra altamente cuestionada.

[16] Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. *Ob. Cit.*

El Estado no podrá cumplir nunca con sus fines de rehabilitación y reinserción del penado a la vida social productiva, mientras no transforme el proceso penitenciario y logre asegurar el respeto de los derechos humanos de los internos.

Afirmar que el aumento de la intensidad de las penas, en el caso de los reincidentes, previene la recaída en el nuevo delito, sería ignorar la realidad, toda vez, que cuando un individuo experimenta su condena en una cárcel venezolana, ausente de todos los mandamientos teóricos concebidos para un verdadero sistema penitenciario, vuelve a delinquir, manifestando con ello, su desprecio, tanto contra el sufrimiento que implica la privación de su libertad durante un tiempo más prolongado, como contra los valores normativos que se pretendieron reforzar a través del supuesto tratamiento rehabilitador, demostrando así, que la fuerza de ese castigo revestido de una función resocializadora, no contradice, ni impide la comisión de nuevos delitos.

Al respecto, Zaffaroni[17] afirma que los sistemas penitenciarios, "*con demasiada frecuencia, no son más que aparatos que fabrican reincidencia, y sus instituciones totales, verdaderos campos de entrenamiento para candidatos a reincidentes y habituales. / Sólo un discurso jurídico penal alucinado puede ignorar esta realidad…*".

En ningún caso podrá aspirarse a una verdadera resocialización sin antes plantearse el problema de la marginalidad en nuestra sociedad, su vinculación con la criminalidad, la incidencia del mal funcionamiento de las instituciones penales y la falta de correspondencia entre la realidad penitenciaria y la letra de la ley, que consagra en teoría este principio y que lastimosamente se reduce a un ilusorio postulado constitucional.

En términos generales, es al propio Estado al que debe atribuírsele en gran medida el incremento de la reincidencia y no invertir en razón de una inadecuada política social y criminal, la carga en el delincuente que tras cumplir una condena, cometa un nuevo delito. Si el modelo de tra-

[17] Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Ob. Cit.*

tamiento penitenciario cumpliera la función asignada en el dispositivo constitucional que lo contiene, el cual ha sido reconocido internacionalmente, el objetivo de la prevención especial de la pena podría verse cumplido y con ello se evitaría justificar la existencia del instituto de la reincidencia, como circunstancia agravante.

Sin embargo, a pesar de estar consciente de que la implementación de un sistema penitenciario, acorde con el fundamento constitucional, exige de una gran organización y un mayor esfuerzo presupuestario, el Estado está obligado a erradicar las causas de la delincuencia y cumplir entre otros, con la resocialización del delincuente, por lo tanto, ese no puede ser un argumento válido para justificar la imposición de penas más prolongadas a los reincidentes, hasta que se cuente con los medios idóneos para hacer efectivo los esfuerzos requeridos.

Por ello, aunque necesario, el Derecho Penal es el recurso más poderoso y a la vez más gravoso del Estado, y si lo que se pretende es seguir avanzando por el camino de un verdadero derecho penal de garantías, se debe aceptar que no hay humanidad en la pena innecesaria o excesiva. Un derecho penal mínimo exige pertinencia y proporcionalidad de las reacciones jurídicas de un Estado, donde el ejercicio del *ius puniendi* no puede desconocer sus características propias, por lo que únicamente podrá consagrar penas necesarias y útiles. La tendencia ha de ser no sólo hacia un derecho penal máximo de garantías sino hacia un derecho penal de alternativas, donde entre otras, el control estatal no sólo dirija su acción hacia aquellos individuos que ya se convirtieron en delincuentes (prevención post-delito), sino también hacia una actividad de prevención predelictual.

Ahora bien, vista la insuficiencia del fundamento jurídico de la reincidencia, resumida en el análisis crítico de que han sido objeto todos y cada uno de los aspectos que la regulan, incluyendo su evidente colisión con los Principios Fundamentales del Derecho Penal antes mencionados, se estima necesario la supresión del referido instituto, como circunstancia de agravación de pena, en la futura y tan ansiada reforma de Código Penal.

No obstante, ante el hecho incierto de una reforma legislativa de carácter inmediato, se hace necesario afrontar la problemática existente, mediante la adopción de los mecanismos que a tal efecto consagra nuestro ordenamiento jurídico.

7. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

El constituyente venezolano señala en el artículo 7 de nuestra Carta Magna que "*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución*". En ese sentido, el artículo 131 *ejusdem* establece que: "*Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público*".

Dicha imperatividad o fuerza coactiva implica la aplicación de sus normas desde el mismo momento en que el texto constitucional entró en vigencia, cuya efectividad y primacía será garantizada a través de la existencia de un sistema de justicia constitucional.

La obligatoriedad judicial de asegurar la integridad de la constitución le corresponde, según lo establecido en el encabezamiento del artículo 334 de la Carta Magna a: "*Todos los jueces o juezas de la República conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley…*".

La justicia constitucional debe ser ejercida a través del denominado control concreto o control difuso de la constitucionalidad de las leyes que se encuentra consagrado desde 1986, en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que establece: "*Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia*".

Asimismo, el mencionado principio fue igualmente contemplado en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, bajo los siguientes términos: "*Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional".*

Actualmente, la Constitución de 1999 recoge en el texto establecido en el primer aparte del mencionado artículo 334, el control difuso cuando establece que: "*En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los Tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente*".

Al concluir que las normas consagradas en el Código Penal, relativas a los efectos gravosos de la reincidencia, contrastan las disposiciones constitucionales a las que se han hecho referencia (principios de igualdad, proporcionalidad, *non bis in ídem,* etc.), se inaplicaría, en acatamiento del control difuso de la constitucionalidad, las normas en cuestión, en beneficio de la preeminencia de las disposiciones que contemplan los principios constitucionales.

Asimismo puede apreciarse del artículo 335 del Texto Fundamental que: "*El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intÉrprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación…*".

El ejercicio de esa jurisdicción constitucional se encuentra desarrollado en el dispositivo que determina cada una de sus atribuciones; por ello, según lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 336 de la Constitución, le corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia resolver las colisiones que existan entre las normas que contemplan, en el caso planteado, la reincidencia como circunstancia agravante de la pena, y las que consagran los Principios Superiores del Derecho Penal, que fueron objeto de análisis, a fin de determinar por vía de interpretación, la prevalencia de estos últimos, en virtud de estar dotados, en su mayoría, de rango constitucional.

La Desaparición Forzada

Jorge Elías FAROH CANO*

SUMARIO:

Introducción

1. **La desaparición forzada como acto de Estado: 1.1** *Aparición y difusión en América Latina.* **1.2** *Caracteres de la Desaparición Forzada* **1.3** *Requisitos para que se dé el delito.* **1.4** *Efectos de la Desaparición Forzada.*
2. **La Desaparición Forzada Como Tipo Delictual: 2.1** *Instrumentos legales internacionales***. 2.2** *Instrumentos Legales Patrios.* **2.3** *Análisis del Tipo Penal.*
3. **Instrumentos Legales.**

* **Universidad Central de Venezuela,** Abogado, **Universidad Católica Andrés Bello,** Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, *Facultad de Derecho, Escuela de Derecho,* Profesor. **Tribunal Supremo de Justicia,** *Sala de Casación Penal,* Conjuez. Miembro de la firma internacional de Abogados Clyde & Co. Agradecimiento a Erick Machum por su valiosa colaboración.

INTRODUCCIÓN

Desaparecer es, según una acepción del diccionario de la Real Academia Española "ocultar, quitar de la vista con presteza una persona o cosa", y según otra "dejar de existir personas o cosas". Y es esto lo que sucede en la desaparición forzada, las personas se esfuman, todo rasgo de su existencia se pierde, nadie sabe nada de ellas. En definitiva, la persona es tomada contra su voluntad del lugar donde se encuentra y luego ocultada; se trata de una herramienta de represión política particularmente macabra y efectiva.

La desaparición forzada o desaparecimiento, como lo llaman en España, cobra vida como ente autónomo a partir de la Segunda Guerra Mundial con el Decreto de la *Nach und Nebel* (Noche y Bruma) dictado el 7 de diciembre de 1941 por el Jefe del Supremo Comando Alemán Wilhelm Keitel ejecutando órdenes del *Fuhrer*. El Decreto, primero de una línea de directivas para la ordenación de los territorios ocupados, pretendía frenar a los ingentes movimientos de resistencia y poner fin a los actos de sabotaje intimidando "efectivamente" a la población. Los nazis, tomando lecciones de la historia, consideraban que con las condenas a muerte se creaba un alto riesgo de martirización, por lo cual se dispuso que únicamente se condenaría a muerte a una persona en los casos en que su culpabilidad estuviera fuera de toda duda, en tanto que los sospechosos de poner en peligro la seguridad de Alemania debían ser detenidos y trasladados a Alemania "al amparo de la noche" sin dejar huella ni dar pista de su paradero o destino último. Así, una directiva impartida por Keitel en febrero de 1942 señalaba que:

> … los prisioneros deben ser llevados secretamente a Alemania… Estas medidas tendrán efecto intimidatorio, porque a) los prisioneros se desvanecerán sin dejar rastro; y b) no podrá darse información alguna respecto a su paradero o su suerte. (Amnistía Internacional, 1983, p. 8).

El Decreto de Noche y Bruma fue aplicado en los territorios de ocupación occidental (Francia, Bélgica, Holanda y Noruega), y luego se extendió a todos los territorios arrojando un saldo de 7.000 personas desaparecidas.

En noviembre de 1945 se constituye el Tribunal Internacional Militar en Nuremberg para el pronto juicio y castigo de los principales criminales del Eje Europeo. Este Tribunal extiende su jurisdicción a tres delitos: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El desaparecimiento está contemplado en la tercera categoría, los crímenes contra la humanidad, que encuentran en el Estatuto del Tribunal su primera tipificación en la historia de la humanidad en los siguientes términos:

> asesinato, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación u otros actos inhumanos perpetrados contra toda la población civil, antes y durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, sociales o religiosos en ejecución o conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido realizados (Artículo 6 (c) del Estatuto del Tribunal Internacional Militar).

Así mismo, los artículos 7 y 8 del Estatuto desconocen la posición oficial de los acusados y la obediencia legítima como eximentes de responsabilidad o causal atenuante.

A los fines de la desaparición forzada, lo más importante es que, en materia de Crímenes contra la Humanidad, el Estatuto se sobrepone al ordenamiento jurídico interno, lo cual como se verá más adelante, resulta primordial para atacar este tipo de delito por cuanto el mismo es de muy difícil o casi imposible persecución interna.

1. LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO ACTO DE ESTADO

> En la historia de la violación de los derechos humanos, las desapariciones no son una novedad. Pero su carácter sistemático y reiterado, su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, ha sido relativamente reciente. Aunque esta práctica posee carácter más o menos

> universal, en América Latina ha presentado en los últimos años una excepcional intensidad.
>
> El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral. (CIDH, 1989, parágrafos 157 y 158)

Sin embargo, el Estado responderá por esa violación a los derechos humanos; el profesor Horacio Ravena lo define en el Seminario Internacional en el cual participara en la ciudad de La Paz, Bolivia, 2002, para quien "los derechos humanos surgen como una delegación de soberanía de los Estados, es una autolimitación que se imponen a partir de la creación de las Naciones Unidas".

1.1 *APARICIÓN Y DIFUSIÓN EN AMÉRICA LATINA*

La desaparición forzada llega a nuestro continente en la década de los sesenta –unos veinte años más tarde que la experiencia alemana–, entra por Guatemala de donde se extiende como un virus endémico a la mayoría de los países del continente, tales como: México, Chile, Argentina, Nicaragua, Colombia y Brasil. Sin embargo, es en Guatemala donde la desaparición forzada parece haber encontrado hogar permanente, en ningún otro país han desaparecido tantas personas tan regularmente y por un período tan prolongado.

1.1.1 *Guatemala*

Se inicia la tradición guatemalteca con la dictadura del general Jorge Ubico (1931-1944), quien modernizó el ejército con el cual controló el país y libró de consecuencias penales las acciones de los terratenientes en defensa de sus propiedades; así se abrió las puertas a la violencia arbitraria. Los años siguientes son de constante inestabilidad política, con varios golpes de estado, movimientos populares y la consolidación de los movimientos guerrilleros.

En 1963 el coronel Enrique Peralta (1963-1966) se hace con el poder, organizando la seguridad del Estado alrededor de su componente mili-

tar. En este ámbito se dicta un Decreto-Ley: "Ley de Defensa de las Instituciones Democráticas" que organiza una "Policía Judicial" órgano político con facultad para arrestar, sin orden judicial previa, a sujetos sospechosos que se podían mantener incomunicados por períodos indefinidos. Al comienzo las detenciones duraban unos días y eran reconocidas por el gobierno, pero poco a poco se fueron haciendo más prolongadas y finalmente se convirtieron en desapariciones definitivas que el gobierno negaba en un vano intento por eximir al Estado de responsabilidad y opacar la existencia misma del hecho.

La segunda mitad de la década vio el auge de movimientos paramilitares y "escuadrones de la muerte", que actuaban impunemente al amparo del gobernante de turno, haciendo frente a los grupos armados de oposición y proporcionando cobertura a las acciones militares y policiales, a fin de que el gobierno pudiera deslindarse de su responsabilidad diciendo que "los grupos paramilitares están fuera de su control". También se creó una fuerza de contrainsurgencia llamada "Policía Militar Ambulante" la que a la orden de los importantes terratenientes e industriales perpetró innumerables secuestros y desapariciones forzadas.

La violencia política se mantuvo hasta 1996, año en el cual se firmó un acuerdo de paz entre la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca y el Gobierno, principales protagonistas del conflicto civil de más de treinta años. Según el informe anual de Amnistía Internacional correspondiente al año 2000 *"Tras la firma del acuerdo, la oposición armada se desmovilizó casi por completo y el nivel general de abusos se redujo considerablemente"*. Lo anterior no permite olvidar que el informe presentado por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (creada a partir del acuerdo de paz) enumeró más de 40.000 víctimas de desapariciones forzadas.

1.1.2 *Brasil*

> En 1964, con el derrocamiento del gobierno democrático de Joao Goulart, se implantó un régimen crudamente basado en la "doctrina de la seguridad nacional". Las fuerzas armadas, siguiendo las orientaciones de Golbery Couto e Silva –quien, a

> su vez, tradujo para Brasil los planteamientos geopolíticos del norteamericano Spykman, así como las consignas de contrainsurgencia expedidas por el Pentágono– se aplicaron a reorganizar el Estado conforme los lineamientos de esa "doctrina". Instauraron un tipo de Estado que sirvió de modelo al resto de América Latina.
>
> Las "desapariciones surgieron así, consecuentemente, como una respuesta gubernamental dirigida contra la guerrilla y el movimiento campesino, así como, en las ciudades contra los militantes gremiales y las organizaciones políticas de oposición. (Baumgartner, et. al., 1986, p. 33).

En Brasil, las desapariciones fueron coordinadas por el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), que operó con personal militar, policial y paramilitar.

1.1.3 *Argentina*

Como en Guatemala, la situación política y económica argentina de finales de los sesenta era catastrófica, lo que llevó a las clases medias y pobres a unirse en franca lucha contra el Gobierno.

La desaparición forzada en Argentina está íntimamente vinculada con el retorno de Juan Perón y los peronistas al poder. En 1973 en medio de una grave crisis económica, social y militar, los peronistas se reorganizaron y con el inmenso apoyo recuperado ganaron las elecciones presidenciales allanando el camino para el retorno de Juan Perón del exilio. Sin embargo, durante años las filas peronistas de izquierda rozaron con las de derecha. Con Perón de regreso en Argentina los líderes sindicalistas y José López Rega –secretario de Perón en España y luego su Ministro de Bienestar Social y Comisionado Policial– lanzaron una violenta campaña contra los izquierdistas a través de grupos no oficiales como la Alianza Anticomunista Argentina (Triple A, o AAA) y el Comando de Libertadores de América, escuadrones de la muerte que realizaban actos terroristas y asesinatos.

Después de la muerte de Juan Domingo Perón y bajo el gobierno de María Estela Perón, en 1975, el ejército se estrenó en la desaparición

forzada, reprimiendo un alzamiento guerrillero en Tucumán, la violencia no sólo incluyó a los alzados sino también a personas de la población circundante. De allí en adelante, a lo largo de los años de la dictadura, la fuerza armada ejerció el monopolio de la masiva operación de desaparecimiento puesta en marcha dentro de un plan global de "Reorganización Nacional" mejor conocido como la "Guerra Sucia" cuyo objetivo principal era extirpar la disidencia e infundir el terror entre la población.

1.14 *Colombia*

Desde "El Bogotazo" de 1948, primera expresión de la reacción nacional contra el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán, Colombia ha estado sumida en un estado de conmoción interna, que ha dejado la tutela del aparato represivo en manos de sus fuerzas armadas.

Amnistía Internacional ha denunciado que en las diversas zonas ocupadas por los militares desde 1948 se han cometido múltiples asesinatos, torturas y desapariciones de la población civil con total impunidad, amparados en la lucha antisubversiva contra los grupos guerrilleros.

A partir de 1978 la desaparición forzada de personas se hizo práctica común, lo cual puede atribuirse, en gran parte, a la institucionalización de la guerrilla, el nacimiento del narcotráfico y los grupos paramilitares que surgieron paralelamente con la connivencia y bajo los buenos auspicios de los militares que ven en estos paramilitares un mecanismo de actuación clandestino a través del cual pueden desarrollar sus actividades más sediciosas al margen de la ley, alegando la independencia y/o incontrolabilidad de esos grupos. En este mismo sentido informa Amnistía Internacional, que:

> Coincidiendo con la aparición de los "escuadrones de la muerte", el número de presos políticos empezó a disminuir al mismo tiempo que aumentaban los informes de desapariciones y ejecuciones extrajudiciales a lo largo de la década de los ochenta.

Se trata de una extralimitación de los militares que se han propuesto eliminar toda disidencia política –legítima o no– y cualquier actividad guerrillera.

1.1.5 *Venezuela*

En Venezuela, a fecha de este trabajo, la práctica de las desapariciones forzadas no se hace sistemáticamente como en otros países, el Estado no practica desapariciones, hay antecedentes tales como las desapariciones producidas durante el régimen de Marcos Pérez Jiménez, y las desapariciones producidas en 1999 luego del desastre natural en el estado Vargas. En el seno de la ONU se manejan cifras según las cuales en Venezuela se han producido 14 desapariciones forzadas, de las cuales 4 casos han sido resueltos en tanto que los otros 10 siguen pendientes por resolver.

1.2 *CARACTERES DE LA DESAPARICIÓN FORZADA*

1.2.1 *El sujeto activo*

Para llevar a cabo una desaparición forzada, en principio, es necesario un equipo multidisciplinario, conformado por funcionarios de inteligencia, que son aquellos que con el fin de elegir a las víctimas o localizarlas recopilan toda la información sobre la misma, haciendo seguimiento de sus actividades diarias, sus relaciones interpersonales, etc., así como aquellas personas que capturan a la víctima y la trasladan al centro de detención, los que cuidan de la víctima mientras esté ocultada, que pueden ser o no los mismos que los torturen y/o ejecuten, también todos aquellos funcionarios implicados en los traslados sucesivos del desaparecido. Hay que destacar que estas personas siempre van a actuar por órdenes recibidas de sus superiores, respetando la cadena de mando, serán entonces usualmente funcionarios públicos particulares amparados y afectos al régimen de turno.

En relación con el órgano facultado para decidir la desaparición o no de una persona, puede ser potestad de los generales regionales o puede ser potestad de un órgano centralizado, dependiendo de quién sea el encargado de ejecutar la desaparición; si está a cargo del ejército, la decisión está centralizada; si estará a cargo de “escuadrones de la muerte” o “grupos paramilitares” la decisión estará descentralizada.

Ambas formas se dieron en nuestro continente, la descentralización se observó en Guatemala donde "el ejército recurrió a la incorporación de grupos paramilitares que operaron con impunidad y fuera de la ley, pero absolutamente integrados a la red de seguridad oficial", esto ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[1]

> Por el contrario, en Argentina a pesar de la existencia de grupos paramilitares que cumplían labores de información y represión directos, éstos no fueron utilizados para secuestrar y desaparecer más que en muy eventuales ocasiones. La práctica, adoptada como política estatal, fue totalmente centralizada por las fuerzas armadas.

Otros sujetos aun cuando no intervienen directamente en la detención y ocultamiento de la persona, ayudan a perpetuar la desaparición, ellos son entre otros, los funcionarios judiciales reticentes a pronunciarse sobre las denuncias o investigarlas, los militares que se niegan a aportar información, los médicos que expiden certificados de defunción falsos, los funcionarios policiales que obstruyen o rehúsan investigar las denuncias, los coordinadores de las campañas de desinformación.

1.2.2 *El sujeto pasivo*

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, sin distinción racial, sexual, de edad, credo e incluso convicción política. En principio se apunta contra todas aquellas personas que se opongan al régimen que está en el poder, o simplemente quienes por estar en condiciones de influir sobre un grupo de personas son percibidos como una amenaza a los "mayores intereses o seguridad de la Nación". Dentro de este grupo de personas encontramos entre otros a líderes sindicales o gremiales, guerrilleros, civiles acusados de apoyarlos, políticos de oposición, miembros de grupos disidentes, intelectuales, familiares y amigos de personas ya desaparecidas.

---

[1] "La Corte considera que, al contrario de lo que alegó Guatemala, las patrullas civiles actuaban efectivamente como agentes del Estado durante la época en que ocurrieron los hechos relevantes al presente caso" (Caso Blake, Sentencia del 24 de enero de 1998, parágrafo 75.)

A pesar de ello, como explica Amnistía Internacional (1994)

> También se encuentra en el punto de mira de la "desaparición" y la ejecución extrajudicial los llamados "indeseables sociales", como los niños de la calle, las prostitutas, los vagabundos, los trastornados mentales, los delincuentes y presuntos delincuentes, y los indígenas cuyas tierras son codiciadas por otros. (p. 91)

1.2.3 *Ocultamiento*

Es el requisito esencial de la desaparición, para que una persona se esfume del mundo, para que se pierda en la noche y niebla. Con el fin de ocultar a la persona, las autoridades niegan cualquier información relativa a la víctima, su detención, paradero y suerte, incluso se niega que haya desaparecido o se atribuye a grupos o factores fuera del control del Estado.

Las excusas pueden ser múltiples; así por ejemplo, la Junta Militar Argentina contestó a un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (presentado en 1979) en el que se le responsabilizaba de la desaparición sistemática de personas, atribuyendo estas desapariciones a grupos terroristas que se hacían pasar por oficiales del Gobierno y afirmando, que los nombres de los desaparecidos pertenecían a verdaderos terroristas, pero que sus familias no lo sabían, que murieron en enfrentamientos armados, y que los nombres suministrados a la comisión pudiesen haber sido inventados. Por otra parte, cuando la familia del desaparecido dirigente magisterial Saúl Godínez Cruz inquirió sobre su suerte, "la única explicación que fue insinuada por las autoridades de Honduras sobre [su desaparición] fue la de sugerir que se habría unido a grupos subversivos o se habría ido a Cuba" (CIDH, 1989, parágrafo 154 b) v).

La negación también puede ser judicial, cuando se silencian o niegan los recursos de *hábeas corpus* interpuestos ante la jurisdicción interna.

Además de la negación, la ocultación se perpetra con la violación de "los procedimientos correctos de detención, como los de llevar sin dilación a los presos ante una autoridad judicial y notificar inmediatamente a los familiares del arresto y el lugar de detención". (Amnistía Internacional, 1994, p. 91)

Son caracteres complementarios del ocultamiento los centros clandestinos de retención y la ejecución extrajudicial, entes que siendo delitos autónomos, insertados en el programa nacional de desapariciones tienen función de coadyuvar a la eficaz desaparición de la persona. Veamos:

1.2.3.1 *Los Centros Clandestinos de Retención*

Son lugares apartados, o poco llamativos, tales como casas de campo, galpones, sótanos, etc. En un principio las bases militares sirvieron a tal fin; sin embargo, a medida que la práctica de las desapariciones se fue perfeccionando y sistematizando, se fue creando una infraestructura específicamente concebida con el fin de ocultar a personas, conformada por los centros de reclusión, los cementerios clandestinos y las fosas comunes.

Así, las personas sustraídas de su propio hábitat o entorno:

> eran vendadas, llevadas a lugares secretos e irregulares de detención y trasladadas de uno a otro. Eran interrogadas y sometidas a vejámenes, crueldades y torturas. Algunas de ellas fueron finalmente asesinadas y sus cuerpos enterrados en cementerios clandestinos. (CIDH 1989, parágrafo 153 d) iii).

1.2.3.2 *La Ejecución Extrajudicial*

Como bien lo dijo Amnistía Internacional: (1994)

> La desaparición, la tortura y la ejecución extrajudicial suelen ir de la mano ...En definitiva, la desaparición sirve para encubrir la ejecución extrajudicial, y la ejecución extrajudicial perpetúa el estado de desaparición. (p. 92)

> La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron (CIDH, 1989, parágrafo 165).

1.2.4 *Privación Ilegítima de Libertad*

Para que alguien pueda desaparecer, debe ser sustraído de su mundo natural. La privación ilegítima suele ser de inicio así (ilegítima), aunque se han dado casos en que la orden de privación de libertad emana de un tribunal y luego se desaparece a la persona.

En muchos de los países en que se dio el desaparecimiento se dictaron leyes facultando a la fuerza armada detener y retener personas por la mera sospecha de "insurgencia", sin exigirse el requisito de orden judicial previa, lo cual a todas luces resulta atentatorio a los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales desde 1948.

Pues bien, ¿Cómo ocurre la detención?

Llegan unos hombres, irrumpen en la vivienda, casa, casucha o choza de una familia, rica o pobre, en una ciudad o en una aldea, en cualquier lugar. Llegan en cualquier momento del día o de la noche, habitualmente de paisano, sin presentar ninguna orden de detención, a menudo sin decir quiénes son ni en nombre de quién actúan, se llevan a rastras a uno o más miembros de la familia hacia un automóvil, haciendo uso de la violencia de ser necesario. (Naciones Unidas, 1986, p. 1).

1.2.5 *Impunidad*

Es el fin de la desaparición forzada. Joinet[2] entiende por impunidad "la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas".

[2] Joinet, Louis. Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos", presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 1998.

Resulta la marca distintiva de todas las desapariciones que sus agentes no responderán nunca ante la justicia nacional, es lógico cuando se considera que el que tiene el monopolio de la violencia penal es el mismo que está realizando el delito. Los principales garantes de la impunidad son la clandestinidad y el terror.

La clandestinidad tiene que ver más que nada con el "ocultamiento", por supuesto, al no obtenerse ninguna información respecto de la víctima es válido concluir que nunca hubo víctima. Igualmente no se obtiene ninguna información respecto del autor del delito, siempre son personas armadas, encapuchados o con rostro oculto, que conducen vehículos sin placa o robados, hablan en clave, en fin, no se sabe quién fue que se llevó a la persona. Los gobiernos siempre atribuyeron las desapariciones a grupos armados fuera de su control, a errores de los familiares, etc.

El terror se implanta mediante amenazas de muerte y la misma "desaparición", así, la impunidad se convierte a su vez en instrumento de su propia impunidad.

A lo anterior podemos agregar que la pasividad de los órganos de justicia, del Ejecutivo que no investiga, del Legislativo que no legisla, tiene sus raíces en la centralización del poder en manos de una cúpula militar y el consecuente debilitamiento de las instituciones democráticas y las organizaciones no gubernamentales que la acompañan.

Entre las formas "legítimas" de garantizar la impunidad para los que ejecutan la desaparición se encuentran los estados de excepción, las leyes que otorgan inmunidad a los subordinados militares por obediencia legítima y las leyes que hacen presumir la muerte por desaparecimiento y, finalmente, la impunidad se logra con los acuerdos políticos de paz.

1.3 *REQUISITOS PARA QUE SE DÉ EL DELITO*

1.3.1 *Grave crisis económica, social y política*

Es a partir de estas crisis que las fuerzas armadas, aprovechando la fragilidad del régimen democrático, se hacen con el poder como órgano

"estabilizador". En todos los casos analizados referentes a América Latina vimos como el país se encontraba sumido en una especie de caos interno que no parecía tener fin.

La crisis económica trae consigo el desempleo, la inflación, la depresión de la calidad de vida, el descontento popular y las consecuentes huelgas e insurrecciones. La crisis social pasa por la desilusión del pueblo, la pobreza, las esperanzas que ofrecía el nuevo sistema socialista, el desangramiento del sector vital y productivo de la sociedad a lo largo de los años de guerra interna. Y, **la crisis política que trae el debilitamiento de las instituciones democráticas y la militarización del país,** factores que resultan importantísimos para que se puede llevar adelante una campaña de desaparecimiento.

Estas crisis producen una especie de potpourry o espiral del desastre que sirve de plataforma a las fuerzas armadas para hacerse con el poder e intentar imponer el orden a su manera particular, con base en lo que se conoce como la Doctrina de Seguridad Nacional, que veremos más adelante. La mentalidad de los militares resulta clarísima en el comentario del dictador uruguayo Aparicio Méndez: *"...ya lo decíamos en 1933, la democracia liberal es un régimen político agotado; es necesario buscar nuevos tipos de democracia..."* claro, ese nuevo tipo de democracia sería liderado e impuesto por las fuerzas armadas.

Como bien lo dicen los investigadores del Centro de Estudios de América Latina en su obra *Desaparecidos*: (Baumgarten et. al., 1986)

> Se repite a nivel latinoamericano lo que se vive –y se padece y se muere y se espera– en todos y cada uno de los países: a la crisis económica sucede una situación de conflicto social que, a su vez, da paso a un naufragio político-social marcado por el asesinato, el encarcelamiento masivo, la tortura, la represión irrestricta de los movimientos populares y el amedrentamiento de la población. Las autoridades hablan de "guerra a los enemigos de la Patria" , mientras reproducen las medidas de excepción y se multiplican las "desapariciones", los centros clandestinos de reclusión y tortura el hallazgo de cadáveres y tumbas "NN".

Del análisis histórico se deduce que esta crisis tiende a perpetuarse en el tiempo, ya que la Doctrina de Seguridad Nacional cuenta con la misma para poder imponerse y perpetuarse, ya que es por la situación de conflicto interno que se justifican los excesos represivos de los gobernantes.

Por lo demás e independientemente de la Doctrina de Seguridad Nacional "las desapariciones y los homicidios políticos ocurren con mayor frecuencia en países donde las fuerzas gubernamentales tratan de combatir un movimiento de oposición armada o donde ha estallado un conflicto armado". (Amnistía Internacional, 1994, p. 98)

1.3.2 *Doctrina de Seguridad Nacional*

El telón de fondo de las desapariciones latinoamericanas fue sin duda la Doctrina de Seguridad Nacional o "DSN", una doctrina global que justificó y orientó la práctica de las desapariciones forzadas en conjunto con otros métodos represivos.

La mayoría de los autores coincide en que la DSN fue un producto de las escuelas militares norteamericanas desarrollado para hacer frente a la expansión o mejor, infiltración comunista en el mundo y más específicamente en América Latina.

Sí, la Guerra Fría fue una lucha global, no hubo rincón del mundo que no fuera campo de batalla de las dos superpotencias, 90.000 desaparecidos latinoamericanos son evidencia de ello. Así la DSN se desarrolló dentro de un plan más amplio de lucha anticomunista alrededor del mundo y vino a perfilarse como herramienta fundamental para esa lucha en América Latina, asegurando la seguridad nacional de los Estados Unidos al expugnar regionalmente (en cada país) la insurgencia comunista.

Desde comienzos de la Guerra Fría los doctrinarios militares norteamericanos consideraron que la mejor manera de asegurar su seguridad nacional era a través de una política exterior agresiva y militarizada, así fue como toda América Latina vino a constituir una "zona de seguridad" en la cual cualquier forma de oposición a los intereses norteamericanos y el capitalismo en general era considerado un peligro para su

seguridad interna y un peligro (agrega la DSN) para la forma de vida occidental. Por lo tanto, resulta un imperativo primordial para la seguridad nacional norteamericana la erradicación de la inestabilidad política y socioeconómica en Latinoamérica, y es por esto que se desarrolló y diseminó la DSN en nuestros países.

Antes de comenzar a estudiar los postulados de la DSN y como la desaparición forzada entra en juego en ellos, queremos observar, como lo hizo en 1987 el Cnel. Pedro Montañez en Montevideo, que esta política exterior norteamericana constituyó un factor condicionante, pero no determinante, de las nuevas orientaciones en la ideología de las distintas fuerzas armadas latinoamericanas.

Pues bien, ¿en qué consiste la DSN? La DSN es una doctrina global o totalitaria que busca acabar con la inestabilidad política, económica y social endémica en cada país y en toda la región, implantando un gobierno fuerte y militarizado, que pueda restituir rápida y eficazmente la "democracia", imponiendo las "razones de estado", es decir, el orden social y el desarrollo económico, claro está, con arreglo a los preceptos capitalistas.

Como tal la DSN viene a completar la estructura estatal autocrática para convertirla en un auténtico totalitarismo, ya que el Estado adquiere matices ideológicos que van a orientar y justificar todas sus acciones. El siguiente extracto del "Documento de Recife"[3] ilustrará mejor los preceptos de la DSN:

> El Estado capitalista es confundido con la Nación. El Estado de Seguridad Nacional es propuesto a la población como la propia encarnación de toda la Nación. Las acciones del Estado son presentadas, en principio y a priori como expresiones del pensamiento y de la voluntad nacional, sin que los diversos segmentos de la sociedad como un todo sean oídos, consultados y considerados... El concepto de poder nacional continúa siendo uno de los presupuestos básicos... En efecto, se trata

[3] Citado por autores del Centro de Estudios de América Latina en Uruguay en su libro *Desapariciones,* producto del XII Congreso Brasileño de Comunicación Social.

> de un poder que funciona mucho más para reprimir, controlar o tratar de cercenar las conquistas populares y democráticas, que para defender los intereses nacionales.
>
> La DSN incluye también entre sus premisas, los llamados objetivos nacionales... (entre los cuales se encuentra el desarrollo)... Se trata de un desarrollo reducido a los componentes económicos y vuelto contra el pueblo. El mismo pueblo es visto y tratado como mano de obra permanente a disposición del gran engranaje capitalista, con bajos salarios, condiciones de vida precarias y sin acceso a los derechos fundamentales.
>
> El anticomunismo, eterna bandera contra los cambios. En la DSN el gran enemigo de la humanidad y específicamente de América Latina es el comunismo... confrontado de manera terriblemente simplista con el modo de vida "Occidental y Cristiano". A través de una continua acción de persuasión y convencimiento, la DSN, busca legitimizar la división del mundo según los criterios de la Guerra Fría.

En definitiva, los postulados de la DSN pueden resumirse así: se identifica el problema: grave crisis interna económica, social y política, se atribuye el problema a la infiltración y sabotaje de grupos comunistas, bien sean guerrilleros, sindicalistas, intelectuales u otros. Los valores principales del Estado son el orden interno y el desarrollo de la economía libre (capitalista) a través de la cual se logra el bienestar colectivo; para alcanzar estos fines se hace necesario un gobierno fuerte, centralizado y militarizado, por cuanto el liderazgo civil es débil y susceptible de conversión comunista. La función principal del gobierno es imponer el orden interno y fomentar la economía "libre". Para imponer el orden interno es necesario utilizar medios drásticos de control antisubversivo, incluyendo la tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada. El aparato represivo nacional no es suficiente por sí solo para expugnar la subversión, debe integrarse a un aparato represivo regional, conformado por los distintos estados que, orientados a un mismo fin, se ayudan entre sí para evitar y perseguir cualquier manifestación del comunismo en cualquier parte de la región.

Para la DSN la única manera de rescatar la "democracia" era a través de la fuerza, es decir, para que la "democracia" se impusiese había que organizar un aparato represivo fuerte, capaz de extirpar el enemigo infiltrado (léase, el comunismo) en la sociedad y prevenir su reaparición. Cualquier forma de protesta era vista como "desorden" y debía ser suprimida con métodos drásticos. Así, el "orden interno" era mucho más importante que cualquier derecho individual de la persona, la insurgencia era un cáncer que mantenía a la Nación estancada y los comunistas eran células cancerígenas que infectaban a la población saludable, por tanto, debían desaparecer. El patrón de selección de personas que debían desaparecer lo daba la misma Doctrina en consideración con las "razones de estado".

Esta guerra contrainsurgente se desarrolló no sólo en el plano represivo, sino también en el preventivo donde resaltó el aspecto psicológico. En el plano preventivo, la desaparición forzada también constituyó un importante elemento de lucha, puesto que intimaba y atemorizaba a la vez que extirpaba, y, en conjunto con las diversas campañas de adoctrinamiento ideológico llegó a constituir un arma tan eficaz que acalló por largo tiempo cualquier forma de disidencia. Veamos: el insurgente es desaparecido, removido de la sociedad por oponerse a las "razones de estado", la casi segura tortura y ejecución de éste intimidaba y aterrorizaba no sólo a sus más allegados sino a cualquiera que pensaba como él, reduciendo a un mínimo su capacidad de respuesta, en tanto que las personas afectadas por las diversas campañas de propaganda y adoctrinamiento tenderán a sentir una sensación de alivio por la identificación y extirpación de una célula cancerígena. En definitiva, se impuso el orden, por medio del terror.

Vale recalcar que para que la desaparición forzada sea efectiva como medio de terror debía ser realizada sistemáticamente, una desaparición individual no surte efecto. Aquí también entra en juego la DSN que le da cohesión a toda la actividad estatal, coordinada en el caso de las desapariciones forzadas entre los distintos órganos del poder y a lo largo de la cadena de mando, de tal manera que se maximice el efecto psicológico y la impunidad. Igualmente la DSN daba las directrices de coordinación internacional de la lucha antisubversiva, por lo que en no pocas veces un uruguayo desapareció en Argentina y fue ejecutado en Paraguay, por ejemplo.

1.4 *EFECTOS DE LA DESAPARICIÓN FORZADA*

1.4.1 *Efectos Personales*

1.4.1.1 *Efectos en la víctima*

El principal efecto personal en la víctima es su **muerte**. La gran mayoría de las desapariciones culmina con la ejecución de víctima.

Los efectos físicos de la vida en "desaparición" son, las torturas casi aseguradas, los malos tratos y las condiciones de vida infrahumanas son la norma.

> Las investigaciones que se han verificado donde ha existido la práctica de desapariciones y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad demuestran que ella incluye el **trato despiadado a los detenidos**, quienes se ven sometidos a todo tipo de **vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos y degradantes,** en violación (...) al derecho de la integridad física reconocido en el mismo artículo 5 de la Convención" (CIDH, 1989, último parágrafo).

Psicológicamente los efectos personales son igual de graves, ya que la víctima es separada de todo lo que conoce, de sus posesiones y su familia. Es sometida a una primera *agravation* que consiste en no saber qué futuro le aguarda; luego, si vive, es con el temor cierto de perder la vida. Se vive en un mundo intermedio ubicado entre el de los muertos y el de los vivos, se está vivo biológicamente pero a todos los efectos se es un muerto. Adicionalmente la víctima está consciente de su estado, sabe que nadie sabe donde está y que por ello –por él– están sufriendo, sus familiares y más allegados.

Acierta la Corte Interamericana cuando concluye que:

> el **aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva** a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al

> respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 1989 Caso Godínez Cruz, número 164, último párrafo).
>
> Las graves privaciones económicas que a menudo acompañan a una desaparición afectan con más frecuencia a las mujeres. Cuando las mujeres son víctimas de desapariciones, son particularmente vulnerables a la violencia sexual y de otro tipo, en violación directa de sus derechos humanos. (Naciones Unidas, 1986, p. 5).

La desaparición forzada, en los casos en que la persona recobra su libertad, dejará cicatrices irreparables.

1.4.1.2 *Efectos en la familia*

> La familia y los amigos de las personas desaparecidas sufren también una tortura mental lenta, ignorando si la víctima vive aún y, de ser así, dónde se encuentra recluida, en qué condiciones y cuál es su estado de salud. Además conscientes de que ellos también están amenazados, saben que podrían correr la misma suerte y que el mero hecho de indagar la verdad puede ser peligroso. (Naciones Unidas, 1986, p. 1).
>
> Lo que desazona a las familias de los desaparecidos es la abrumadora realidad de esa pérdida unida a la irrealidad de la muerte. El resultado es una forma de tortura mental provocada, ya sea por la supresión forzada del dolor o el sentimiento de desesperanza, o por una paralizante incertidumbre respecto a qué hacer para proteger a los seres queridos. (Amnistía Internacional, 1983, p. 111).

Los psicólogos hablan de varias etapas de sufrimiento y superación del sufrimiento:

La primera es una **etapa de temor y culpabilidad.** Los familiares están congelados, paralizados, no saben qué hacer, ni cómo entender la

situación, temen por sus propias vidas, a las represalias y a preguntar demasiado. No es infrecuente que en esta etapa los miembros de la familia reciban amenazas concretas de nuevas desapariciones. Igualmente entre los miembros individuales de la familia pueden surgir dudas respecto a lo que han hecho o dicho, se preguntan si son culpables de la desaparición de la persona querida: "si no hubiera dicho esto o lo otro".

La etapa de temor y culpabilidad va cediendo progresivamente a una de **búsqueda obsesiva del desaparecido,** a quien se supone vivo en alguna parte. Así vemos cómo la familia Blake realizó más de veintiún viajes a Guatemala en busca de su ser querido (Sentencia del 24 de enero de 1998, Punto 110).

> La total incertidumbre que rodea el destino del preso genera un alto grado de ansiedad, y la esperanza de volver a verlo le da un sentido de tremenda urgencia a la acción de los familiares. (Amnistía Internacional, 1983. p. 112).

La búsqueda puede llegar incluso a desagarrar a los individuos y a la familia, sumidos en dolor y superando cada uno el vacío y terror a ritmos diferentes.

Igualmente, el desarrollo psicológico de los hijos de los desaparecidos se detiene en la medida que sufren traumas y depresiones, se sienten abandonados, solos e inseguros. Diversos estudios realizados sobre niños hijos de desaparecidos demuestran que la gran mayoría presenta síntomas de aislamiento social, depresión, temor intenso y generalizado, pérdida del apetito y peso, insomnio, bajo rendimiento escolar, sobredependencia de sus padres y temor al estigma. En la medida que son mayores, el reconocimiento del colapso de su vida y familia les priva de sus esperanzas y sueños futuros.

La etapa final es aquella en que ya se "hacen las paces" con la situación, se reconoce que la acción individual es insuficiente e ineficaz, por lo cual se reacciona ante el delito por medio de la **acción de grupo,** esto lo vemos en países donde las desapariciones sistemáticas se prolongaron en la historia. Es una forma de superación colectiva del trau-

ma, y para muchos psiquiatras la mejor forma de tratamiento para los familiares desaparecidos. Con la acción colectiva los individuos vuelven a tener metas, se supera la inacción y el temor, y la vida hace sentido, el compartir sus experiencias fortalece al grupo. Se pretende "*romper la coraza de irrealidad, misterio e incredulidad que rodea a las desapariciones*" (Amnistía Internacional, 1983, p. 118).

1.4.2 *Efectos Sociales y Políticos*

1.4.2.1 *Efectos en la víctima*

En lo político la víctima es sustraída de la protección de la ley, al detenerse la persona sin fórmula jurídica apropiada y al ser trasladada a un centro de detención clandestino, más allá del aislamiento individual de la víctima se produce un verdadero aislamiento jurídico. Para la víctima ya no hay derecho que en ese momento la ampare eficazmente, no puede reclamar nada, está a la absoluta merced de sus captores. Esto constituye una violación patente del artículo 12 de la Declaración de la ONU, 8.1 de la CIDH, entre otras convenciones.

En lo social, como fue dicho antes, la víctima también es aislada, sustraída de su entorno cotidiano, de su familia y trabajo, cuando más podrá encontrar un sentimiento de hermandad con los desaparecidos que le acompañan pero poco se ha dicho sobre esto, la tarea se dificulta aún más si es trasladada frecuentemente de un centro a otro.

1.4.2.2 *Efectos en la familia*

La familia *"no sabe cuándo va a regresar, si es que regresa, el ser querido, lo que dificulta su adaptación a la nueva situación. A menudo la consecuencia es la marginación económica y social"* (Naciones Unidas, 1986, p. 2). La descomposición de la familia puede resultar cuando un núcleo padre-madre-hijo se aleja del núcleo que sufrió la desaparición, bien para evitar una en su mismo núcleo o por considerar que ese núcleo es realmente "insurgente" y que conviene alejarse de esas personas. El núcleo que sufrió la desaparición tampoco se preocupa por su aislamiento sumidos en su propia miseria e incomprensión

de la situación. Lo que se produce en definitiva es una reacción de fractura familiar.

La familia trata de reajustarse en un mundo hostil y amenazador, como vimos antes, la superación se produce con la acción de grupo, cuando las familias víctimas se reúnen y derivando fuerzas del grupo superan la situación.

Al mismo tiempo la familia sufre económicamente:

> La angustia de la familia se ve intensificada con frecuencia por las circunstancias materiales que acompañan a la desaparición. El desaparecido suele ser el principal sostén económico de la familia. ... La familia no sólo resulta gravemente afectada emocionalmente; sufre también en términos económicos, entre otras cosas, debido a los gastos efectuados durante las investigaciones posteriores. (Naciones Unidas, 1986, p. 2).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 8.1 de la Convención Interamericana a de Derechos Humanos ha reconocido el derecho de las familias a exigir del Estado culpable la indemnización de los daños y perjuicios tanto materiales como morales que han sufrido. (Caso Blake Sentencia del 24 de enero de 1998, Punto. 97).

1.4.2.3 *Efectos en la sociedad*

Los principales efectos perseguidos por el Estado que practica la desaparición, son el terror y la sumisión. La sociedad, observa con impotencia cómo las personas son raptadas por su Gobierno y cómo nunca vuelve a saberse de ellas, y haciendo una vista a su propia familia y persona hacen todo lo posible por evitar su propia desaparición.

2. LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO TIPO DELICTUAL

Como delito tipificado la desaparición forzada es una novísima aparición en los textos penales del mundo; como podrá apreciarse, su tipificación se inicia a partir de la década de los ochenta. Hoy en día puede decirse que está firmemente tipificado.

2.1 *INSTRUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES*

El artículo 23 de nuestra Constitución nacional estipula:

Artículo 23.- 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 su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".[4]

Es por esto que nos tomamos la libertad de transcribir los siguientes textos en los cuales se tipifica la desaparición forzada:

2.1.1 *Estatuto de la Corte Penal Internacional en Roma*

(Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 5.507 de fecha 13 de diciembre de 2000):

Artículo 7.2.i Por desaparición forzada de personas se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una

[4] **Artículo 153.** La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.
Artículo 154. Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.

organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

2.1.2 *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*

(Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/133 de fecha 18 de diciembre de 1992):

La Declaración entiende por desapariciones forzadas "que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así de la protección de la ley.

2.1.3 *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*

En su artículo 2, "considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".

2.1.4 *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Por su parte la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** en Sentencia del 29 de julio de 1988, Caso Velásquez Rodríguez establece:

> Por obra de la desaparición, Manfredo Velásquez fue víctima de una detención arbitraria que lo privó de su libertad física sin fundamento en causas legales y sin ser llevado ante un Juez o Tribunal competente que conociera de su detención…
>
> Es violatoria del derecho a la integridad personal … en primer lugar porque el solo hecho del aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva representa un tratamiento cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona y el derecho de todo detenido a un trato respetuoso de su dignidad … en segundo lugar porque aun cuando no ha sido demostrado de modo directo que Manfredo Velásquez fue torturado físicamente, la mera circunstancia de que su secuestro y cautiverio hayan quedado a cargo de autoridades que comprobadamente sometían a los detenidos a vejámenes, crueldades y torturas representa la inobservancia, por parte de Honduras, del deber que le impone el artículo 1.1, en relación con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 de la Convención, en efecto, la garantía de la Integridad física de toda persona y de que todo aquel que sea privado de su libertad sea tratado con el respecto debido a la dignidad inherente al ser humano, implica la prevención razonable de situaciones virtualmente lesivas de los derechos protegidos.
>
> El razonamiento anterior es aplicable respecto del derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención. El contexto en el que se produjo la desaparición y la circunstancia de que siete años después continúe ignorándose que ha sido de él, son por sí suficientes para concluir razonablemente que Manfredo Velásquez fue privado de su vida.

Como se observa de las definiciones anteriores y de lo tomado en consideración por la Corte para decidir, los derechos protegidos son a todas luces la libertad personal, la integridad personal y el derecho a la vida.

2.2 *INSTRUMENTOS LEGALES PATRIOS*

2.2.1 *Acuerdo del Congreso del 7 de Octubre de 1983*

Este Acuerdo ratifica la declaración de la Cámara de Diputados en cuanto:

> A que el deber de un Estado ante la comunidad internacional es investigar las desapariciones y ubicar los desaparecidos. (*Gaceta Oficial* 32.828).

2.2.2 *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*

Artículo 45.- Se prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías, practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes. Los autores o autoras intelectuales y materiales, cómplices y encubridores o encubridoras del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo, serán sancionados de conformidad con la ley.

Aparece así la base constitucional de este delito en Venezuela, ya que no existía esta disposición en el articulado de la Constitución de 1961.

2.2.3 *Código Penal de Venezuela*

(*Gaceta Oficial* Nº 5.494 Extraordinario de fecha 20 de octubre de 2000, contentiva de reforma parcial):

Artículo 181-A. La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o a dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo, el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando

como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzadamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de este delito será sancionado con pena de doce a dieciocho años de presidio.

El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.

Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.

La acción penal derivada de ese delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluidos el indulto y la amnistía.

Si quienes habiendo participado en actos que constituyan desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes".

Cumple con la mora legislativa que tenía Venezuela desde que suscribió la Convención Interamericana contra Desapariciones Forzadas y con lo ordenado por el artículo 45 de la Constitución de 1999.

2.3 *ANÁLISIS DEL TIPO PENAL*

2.3.1 *Naturaleza del delito*

Es un delito político, por cuanto el principal móvil de sus agentes es precisamente el político; sin embargo, en la Reforma del 2000 el Legislador lo ubicó dentro del Capítulo III, de los delitos contra la libertad, o sea, de los delitos contra la libertad individual, seguramente porque la acción se identifica con detención ilegal y con la negativa a reconocer dicha detención y de ahí su ubicación inmediatamente después del artículo 181 del Código Penal, pero la motivación es como sabemos impedir

el ejercicio de los derechos políticos del ciudadano al sujeto pasivo mediante su desaparición y al resto de la sociedad mediante la intimidación que esta desaparición produce. Así pues, es verdad que se atenta contra derechos civiles individuales consagrados universalmente y por nuestra Constitución, como lo son la libertad personal, la integridad personal, la vida, el tránsito, el de asociación y reunión y por supuesto el derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones y la comunicación de ellas de manera libre y plural, pero todo lo anterior se restringe con un solo fin meramente político, el impedir que el disentir se refleje en el ejercicio de los derechos a participar libremente en asuntos públicos y además su manifestación consciente mediante el sufragio, que traigan como consecuencia un cambio de orientación a la conducción de las políticas públicas; sin embargo, el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas dice expresamente "La desaparición forzada de personas no será considerada delito político para los efectos de extradición".

Igualmente, según reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Convenciones Internacionales, es un delito cuya práctica sistemática es de **lesa humanidad**[5] por lo que "La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción".

2.3.2 *El Sujeto activo*

Puede ser un funcionario público o cualquier otro agente del Estado o sujeto que actúe bajo la dirección y tutela y protección del Estado. Para nuestro Código Penal: Lo constituyen "La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio del Estado... los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones".

[5] Considerando que las desapariciones forzadas afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad, (Declaración sobre PPCDF-ONU).

Como se ve, tanto nuestro Código Penal como el Estatuto de Roma amplían el sujeto activo de tal manera que también pueden ser "organizaciones políticas o grupos insurgentes, terroristas o subversivos, no relacionadas, por lo menos en apariencia, al Estado.

2.3.3 *Sujeto pasivo*

Puede ser cualquiera, incluye tanto al desaparecido como sus familiares, a los cuales se les niega información sobre el paradero del desaparecido, siendo ellos en consecuencia receptores de la violencia psicológica que se produce con la dolosa falta de información y sujetos de la intimidación que sobre ellos se quiere causar (*vid.* 1.2 Declaración ONU más abajo).

2.3.4 *El Objeto material*

Es la libertad personal (física y psíquica), la libre personalidad, integridad física y moral, la vida y la dignidad humana, por ende la persona física y moral:

> Los artículos pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantizan a toda persona el derecho a la vida, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona, el derecho a no ser sometido a torturas y el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. (Considerandos Declaración ONU).
>
> **Artículo 1.-** Declaración sobre Desapariciones Forzadas - ONU
>
> "1.- Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana...".
>
> 2.- Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad

jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro.

2.3.5 *Los medios de comisión*

Son todos los aptos para privar a la persona de libertad, y para negar información sobre su paradero.

2.3.6 *Momento consumativo*

Cuando se niega tener información sobre la persona que se ha privado antes de su libertad personal. El delito es complejo, hay privación ilegítima de libertad orientada a impedir el ejercicio de los derechos políticos del ciudadano, dos derechos personales legítimamente establecidos.

Es un delito permanente que se extiende en su perpetración hasta tanto se determine el paradero o ubicación de la persona y no continuado como lo señala el texto de la norma. Sin embargo, consideramos que se perfecciona en el momento que se niega información sobre la persona retenida ilegalmente.

2.3.7 *Elemento de culpabilidad:* es un delito doloso

El arrepentimiento activo sirve como atenuante. Esto es, que para él o los culpables que "contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes".

Así mismo "No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tienen el derecho y el deber de no obedecerles". (Artículo 8. CISDF).

De la misma manera "En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, ines-

tabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas ...". (Art. 10 CISDF).

2.3.8 *Pena*

El Código Penal establece una pena de quince (15) a veinticinco (25) años de presidio para los participantes, y de doce (12) a dieciocho (18) años de presidio para el o los cómplices o encubridores; vale la pena señalar que para el caso de los encubridores, el legislador en la reforma parcial del 2000 que introduce en la legislación interna el tipo en estudio, saca del contexto en el que viene siendo tratada la pena para los encubridores de cualquier delito y le da a los encubridores del delito de desaparición forzada un trato distinto, imponiéndoles una pena que no se identifica con la establecida en el artículo 255 del Código Penal, la cual es de uno (1) a cinco (5) años de prisión.

"La acción penal derivada de ese delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluidos el indulto y la amnistía".

Como se dijo, se consagra una atenuante de las dos terceras partes de la pena para aquellos que se hayan arrepentido y colaborado con el esclarecimiento de la desaparición.

2.3.9 *Proceso*

Los imputados del delito de desaparición forzada.

"Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar".

"Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares".

3. INSTRUMENTOS LEGALES

Legislación Nacional:

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (*Gaceta Oficial* 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000). Artículo 45 y Disposición Transitoria Tercera.

Código Penal (*Gaceta Oficial* del 20 de octubre de 2000). Artículo 181-A.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (*Gaceta Oficial* 5.241 Extraordinario del 06 de julio de 1998).

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1992).

Jurisprudencia:

Sentencia Sala Casación Penal del TSJ Nº 294 de fecha 28 de junio de 2002.

Ponente: Alejandro Angulo.

Sentencia Sala Casación Penal del TSJ Nº 056 de fecha 14 de febrero de 2002.

Ponente: Alejandro Angulo.

Sentencia Sala Casación Penal del TSJ Nº 0500 de fecha 21 de junio de 2001.

Instrumentos Legales Adicionales

Informe de la Comisión Mixta para el estudio del Código Penal (Marzo de 2002).

Proyecto de Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Legislación Comparada

Argentina. Ley 24411 – Desaparición Forzada de Personas.

México. Código Penal Federal. Arts. 215-A al 215-D

El Salvador. Código Penal de la República de El Salvador. Arts. 364 a 366.

Hemos presentado estos instrumentos legales para información del lector, sin hacer comentarios, con el objetivo de orientar a los abogados sobre la ubicación de los documentos que rigen la desaparición forzada en nuestro país, ya que consideramos esta materia de gran importancia.

REFERENCIAS

Acta de Recife: Citado por autores del Centro de Estudios de América Latina en Uruguay en su libro "Desapariciones" producto del XII Congreso Brasileño de Comunicación Social

Amnistía Internacional. (1994). *Desapariciones Forzadas y Homicidios Políticos.*

Amnistía Internacional. (1983). *Desapariciones.* Madrid: Fundamentos.

BAUMGARTEN, J., Durán, J. y MAZZEO, M. (1986). **Los Desaparecidos**.

Bautista, J. (1999). *La Justicia Como Derecho Irrenunciable y Estrategias de Lucha Latinoamericana y Mundial Contra Las Desapariciones Forzadas.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989.

FEDEFAN. (2000). Comentarios sobre el anteproyecto de la Convención sobre desapariciones forzadas.

FEDEFAN: 1992: **Desaparición Forzada e Impunidad**.

JOINET, Louis. Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos", presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 1998.

Jornadas sobre el tratamiento jurídico de la desaparición forzada de personas (1987) *La Desaparición. Crimen contra la humanidad.*

MOLINA Theissen, A. (1998) *La Desaparición forzada de personas en América Latina*. Recuperado de http://www.derechos.org/vii/molina.html.

Naciones Unidas. (1986) Desapariciones Forzadas o Involuntarias. En *Folleto Informativo Nº 6*.

Seminario Internacional sobre la globalización de los derechos humanos. (2002). Bolivia.

La Responsabilidad Civil Derivada de Delito. Una Visión Procesal

Máximo N. FEBRES SISO[*]

SUMARIO:

Introducción.

1. **Planteamiento del asunto.**
2. **Exigibilidad de la responsabilidad civil. Posibilidades procesales.**
3. **Procedimiento Especial del COPP. 3.1** *Principios que lo rigen.* **3.2** *Presupuestos Sustanciales de Procedencia.* **3.3** *Naturaleza.* **3.4** *Legitimado Activo.* **3.5** *Legitimados pasivos.* **3.6** *Competencia Funcional.* **3.7** *Trámite.*

---

[*] **Universidad Central de Venezuela.** Abogado Mención *Magna Cum Laude*; **Centro de Estudios de Postgrado,** Doctorado en Derecho, Cursante, Profesor de Derecho Procesal Civil I en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho. **Escuela de la Judicatura,** Ex profesor. **Universidad de Margarita (UNIMAR),** Profesor Invitado en el Diplomado de Derecho Procesal Civil.

Se utilizan las siguientes abreviaturas: COPP: Código Orgánico Procesal Penal, CEC: Código de Enjuiciamiento Criminal, CPC: Código de Procedimiento Civil, CP: Código Penal, CC: Código Civil, DLTTT: Decreto-Ley de Transporte y Tránsito Terrestre, LOPNA: Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente, LCC: Ley Contra la Corrupción, LAC: Ley de Arbitraje Comercial.

INTRODUCCIÓN

Prescribe el artículo 113 del CP que toda persona responsable criminalmente de algún delito o falta, lo es también civilmente. Por su lado, el artículo 120 *ejusdem* señala que la responsabilidad civil establecida en los artículos anteriores comprende: 1) La **Restitución** con **pagos de los deterioros o menoscabos** a regulación del Tribunal (artículo 121 Encabezamiento CP). La restitución podría no ser posible si la cosa se pierde o se destruye materialmente o porque se encuentre en poder de un tercero que la haya adquirido en la forma y con los requisitos de ley para hacerla irreivindicable. 2) La **reparación del daño** (sólo exigible cuando no es posible la restitución según el último aparte del artículo 121 del CP) ; y 3) **La indemnización de perjuicios**, los cuales **pueden ser materiales y/o morales,** ya que la Ley no distingue.

Conviene puntualizar que el aludido artículo 113 del CP no debe interpretarse literalmente, ya que ello supondría ineludiblemente, contra toda evidencia legal y material, la existencia de responsabilidad civil cada vez que estemos en presencia de un hecho punible (delito o falta), lo cual no es cierto. Para que exista tal responsabilidad, con el delito debe ocasionarse un **daño** material o moral. Por ejemplo, en los denominados delitos formales no existe, en principio, tal daño, al igual que en algunas hipótesis de tentativa o frustración. Lo que queremos destacar es que existen eventos punibles que no aparejan necesariamente la existencia de daño alguno en la esfera patrimonial y/o moral de la víctima, susceptible de hacer surgir el interés procesal para pretender alguna restitución, reparación o indemnización, pues, el presupuesto de ello, como es el daño, no existe.

El derogado CEC establecía que de todo delito o falta "*también puede nacer acción civil...*" (Art. 1). Ello evidencia, desde luego, que para el legislador de aquel entonces estaba perfectamente claro el aserto precedente. Esta claridad aunque no se percibe de igual forma en el vigente COPP, también es susceptible de ser apreciada del artículo 49 *ejusdem,* pues, se refiere aquí el legislador a la acción civil para la restitución, reparación e indemnización de perjuicios causados por el delito. Es evidente que, aún pareciendo una verdad de perogrullo, se

reafirma el hecho de que sólo si el delito ha causado daño es posible pretender la restitución, reparación e indemnización a que hubiere lugar. No podía ser de otro modo, ya que aun cuando el CP presenta una amplia regulación en materia de responsabilidad civil derivada de delito, fundamentalmente en lo que concierne a las personas que responden civilmente aunque en lo criminal estén exentas de responsabilidad, no cabe duda que la sistemática general de la responsabilidad y sus principios rectores se hallan contenidos en el CC, y en particular en las disposiciones concernientes a la responsabilidad por hecho ilícito, de indudable aplicación supletoria, que exige como uno de sus elementos esenciales la existencia del daño.

1. PLANTEAMIENTO DEL ASUNTO

La noción de daño de la cual deriva la responsabilidad civil es distinta de la noción de daño que abraza a todo hecho punible. En efecto, conforme a la doctrina más calificada, el delito siempre es un hecho típico dañoso, socialmente hablando, ya que su comisión comporta un atentado o violación de un bien jurídico objetivamente tutelado en la norma penal, que interesa al cuerpo social como un todo. Ello supone que todo delito siempre implica un daño social. En cambio, el daño que da lugar a la responsabilidad civil no es otra cosa que una lesión patrimonial o moral que se le produce a un sujeto o grupo de sujetos, susceptible de indemnización. El delito existe como hecho socialmente dañoso, sin que por ello lo sea también civilmente. El ilícito civil existe, por el contrario, como un hecho que sin afectar al cuerpo social en sus valores más preciados, ocasiona una lesión en la esfera patrimonial o moral de una persona o grupo de personas. Cuando el delito causa esta lesión, aparejа responsabilidad civil, de lo contrario, no. Por eso es que la responsabilidad inmediata, directa, lógica, derivada del delito como hecho dañoso, es de tipo penal; y la responsabilidad derivada del hecho ilícito, es de tipo civil. La primera tiende a satisfacer un interés público, siendo sus normas de eminente orden público, tanto que su aplicación es de estricto monopolio estatal, monopolio que es a su vez, jurisdiccional y procesal. La segunda satisface, por el contrario y en primer término, intereses privados, aun cuando ello sea a través del proceso y ejercitándose una función pública como es la jurisdiccional.

Finalmente, es preciso tener presente dos disposiciones contenidas en el CP, de importantes consecuencias procesales relacionadas o concernientes a la cuestión de la responsabilidad civil, como son el artículo 126 y el artículo 33 *ejusdem.*

El artículo 126 del CP preceptúa que los condenados criminalmente lo serán también en la propia sentencia, en todo caso, a la restitución de la cosa ajena o su valor. También establece la condenatoria en costas y la indemnización de perjuicios, en caso de constituirse el agraviado en acusador y parte civil. Como puede apreciarse, este artículo contempla dos supuestos claramente diferenciados.

El primer supuesto concierne a la restitución de la cosa ajena o su valor, que como hemos visto forma parte de la responsabilidad civil derivada de delito, en sus dos primeras manifestaciones (restitución y reparación del daño) a tenor del artículo 120 *ejusdem.* En este caso, la restitución de la cosa o su valor opera como consecuencia de la sentencia penal condenatoria, sin necesidad de que la víctima se haga parte civil, esto es, sin necesidad de que formalmente deduzca la pretensión de restitución o reparación del daño. Esta situación, como veremos más adelante, no ha cambiado. En efecto, tanto bajo la vigencia del CEC, que permitía deducir la pretensión civil conjuntamente con la penal o acudir en paralelo a la sede civil correspondiente, como bajo el imperio del COPP, que no permite deducir la acción civil conjuntamente con la penal, pero que no impide pretender paralelamente en sede civil, hacerse parte civil comporta la exigencia formal de pretender, mediante demanda, la restitución, reparación o indemnización correspondiente. Así, bajo la aplicación de uno y otro instrumento, es claro que el imperativo contenido en el artículo 126 del CP, según el cual el Juez penal debe acordar en la sentencia condenatoria la restitución de la cosa ajena o su valor, no depende de que la víctima o sus herederos deduzcan formalmente tal pretensión. Se trata en suma de una consecuencia "natural" de la sentencia penal condenatoria.

Es más, en este supuesto, la víctima puede lograr la restitución de la cosa durante la pendencia del juicio penal, bastando para ello que simplemente presente una solicitud al Juez de Control e incluso al Fiscal del

Ministerio Público, de conformidad con lo regulado en los artículos 311 y 312 del COPP Desde luego que esta posibilidad se nos presenta como una típica medida anticipativa, por adelantar lo que se espera debe acordar el Juez en la eventual sentencia condenatoria. Su razón de ser la encontramos, no en la naturaleza civil propiamente dicha, sino en la consecuencia que la ley penal deriva para aquellos delitos que afectan o son susceptibles de afectar bienes patrimoniales. No tolera el legislador que la víctima de estos delitos, además de sufrir las consecuencias propias que el hecho comporta como punible, se vea privado del bien durante la pendencia del proceso penal correspondiente. Tampoco tolera la ley penal que el delincuente pueda obtener el más ínfimo provecho del objeto pasivo del delito. De allí que se imponga la restitución de la cosa o su valor como una consecuencia necesaria de la condena, si antes no ha mediado la entrega correspondiente como típica anticipación.

El segundo supuesto se refiere a la condenatoria en costas y a la indemnización de perjuicios que, como hemos visto *supra*, esta última abarca la tercera categoría de la responsabilidad civil derivada de delito (indemnización de perjuicios), que comprende a su vez, los daños materiales (distintos a la restitución y a la reparación) y morales. En este supuesto, estamos hablando de los daños materiales como lucro cesante y daños emergentes diferentes de los anteriores, y de los daños morales expresados en el artículo 1.196 del CC, que se refieren no sólo a los atentados al honor y a la reputación, sino además a las lesiones corporales, para lo cual se requiere que la víctima haga valer formalmente la pretensión civil correspondiente, cumpliendo para ello con los requisitos y exigencias que el ordenamiento jurídico le impone como carga.

Por su lado, el artículo 33 del CP establece como pena accesoria a otra principal, la pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan. Obviamente, cuando la ley penal alude a los efectos provenientes de delito, está haciendo referencia a todo aquello que derive como consecuencia del hecho en cuestión. Si tales efectos se encuentran dentro de la categoría de los bienes susceptibles de restitución, entonces debe operar esta figura. En cambio, si se trata de cualquier otro efecto, el tribunal debe actuar conforme a lo dispuesto en el mismo artículo 33, procediéndose al decomiso y remate de tales bienes.

Bajo este esquema podemos concluir lo siguiente: Para lograr la restitución de la cosa ajena o su valor, la ley penal no exige que la víctima deduzca una pretensión formal mediante demanda. Ello deviene como un imperativo para el Juez en las sentencias condenatorias. En estos casos, es posible, incluso, sin deducir formalmente una demanda, lograr la restitución de la cosa durante la pendencia del juicio penal, mediante una típica medida anticipativa de conformidad con los artículos 311 y 312 del COPP. En cambio, para la indemnización de perjuicios es preciso que la víctima, mediante demanda, haga valer la pretensión correspondiente, sea en sede penal, sea en sede civil, de acuerdo con las posibilidades que le ofrece el ordenamiento jurídico.

2. EXIGIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. POSIBILIDADES PROCESALES

Hemos visto cómo el legislador delimita los alcances de la responsabilidad civil derivada de delito en tres grandes categorías, a saber: la restitución, la reparación y la indemnización de perjuicios, exigiendo la demanda formal para la indemnización de perjuicios, permitiendo medidas anticipativas para la restitución e imponiendo, como un imperativo para el juez penal en la sentencia condenatoria, la restitución y la reparación. Sin embargo, ello no puede conducirnos al equívoco de creer que si no ha mediado la restitución durante la pendencia del juicio penal o, a su conclusión, luego no sea posible pretenderla. En efecto, la víctima, sus herederos y aquel a quien la Ley legitima para obrar en juicio y pretender en nombre de su deudor, tienen amplias posibilidades y diversas vías para lograr la satisfacción de su interés. La responsabilidad civil derivada de delito, en todas sus manifestaciones, es susceptible de concretarse y hacerse efectiva mediante diversos mecanismos.

A) El interesado puede acudir directamente a la sede civil y pretender en ella la satisfacción de su interés, sujetándose a los trámites procedimentales que correspondan según los diversos criterios legales, a saber: 1) Civil: a) Juicio ordinario y b) Juicio breve, según la cuantía; 2) Tránsito: juicio oral del CPC de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 de la DLTTT, 3) Si la víctima es un niño o un adolescente: debe aplicarse la LOPNA y conocerá una sala de juicio de acuerdo con este instru-

mento legal. Se advierte que esta solución no tiene pacífica aceptación en la jurisprudencia.

En estos casos, el juicio civil puede incoarse en paralelo con el juicio penal, sin perjuicio de la prejudicialidad que podría oponer el demandado. El interesado también podría aguardar la sentencia penal definitivamente firme para luego acudir a la sede civil.

B) El interesado podría optar por esperar la sentencia penal, la cual debe ser condenatoria y encontrarse firme, sea que tenga lugar con ocasión de un juicio ordinario, abreviado o mediante el procedimiento por admisión de los hechos. En este caso, puede hacer valer la pretensión civil en sede penal, de conformidad con el artículo 422 y siguientes del COPP o, como se dijo *supra*, acudir a los tribunales civiles correspondientes. Es importante tener presente que, de acuerdo con el Art. 52 del COPP la prescripción que puede operar civilmente se suspende hasta tanto la sentencia penal quede firme.

Por otro lado, cabe resaltar, tal como lo indicamos con antelación, que el COPP no permite deducir conjuntamente la cuestión penal con la civil.

C) La novísima LCC establece en su artículo 88 la posibilidad de intentar la pretensión civil conjuntamente con la penal. Vale la pena resaltar, aunque no sea el cometido de este trabajo, que el aludido instrumento legal es de dudosa constitucionalidad, ya que siendo una ley ordinaria no podía, en nuestro criterio, derogar una ley orgánica como lo es la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Por otro lado, las dificultades que ofrecería este trámite conjunto y los innumerables problemas procesales que fácilmente se pueden apreciar, nos revelan de entrada una fuente terriblemente peligrosa para la violación del debido proceso.

Vale la pena comentar, que bajo la vigencia del CEC, era posible deducir conjuntamente con la pretensión punitiva la cuestión civil, la cual debía resolverse en la sentencia definitiva. Incluso se permitía que el interesado se hiciera sólo parte civil. Desde luego que ello no impedía acudir a los tribunales civiles y deducir en paralelo la demanda civil. Esta regulación legal, aun cuando fue de poco uso en el foro, no ofrecía

sin embargo mayor dificultad en su aplicación. Por el contrario, si alguna crítica corresponde hacer, ésta atiende más bien a la poca disposición, por no decir otra cosa, que siempre mostraron los tribunales penales ante los asuntos de naturaleza civil y a la horrorosa dilación que presentaban estos procesos, que a la postre terminaban dejando incierta la suerte de la controversia civil.

En cuanto a la nueva Ley Anticorrupción, el legislador, apartándose del COPP, manda aplicar el artículo 340 del CPC y permite la invocación de las cuestiones previas contenidas en el artículo 346 *ejusdem.* Ello nos lleva a preguntarnos: ¿Implica este nuevo trámite, para deducir la responsabilidad civil derivada de los delitos contenidos en dicha Ley, la derogación del procedimiento especial del COPP o, por el contrario, comporta una vía adicional? Para responder esta interrogante y asumiendo que esta Ley no es inconstitucional, podrían aplicarse los siguientes criterios:

> 1.- La LCC derogó al COPP por ser una Ley posterior a éste. Aquí se aplicaría el principio conforme al cual la Ley posterior deroga la Ley anterior.
>
> 2.- La LCC no derogó al COPP, ya que se trata de una ley ordinaria y éste es una Ley Orgánica que prima sobre aquélla.
>
> 3.- Asumiendo la solución N° 2, que sería la más razonable si no estuviera cuestionada la constitucionalidad de la LCC, serían indistintamente aplicables uno y otro mecanismos, sin perjuicio de la vía civil ordinaria.

D) Conforme a lo previsto en el literal a) del Art. 3 de la LAC, la víctima y el responsable civilmente (sea el delincuente o un tercero civilmente responsable), pueden someter a arbitraje la cuantía a la que se contraiga la responsabilidad civil derivada de delito, en tanto la misma no haya sido fijada por sentencia definitivamente firme.

Finalmente, vale la pena que hagamos unos breves comentarios acerca de los **acuerdos reparatorios** (justicia penal consensuada). Como

mecanismos de autocomposición procesal que son (artículos 40 y 41 del COPP), es claro que los acuerdos reparatorios (*rectius:* su cumplimiento) producen la extinción de la acción penal (*rectius*: pretensión punitiva); ese es su cometido esencial. Pero ello no permite afirmar que esos acuerdos aparejen también, como regla general, la extinción de la acción civil (pretensión civil), ni siquiera en la hipótesis más frecuente de que el objeto del acuerdo consista en una satisfacción pecuniaria. Para que ello suceda es preciso –a nuestro entender– que el acuerdo así lo exprese (*Vide* Art. 40, segundo aparte, en concordancia con el último aparte del artículo 41, *ejusdem*), pues, aunque el acuerdo se limite exclusivamente a una prestación de tipo pecuniaria, la Ley guarda silencio respecto a sus efectos civiles, siendo, por el contrario, clara y contundente en cuanto a la extinción de la pretensión punitiva estatal. Más aún, en cuanto a los posibles efectos civiles, el COPP sólo se concreta a la hipótesis del incumplimiento del acuerdo por parte del imputado, estableciendo para tal evento que los pagos y prestaciones efectuados no serán restituidos (*vide* artículo 41, última parte, *ejusdem*).

Bajo estas consideraciones podemos puntualizar que el cumplimiento del acuerdo sólo apareja como consecuencia inmediata y directa la extinción de la acción penal (*rectius*: pretensión punitiva), porque así lo establece el legislador de manera expresa sin extender ningún efecto a las cuestiones civiles. Refuerza además este planteamiento el que se le niegue la restitución al imputado que incumple el acuerdo, pues, con ello se evidencia que las satisfacciones pecuniarias y demás prestaciones a que se puede obligar el imputado por medio del acuerdo, si bien comportan mecanismos privados y parciales de autocomposición, altruistas antes que egoístas, no fracturan el monopolio estatal en la aplicación de la norma penal sustantiva. No le está dado a los particulares calificar los hechos como punibles, ni imponer penas, y cualquier arreglo particular al respecto debe reputarse absolutamente nulo, por contrariar el orden público.

Los acuerdos no implican la imposición de pena alguna y su razón de ser descansa en la necesidad de descongestionar la administración de justicia y el sistema penitenciario. Empero, si los hechos que originalmente dieron lugar al proceso penal que, por virtud del acuerdo, no pudo

arribar a una sentencia de mérito, resultan encuadrables en los supuestos del hecho ilícito, no cabe duda, a nuestro parecer, que podría deducirse la pretensión civil correspondiente en sede de los tribunales civiles ordinarios.

Para mejor ilustrar el planteamiento anterior, pensemos por un instante en la existencia del hecho presuntamente punible, que no apareja daño patrimonial o moral, civilmente hablando, que da lugar a un proceso penal que se extingue por virtud de un acuerdo reparatorio. En este caso, la circunstancia de que no exista daño civil no es óbice para que se pueda celebrar válidamente el acuerdo, y si éste comporta una indemnización pecuniaria, la "causa" no estaría en la conducta antijurídica regulada por la Ley civil, sino en la conducta antijurídica que se presume abrazada por la Ley penal. He allí la razón por la cual el acuerdo sólo está dirigido por Ley a extinguir la pretensión punitiva, y la razón por la cual es preciso consagrar expresamente en el acuerdo la extinción de los efectos civiles, para que tal consecuencia pueda producirse.

De las diversas posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico para deducir la pretensión civil derivada de delito, nos ocuparemos tan sólo del procedimiento especialísimo previsto en el COPP.

3. PROCEDIMIENTO ESPECIAL DEL COPP (ARTÍCULO 422 Y SS.)

3.1 *PRINCIPIOS QUE LO RIGEN*

1) Oralidad (Artículos 428, 430 COPP). Aunque el proceso se inicia por demanda escrita, tal como se desprende del artículo 423 del COPP, y la objeción a la intimación (oposición) también debe hacerse por escrito (*Vide*: artículo 427 última parte COPP), su desarrollo ulterior descansa en la forma oral de realización de los actos procesales de mayor trascendencia. Así, tanto la audiencia de conciliación (*vide* artículo 428 COPP) como la audiencia de debate (*Vide* artículo 430 COPP) deben desarrollarse oralmente sin perjuicio de la documentación de lo actuado, a tenor de lo previsto en los artículos 188 y 189 del Código Civil, aplicables supletoriamente.

No es abundante apuntar que la documentación es un requisito que el COPP exige para el juicio penal (*vide*: artículo 169 COPP), de modo que desde el punto de vista filosófico y valorativo la documentación no sólo se impone por razones de seguridad jurídica, sino que además responde a la orientación que en general se le dio a este cuerpo normativo. No debemos perder de vista que el COPP básicamente regula lo atinente al proceso penal, el cual por sus especiales características, en particular por las notables diferencias que existen entre el imputado y el Fiscal de Ministerio Público, difiere sustancialmente en la aplicación y efectiva vigencia de principios y garantías que incluso han sido constitucionalizados. La presunción de inocencia y el principio de las cargas procesales, por ejemplo, no tienen igual aplicación en uno y otro escenario. Sin embargo, en la orientación formal del proceso, cuya aplicación general se impone constitucionalmente (*vide*: artículos 26, 253 y 257 de la Constitución), es evidente que no existe diferencia alguna.

Por otra parte, la documentación al lado de la oralidad nos permite apreciar y verificar la legalidad y la legitimidad del proceso. A través de la documentación podemos determinar si lo actuado descansa en el respeto al debido proceso. En fin, la documentación, si bien no obra como requisito formal por excelencia en la conducción del proceso, es la prueba de su efectiva y verdadera realización.

2) Concentración (Artículo 430). El proceso debe desarrollarse en muy pocas audiencias, de suerte que una vez iniciada la audiencia de debate la misma debe concluir el mismo día o en alguno de los días consecutivos si hubiese necesidad de ello, procurándose la continuidad, de conformidad con el artículo 430 del COPP, en concordancia con el artículo 874 del CPC, que a nuestro juicio es de indudable aplicación supletoria, lo que además está en consonancia con el artículo 17 del COPP, previsto para el juicio penal. Al cabo de la audiencia, o mejor dicho, del debate, el Juez debe dictar el pronunciamiento de mérito de inmediato, esto es, sin pérdida de tiempo. Desde luego que ello no impide que el Juez pueda tomarse un tiempo razonable para emitir el fallo después de la intervención de las partes y la incorporación de las pruebas a que hubiere lugar. Consideramos que aquí resulta de innegable aplicación supletoria el artículo 875 del CPC y pensamos además que,

cuando el Legislador en el COPP habla de la terminación de la audiencia (*vide* artículo 430 última parte COPP), en realidad se refiere a la terminación del debate, tal como lo expresa el CPC para el juicio oral y el propio COPP para el juicio penal. La audiencia termina real y efectivamente con la sentencia de mérito.

3) Inmediación (Artículos 428 y 430 COPP). Este principio supone una activa intervención del Juez en la realización del proceso, en estrecha vinculación y conocimiento de las partes, del *thema decidendum* y el *thema probandum*. El Juez debe citar a las partes a conciliación y procurar conciliarlas. El Juez debe presenciar y dirigir la audiencia de debate y por lo tanto participar activamente en la actividad probatoria de la cual derivará su convicción.

4) Brevedad (artículos 422 al 431 COPP). Este proceso está orientado también por la brevedad, lo cual supone que su desarrollo debe efectuarse en el menor tiempo posible, suponiendo *ab initio* una simplificación de la cognición. Su misma naturaleza monitoria revela *prima facie* la efectiva vigencia de este principio. Si por la inasistencia del demandado a la audiencia de conciliación queda firme el decreto de intimación, se hace innecesaria una cognición adicional. Obsérvese además que en este procedimiento, al igual que en todos los de naturaleza ejecutiva, la oposición u objeción como la denomina el COPP, obra como un sucedáneo de la contestación, necesaria desde luego para la existencia del contradictorio. Sin embargo, a diferencia del CPC, el COPP no le atribuye ninguna consecuencia jurídica a la falta de objeción, apartándose en ese sentido de la orientación que históricamente le han dado las diversas legislaciones a la omisión de esta carga del demandado.

5) Legalidad de las formas procesales (Artículos 423, 425 y 426). Este principio es de aplicación general para toda la actividad procesal, independientemente de la sede o de la materia tratada. Simplemente hemos querido destacarlo para poner en evidencia que aun en estos procesos breves, concentrados y de cognición sumaria, el respeto a las formas procesales previstas por el legislador, a saber, los modos de realización de los diversos actos constitutivos del proceso reglados por la Ley, devienen como un imperativo constitucional, esto es, como una

garantía que está consagrada en los artículos 253 primer aparte y 257 de la Constitución. Esta garantía en nada se ve afectada, como muchas veces se ha querido hacer ver, por lo dispuesto en el artículo 26 del mismo Texto Constitucional y la última parte del referido artículo 257, según los cuales la justicia no está sujeta a formalismos inútiles ni puede sacrificársele por la omisión de formalidades no esenciales. Lo que el Constituyente quiso resaltar en estas normas es la primacía del fondo sobre las formas, las cuales por su carácter instrumental no son un fin en sí mismas. De hecho, con esta regulación constitucional cobra pleno vigor universal el principio de instrumentalidad de las formas procesales, al lado de la vigencia subsidiaria del sistema que postula la disciplina judicial de las formas, todo lo cual ya tenía tradición y reconocimiento en el foro venezolano a la luz de los artículos 206 y 7 del CPC, de supletoria aplicación para el proceso que nos ocupa.

6) Dispositivo (Artículos 422, 423 y 430 COPP). Al igual que todo juicio civil en general, ordinario o especial, donde lo que se debate son derechos privados disponibles, es éste el principio rector para las partes y el Juez , en lo que concierne a derechos, obligaciones, cargas, poderes, posibilidades y expectativas (mixtura del proceso como relación jurídica y situación jurídica). Por regirse por el principio dispositivo, el juicio se inicia por demanda de parte (*nemo iudex sine actore*) estándole vedado al Juez iniciar de oficio el proceso. Es decir, corresponde a la parte interesada presentar formal demanda, con la cual ejerce la acción y hace valer la pretensión correspondiente. El *thema decidendum* lo establecen, rigurosa y exclusivamente, las partes. *Ab initio*, éste viene dado por la pretensión deducida por el actor, pero, si hay resistencia por parte del demandado, se conjuga así plenamente la fijación conjunta del objeto del proceso. Por lo tanto, no le está dado al Juez fijar el *thema decidendum*, cambiarlo o modificarlo oficiosamente. Finalmente, el Juez en su decisión está rigurosamente atado al *thema decidendum*, lo cual significa, *prima facie*, que si el proceso no se ha extinguido antes por una causa legal, no le está permitido dejar de pronunciarse en el mérito, ni dejar incierta la suerte de la controversia, so pretexto de silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad de la Ley, pues, de hacerlo, amén de incurrir en denegación de justicia, cometería el vicio de absolución de la instancia. Además, la decisión que dicte debe ser

congruente con el *thema decidendum* (principio de congruencia del fallo), pues, no le es dable acordar más de lo pedido (*ultrapetita*), tampoco cosa distinta de la pedida (*extrapetita*) ni dejar de resolver sobre los puntos o alegaciones que forman parte del *thema decidendum* y lo definen como un todo (*citrapetita*).

3.2 *PRESUPUESTOS SUSTANCIALES DE PROCEDENCIA*

La posibilidad de aplicar este procedimiento descansa en dos supuestos, a saber:

1.- Existencia de una sentencia condenatoria en sede penal, pasada en autoridad de cosa juzgada. No cabe duda, tal como lo indicamos precedentemente, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 422 del COPP, este es el requisito por excelencia para la utilización del procedimiento que nos ocupa, ya que en sede penal, salvo la excepción que contempla la LCC, las demandas por responsabilidad civil derivada de delito no pueden tramitarse conjuntamente con la cuestión penal.

2.- Que exista un daño en la esfera patrimonial o moral de la víctima, susceptible de hacer surgir el interés para la restitución, la reparación o la indemnización de perjuicios, de acuerdo con lo indicado *supra*. Si el delito sólo comporta un daño en la esfera de lo social, valorable exclusivamente desde el punto de vista punitivo, no hay lugar a la aplicación de este procedimiento ni a la de ningún otro. El daño no se presume, debe alegarse.

3.3 *NATURALEZA*

El procedimiento previsto en el COPP se nos revela como un juicio monitorio, de cognición sumaria o reducida, que busca llegar rápidamente a un título ejecutivo, poniendo a cargo del demandado la posibilidad del contradictorio. Sin embargo, es preciso alertar que la posibilidad de obtener el título ejecutivo es completamente diferente a la que ofrece el procedimiento por intimación previsto en el artículo 640 y siguientes del CPC. El procedimiento monitorio del CPC no limita los motivos de oposición y a falta de ésta el decreto de intimación pasa a adquirir

firmeza, esto es, adquiere el carácter pleno de título ejecutivo como si se tratara de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. El procedimiento que nos ocupa presenta, por el contrario, una limitación, cuestionable como veremos luego, en los motivos de oposición, cuya ausencia no determina la firmeza del decreto, la cual sólo es posible si el demandado es contumaz en la conciliación. Se trata entonces de un procedimiento mixto con predominante función ejecutiva.

Como antes dijéramos, los presupuestos sustanciales para la aplicación de este procedimiento monitorio son: la existencia de un fallo condenatorio firme y un daño causado por el delito.

De estos dos presupuestos que, desde luego, deberá el Juez revisar, junto con los requisitos formales del libelo, para darle entrada al procedimiento, la existencia del daño, afirmada por el actor, es un extremo que muchas veces no podrá establecer el Juez sino hasta la oportunidad en que resuelva el mérito, si fuere el caso. Decimos esto porque el daño pudiera no mostrarse *prima facie* en forma tangible y evidente, impidiéndole al Juez formarse instantáneamente un juicio al respecto, lo que no es inusual en el foro. Por lo que en términos prácticos, la viabilidad de este procedimiento quedaría reducida a la verificación efectiva del otro presupuesto sustancial: la cosa juzgada penal.

Bajo esta perspectiva el procedimiento monitorio del COPP y el procedimiento monitorio del CPC son diametralmente opuestos.

El procedimiento monitorio del CPC está previsto para la satisfacción de obligaciones de hacer, que comprenden: a) el pago de una suma líquida y exigible de dinero; b) la entrega de cantidad cierta de cosas fungibles; y c) la entrega de una cosa mueble determinada. Si la pretensión se contrae a la satisfacción de una obligación distinta a las indicadas, tal como podría ocurrir si se demandara la indemnización de daños y perjuicios derivados de hecho ilícito, el Juez a tenor de lo dispuesto en el artículo 643 del CPC debe negar la admisión de la demanda. Lo mismo debe hacer si el actor no acompaña la prueba escrita del derecho alegado o si éste se halla subordinado a una contraprestación o condición, salvo que el demandante acompañe un me-

dio de prueba que haga presumir el cumplimiento de la contraprestación o la verificación de la condición.

Como puede apreciarse, aquello que resulta imposible pretender a través del procedimiento monitorio del CPC, es perfectamente viable, consustancial por decirlo así, al procedimiento monitorio del COPP. Nos referimos en concreto a la responsabilidad civil que surge del hecho punible, muy especialmente a la indemnización de perjuicios, por tratarse de deudas ilíquidas.

Precisamente, la posibilidad que le da el procedimiento monitorio del CPC al Juez de tener una cognición reducida, sumaria, pero razonablemente verosímil, es lo que determina que ante la falta de oposición por parte del demandado en el lapso de Ley, el decreto de intimación contentivo de una orden de pago o entrega de la cosa, quede firme y adquiera la autoridad de la cosa juzgada. Entiende el legislador que en este evento la certeza y la seguridad jurídica no se vulneran, desde que el actor tiene la carga de suministrar la prueba escrita del derecho invocado y el Juez, por su parte, el deber de verificar la rigurosa satisfacción de los requisitos de procedencia del procedimiento monitorio; por ello, recayendo en el demandado la simple carga de propiciar el contradictorio, es evidente que si no satisface esa carga, deberá sucumbir plenamente ante la pretensión del actor, sin transitar por ningún otro trámite procedimental.

Cosa distinta ocurre en el procedimiento monitorio del COPP. Téngase presente que el legislador no le atribuyó a la falta de oposición u objeción al decreto de intimación ningún efecto, como sí lo hace en el procedimiento monitorio del CPC. Huelga señalar entonces que las únicas semejanzas que presentan ambos procedimientos se contraen a la orden de pago que, en el uno y en el otro debe expresar el decreto de intimación, a la reducción de la cognición (con menos verosimilitud en el procedimiento monitorio del COPP) y al adelanto del título ejecutivo, que en el procedimiento del COPP sólo es posible si hay contumacia del demandado en el acto de conciliación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 429 primer aparte.

3.4 *LEGITIMADO ACTIVO (LEGITIMATIO AD CAUSAM)*

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 49 del COPP, en concordancia con los artículos 118, 119, 120, ordinal 5° y 422 *ejusdem,* la cualidad o legitimación *ad causam* la tiene la víctima o sus herederos. El CP en su artículo 122 establece que la indemnización de perjuicios comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado por razón del delito, a su familia o a un tercero; y el CC prescribe, en el último aparte del artículo 1.196, que el Juez puede acordar una indemnización a los parientes, afines o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima. Todas estas personas son consideradas víctimas a la luz de lo dispuesto en los artículos 418 y 419 del COPP. Por lo tanto, corresponde a la víctima hacer valer la pretensión correspondiente, asistida o representada por un profesional del derecho.

Sin embargo, la Ley regula diversas situaciones en las que él o los sujetos pasivos del daño están llamados a hacer valer la pretensión correspondiente mediante la intervención de determinados órganos o sujetos, a saber:

> **a)** Cuando el delito afecte el patrimonio de la República, de los estados o de los municipios, respectivamente, la pretensión será deducida por el **Procurador General de la República**, **los Procuradores de los Estados o los Síndicos Municipales**, salvo que el delito lo haya cometido un funcionario público en ejercicio de sus funciones (artículo 50 COPP), en cuyo caso debe actuar el Ministerio Público. Por su lado, la Ley Contra la Corrupción no establece diferencia alguna (*Vide*: Artículos 87 y 88) y pone en manos del Fiscal el ejercicio de la acción. Esta última situación pone en el tapete un problema que debe resolverse a la luz de los criterios de aplicabilidad de uno y otro instrumento normativo, de acuerdo con lo señalado con anterioridad, ya que de lo contrario nos vamos a encontrar con posibles situaciones de choque o antagonismo.

b) Cuando el delito haya afectado intereses colectivos o difusos, o si en la comisión del delito existe concurrencia de un funcionario público con un particular (*Vide*: Artículo 50 COPP), **el Ministerio Público** está llamado a interponer la demanda correspondiente. Asimismo, conforme a lo dispuesto en la última parte del referido artículo 50 del COPP, tanto en los casos expresados en el literal anterior como en el presente, la ley contempla la posibilidad de que la demanda sea planteada y proseguida por otros "órganos del Estado" o por "entidades civiles", cuando así lo decidan, según el caso, el Procurador General o el Fiscal General de la República.

c) Cuando la víctima no tenga capacidad económica para demandar y desde luego no se provea de un abogado en el ejercicio privado de la profesión, puede delegar en **el Ministerio Público** la interposición de la demanda y por lo tanto su representación (*Vide*: Artículo 53 COPP Encabezamiento).

d) Si la víctima es un incapaz, que no tenga representante legal, el **Ministerio Público** está llamado, en todo caso, a ejercer su representación y por lo tanto interponer la demanda correspondiente (*Vide*: última parte del artículo 53 COPP)

e) En aquellos casos referidos a la obligación del Estado de indemnizar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, la víctima puede delegar en el **Defensor del Pueblo** su representación y por lo tanto la interposición de la demanda correspondiente, si antes no ha hecho tal delegación en el **Ministerio Público** (*Vide*: Artículo 53, encabezamiento COPP).

f) Finalmente, especial consideración, aunque sea breve, merece la posibilidad que tendría el **Tercero,** acreedor de la víctima, de demandar por éste. Conforme al artículo 1.278 CC los acreedores pueden ejercer para el cobro de lo que se les deba los derechos y las acciones del deudor, excepto los que son exclusivamente inherentes a éste. Esto es lo que la doctrina ha

denominado desde antaño como la "acción oblicua o subrogatoria". Conforme a la más calificada doctrina, esta "acción" (*rectius*: pretensión) está dirigida a conservar e, incluso, a incrementar el patrimonio del deudor, quien se encuentra sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber (Art. 1.863 CC), que constituyen la prenda común de sus acreedores (artículo 1.864 CC). Por ello, el éxito que pueda tener la demanda deducida por el tercero acreedor no recae directamente en la esfera patrimonial de éste, quien sólo podrá, a la sazón, deduciendo su pretensión contra el deudor, lograr la satisfacción de su interés en aquello que es el resultado de la demanda deducida oblicuamente. Bajo estas premisas, no tenemos el menor reparo en considerar perfectamente viable, tutelada en derecho, la posibilidad de que un acreedor de la víctima deduzca la aludida pretensión oblicua, independientemente de que el artículo 49 haga referencia sólo a la víctima y a sus herederos. Ello no debe conducirnos a equívocos, ya que el tercero obra precisamente como **sustituto procesal** de la víctima, o sea, en su lugar, haciendo valer el derecho de ésta a la restitución o la reparación. Es necesario admitir, desde luego, que esta posibilidad sólo se contrae a los daños materiales, pues, los morales están excluidos por ser exclusivamente inherentes a la persona de la víctima deudora.

3.5 *LEGITIMADOS PASIVOS (ARTÍCULO 49 COPP)*

Los sujetos con cualidad pasiva de acuerdo con la Ley, son aquellos que están llamados a responder civilmente por las consecuencias dañosas del hecho punible; el artículo 49 los distingue en tres categorías:

a) El autor del delito;

b) Los partícipes;

c) Los terceros civilmente responsables, si fuere el caso. (CP Arts. 114, 116, 117,118 y 119; CC Arts. 1.190, 1.191, 1.777). En esta categoría se ubican no sólo los señalados en el Código

Penal de manera especial, sino además aquellos a quienes el Código Civil considera como terceros responsables frente a la víctima del hecho dañoso.

3.6 *COMPETENCIA FUNCIONAL (ART. 422 COPP)*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 422 COPP, tienen competencia funcional para conocer de las demandas por responsabilidad civil derivadas de delito:

a) El Juez de Juicio unipersonal que conoció de la causa; y

b) El Juez Presidente del Tribunal Mixto (pena mayor de cuatro años en su límite máximo, Art. 65) si fuere el caso, que dictó el fallo.

Sin embargo, aun cuando la Ley no lo establece expresamente, en nuestro criterio también tiene competencia funcional el Juez de Control, cuando la sentencia condenatoria hubiere recaído con ocasión de la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos (*Vide* Art. 376). En estos casos la sentencia definitiva condenatoria la dicta el Juez de Control y no un Juez de Juicio o un Tribunal Mixto, por lo que es aquél sentenciador el llamado a conocer de la demanda civil correspondiente, ya que la intención del legislador es atribuirle competencia al órgano que conoció de la causa penal, quien por ello tiene mejor formado el conocimiento de los hechos y sus repercusiones. Negar esta posibilidad sería tanto como negar la aplicación del procedimiento monitorio del COPP en aquellos casos en los cuales el proceso concluye por admisión de los hechos, lo que sería inaceptable.

3.7 *TRÁMITE*

a) Libelo. El proceso comienza por demanda escrita, la cual debe cumplir con los siguientes requisitos formales (*Vide:* artículo 423 COPP):

1º.- Los datos de identidad y el domicilio o residencia del demandante y, en su caso, los de su representante;

> 2º.- Los datos necesarios para identificar al demandado y su domicilio o residencia; si se desconoce alguno de estos datos podrán solicitarse diligencias preliminares al juez con el objeto de determinarlos;
>
> 3º.- Si el demandante o el demandado es una persona jurídica, la demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro;
>
> 4º.- La expresión concreta y detallada de los daños sufridos y la relación que ellos tienen con el hecho ilícito;
>
> 5º.- La cita de las disposiciones legales en que funda la responsabilidad civil del demandado;
>
> 6º.- La reparación deseada y, en su caso, el monto de la indemnización reclamada;
>
> 7º.- La prueba que se pretende incorporar a la audiencia.

En relación a estos requisitos, es conveniente hacer un breve comentario sobre lo señalado en los ordinales 2°, 5° y 7°, para prevenir los posibles equívocos a que podrían dar lugar.

El ordinal 2° presenta la novedad de poner en manos del actor una herramienta importantísima para la identificación plena del responsable civil. No se trata de convertir al Juez en un inquisidor, ni mucho menos transformarlo en un instructor que se sustituya en las cargas que son propias del accionante. Debe la parte interesada, para activar este mecanismo, indicarle al Juez cuáles son las diligencias específicas que requiere para la correcta identificación del demandado, justificando debidamente su procedencia. Por lo tanto, siendo carga del demandante señalar los datos necesarios para identificar al demandado, es también su carga suministrar los alegatos pertinentes para que, una vez evaluados por el Juez, éste pueda poner a su servicio los poderes jurisdiccionales, en franco desarrollo de una actividad que por sus características podemos ubicar dentro de las actuaciones típicas de la jurisdicción voluntaria. Desde luego que esta actuación es completamente ajena a las

diligencias que atienden al desarrollo de la investigación penal, ya que están orientadas únicamente para la satisfacción de uno de los requisitos que exige la Ley para deducir formalmente la pretensión civil por responsabilidad derivada de delito.

Esta actividad es particularmente útil, cuando la responsabilidad civil también recae en terceros, cuya identificación no se hizo o no fue posible hacer en el desarrollo del proceso penal correspondiente. Son muchos los ejemplos que podríamos traer a colación, pero a modo ilustrativo nos permitimos señalar los casos en los que la responsabilidad civil es exigible a entes corporativos que no han cumplido con los requisitos de Ley para su creación formal, como sucede con las sociedades irregulares, las asociaciones o comités que no tienen personalidad jurídica (*Vide*: artículo 139 CPC). En estas circunstancias, es evidente la necesidad de realizar las diligencias preliminares a que se contrae el ordinal que nos ocupa, ya que por no existir dato alguno de creación o registro que repose en alguna oficina pública, no resulta fácil la identificación tanto del ente que existe de hecho, como de las personas que actúan por ella, quienes a la sazón son solidariamente responsables de los actos realizados por aquélla.

En cuanto al ordinal 5°, es preciso tener presente que la cita de las disposiciones legales por parte del actor, si bien es un requisito que obra en obsequio del derecho a la defensa del demandado, puesto que ello le permite, en conjunción con los hechos, conocer plenamente la razón de pedir o *causa petendi,* no vincula sin embargo la actividad de juzgamiento del Juez, quien por virtud del principio *iura novit curia* es soberano en la aplicación del derecho.

Finalmente, el ordinal 7° le impone al actor la carga de indicar en la demanda la prueba que pretende incorporar en la audiencia de debate. Si el actor no satisface esta carga no le está dado presentar prueba alguna en la audiencia o presentar pruebas que no haya indicado. Desde luego que esta prohibición no aplica, en nuestro criterio, cuando la prueba de que se trate sea posterior a la presentación de la demanda, o cuando, siendo anterior, el actor no hubiese tenido oportunidad de conocerla por alguna causa justificada.

b) Admisión. Conforme a lo dispuesto en el artículo 424 COPP, el juez debe admitir o negar la admisión de la demanda dentro de los tres (3) días siguientes a su recibo. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 425 *ejusdem,* el Juez puede, antes de pronunciarse sobre la admisión o inadmisión de la demanda, fijarle al actor un plazo para que subsane los defectos formales de que adolece el libelo, por no cumplir a cabalidad los requisitos a que se contrae el artículo 423 *ibídem*.

De acuerdo con el artículo 425, el Juez debe examinar para la admisibilidad de la demanda:

> 1º.- Si quien demanda tiene derecho a reclamar legalmente la reparación o indemnización;
>
> 2º.- En caso de representación o delegación, si ambas están legalmente otorgadas; en caso contrario, fijará un plazo para la acreditación correspondiente;
>
> 3º.- Si la demanda cumple con los requisitos señalados en el artículo 423.

Como puede apreciarse, en el ordinal 1° se le exige al Juez que *prima facie* examine la titularidad del derecho invocado por el accionante, lo cual va mas allá, incluso, del examen de la cualidad. No debe perderse de vista que entre uno y otro concepto existe una diferencia sustancial. En tanto la titularidad comporta la existencia real y efectiva del derecho en la persona de quien se lo atribuye, la cualidad no es otra cosa que la relación de identidad lógica entre quien se afirma titular de un derecho y aquel a quien la ley señala como tal titular, pudiendo ocurrir que teniendo cualidad el accionante, por afirmarse titular del derecho, no sea efectivamente el titular del mismo y, por lo tanto, no sea el sujeto llamado a recibir la tutela judicial.

Los ordinales 2° y 3° el artículo 425 *ejusdem* contemplan un típico despacho saneador para corregir los defectos en la representación o delegación del accionante y para subsanar los defectos de forma de la demanda, respectivamente. Vale la pena apuntar que la falta de pronun-

ciamiento del Juez en cuanto a estos defectos, no impide a la parte interesada –en nuestro criterio– alzarse contra el auto de admisión ejerciendo las vías impugnativas ordinarias.

Finalmente, creemos necesario añadir que el examen inicial de la pretensión, por parte del Juez , no puede ni debe estar limitado a los requisitos antes indicados. Ellos denotan, desde luego, la naturaleza especial de este procedimiento, pero no cabe la menor duda que, antes de su verificación, debe el Juez determinar si la demanda no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna otra disposición expresa de la Ley; pues, en caso contrario, debe negar la admisión de la demanda. El proceso debe cumplir una finalidad útil y la función jurisdiccional está llamada a proveer certeza, seguridad y paz social. Por lo tanto, cuando el Juez observa, cualquiera sea el escenario, que la pretensión deducida no es susceptible de alcanzar tutela jurídica, encontrándose en oposición a los valores fundamentales del derecho, debe negarle la admisión o, una vez admitida, desecharla sin examen de su mérito.

Negada la admisión, el interesado puede presentar la demanda por una vez más, sin perjuicio del derecho que le asiste de acudir a la sede civil ordinaria (*Vide*: artículo 425, apartes penúltimo y último COPP). Ello no significa, en nuestro criterio, que el demandante esté privado de la posibilidad o del derecho de recurrir de la inadmisión. Por el contrario, pensamos que negada la admisión de la demanda, al actor le asiste perfectamente el recurso de apelación para alzarse contra dicho pronunciamiento.

c) **Decreto de Intimación**: Prescribe el artículo 426 COPP que admitida la demanda, el Juez ordenará la reparación del daño o la indemnización de perjuicios mediante decisión que contendrá:

> 1º.- Los datos de identificación y domicilio o residencia del demandado y del demandante y, en su caso, de sus representantes;
>
> 2º.- La orden de reparar los daños, con su descripción concreta y detallada, la clase y extensión de la reparación o el monto de la indemnización;

> 3º.- La intimación a cumplir la reparación o indemnización o, en caso contrario, a objetarla en el término de diez días;
>
> 4º.- La orden de embargar bienes suficientes para responder a la reparación y a las costas, o cualquier otra medida cautelar, y la notificación al funcionario encargado de hacerla efectiva.

Como puede apreciarse, la decisión en cuestión comporta un típico decreto de intimación, contentivo de una orden concreta de reparar los daños o pagar una indemnización. Implica una cognición sumaria o resumida, pero cuya verosimilitud no tiene la fortaleza que descolla en el procedimiento monitorio del CPC, para cuya procedencia se exige la prueba escrita de la obligación de pagar una suma líquida y exigible de dinero, o la entrega de cantidad cierta de cosas fungibles, o de una cosa mueble determinada.

Es preciso acotar, aunque ello parezca una verdad evidente, que la intimación no se agota en el decreto mismo, como equivocadamente podría pensarse de la redacción del ordinal 3° del aludido artículo 426 COPP. Para que al demandado se le tenga válidamente por intimado, es imprescindible que medie un acto de comunicación (intimación), merced al cual se le imponga formalmente el contenido del decreto. Desde luego que para la práctica de estas diligencias debe acudirse a las disposiciones pertinentes del CPC, las cuales son de aplicación supletoria.

En tal virtud, la intimación puede tener lugar en forma expresa (personal) o por carteles, así como tácitamente, si el demandado comparece y se impone de las actas. Esta última posibilidad no ha sido de uniforme aceptación en el foro civil, pero, hoy por hoy, se impone, por no existir razones jurídicas y prácticas que realmente impidan su entrada. No desconocemos aquí, que asisten sobradas razones a quienes rechazan la intimación presunta, partiendo de la distinción entre la "citación" y la "intimación"; mas, sin embargo, pensamos que la misma razón práctica que obra para admitir la citación tácita, puede también servir de sustento para que se acepte la intimación tácita o presunta. Se entiende, en sustancia, que el demandado conoce la pretensión que obra en su contra y por ello tiene la posibilidad de ejercer plenamente su defensa. Por lo tanto, no se estaría violando el debido proceso.

Por último, estimamos oportuno dedicar una breve reflexión acerca del contenido del ordinal 4°, según el cual la decisión contendrá: "La orden de embargar bienes suficientes para responder a la reparación y a las costas, o cualquier otra medida cautelar, y la notificación al funcionario encargado de hacerla efectiva". De la redacción de este ordinal, pareciera que el Juez debe siempre acordar las medidas cautelares; es decir, que éstas operarían automáticamente. Pero semejante conclusión, además de errada, nos parece extremadamente peligrosa. En primer lugar, el Juez no es un autómata. En segundo lugar, su actuación en sede de este proceso descansa en el principio dispositivo y persigue la satisfacción de intereses privados. En tercer y último lugar, estimamos que su poder cautelar, en sede del proceso que nos ocupa, por la misma influencia del principio dispositivo, se encuentra rigurosamente atado al CPC, tanto para las medidas nominadas, como para las innominadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 585 y siguientes.

Esto quiere decir que su actuación, en lo que a la cautela concierne, siempre debe estar precedida por un juicio de valor. En tal sentido, debe examinar el Juez si están dados los presupuestos estructurales de las medidas preventivas como de las innominadas, si fuere el caso, a saber, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* para las primeras, y además el *periculum in damni* para las últimas. Por otro lado, opinamos que las partes tienen las mismas posibilidades, cargas, derechos y facultades que establece el CPC para la obtención de la tutela, como para su combate, pues, la aplicación supletoria de este texto normativo resulta ineludible en esta materia.

No debe perderse de vista que en este procedimiento monitorio, si bien puede pretenderse la restitución o la reparación del daño, que eventualmente no ofrecen mayores dificultades de apreciación económica, la primera por tratarse de una cosa determinada y la segunda por ser la valoración pecuniaria de esa cosa, satisfacciones que se han podido obtener durante la pendencia del proceso penal y que, en todo caso, están previstas como consecuencia de la sentencia penal condenatoria, no cabe duda que en cuanto a la indemnización de perjuicios la certeza no es tal, y menos aún si lo que se pretende es una indemnización de daño moral. En estos casos de indemnización de perjuicios, materiales o

morales, la deuda es ilíquida, de suerte que el Juez no dispone inicialmente de los elementos para estimar razonable y adecuadamente su extensión. Además, suele suceder que en la reclamación de estos daños, principalmente los morales, el accionante exagera la pretensión desbordando los más elementales límites de la proporcionalidad, no atando –desde luego– su *petitum* al Juez, quien en definitiva dispone (a imagen y semejanza del Juez Civil) de una amplia facultad discrecional para fijar, si fuere procedente, el monto de la indemnización, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.196 CC Conscientes como estamos, pues, de esta realidad y como debería estarlo cualquier Juez que obre con prudencia, no tenemos el menor reparo en rechazar la tutela cautelar automática en estos casos, e insistimos en la necesidad de su adecuación a los requisitos estructurales de procedencia contemplados en el CPC aun cuando, muy a nuestro pesar, debamos admitir que no le está dado al Juez, *prima facie*, limitar la pretensión del accionante en la admisión de la demanda, por descabellada que ésta le parezca. Por fortuna, semejante limitación no existe para la oportunidad de la sentencia de mérito.

d) **Intimación**. De conformidad con lo dispuesto en el ordinal 3° del artículo 426 COPP, una vez intimado el demandado éste dispone de diez (10) días, que deben entenderse hábiles, para objetar la intimación (oponerse) o cumplir con la orden librada por el Tribunal. A diferencia de lo que dispone el CPC para el procedimiento monitorio, el COPP no le atribuye ningún efecto procesal al silencio del demandado frente al decreto de intimación. No dice que el decreto adquiera firmeza, pero tampoco precisa qué ha de ocurrir vencido que sea el lapso antes indicado.

Un breve esfuerzo de interpretación nos conduce a afirmar, sin ambages, que debe continuar el juicio por los trámites establecidos subsecuentemente; pues, no habiendo establecido el legislador sanción alguna ante el silencio del intimado en esta oportunidad procesal, no le es dable al juez, porque incurriría en extralimitación de atribuciones, crear libérrimamente una sanción o aplicar supletoriamente el CPC para derivar la consecuencia sancionadora de éste. Además, ello iría en contra del principio de interpretación, según el cual, las sanciones deben ser expresas. Por lo demás, tal como apuntáramos *supra,* la consecuencia que el CPC le asigna a dicho silencio en el juicio monitorio, no es en

modo alguno aplicable al proceso que nos ocupa, por ser completamente distintos los presupuestos de procedencia de uno y otro procedimiento.

Queda entonces por resolver, cómo debe desarrollarse seguidamente el proceso, lo que nos obliga a formular las siguientes interrogantes: ¿Si no hubo oposición, debe el Juez fijar la audiencia de conciliación a que se contrae el artículo 428 del COPP o, en este caso ello resulta meramente facultativo? Si el Juez no realiza la audiencia de conciliación ¿debe pasar directamente a la audiencia de debate?

La respuesta aunque no es expresa ni evidente, resulta –a nuestro juicio– razonablemente sencilla. No fue un mero ejercicio teórico el que hayamos definido este procedimiento como un juicio monitorio de cognición resumida que busca la preparación rápida del título ejecutivo. La utilidad práctica de esta naturaleza mixta con predominante función ejecutiva la encontramos precisamente en esta coyuntura. Hemos visto que el decreto de intimación adquiere firmeza si el demandado es contumaz en la audiencia de conciliación, audiencia ésta que, en principio y sin duda alguna, tiene lugar cuando ha mediado oposición. Esto conduce a dos planteamientos interesantes. El primero, si dijéramos que no hay lugar a la audiencia de conciliación o que ésta es meramente facultativa cuando no ha mediado oposición, tendríamos que convenir en la imposibilidad de alcanzar un título ejecutivo en estas circunstancias, lo que resulta inaceptable por absurdo. El segundo, que deriva del anterior, si éste fuera admitido como válido, supone entonces que se encontraría en mejor situación procesal el demandado que no se opone. Un absurdo lleva al otro.

Se impone entonces una solución razonable y ésta no es otra que aceptar, como necesaria, no facultativa, la audiencia de conciliación ante la falta de oposición del demandado, atribuyéndole a la falta de objeción los mismos efectos que una oposición expresa, pero limitada al único fin de mantener incólume la posibilidad de precipitar el título ejecutivo, de producirse la contumacia del demandado en la conciliación. El silencio del demandado no podría, lógicamente, aparejar otra consecuencia, pues, siendo su carga invocar en la objeción las razones que le asisten y señalar las pruebas que pretende incorporar en la audiencia de debate, debe

sufrir, por aplicación del principio de preclusión, la consecuencia que la omisión de dicha carga acarrea, como lo es la imposibilidad de formular alegatos no relevables de oficio por el Juez (excepciones en sentido propio) y de presentar pruebas, salvo que respecto de éstas, se encuentre en la misma situación de excepción que hemos señalado para el actor.

e) **Objeción (Oposición al decreto de intimación).** La oposición del demandado al decreto de intimación debe hacerse por escrito y está regulada en el artículo 427 del COPP, el cual diferencia entre el condenado y el tercero civilmente responsable, estableciendo los motivos que en uno u otro caso pueden invocarse.

Cuando el demandado es el condenado, la norma *in comento* establece que sólo puede:

> a) Objetar la legitimación del demandante. (Ausencia de titularidad- falta de cualidad);
>
> b) Oponerse a la clase y extensión de la reparación;
>
> c) Oponerse al monto de la indemnización.

Cuando el demandado es un tercero, la norma en cuestión señala que éste sólo puede:

> a) Alegar todas o cualquiera de las causales anteriores; y
>
> b) Objetar la legalidad del título del cual se pretender deducir su responsabilidad (cualidad pasiva).

Tal como lo hemos indicado con anterioridad, la norma exige que en uno y otro caso se indique la prueba que se aspira incorporar a la audiencia de debate.

Conviene precisar además si los motivos de oposición son exclusivamente los indicados *supra,* como parece derivarse del adverbio "sólo", que utiliza el artículo bajo estudio. Una primera apreciación, poco crítica e irreflexiva, conduce sin duda a una respuesta afirmativa. Sin em-

bargo, conviene, por la utilidad del proceso y su finalidad instrumental, enderezar el entendimiento y aplicar en este escenario lo que poco a poco se abre paso en sede de los juicios especiales contemplados en el CPC, en particular, en aquellos que con mayor o menor intensidad revisten naturaleza ejecutiva, como ocurre con la ejecución de hipoteca, la ejecución de prenda, el juicio especial de rendición de cuentas, entre otros. Tanto la jurisprudencia como la doctrina han entendido que todos estos procesos, donde los motivos de oposición se han tenido tradicionalmente como taxativos, deben abrirse a la dinámica que en los tiempos modernos impone el debido proceso, ostensiblemente remozado por el nuevo constituyente.

En este sentido, hacemos nuestra la tesis según la cual, en todos estos procedimientos donde el legislador ha pretendido limitar o restringir la oposición, que al fin y al cabo es sucedánea de la contestación que tiene lugar en cualquier juicio de cognición, no sólo se le debe dar entrada, por alegación de parte, a otros motivos susceptibles de enervar la pretensión deducida, sino que además debe permitirse, en obsequio de los fines de la jurisdicción, que el Juez, sin sustituirse desde luego en las cargas de las partes, conozca y resuelva de oficio las cuestiones de orden público que obsten a la tutela de la pretensión del actor. Bajo esta perspectiva se levanta, por ejemplo, la pérdida sobrevenida o el decaimiento del interés procesal. El Juez, bajo el mandato constitucional contenido en los artículos 2 y 26 del Texto Fundamental, no sólo está llamado a la efectiva realización del debido proceso, sino a procurar una tutela jurisdiccional eficiente. Por eso, cuando se le imponen excesivas limitaciones legales, el Juez debe sopesar, en cada caso, la seriedad de cualquier planteamiento que, desbordando estas limitaciones, le exijan escudriñar los presupuestos de validez y eficacia del proceso, de eminente orden público. También debe sopesar la procedencia o no de aquellos motivos que, sin afectar la validez o eficacia del proceso, fulminan la pretensión deducida por el actor.

Bajo estas premisas, no puede el Juzgador dejar de atender defensas como: 1) La Prejudicialidad (piénsese por un instante que obra contra la sentencia condenatoria un recurso de revisión deducido a la luz de lo preceptuado en los artículos 470 y siguientes del COPP, que de suyo

busca enervar la apariencia de cosa juzgada de la sentencia condenatoria que sirve de fundamento a la pretensión civil) ; 2) El pago; 3) La Compensación de créditos; 4) El plazo o la condición, fijados previamente de mutuo acuerdo, u otro motivo que revele: la falta de interés, la falta de actualidad del interés o la falta de seriedad del interés; 5) La Prescripción; 6) La Compensación de culpas (exceso en la defensa), entre otros. Por lo tanto, independientemente de la pretendida limitación literal, en nuestro criterio el proceso monitorio que nos ocupa debe abrirse generosamente a la dinámica dialéctica que imponen estas exigencias procesales.

También pensamos que en el lapso que tiene el demandado para cumplir u objetar el decreto, éste puede llamar a un tercero a la causa, cuando el tercero también esté obligado civilmente, tal como ocurre con el garante y los coautores, entre otros. Desde luego que, si esta posibilidad está abierta por lo que concierne al llamamiento forzoso del tercero, no tenemos el menor reparo en aceptar igualmente la intervención voluntaria de los terceros que tengan interés serio y actual en intervenir en el proceso, tanto para hacer valer sus propios derechos, como para coadyuvar en la defensa de una de las partes e impedir que se verifiquen en su contra los posibles efectos reflejos de la cosa juzgada. Bajo estas consideraciones, los terceros pueden interponer demandas de tercería, presentar oposiciones a los embargos u otras medidas cautelares, interponer apelación contra la sentencia de mérito, no obstante la prohibición contenida en la última parte del artículo 430 del COPP, de la cual hablaremos luego, y finalmente presentar intervenciones adhesivas o *ad adiuvandum.*

g) Audiencia de conciliación. A tenor de lo dispuesto en el artículo 428 del COPP, una vez hecha la oposición, el juez debe citar a las partes a una audiencia de conciliación dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso para la oposición. La audiencia debe realizarse en la oportunidad que a tal efecto fije el Juez y la misma es susceptible de diferimiento, por algún motivo justificado que lo haga necesario. Se advierte, tal como quedó sentado precedentemente, que si no hay oposición el Juez debe igualmente fijar la audiencia de conciliación y pensamos que, en esta oportunidad, debe también apercibir a las partes que su

contumacia acarreará los efectos previstos en el artículo 429 COPP, según el caso.

En esta audiencia, es deber del Juez procurar conciliar a las partes sin avanzar opinión sobre el mérito. Si la conciliación no tiene lugar, el proceso debe continuar.

La inasistencia de las partes a la audiencia de conciliación (contumacia) tiene efectos diversos. En el caso del actor, se entiende desistida la demanda, o mejor dicho el procedimiento, ya que puede acudir a la sede civil y deducir en ésta la pretensión correspondiente. Lo que no le está permitido al actor es volver a pretender en sede penal. Por lo que concierne al demandado, ya hemos expuesto muchas veces que su contumacia da lugar a que el decreto de intimación quede firme, esto es, pasado en autoridad de cosa juzgada.

Finalmente, la última parte del artículo 429 *ejusdem,* regula la consecuencia de la inasistencia de alguno(s) de los litisconsortes pasivos, estableciendo al efecto la continuación del juicio. Es decir, la asistencia de alguno de los litisconsortes beneficia a los contumaces.

Como quiera que el COPP nada dice respecto de la inasistencia de los litisconsortes activos, cuando asistieren unos y dejaren de asistir otros, consideramos, por virtud del principio de igualdad procesal, que éstos deben recibir el mismo tratamiento previsto para los litisconsortes pasivos.

h) Audiencia de debate. Prescribe el único aparte del artículo 428 del COPP que si no se produce la conciliación, el Juez ordenará la continuación del "procedimiento" (*rectius:* proceso) y fijará la audiencia de contradicción o debate, la cual deberá efectuarse en un término no menor de diez (10) días ni mayor de treinta (30).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 430 *ejusdem,* llegado el día de la audiencia, se oirá a las partes y éstas incorporarán oralmente los medios de prueba ofrecidos. Es importante preguntarnos aquí si la actividad probatoria debe desarrollarse conforme a las reglas previstas en el COPP para el juicio penal o si, por el contrario, debe sujetarse a

las previsiones del CPC en materia de pruebas, tanto en su aspecto especial, del juicio oral, como en su aspecto general. A riesgo de que algún sector tilde de apresurada nuestra posición, opinamos que el régimen probatorio aplicable en este juicio es el previsto en el CPC. Por lo tanto, el sistema es el de la prueba libre, y la valoración de la prueba debe hacerse conforme a la sana crítica, a menos que exista una regla legal expresa para valorar su mérito. (*Vide* Art. 507 CPC). Esta solución se impone por la naturaleza misma de la pretensión deducida. No otra ha sido la respuesta de la casación penal en materia de intimación de honorarios en sede penal. (*Vide:* sentencia N° 137 del 10-04-03)

Prescribe igualmente el artículo 430 *ejusdem,* que concluida la audiencia el Juez dictará sentencia de mérito "admitiendo" o "rechazando" la demanda y, en su caso, ordenando la reparación o indemnización adecuada e imponiendo las costas. Desde luego, que la sentencia puede ser estimatoria o desestimatoria de la pretensión deducida por el actor. Si la sentencia acoge la demanda, el Juez debe condenar en costas al demandado si el vencimiento es total. En caso contrario, no puede haber condenatoria en costas, ya que estimamos que en esta materia debe aplicarse también supletoriamente lo dispuesto en el CPC.

Prescribe la última parte del artículo 430 del COPP, que contra esta sentencia no cabe recurso alguno. Sin embargo, debemos manifestar enfáticamente que tal prohibición es inconstitucional, por violar la garantía del doble grado de conocimiento, conocida también como del doble grado de jurisdicción, consustancial al debido proceso que consagra el artículo 49 del Texto Constitucional. Por lo tanto, en aplicación del control difuso de la constitucionalidad, los jueces están llamados a desaplicar esta norma prohibitiva, dándole curso a las vías recursivas que ésta cercena, incluyendo el recurso de casación, si fuere el caso, recurso éste que, por cierto, estaría gobernado por las reglas pertinentes del CPC, aunque la competencia funcional para su conocimiento corresponda a la Sala de Casación Penal. Ésta ha sido la solución ofrecida por la propia Sala Penal en materia de intimación de honorarios profesionales, luego, no hay razón para negarle el mismo tratamiento al juicio que nos ocupa. (*Vide*: sentencias N° 137 del 10/04/03 y N° 459 del 12/04/00)

i) Ejecución. Para concluir, queremos resaltar que el artículo 431 del COPP parece contemplar una ejecución forzosa de la sentencia condenatoria, sin pasar por el cumplimiento voluntario. Expresa la norma que, a solicitud del interesado, el juez procederá a la ejecución forzosa según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. Desde luego que no podemos sucumbir a la estrechez de la interpretación literal, ya que el procedimiento para la ejecución contemplado en el CPC ofrece, en primer término, una fase de cumplimiento voluntaria que no debe obviarse en obsequio de la equidad, la justicia y el uso racional de la coerción. Luego, no puede mediar ejecución forzosa, si antes no se le ha dado a la parte perdidosa la oportunidad de cumplir voluntariamente con el dispositivo del fallo.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ANGULO ARIZA, F. S. *Cátedra de Enjuiciamiento Criminal*. Editorial "La Torre". Caracas, Venezuela. 1993.

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Derecho Penal Venezolano. Parte General*. Universidad Central de Venezuela, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas, Venezuela. 1986.

BORJAS, Arminio. *Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano*. Tomo I. Tercera Edición. Ediciones Schnell, C.A. Caracas, Venezuela. 1973.

CORSI, Luis. *Apuntamientos Sobre el Procedimiento por Intimación. C&C Editores.* Caracas. Venezuela. 1994.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1981

CUENCA, Humberto. *Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. 1976.

CHIOSSONE, Tulio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Caracas, 1972.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1973. (3 tomos)

_____*: El Procedimiento Monitorio.* Ediciones Jurídicas. Europa América. Buenos Aires. Argentina. 1953.

FEBRES SISO, Máximo. *Principios Procesales y Constitución.* Publicado en el Texto: "Memoria del Congreso de Derecho Procesal" ACAMID (Asociación Venezolana de Derecho Procesal). Mérida. Venezuela 2002.

_____: *Las Medidas Cautelares en el Código Orgánico Procesal (COPP)*. Publicado en: Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Colección Libros Homenajes Nº 8, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas. Venezuela 2002.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Código de Procedimiento Civil*. Tomos V y VI. Caracas. Venezuela. 1997.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Derecho Penal*. Una Explicación Basada en la Razón. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia - España. 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad Civil Derivada de Delito en "El Daño"*. Primera Edición 2001. Paredes Editores. Caracas. Venezuela. pp. 569-578.

ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *El Poder Cautelar General y las medidas Innominadas*. Paredes Editores. Caracas. Venezuela. 1997

PÉREZ CHIRIBOGA, Belén. *Código Penal de Venezuela.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2000.

PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, Venezuela. 1998.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Las Responsabilidades Civiles Dimanantes de Delito, en "El Daño"*. Primera Edición 2001 pp. 597-607. Paredes Editores. Caracas. Venezuela.

SAINZ CANTERO, M. Belén. *La reparación del Daño Ex Delicto en "El Daño"*. Primera Edición. 2001. Paredes Editores. Caracas. Venezuela. pp.. 86-96.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad Civil.* Tomo II. Editorial Temis, S.A. Bogotá. Colombia. 1999.

VESCOVI, Enrique. *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica.* Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1988. p. 26.

ZAFFARONI, Eugenio R. *Teoría del Delito.* Ediar. Buenos Aires. Argentina. 1973

La Pena, su Finalidad y Ejecución: Análisis del Caso Venezolano

Mónica FERNÁNDEZ*

La sociedad, y no sólo la justicia o el sistema penal debería saber y sentir que a partir de esa notificación (la sentencia) es preciso pensar en el futuro. El condenado tarde o temprano volverá a la sociedad y debe hacerlo del modo más benéfico para esa sociedad, para sí mismo y para su familia.

Elías Newman, Sociedad Carcelaria

SUMARIO:

1. ¿Cómo llegar a la ejecución de las penas en el proceso penal venezolano?

2. ¿Hacia dónde se encamina la ejecución de la pena?

A manera de conclusiones

* **Universidad Santa María,** Abogado mención Diploma de Honor, rango 1/59. **Universidad Católica Andrés Bello,** Licenciada en Educación, Ciencias Sociales Mención Honorífica (rango 2/26), Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Especialista en Derecho Administrativo. Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas, Tesista. **Universidad de Salamanca,** Reino de España, Postgrado en Derecho Penal General. **Juzgado de Primera Instancia en Funciones de Juicio Nº 2 del Circuito Penal del Área Metropolitana de Caracas,** Juez. Ex profesora en varias instituciones de educación.

Todo proceso penal iniciado a raíz de la perpetración de un hecho punible culmina con una sentencia, sentencia que se pronuncia sobre la base del análisis que ha realizado un juez de todos y cada uno de los elementos necesarios para configurar el injusto típico culpable, llegando entonces a una decisión jurisdiccional que se pronuncia en definitiva sobre la responsabilidad penal de un sujeto y en consecuencia pasa a pronunciarse sobre una sanción, en el caso que halle una clara visión sobre la culpabilidad del acusado.

Esta sanción, el derecho penal la ha particularizado y la categoriza con el nombre de pena, siendo así exclusivo para la dogmática jurídico penal el análisis de ese último elemento de la teoría general del delito, elemento que si bien es cierto está posicionado al final de todo el proceso, es el que revierte mayor importancia desde el punto de vista de la política criminal.

De lo anterior podemos afirmar que han sido muchas, y todavía lo son, las discusiones que a nivel mundial se han trabado en cuanto a este elemento, pero sin duda que sea cual sea la concepción que se tenga del derecho penal: causalista, finalista, clásica, neoclásica, sistémica, funcionalista o de carácter político criminal, la pena ha sido un elemento invariable en todas. No hay un solo penalista que no haya hecho referencia a la pena, variando sólo la posición de ésta en el contexto criminológico social, según sea la finalidad que pretenda atribuírsele.

El ir y venir de las reformas penales, las recientes propuestas europeas, encabezadas por el brillante Claux Roxín han demostrado que si bien es cierto el análisis de la pena ha sido dejado para los filósofos del derecho penal, es el de mayor importancia, pues la forma en la cual cada Estado o cada sistema desarrollen la finalidad de la imposición de una sanción, hablará mucho de su política criminal y de los sistemas de prevención del delito.

Claux Roxín en el libro *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal,* no puede ser más explícito y desde el punto de vista de su posición

dogmática ve con absoluta claridad que la vinculación del derecho penal con la política criminal no puede de ninguna manera contradecirse.

Efectivamente, el mantenimiento de un Estado de justicia social que no esté acompañado debidamente de un estado material de derecho, en palabras del propio maestro Roxín, no tiene sentido.

> Muy claramente se pone de relieve esta relación en la reforma del sistema de sanciones jurídico penales y de la ejecución de la pena: resocializar no significa introducir sentencias indeterminadas o disponer a capricho del condenado para tratamientos estatales coactivos. Más bien únicamente satisface la reforma al mandado constitucional y al mismo tiempo fortalece la situación jurídica del condenado con la introducción de modernos métodos de terapéutica social y se reestructura jurídicamente la especial relación de poder que hasta ahora ha sido poco accesible a la especulación jurídica.

No puede dirigirse el derecho penal a la concepción de valoraciones jurídicas aisladas e individuales, sino que, por el contrario, el último de los elementos de la teoría del delito es el que debe marcar la pauta de toda reforma penal, siempre y cuando estemos conscientes de que se trata de la búsqueda racional de criterios de control de índole político criminal.

Si diéramos un vistazo a las distintas reformas sustantivas ocurridas a lo largo de la historia democrática de países como Alemania y España, por ejemplo, nos daríamos cuenta que Roxín camina por el mundo de reformas que estén dirigidas a alcanzar en lo posible objetivos claros de elevado contenido constitucional, pero que al mismo tiempo le sean útiles a la sociedad, no sólo para reinsertar o resocializar a un sujeto, sino que ese análisis individualizado que surge de la culpabilidad del hombre delincuente y la sanción individual que él va a cumplir, debe ser útil a la misma sociedad. Debe ser impuesta en beneficio de ésta.

El penalista José Cerezo Mir, en distintas afirmaciones doctrinales ha insistido en esto.

> El precepto constitucional se limita a señalar que la reeducación y la reinserción social deben ser uno de los fines esenciales de la pena. Siempre que sea necesario debe hacerse todo lo posible para conseguir la reeducación y resinserción social del delincuente. Esto no puede, sin embargo, ser el único fin de las penas, pues de lo contrario el derecho penal no podría cumplir su función de protección de los bienes jurídicos.

Esto no significa otra cosa que asegurar la tendencia de Roxín a través de lo que ha entendido como la diferencia entre la finalidad de la pena como prevención especial y como prevención general, en definitiva, utilizarla como valor social del sistema de política criminal. Es la sociedad directamente quien va a ser víctima o victimario del sistema de imposición de una pena.

Casi todas las Constituciones modernas contienen el concepto de Estado Social y democrático de derecho y de justicia, incluyendo la reciente Constitución venezolana, dando paso a teorías sociales elevadas en donde sólo a través de ese derecho materializado en la norma y en los principios de los derechos humanos y el respeto y protección de bienes jurídicos puede encontrar el hombre la paz social y la convivencia ciudadana.

Afirmar que la pena sólo está en la teoría general del delito como una sanción individual para el transgresor ha sido ya superado, hoy en día no puede quedar duda alguna de que la concepción del Estado Democrático no puede ser cónsono con políticas absolutistas de la pena resocializadora del delincuente, más aun cuando esto ha sido ya abandonado como teoría única, por las críticas que haremos adelante.

> Una concepción unitaria de la pena que encuentre justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de delitos en el futuro satisface en mayor medida las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho al proporcionar un sólido fundamento a la exigencia de proporcionalidad de los delitos y las penas. La aplicación de la pena implica una reafirmación del or-

> denamiento jurídico y en este sentido es retribución. No puede concebirse en cambio, la retribución como la compensación del mal moral causado por el delito, pues esta compensación no es posible, ni es racional buscarla mediante la aplicación de otro mal al delincuente. Cerezo, *Ob. Cit.*

La pena no puede ser entendida como la finalidad única del derecho penal a pesar de que es la materialización del *ius puniendi* del Estado. El máximo poder del Estado queda representado en su capacidad para imponer una sanción, por ello la pena pasa a tener una finalidad para la colectividad. Algunos insisten en afirmar que sólo tiene una finalidad de prevención especial, olvidando, como diría el argentino Sebastián Soler, que no se puede pretender la justificación de la pena en ella misma, sino en otros principios, entre ellos aquellos que sustentan el Estado de derecho y de justicia.

La prevención especial sólo va dirigida a controlar o evitar que un sujeto vuelva a cometer delitos, es decir, que no reincida. En el caso venezolano, podemos asegurar que más de un 70 por ciento de los sujetos son delincuentes reincidentes, por lo que no ha existido prevención especial efectiva a través de la imposición de la pena. Por otro lado, la prevención general consiste en que al imponer una pena, el colectivo, la sociedad y sus miembros, entiendan que quien cometa un delito será sancionado con la pena, para que entonces se ***"abstengan"*** de cometerlos, pues es absurdo pensar que a través de la imposición de penas, más aún privativas de libertad, se puede evitar que se cometan delitos.

Allí entran nuevamente las concepciones de Roxín y afirmaciones como la del gran maestro español Francisco Muñoz Conde lo refuerzan, así en el libro *Derecho Penal y Control Social* desarrolla precisamente la discusión que brevemente tratamos de ilustrar en este trabajo:

> La prevención intimidadora tiene por lo menos el mérito de poner de relieve cuál es el verdadero mecanismo que influye en el comportamiento de los individuos; la prevención integra-

> dora constituye en cambio una racionalización de algo subyacente e inconsciente impulso, agresividad y emociones de carácter claramente irracional. Con un entendimiento de la pena como prevención integradora se pretende en última instancia alcanzar un consenso de mayorías que como la experiencia histórica demuestra puede desembocar en un claro proceso de facistización social en el que el individuo desaparece devorado por esa máquina terrible que es el Leviatán estatal. Con tal entendimiento se olvida además que el delito no es un producto ahistórico o un comportamiento preexistente a cualquier sistema de control social o jurídico. Es necesario recordar que es el propio sistema quien crea la delincuencia o que, como dice Marx en un contexto más amplio, es el modo de producción de la vida material el que condiciona el proceso de la vida social, política e intelectual en general…

La pena no es algo distinto a esa visión planteada por Marx. La pena, el delito, el delincuente, son propios del sistema y sólo corresponde al sistema implementar los mecanismos necesarios para que el fenómeno de la delincuencia sea tolerable para la convivencia social. Eso es Política Criminal y allí debe ubicarse y coordinarse la finalidad de la imposición de una pena. Cada Estado debe preguntarse hacia dónde va encaminado en el momento en que se activa el proceso penal y en definitiva se llega a una decisión jurisdiccional que sanciona al causante del hecho punible, no hay duda en la acción, no hay duda en el dolo o la culpa exigida en el tipo penal, tampoco en cuanto a la antijuridicad, pero la culpabilidad y su consecuencia ¿a dónde nos lleva? He aquí el punto esencial del análisis y quizá donde la respuesta sea aún más difícil. Si preguntáramos a cada uno de nuestros jueces penales, o a los Fiscales del Ministerio Publico qué finalidad persiguen con la aplicación de una pena en contra de un sujeto, nos daríamos cuenta que Muñoz tenía razón, las respuestas serán diversas, y ninguna útil.

El tema en discusión pareciera colocarnos, en un primer momento, en la posibilidad de pensar que **La Pena** se ejecuta y tiene finalidades distin-

tas para los diversos sujetos. Esto quizá se debe al hallazgo de la nueva criminología que demostró la contradicción existente entre el Derecho Penal presuntamente igualitario y una sociedad profundamente desigual:

> "es la superestructura represiva de una determinada estructura socioeconómica y de un determinado sistema de control social pensado para la defensa de la estructura", como diría Francisco Muñoz Conde en el libro *Derecho Penal y Control Social.*

Diríamos entonces que, ciertamente, ante la desigualdad, la pena pereciera ser desigual, pero, en realidad, la forma de su ejecución es igual en todos los casos y para todas las personas. Lo que sí es totalmente distinto es la forma de cumplimiento de esa pena. De allí que existan delitos y personas que por sus características, o por el *quantum* de pena impuesta o por las características de su sentencia definitivamente firme, cumplen la condena en libertad, aun y cuando con la nueva reforma del Código Orgánico Procesal Penal las penas se cumplirán de forma distinta, ya que la privación de libertad para el cumplimiento de la condena se ha convertido en la regla. La respuesta a esta reforma y a la situación de cumplimiento de condena que hasta ahora no se ha dado, más allá de entender que la pena es el medio más duro y eficaz de que dispone el aparato represivo del poder estatal, que no llegará nunca a la eficacia, si no va precedida o acompañada de la función motivadora de otras instancias de control social.

> Un derecho penal sin esa base social previa sería tan ineficaz como insoportable y quedaría vacío de contenido o constituiría la típica expresión de un derecho penal puramente represivo que sólo tendría eficacia como instrumento de terror, ya que los modelos de sociedad actualmente existentes no han podido renunciar todavía a esa instancia formalizadora de control social que es el Derecho Penal. Muñoz, *Ob. Cit.*

En nuestro concepto, esto ha sucedido con la ejecución de penas que no se cumplen en privación de libertad, por ello estudiar la fase de Ejecu-

ción implica, desde un primer momento, definir como punto de partida cuál es la finalidad de la pena, como ha dicho Von Liszt, plantearse si la pena, como retribución, es consecuencia conceptualmente necesaria del crimen o si, como forma de protección de bienes jurídicos, es creación dirigida a un fin y función consciente del objetivo de una sociedad organizada o halla su razón suficiente en la función de expiación del pasado.

Todas las formas del planteamiento de la finalidad de la pena están estrechamente vinculadas a las acciones que en un momento dado puede tomar el Estado como forma de medir el castigo que pueda imponerse a aquel que ha infringido una norma social. Asunto que, sin lugar a dudas, se plasmará en la forma en la que el legislador defina el marco del delito y el procedimiento para aplicarlo.

Una vez que el Estado ha diseñado su política penal, corresponde al Juez aplicar la pena a través de su sentencia dirigida a cumplir los fines previos que se ha propuesto el Estado mismo, pero es sólo en la **ejecución**, a través del régimen penitenciario, cuando se le da contenido concreto a la finalidad de la pena.

> El derecho penal no protege por igual a todos los bienes respecto a los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos; tampoco la ley penal es igual para todos, ni el status de criminal se aplica por igual para todos los sujetos, independientemente de la dañosidad social y de la gravedad de las infracciones a la ley penal por ellos realizadas. Basta sólo con recordar el distinto tratamiento que reciben los delitos contra la propiedad y los delitos económicos. Muñoz. *Ob. Cit.*

Debe el Estado sancionador quitarse la careta de ente bueno que persigue el bien del delincuente, cuando estamos imbuidos de desigualdad, una sociedad completamente desigual en donde el hombre es lobo y atenta contra el otro lobo, hoy más que nunca Hobbes sigue vivo, más aún en el mundo filosófico de la víctima y el victimario, de aquí que sea tan complicado afinar los conceptos de la pena.

Ha dicho el mismo Von Liszt en su obra *La Idea del Fin en el Derecho Penal* que:

> El que ve en la pena un producto arbitrario de la sapiencia humana, destinado a impedir acciones socialmente nocivas, se inclinará muy fácilmente a esperar de una reforma de la legislación penal la cura radical de todos los males sociales, sea que como meta de la reforma considere el perfeccionamiento del sistema penal o su reducción mediante medidas preventivas. Quien estime que la pena es consecuencia necesaria del crimen, anterior a cualquiera consideración humana e independiente de ella, desesperará pese a todas las concesiones que haga en los detalles, de la capacidad redentora de las reformas. Basta con echar una mirada a la historia de la pena para convencerse de lo justo de esa afirmación: toda la evolución del sistema penal, sea en lo bueno o en lo malo, en particular toda la formación y deformación del rasgo característico de la justicia criminal moderna, la pena privativa de la libertad ha sido posible se ha iniciado y puesto en práctica partiendo de la lucha entre las teorías relativas y las absolutas y de la pugna en el propio seno de unas y otras, o sea, a la merced de la insistencia en las finalidades de la pena.

La afirmación hecha por Von Liszt está en plena vigencia hoy en día cuando observamos que se pasa gran parte del tiempo tratando de encontrar el experimento perfecto que haga justificable la finalidad de la pena que el Estado se ha propuesto. Sin duda que la pena orientada sólo como una utilidad del Estado está destinada a fracasar porque no llena su cometido. Igualmente la concepción de la teoría de las normas de Carl Binding cobró gran relevancia como veremos.

Miles de veces en la historia del derecho penal y la penología se han efectuado análisis para tratar de reorientar la finalidad de la pena, por esa razón se han sucedido diversas etapas donde la pena como acción de sanción ha pasado por distintas motivaciones, desde las más inhuma-

nas hasta la entrada de la humanización, circunstancia que al parecer hemos perdido.

La forma inicial de la pena primitiva lo constituía la venganza privada que se arraigó en la estirpe y el clan. Se manifestó como la querella entre familias, luego se destacó el carácter dirigido hacia la expiación de la comunidad de aquellos que perdían la paz, bajo el aforismo el que infringe es "abandonado a los lobos", y en la medida en que el Estado se consolida como ente sólido, la pena lo acompaña en su evolución, pensándose que la pena tiene que estar relacionada con la ética floreciente conjuntamente con el Estado, buscando un sustento jurídico que la ampare y precedida de un juicio moral importante, llegándose a considerar que es un medio de protección del ordenamiento jurídico, poniéndose así al servicio de la protección de los bienes jurídicos.

Se plantea a lo largo de toda la evolución, la pena como coacción dirigida en dos vertientes: coacción psicológica indirecta como motivación para el infractor, en una "artificial adaptación del criminal a la sociedad por coerción o por intimidación y como coacción psicológica que aplica la fuerza directa, inmediata, mecánica, diría Ihering:

> La pena es secuestro del delincuente, innocuización transitoria o permanente, expulsión de la sociedad o internamiento en la misma. La pena aparece como selección artificial del individuo socialmente inútil. La naturaleza echa a la cama a quien le contravino, el Estado lo echa a la cárcel.

Así el devenir de las distintas finalidades de la pena: prevención, represión o rehabilitación, nos hace preguntarnos por qué se castiga, por qué se encarcela, por qué se busca rehabilitar. Quizá sea por las mismas razones que se cura una enfermedad, entonces

> ...así como curar llamamos únicamente la actividad médica destinada a combatir la enfermedad, llamamos pena únicamente

> la actividad del Estado provocada por el delito que lesiona al delincuente.

Veremos entonces cómo se hace necesario realizar un análisis histórico de la **Finalidad de la Pena en la Doctrina Internacional y en la Doctrina Venezolana.**

Precisamente para conocer cuál es la finalidad de la imposición de penas en Venezuela, debemos realizar un análisis histórico del significado que ha tenido la pena desde sus inicios. Es precisamente en esta evolución histórica de la pena en donde encontraremos las características y principios fundamentales de la ejecución de ella en Venezuela; es la evolución de la pena la que nos indica qué son, por qué y para qué se imponen la penas, que es precisamente el interés de este tema, limitándonos, en esta oportunidad, a las finalidades legalmente reconocidas de la pena, y no a aquéllas no declaradas o no reconocidas, que también existen y revisten gran importancia.

Con base a la función declarada que resulta más predominante en el ámbito de la penología, encontramos varias fases: la vindicativa, la expiacionista o retribucionista, la correccionalista y la resocializante, que constituyen simples esquemas pedagógicos para facilitar el análisis, destacando que sus nombres identificativos responden a la finalidad de la pena en cada momento histórico. Simplemente finalidades que se mostraron como objetivos oficiales, primordiales además de la determinación de los reconocidos esquemas: clásico, neoclásico y finalista hasta llegar a Roxín, del cual, desde ya, dejamos claro, somos partidarios, con una tendencia europea clara hacia la protección de los bienes jurídicos a través de la imposición de la pena.

La pena en definitiva no va a ser otra cosa que la última reacción institucional de carácter judicial o administrativo ante la comisión de un hecho penalmente punible por parte de un sujeto imputable, pues con ella culmina la última fase de la actividad del Estado sancionador que se inició con la investigación del hecho punible, la acusación formal como

acto de atribución de responsabilidad del acusado, el intenso debate para demostrar la culpabilidad y finalmente la pena, que es el inicio de una larga y permanente reflexión de varias ciencias penales, pues no sólo se ocupa la dogmática penal, sino que también la penología, la criminología y sobre todo las ciencias penitenciarias empiezan su siempre eterna discusión en cuanto a determinar para qué se condena.

Decían Liszt y Binding que la pena tenía como objetivo "la conservación del señorío del derecho sobre los culpables según la medida de su culpabilidad. La pena es represalia, dolor merecido por el daño realizado, debe ser medida justa de acuerdo con la gravedad del crimen. Así la pena es concebida como retribución, recopila el profesor Yván Figueroa en libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis la opinión de Binding y comenta que éste observa la pena "…como amenaza de sanción establecida en la ley que tiene un efecto preventivo, pero una vez que ha sido impuesta y es ejecutada, su finalidad es la retribución. No obstante …la prevención especial es al menos posible como objetivo subsidiario de las especies de pena".

Dentro de los mismos clásicos Liszt considera que la pena ya tiene una concepción histórica establecida y protegerá bienes jurídicos, según sea el caso concreto, determinando de esta manera que la pena justa es la pena necesaria, "la cantidad de pena aplicable debe ser directamente proporcional a la necesidad de protección de los bienes jurídicos, pero siempre tomando en cuenta en cada delito individual y fundamentalmente al sujeto que lo ha realizado". Figueroa *Ob. Cit.*, esto no es otra cosa que la prevención especial como finalidad de la pena.

Evolucionan las teorías, y Mezger, otro alemán, pasa a liderizar a los neoclásicos, quienes a pesar de mantener esquemas dogmáticos del delito de tipo causalista consideran que debe reconocerse la retribución (prevención especial), pero que al mismo tiempo debe dársele espacio a la prevención, separando la causa del efecto, es decir, el delito y el delincuente, de la pena.

La pena pasa a convertirse para los neoclásicos en una especie de sanción con contenido orientador, pedagógico que pretende dar conciencia a la sociedad, al colectivo, pues de resto corresponde a cada delincuente, a cada condenado internalizar su propia sanción, con lo que la prevención especial está dentro de la actitud propia del sujeto, así podremos, según Mezger, mantener la sociedad jurídicamente ordenada.

De pronto, y siguiendo esquemas del neokantismo reinante en Europa, aparece con fuerza la teoría de Hans Welzel, quien pretendió explicar la pena desde el único carácter ontológico de la misma, pues todo depende de cuál sea el ángulo en el cual se analice, o desde la visión del Estado potentemente sancionador, el Leviatán jurídico que refería Muñoz Conde, o desde la del condenado y su entorno sociojurídico, manteniéndose en este sentido la finalidad retribucionista, pero con un alto contenido psicológico y humanitario, ya que para Welzel el delincuente tiene sentimientos y por ende con la pena sufre y en consecuencia es un mal, lo que lo hace ser una amenaza para sus instintos. En tanto que el Estado sólo busca que exista orden, y sólo se llegaría al orden a través de la amenaza concreta que causa la pena, es decir, es una herramienta controladora que se ejerce a través del poder sancionador, el brazo fuerte del poder.

Rompe con todo lo anterior Claux Roxín haciendo fuertes críticas, con sutil estilo doctrinario y en un lenguaje muy comprensible para todos, que lo diferencia considerablemente de Jackobs, y desecha de plano la retribución como finalidad de la pena al no considerarla cónsona con la solución del conflicto ni con el estado liberal y democrático moderno, no hay nada de retribucionista en la culpabilidad, de allí que ésta no pueda ser la finalidad de la pena. Sería sólo el someter de los más a los que son menos y esto no tiene sentido, ni explica la sancionalibidad de los delitos sin riesgo de reincidencia y porque la imposición no lleva a una adaptación social forzosa, esto en cuanto a la imposición de la pena con fines especiales.

En cuanto a la prevención general pareciera que el Estado quiere convertir a la pena en el terror del hombre, siendo algo así como el temor que se le enseña al niño pequeño para que coma o sino se lo llevaría la policía, por ende, más allá de causar temor, en algunos causa la pena un gran desenfado por las normas de convivencia ciudadana.

Roxín considera que la pena no puede ser analizada desde un único punto de vista, porque estaríamos en presencia de un análisis unilateral, en la pena están implicados muchos factores y por ello se requiere una visión global que se dedique la protección de los bienes jurídicos, en donde sólo sentirá la amenaza aquel que lesione estos bienes.

> Si el Estado debe proteger los bienes jurídicos los particulares deben colaborar también en tal protección, deben hacer todo lo necesario para que se cumpla esa tarea común, dentro de ciertos límites tienen que cargar con la pena necesaria para el mantenimiento del ordenamiento jurídico, sin que por ello se lesione su dignidad humana, resume Figueroa que: "En suma para Roxín la imposición de la pena sirve para la protección subsidiaria y preventiva tanto general como individual de bienes jurídicos y de prestaciones estatales mediante un procedimiento que proteja y respete la autonomía de la personalidad y que al dictarse la pena ésta se limite a la medida de la culpabilidad del sujeto. Con esto se persigue la prevención general, aunque también se encuentran componentes de la prevención especial.

Así mismo, el insigne maestro al cual hoy rendimos homenaje póstumo Tulio Chiossonne acorde con los principios de su formación para la época señaló, que para que la pena cumpla su finalidad social deber ser relativa a cada delincuente. La pena rígida, la pena inflexible, aplicada al hecho y no al delincuente es estéril, perjudicial, inútil, sin finalidad…" se trataba de una concepción positivista de alto contenido criminológico, al hombre delincuente hay que colocarle un tratamiento, no es perseguir al delincuente sino curarlo, tendencia que sin duda le permitió inclusive introducir en Venezuela para el año 1936 los con-

ceptos más valiosos en materia de derechos carcelarios y ser sin duda el padre del derecho penitenciario venezolano, con lo que el también gran maestro Elio Gómez Grillo le atribuye ser el autor de la partida de nacimiento del penitenciarismo venezolano y redactor de la primera y básica Ley de Régimen Penitenciario que hasta hoy en día sólo ha sufrido reformas parciales sin alterar el espíritu y motivo que le otorgaba el maestro Chiossonne: Tratar al delincuente intramuros brindándole múltiples posibilidades donde con la clasificación, el deporte, trabajo, estudio, recreación y cultura éste alcanzara su reingreso a la sociedad, esto hoy en día con rango Constitucional, gracias al antes mencionado Doctor Elio Gómez Grillo.

La evolución de la finalidad de la pena, como ya dijéramos, también quedó determinada por la evolución de tipo social e histórica y se plasma a través de las etapas que resumimos a continuación:

1. *Fase Vindicativa*

El objetivo principal y quizás el único de la reacción ante determinados comportamientos era la **venganza**, relacionado directamente con el instinto de conservación. Ha dicho Emiro Sandoval Huertas que:

> la vindicta predominó como función admitida y reconocida entro los mal llamados pueblos primitivos y se mantuvo durante muchos siglos... el derecho penal se desarrolla partiendo de la venganza privada y sólo gradualmente asume un carácter público... Podemos afirmar que la retaliación del perjudicado ha prevalecido como primer objetivo oficial de la reacción ante ciertas conductas... les ha bastado para ello con acudir al sentimiento personal primario: devolver un mal a quien lo ha causado.

Se observa entonces que la acción sancionadora y punitiva estaba exclusivamente en manos del ofendido y su grupo, ya que la ofensa era considerada un elemento totalmente subjetivo por el daño que el sujeto pasivo ha percibido, por ello el daño que se causaba era sobre el cuerpo,

en diversas formas. Cualquier mecanismo eficaz de irrogarle un mal, ejemplo, la ley del talión. Con la evolución de esta fase también se conoció la privación de libertad, pero sólo como precaución para que el infractor no eludiese el cumplimiento de la futura pena. Se trataba sólo de internamientos puramente preventivos.

2. *Fase Expiacionista o Retribucionista*

Se produce esta fase en el momento de la consolidación de las organizaciones religiosas, quienes trataban de legitimar el poder político y por lo tanto la imposición de las sanciones penales, en aquel momento la titularidad de la acción punitiva ya no era el particular ofendido, sino que se desplazó hacia el representante de la divinidad. Por ello, algunos estudiosos la han llamado la etapa de la venganza divina o religiosa, pues sólo se busca que el infractor se **redima** a través de la sanción que recibe "lo que vale la pena es el dolor que redime... Para ese fin son buenos todos los medios exteriores, siempre que sirvan para despertar al pecador de su sueño tenebroso y para abrirle los ojos a la luz y hacerlo ver de nuevo". Que precisamente es la idea cristiana de redención mediante el sacrificio del hijo de su divinidad.

En el avance de esta etapa, durante los siglos XVI y XVII, se desarrolló la etapa que antecedió a la revolución industrial por lo que el sistema da un giro hacia la necesidad de usufructuar el trabajo de los sentenciados a través de la prestación forzosa de trabajos. Así la finalidad de la pena era en relación con la colectividad, por ello la pena quería **retribuir** con un contenido claramente económico.

Significaba en las etapas expiacionista y retribucionista que la pena era de interés para el mismo condenado, ya que a través de ella podría lograr:

> ...su reconciliación con la divinidad (expiación) o con la colectividad (retribución) podría el sentenciado gozar de tranquilidad espiritual, de allí que a éste le afane expiar o retribuir el daño ocasionado con su conducta.

En esta etapa nacen como primeros establecimientos, que podríamos llamar carcelarios, la Casa de Corrección (*house of correction*) creada en Londres en 1552 que empieza a asomar la idea de una finalidad correccionalista. El hospicio de San Miguel en Roma de 1704, donde se daba el aislamiento celular nocturno, trabajo comunitario diurno en absoluto silencio, instrucción religiosa, disciplina con castigos corporales y La Casa de Fuerza de Bélgica en 1773 que fue reconocida como la menos inhumana por la asistencia médica y religiosa que brindaba.

3. *Fase correccionalista*

Surge hacia finales del siglo XVIII teniendo como fundamento la Revolución Francesa y la Revolución Americana, por lo que surge la privación de libertad como forma fundamental de reacción institucional ante el hecho delictivo, convirtiéndose entonces la pena en una sanción en sí misma y como para obtener un efecto futuro: la corrección del condenado. Podría decirse que es en este momento en donde nace verdaderamente la PRISIÓN como tal, para corregir al infractor.

Se busca con la pena corregir o enmendar a quien ha vulnerado un determinado ordenamiento para que no vuelva a repetir su acción antijurídica e impedir la reincidencia en el delito, lo que se lograría a través de la modificación de la conducta futura del condenado por medio de su meditación y arrepentimiento. Por ello no se observa la ofensa pasada, sino que se piensa en el orden del futuro. En este momento, se introduce el concepto de **Régimen penitenciario** entendido como la técnica orientada al cumplimiento del objetivo o finalidad de la pena propuesta, convirtiéndose el Estado en el único titular de la acción penal y el único con la potestad punitiva, siendo la privación de la libertad la pena misma a través de la reclusión. Es a raíz de este nacimiento de la **Prisión** como tal en donde se desarrolla la Teoría de la Defensa de los derechos humanos de los presos inspirados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, observándose que el castigo debía ser moderado, siendo los representantes de esos derechos para la época Howard, Becaria y Marat.

Nace de esta etapa el régimen aburniano y el régimen filadélfico o pensilvánico. En el pensilvánico, de 1681, se trataba del aislamiento o segregación celular de forma permanente, la prohibición de trabajar, el silencio absoluto y la práctica religiosa. Para el aburniano, que fue posterior, en el año 1818 se trataba, en Nueva York, de aislamiento celular sólo nocturno, trabajo comunitario, disciplina severa y silencio absoluto.

En esta fase trataban de corregir al individuo considerando que su falta era un mal social que ya no podía enmendarse, pero había que evitar que el mal se siguiera reproduciendo.

4. *Fase Resocializante*

Esta fase la podemos ubicar también con los nombres de reinserción social, readaptación social, reeducación social, rehabilitación social. Se coincide en afirmar que el delincuente o transgresor es un desadaptado social, cuya causa de desadaptación debe ser subsanada. Nace precisamente a finales del siglo XVIII y principios del XIX cuando la prisión y la pena privativa de libertad se institucionalizan como sanción en sí mismas, en el momento que la sociedad no sólo se ocupa del delincuente, sino del fenómeno de la delincuencia. *"Era necesario devolver lo antes posible al delincuente a la sociedad, que era donde verdaderamente podría readaptarse por medio de un empleo y condiciones de vida adecuadas"*, sencillamente para hacerlo útil a la sociedad misma que él ha agredido. La forma de lograrlo es a través del examen de los factores endógenos y exógenos que lo han llevado a cometer el delito, para lo que debe someterse a un tratamiento médico, psicológico, pedagógico y cultural para *"reintegrarlo al seno de la colectividad de la que fue separado, de tal manera que se evite el riesgo de la reincidencia"* **todo gobernado por dos principios: la progresividad y el sentido técnico de la ejecución de la pena.** Se coloca en marcha con fuerza el Tratamiento Penitenciario y la terapia multinstitucional.

Esta etapa de resocialización tuvo un gran ideólogo como lo fue Montesinos en España, al hacer famosa la frase "aquí se recibe al hombre y no al delincuente" con lo que se daban a conocer los principios fundamentales de la resocialización, y de la ejecución de la condena, que consiste precisamente en que no importa el delito cometido, sino el ser humano y el problema que en él hay que tratar para devolverlo "sano" a la sociedad, y nos preguntaríamos, por ejemplo, ¿hasta qué punto a un médico condenado por el ejercicio imprudente o negligente de su profesión hay que sanarlo? ¿Cuál sería la forma correcta de lograr esta "sanación"?

Venezuela ha recogido los principios fundamentales de la teoría de la finalidad de la pena no sólo en los instrumentos penitenciarios que existen, si no que ahora ha adquirido un rango constitucional a través del artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se promulga como finalidad de la pena en nuestro país la resocialización y readaptación del delincuente, olvidándose que el término delincuente no se refiere únicamente al que perpetra el hecho punible común con dolo, sino todo aquel que infringe una norma establecida.

Como se ha dicho, esta finalidad de la pena fue atribuida a la prisión como pena en el inicio del Siglo XIX y pareciera inconcebible que en estos momentos Venezuela siga manteniendo tales principios de resocialización, cuando ésta se ha convertido en uno de los principios más criticados por las ciencias penitenciarias. Es importante que observemos las críticas más radicales y liberales que se le han efectuado a la **resocialización**, pues esto nos dará los indicativos necesarios para medir la efectividad de la Fase de Ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal, tal y como está planteada en nuestro país, más aún con la reforma.

4.1 *Las Críticas a la Fase Resocializadora*

1. La resocialización como concepto y finalidad de la ejecución penal resulta un concepto impreciso. Es sumamente amplio, pues no puede esperarse nunca que a través de la prisión exista la completa integración de los valores sociales que busca la sociedad misma. Menos aún puede la

cárcel dar estos valores, ya que en su estructura y desarrollo los desconoce. Sólo se puede buscar con ella un ajuste jurídico o castigo.

2. La rehabilitación debe dejar de constituir una finalidad de la pena de prisión, ya que ha dicho Norval Morris que:

> Eliminada la hipocresía de la rehabilitación como objetivo de la pena de prisión, la cultura carcelaria podría al mismo tiempo abandonar la pretensión de los propósitos de rehabilitación respecto de muchos presos, y asumir objetivos de reentrenamiento respecto de algunos. Hace factible un mejor equilibrio dentro de las cárceles, entre los programas industriales, recreativos y culturales, por un lado y los educativos y la modificación del comportamiento por otro...

3. La pena no puede aspirar sólo con carácter exclusivo a la reforma del penado, además que no todos los delincuentes necesitan ser reformados, así la condena no puede alcanzar los éxitos esperados; al igual que, opinan distintos autores: algunos no pueden ser resocializados, y otros, como un profesional, que comete delito culposo, no requieren resocializarse.

4. Si la aspiración consiste en reintegrar al individuo sentenciado a la organización, es porque consideramos que la sociedad, como existe, es perfecta y este individuo debería reintegrarse en su estrato social de origen. Pero tal vez allí se encuentren las mismas causas que lo impulsaron a delinquir.

5. Existe un juicio negativo de valor sobre el individuo, lo que implicaría que el sujeto aislado respondiera o asumiera en su totalidad la responsabilidad por haber realizado comportamientos penalmente punibles, y como diría Clutchette acerca de la reforma de las cárceles

> La construcción de más y mejores cárceles no es la solución: constrúyanse un millar de cárceles, deténganse y enciérrense a decenas de millares de personas, de nada servirá. Esto no

> destruirá la pobreza, la opresión y los demás males de este orden social injusto.

Nos lleva a concluir esta idea, que resulta casi imposible pensar que a través del tratamiento penitenciario, privando de libertad a un sujeto se puedan controlar factores criminógenos externos, menos aún en los casos donde el sujeto jamás cumplirá su pena en reclusión, por ello en tales casos ¿qué sentido tiene la pena como resocializadora?

6. Siguiendo a Emiro Sandoval Huertas, en su libro *Penología General y Especial,* la razón quizá más importante es la crítica a la institución, ya que la **cárcel** no es un sitio donde se pueda humanizar a ningún sujeto, pues ella misma significa deshumanización y desocialización.

Diría Elías Newman, es imposible enseñar a jugar fútbol en un ascensor, es decir, es imposible enseñar a un individuo a que respete y ame a su prójimo, separándolo de él. Es imposible adaptar a alguien a la sociedad si se le aísla de ella. El privado de su libertad no encuentra ningún tipo de contacto con la evolución social, por lo que la cárcel en sí misma se convierte en un factor más de insocialización, llegándose a afirmar que el problema de la prisión es la prisión misma.

Es la evolución de la pena y la última de estas fases, representada por la **resocialización**, la que nos debe colocar en una posición de reflexión cuando nos adentramos en el tema de la **ejecución de penas privativas de libertad,** ya que, si nuestro objetivo es de imposible cumplimiento, de nada servirán los esfuerzos para desarrollarlo y esto es precisamente lo que está ocurriendo en Venezuela, sin embargo, no cabe duda que tampoco se puede dejar suelto al delincuente. He aquí el epicentro de la problemática relación: castigo-resocialización-impunidad. Cuando se observa que la sanción es una pena privativa del libertad y esto es lo común en el catálogo sancionador del Estado que la aplica, no puede pensarse en otra cosa que en una cárcel que sirve para castigar de la forma más dura posible, asunto que no está muy lejos de la realidad, aun y cuando los textos legales digan otra cosa.

Según la legislación venezolana representada fundamental y principalmente por el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la finalidad que se persigue al implantar una pena es la **rehabilitación y la reinserción,** dejando clara la obligación del Estado de crear las instituciones que sean indispensables para la reinserción social del recluso. Este carácter constitucional de la finalidad de la pena en Venezuela entra en franca contradicción con una realidad carcelaria y judicial que llama a la catástrofe y a la confusión cuando día a día se observa cómo las revueltas carcelarias, el tráfico de armas en la prisión, el tráfico de drogas y la violencia son la regla, a lo que se acompaña por más de veinte años una inercia por parte de las autoridades junto con un gran desconocimiento de la materia penitenciaria.

En el sentido anterior el mismo Muñoz Conde, en múltiples conferencias, y con gran énfasis ha dicho que "En el marco penitenciario el concepto de resocialización es difuso, sencillamente porque no puede ser de otra forma, porque resocializar por medio de la pena equivale a pretender abordar un fenómeno complejo a través del conocimiento de una de las pequeñas parcelas que lo componen. La resocialización en la ejecución de la pena es un supuesto paradigmático de las contradicciones y conflictos que mantienen en tensión todo el sistema penitenciario. Por eso cuando se habla de ella desde esta perspectiva no pueden más que establecerse principios generales incapaces de conformar un plan de ejecución o un programa de tratamiento penitenciario. La resocialización se convierte en un concepto fantasma del que puede deducirse tanto la ideología del tratamiento como fundamentar una practica de error", ¡y eso que Muñoz Conde no ha visitado una cárcel venezolana para darle más relevancia a su afirmación!

1. ¿CÓMO LLEGAR A LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO?

Se hace necesario para el desarrollo de la finalidad de la Pena en Venezuela ubicarnos dentro del contexto penal y criminológico orientado por

la fase procesal en la que ésta pasa a ser considerada con atención jurisdiccional, para ello es imprescindible que nos paseemos por las fases del proceso penal venezolano, que están desarrolladas en el Código Orgánico Procesal Penal. Debemos considerar que el cambio de paradigma en Venezuela hacia el que se orientó el proceso penal, convirtiéndose en acusatorio, determinó la existencia de tres fases muy claras en el desarrollo de dicho proceso.

Observamos, en primer lugar, la Fase de Investigación, o Fase Preliminar, que se desarrolla a nivel del Juez de Control. Es en esta etapa procesal en donde se inicia el procedimiento penal con la tutela investigativa a cargo del Ministerio Público, quien como titular de la acción en delitos de acción pública, tiene la obligación de aportar al Juez de Control los elementos de convicción que sean necesarios para que éste pueda ejercer la supervisión del desarrollo del proceso preliminar. Durante esta etapa se decide, desde la presentación de un detenido, hasta cómo se va a seguir el procedimiento, bien sea por la vía ordinaria, o a través del procedimiento breve o abreviado en los casos en que sea decretada la flagrancia.

Es en la misma instancia de la que hablamos, donde existe la posibilidad de decretar una Medida Cautelar sustitutiva de libertad a favor de aquel sujeto a quien se le imputan hechos ilícitos, por la presunta transgresión de normas fundamentales; medidas que pueden responder a la utilización mínima de la prisión preventiva en la búsqueda de una justicia más equitativa y en respeto de derechos humanos fundamentales, como lo sería el Debido proceso y el derecho a la libertad como regla. Ciertamente, como veremos en adelante, también puede decretarse una medida privativa de libertad por la vía de excepción en aquellos casos en que las medidas cautelares sustitutivas resulten insuficientes para el desarrollo del proceso, pensándose que sólo la medida privativa de libertad pueda garantizar la búsqueda de la verdad y que se imposibilite la impunidad. En el caso del Código Orgánico Procesal Penal, no podría decretarse la referida medida privativa cuando la pena que pudiere llegar a

imponerse al sujeto sea inferior a los tres años, y éstas tampoco se decretan en los casos de delitos culposos, pues existe la garantía de un juicio en libertad, aun y cuando las nuevas previsiones legales han impuesto medidas más severas para permitir el juicio en libertad.

En la misma fase, ante el Juez de Control, pueden desarrollarse las posibilidades, durante la audiencia preliminar, de acogerse a alguna de las medidas alternativas a la prosecución del proceso, tales como: El acuerdo reparatorio, la admisión de los hechos a los fines de la suspensión condicional del proceso, y la admisión de los hechos para lograr la imposición inmediata de la pena, como corresponda, según el delito por el cual el Ministerio Público formule su acusación. En el caso del acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso, no existe la posibilidad de continuar con las etapas siguientes del proceso acusatorio, ya que esto permite que una vez cumplido el acuerdo, o cumplidas las condiciones de la suspensión, se produzca la extinción de la acción penal, y el consiguiente sobreseimiento de la causa y su posterior archivo, indicándose, entonces, con esto, que no existe necesidad de ejecutar, por cuanto no hay la imposición de una pena privativa de libertad que permita la activación de la fase de ejecución de condena.

En otras ocasiones, si la pena que se llegara a imponer no excediese de tres años y si se tratase, por ejemplo, de lesiones, e inclusive de un homicidio, en ambos casos culposo, se puede aplicar la fórmula prevista en el artículo 42 del Código Orgánico Procesal Penal relativo a la suspensión condicional del proceso.

En los dos supuestos anteriores no se llegaría a ejecutar pena alguna, pues ella no sería impuesta, pues opera la medida alternativa y la consecuencia procesal correspondiente, con lo que se obvia y no pareciera interesar la imposición de la pena como finalidad de tutela de los bienes jurídicos del colectivo.

Caso distinto al expresado lo constituye la admisión de los hechos en la búsqueda de la imposición de una condena inmediata, lo que produce la

remisión de la causa, una vez vencido el lapso de apelación de cinco días hábiles, a un Tribunal de Ejecución, que se encargue de efectuar todo lo necesario para la ejecución de la pena impuesta, así como de sus condiciones, como veremos más adelante, previéndose ahora la posibilidad que una vez que el proceso llegue a ejecución el sujeto sea detenido, si la pena impuesta excede del límite previsto.

En segundo lugar, encontramos la fase o etapa del Juicio Oral y Público, que puede desarrollarse según el delito por el cual se haya admitido la acusación con un Juzgado Unipersonal, con un Juzgado Mixto (juez y escabinos).

Cualquiera de las formas de constitución del juzgado de juicio, nos es indiferente a los fines de la Ejecución de la pena, siendo de importancia el resultado del debate oral y público cuando consiste en una sentencia condenatoria en contra del acusado, que lo convierte de inmediato en Penado, cuya causa pasará al conocimiento del Juez de Ejecución, para que efectúe el mismo proceso que mencionáramos al concluirse la fase de control a través del procedimiento de admisión de los hechos.

Así surge en tercer y último lugar la Fase de Ejecución de Sentencias, en donde la etapa procesal acusatoria ha concluido y en donde la **pena privativa de libertad** pasa a convertirse en el centro de atención del proceso, y es precisamente en este momento donde el Estado debe preguntarse cuál es la finalidad de la imposición de una pena o sanción penal, pues a partir de allí es de donde podemos ubicar el fracaso o el éxito de la etapa de ejecución e inclusive de la Política Criminal y Penitenciaria venezolana. Obviamente al sentenciarse con una pena de prisión o presidio, ésta es en principio una pena privativa de libertad, lo que no implica que de forma directa se cumpla literalmente en privación de libertad.

Surge entonces entre la Constitución Nacional, la Ley de Régimen Penitenciario, el Código Orgánico Procesal Penal, por un lado, y por el otro, la realidad y la finalidad no declarada de la prisión, una gran paradoja que sin duda pone en peligro la **ejecución de la pena** en forma adecuada y

efectiva, atreviéndonos a afirmar que ésta puede llegar a convertirse en un hermoso sueño de reforma que hasta ahora no se ha alcanzado, dándonos cuenta que, al parecer, la privación de libertad y la forma de ejecutarse las condenas sólo responden a un ***"afán de venganza que anima a grupos sociales afectados por el delito... El sentimiento vindicativo resulta especialmente reforzado con las pésimas condiciones de los establecimientos penales, es decir, a mayor sufrimiento de los reclusos mayor venganza ...el deseo de venganza conduce a que la opinión pública reaccione desfavorablemente ante medidas no privativas de libertad y a las reformas humanitarias de las condiciones de reclusión..."*** como ha expresado María Gracia Morais en el Libro *La Pena: su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal,* y más aún al plantearnos la duda cierta de qué persigue el Estado con la Ejecución de penas culposas y de allí cómo se ejecutan.

2. ¿HACIA DÓNDE SE ENCAMINA LA EJECUCIÓN DE LA PENA?

2.1 *ANTECEDENTES LEGALES DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA*

En Venezuela la Ejecución de las penas privativas de libertad era de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo, quien por órgano del Ministerio de Justicia y a través de la Dirección de Prisiones se encargaba de todo lo relativo al cumplimiento de las condenas de los sentenciados definitivamente firme.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal se judicializó el cumplimiento de la condena y se eliminan, casi de forma absoluta, las funciones del Poder Ejecutivo en relación a la ejecución de penas, pasando a ser responsabilidad del Poder Judicial la forma en la cual se alcance la finalidad de la pena privativa de libertad en Venezuela.

Quizá resulte un tanto extraño afirmar que hoy en día no sabemos hacia dónde va encaminada la ejecución de las penas privativas. Los vacíos legales existentes, la falta de profesionalización en los actores del pro-

ceso y la dura realidad de la política criminal venezolana nos colocan en un limbo teórico-práctico que sólo a través de la reformulación de la conceptualización de la finalidad de la pena, más allá de **la Rehabilitación y la resocialización** en la única alternativa para que, conjuntamente con la reforma legal se puedan observar los frutos jurídico-sociales de una fase de tanta trascendencia como lo es la fase de **ejecución en el proceso penal venezolano**. Hasta ahora se ha limitado a funcionar como crítica y observadora de la realidad, no logrando la modificación que es necesaria. Es desde la ejecución en donde podemos ofrecer a la sociedad misma el diagnóstico real de lo que adolecemos y de la forma de controlarlo, evitando que el mal social y los factores criminógenos se sigan acentuando por responsabilidad del Estado mismo.

Debemos dejar sentada la necesaria reflexión de reorientar los principios básicos de las instituciones encargadas de hacer cumplir las condenas, tanto de forma administrativa como jurisdiccional, simplemente para lograr una verdadera justicia en beneficio del colectivo en general y para que la pena por sí misma no sea inútil en cuanto a su ejecución.

Posterior a la evolución de las penas debemos afirmar, con certeza, que la pena no es la lucha contra un enemigo. Tampoco sirve para establecer un orden social deseable por los que se creen perfectos, si no que sólo puede ir destinada al mantenimiento de la realidad social, como afirmó Gunter Jackobs, penalista alemán en el libro *Sobre la Teoría de la Pena,* pero ciertamente es imposible seguir manteniendo el criterio de la **resocialización** por las críticas que hemos mencionado, y porque no es coherente con respecto a ciertas penas.

Podríamos señalar cómo en Argentina, por ejemplo, ciertamente se mantiene un tanto velado el concepto de resocialización, pero no es afirmado como un fin esencial de la pena, muy por el contrario, se presenta como una aspiración del Estado, y se manifiesta en el artículo 1 de la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, Capítulo I, Principios Básicos de la Ejecución:

> La ejecución de la pena privativa de libertad en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.

En el caso argentino, la modificación de la conducta de un penado para readaptarlo no es la finalidad principal, pues carece de contenido propio. Son lineamientos meramente teóricos que sólo están allí para desdibujar los caminos ciertos del sistema carcelario que no puede regular a quienes están bajo su vigilancia, y que sólo desean reunir al condenado con su penitencia.

Se ha convertido la pena en un ingrediente que pretende ejercer control social cuando en realidad es la legitimación del derecho de castigar del Estado, que sería una acción represiva, donde pareciera que el Estado y la sociedad no tienen responsabilidad en la generación del delito, ni en el proceso de criminalización, y pareciera que ni siquiera en la imposición de las penas que se plantea, como algo simplemente merecido por el delincuente, colocándonos frente a fines velados con carácter retributivo, así lo ha expresado el penalista colombiano Luis Carlos Pérez:

> la pena como sufrimiento ha sido muy del agrado de los autores, pero más del agrado de los opresores de los pueblos... el dolor de la pena es precisamente lo que ennoblece al individuo que es sujeto de ella, lo vuelve más hombre y hace que la sanción sea, aparte de un deber de la sociedad, un derecho del delincuente... mediante la función retributiva el condenado debe sufrir el castigo con todo lo que acarrea en sufrimiento y dureza. La resocialización no se obtiene con estas aplicaciones. Debe repetirse: la aflicción no educa a nadie, ni reforma, sino que más bien engendra los peores resentimientos. No hay com-

> patibilidad entre los dos objetivos. O se hace sufrir o se libera al hombre del sufrimiento.

La cita transcrita está llena de verdad y de fuerza, no permitiéndonos dudar que la ejecución de la pena, con fines resocializantes, no podrá jamás alcanzar su objetivo en países como Venezuela, donde el castigo retributivo, "te meto preso porque me hiciste daño", pena aflictiva, parecieran acompañar a la reclusión y al penado durante toda su condena, en privación absoluta de su libertad o en pre libertad, según sea el caso.

Afirmar que la finalidad resocializante puede sostenerse en la cárcel como medio ideal para lograr dicho objetivo sería posible si a ésta no le acompañaran las circunstancias reales de hacinamiento, ocio, y violencia por todos conocidos, en una constante violación de los derechos humanos, derechos humanos que como veremos en adelante no pueden ser garantizados ni siquiera por el Juez de ejecución de penas, en las Memorias del Primer Seminario Internacional sobre Política Penitenciaria se dejó sentado que

> la resocialización sin fundamento pretende ser la salvación del mar carcelario, sin tener en cuenta que no bastan postulados teóricos si éstos no son enfrentados a la afanosa realidad carcelaria y considerar al interno como un sujeto activo y no como un sujeto pasivo de la intervención. Como consecuencia de la obligatoriedad de la participación en estos tratamientos no es posible ni para los que lo aplican ni para los recluidos saber si están convirtiéndose en actores de una falsa comedia...

Pareciera cierto que la resocialización actúa como una mentira creada para justificar o legitimar el castigo ejemplificado en la forma como la cárcel desprecia al ser humano. No sabemos a qué sociedad perfecta pretende ser reintegrado, pues "quien atraviesa la puerta de una cárcel, de la penitenciaría, del manicomio o del manicomio criminal, entra en un mundo donde todo actúa prácticamente para destruirlo, aun cuando está formalmente proyectado para salvarlo... entre nosotros ya nadie osa

sostener, en palabras, que las instituciones cerradas y violentas no son indignas de un país civil.

Nadie ignora las condiciones inhumanas en las que viven los internados... la cárcel no produce beneficio alguno. Si se analiza objetiva y detenidamente el papel de éstas se tendría que concluir que no reportan ningún beneficio a la sociedad ni al individuo que las sufre, de esta manera se han expresado quienes no comparten el criterio de la resocialización basados en las condiciones inhumanas de los centros carcelarios, condiciones que atentan contra cualquier derecho humano fundamental; tendríamos entonces que preguntarnos **¿Posee el condenado algún derecho durante el cumplimiento de su condena? ¿A Quién corresponde velar por los derechos humanos que pudiesen existir? ¿Cuál es la participación del ente jurisdiccional en esta situación? ¿Es la judicalización de la ejecución de la pena una alternativa para el condenado?** Son estas interrogantes las que trataremos de aclarar a continuación.

3. LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONDENADO DURANTE LA EJECUCIÓN DE SU PENA

La Declaración Universal de los derechos Humanos de 1948 ha dado inicio a una serie de movimientos e ideologías en torno a la universalización de los derechos fundamentales del hombre, derechos que le corresponden por el sencillo hecho de ser persona humana, surgen así como un ideal común entre las personas y los pueblos basado en la búsqueda constante de **la libertad, la justicia y la paz.**

Una paradoja constante entre el ser y el deber ser, se ha contemplado a lo largo de la Historia. Se han creado teorías muy valiosas sobre derechos humanos. Conferencias intelectuales se han celebrado y se siguen celebrando para lograr un sentimiento único, sólido y enérgico que permita una defensa verdadera en contra de la violación de esos derechos humanos fundamentales. Se trata de evitar la humillación, la discrimina-

ción, el etiquetamiento y la estigmatización, dando una verdadera preponderancia a la justicia y a la dignidad, persiguiendo el abuso de poder en el marco de la institucionalización de los derechos humanos.

Es perfecto para nuestro contexto el concepto que de derechos humanos emite Imre Szabo:

> aquellos que defienden por medios institucionalizados los derechos de los seres humanos contra abusos de poder cometidos por órganos del Estado y al mismo tiempo promueven el establecimiento de condiciones de vida humana y el desarrollo multidimensional de la personalidad del ser humano.

Todo derecho humano radica en una concepción del hombre social, del hombre del Contrato Social de Rousseau, que necesita de la vida en sociedad que le permita su desarrollo en dignidad, pero ese hombre social se debate en un plano terrenal distinto al espíritu de nuestra proclamación universal de derechos.

Los hombres libres luchan por defender sus derechos y somos víctimas constantes del abuso institucionalizado de la burla de nuestra dignidad y del coartamiento de nuestro desenvolvimiento personal. Si esto nos ocurre a los libres, qué puede esperarse de aquellos que parecen perder todos sus derechos y hasta su dignidad, una vez que son recluidos por una **medida privativa de libertad**, ¿Dónde están los derechos de los privados de libertad? ¿Dónde están los derechos de los penados en Venezuela? ¿Qué le espera a un condenado luego de que su proceso ha culminado? Respuestas muchas, diversas y al mismo tiempo coincidentes en un eje fundamental: **Todos somos seres huamnos y los derechos humanos son iguales para todos**, inclusive independientemente de la profesión que ocupen.

De tal manera que no puede haber una distinción entre libres y detenidos, entre inocentes y culpables, profesionales y no profesionales, ya que el margen de la discrecionalidad del juez en la individualización de

la pena puede ser muy amplio, éste debe valorar criterios fundamentales en relación al injusto determinados por la importancia del bien jurídico, modalidades del ataque y magnitud de la lesión y por otro lado el criterio en cuanto al grado de culpabilidad (formas e intensidad). Observamos del análisis de nuestra legislación, como veremos adelante, que el prever la posibilidad de establecer pena en relación con las llamadas cláusulas de personalidad *"...que permitirían adaptar judicialmente la pena a la personalidad de cada convicto, pero que en realidad operan como conceptos válvula o comodines para el manejo de ciertos casos al vaivén de la presión ético publicitaria de la comunidad en un momento dado, o lo que puede ser peor, de los perjuicios morales del Juzgador..."*, Fernández Carrasquilla, *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal,* por ello establecer cualquier criterio agravante o atenuante en el cómputo de una pena o en la forma de su ejecución atenta contra principios constitucionales.

La Carta de Declaración de Derechos Humanos en su artículo 2 no duda en destacar "toda persona tiene todos los derechos y las libertades... sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma religión opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición**", aquí se puede incluir a los privados de su libertad.

Esta máxima universal también se desarrolla en el Pacto de San José de Costa Rica, donde se destaca la privación de la libertad como una excepción, pero que no afecta los derechos humanos de ese detenido. El hombre privado de su libertad sigue teniendo derechos, más aún, no sólo le corresponden los que a todos los individuos libres son inherentes y no han sido limitados por la privación de su libertad, sino que además hay algunos que le son propios por su situación jurídica. Así el artículo 5 del referido Pacto indica que, **toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano, la pena no puede trascender de la persona del delincuente.**

De tal manera que no se puede dudar en ningún momento que el hombre transgresor de la horma y condenado por su transgresión sigue teniendo derechos humanos. Es un ser social y posee dignidad humana y para ello el sistema procesal acusatorio venezolano asume entre sus fases a la Ejecución de penas, para que el órgano jurisdiccional a través del Juez se convierta en el verdadero garante de los derechos humanos de quienes se someten a su jurisdicción en nombre de la República Bolivariana de Venezuela.

Es a raíz de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal que el condenado encuentra una lista de sus derechos que son al mismo tiempo obligaciones o deberes de los funcionarios judiciales. Cada obligación de un juez relacionado con el condenado se traduce en un derecho exigible por éste ante las instancias correspondientes. Estos derechos se unen a otros contemplados en las leyes penitenciarias que deben sufrir verdaderas modificaciones, entre ellas la recientemente modificada Ley de Régimen Penitenciario, la Ley de Beneficios en el Proceso Penal, la Ley de Redención de la Pena por el Trabajo y el estudio, entre otras.

Bajo la vigilancia del juez de ejecución el condenado tiene un protector y garante de sus derechos con rango legal. Es al juez de ejecución a quien le corresponde velar por el control de la legalidad de la ejecución de las penas con funciones de vigilancia y también decisorias. Su función fundamental será **salvaguardar los derechos de los penados y corregir los abusos y desviaciones que puedan producirse durante el cumplimiento de la pena.**

Con el Juez de ejecución se judicializa la ejecución de la condena, convirtiéndolo en una instancia controladora que se dirige o encamina fundamentalmente a proteger, supervisar y garantizar la inviolabilidad de los derechos que le corresponden a cada penado, y para fines pedagógicos dividimos tales derechos en cuatro grupos fundamentales:

1. Derechos humanos del condenado una vez que se le otorga su condición jurídica como tal.

2. Derechos del condenado durante el desarrollo de su condena.

3. Derechos del condenado de optar a la prelibertad.

4. Derechos del condenado una vez que llegue el momento de culminar su condena.

Los derechos previstos en el punto II y III son prácticamente de aplicación exclusiva al penado privado de su libertad durante la reclusión y básicamente se refieren a condiciones a desarrollar en los establecimientos carcelarios.

Acompañan a estos cuatro grupos dos postulados o garantías comunes presentes en todo momento de la ejecución de las condenas:

A. El condenado tiene un derecho natural a la defensa durante la ejecución de la pena para ejercer **...Todos los derechos y facultades que las leyes penales, penitenciarias y los reglamentos le otorgan** (artículo 478 del Código Orgánico Procesal Penal).

B. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en cuanto a que todos los derechos corresponden a todos los hombres sin ninguna discriminación, por lo tanto a los condenados les asisten todos y cada uno de los derechos inherentes a la persona humana, y pueden ejercerse durante todo el tiempo que dure la condena.

1. *Derechos del condenado una vez que se le otorga esta condición jurídica*

Dentro del primer grupo de derechos del condenado podemos mencionar aquellos que de inmediato pasan a operar, una vez que culmina la fase del juicio oral finalizado el debate con la sentencia:

1.1 Derecho a que no se le imponga o ejecute pena no prevista como tal como garantía del Principio de Legalidad.

1.2 Derecho a que se inicie de oficio y de inmediato la ejecución de la sentencia, esto es el principio de iniciación de oficio para garantizar que la ejecución sea inmediata sin mediación de ninguna solicitud (Arts. 479, 480).

1.3 La designación de un establecimiento penal para el cumplimiento de su pena. Será el Juez quien indique el lugar en el que el condenado cumplirá su condena y aquí se destaca la necesidad de una clasificación que opere desde la vía judicial o en su caso que se ordene la práctica del examen técnico que corresponda.

1.4 Derecho a que se le realice el cómputo de su pena con exactitud y que éste sea corregido en caso de algún error (Art. 482).

1.5 Derecho a que se le indique con exactitud el tiempo en el que culminaría su condena.

1.6 Derecho a la acumulación de las penas si hubiese lugar a éstas. (Art. 479-2).

1.7 Derecho a que se determinen las condiciones en que cumplirá su condena, condiciones de reclusión accesorias a su pena principal (479-3).

1.8 Derecho a que se descuente de la pena a ejecutarse, la privación de libertad que sufrió el penado durante el proceso. (Art. 484).

1.9 Derecho a que se ordene la libertad cuando haya operado el perdón del ofendido (492).

2. *Derechos del condenado durante el desarrollo de su condena*

En cuanto al segundo grupo se amplían considerablemente la enumeración de los derechos, pues ya que hablamos de un hombre encarcelado, en un ambiente más frágil o vulnerable, donde la supervisión y el control del juez de ejecución penal cobra una verdadera relevancia como controlador jurisdiccional de las condiciones de reclusión y la garantía de respeto a los derechos humanos con fundamento al artículo 486.

2.1 Derecho a que el Juez de Ejecución realice visitas a su lugar de reclusión, de manera que pueda constatar la situación de la reclusión para hacer sus observaciones al Ejecutivo (Arts. 479-488).

2.2 Derecho a que el Juez de ejecución haga comparecer a los condenados ante su presencia para verificar sus condiciones físicas de reclusión por vigilancia y control. Es una forma de verificar sus condiciones físicas, si no ha sido sometido a maltratos y si se encuentra en buenas condiciones de salud y bien alimentados, esta es una manera de comprobar la situación del penado (artículo 479).

2.3 Derecho a que se dicten pronunciamientos tendentes a corregir y prevenir las faltas que observe y que se tomen las soluciones necesarias para dar mejores condiciones de reclusión al condenado (artículo. 479). Sobre este aspecto hay numerosas críticas en la doctrina, por cuanto se han dejado sin definir cuáles serán esas atribuciones que en concreto va a tener el juez de ejecución penal para poder exigir o sancionar el incumplimiento de las condiciones de reclusión y las observaciones que éste realice al ente administrativo. Esto va a provocar que en la práctica las observaciones no pasen de ser una simple enumeración de situaciones conocidas por todos sin que se llegue a una verdadera solución de conflictos, porque no se ha contemplado la sanción jurisdiccional para este incumplimiento.

2.4 Derecho a que se canalicen sus quejas y solicitudes con una pronta respuesta a su correspondencia. Esto tiene fundamento en la Ley de Régimen Penitenciario, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos y la misma Ley de Procedimientos administrativos, ya que todo recluso es un administrado en una situación de sujeción especial frente a la Administración.

2.5 Derecho a una atención médica adecuada. Sin duda este es un derecho de todos con rango Constitucional, contemplado también en el articulo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y la Ley

de Régimen Penitenciario en sus capítulos VI y VIII y el 487 del Código Orgánico Procesal Penal .

2.6 Derecho a una alimentación balanceada. Igual situación que la anterior, pues se trata en general de las condiciones de vida de los condenados durante su tiempo de reclusión y éstas nunca pueden ser degradantes, inhumanas, no dignas o incompatibles con los derechos fundamentales.

2.7 Derecho a obtener mecanismos de habilitación durante el tiempo de su reclusión y aquí destacamos que no somos partidarios de la doctrina de la rehabilitación en reclusión, pues se ha demostrado que la cárcel no regenera, por el contrario. La corriente moderna de la habilitación permitirá dotar al condenado de herramientas de trabajo, estudio y esparcimiento para hacerlo hábil y útil a sí mismo. Así tiene derecho a la educación, la cultura, el deporte, el trabajo como derechos fundamentales, además que se necesita mantenerlo ocupado para evitar el ocio y el perfeccionamiento de su personalidad delincuente.

2.8 Derecho a la asistencia jurídica, psicológica y social de forma permanente: Artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Ley de Régimen Penitenciario y artículo 14 de la Declaración de los Derechos Civiles y Políticos.

2.9 Derecho a mantener acceso a la información nacional e internacional.

2.10 Derecho a la comunicación.

2.11 Derecho a las visitas periódicas de sus familiares y abogados.

2.12 Derecho a solicitar un cambio en el lugar de reclusión. Para esto debe participársele al juez de ejecución, que será el único autorizado a conceder tales cambios, es decir, que aun cuando se trata de un condenado, el ente administrativo no puede disponer del lugar de reclusión (artículo 481).

2.13 Derecho a que se realice un estudio de su personalidad con fines de clasificación por categorías para la fijación de la reclusión. Esto constituye una exigencia internacional para evitar que estén juntos tipos delictuales distintos, lo que agravaría las circunstancias, como vemos actualmente, asimismo el estudio que debe realizársele en el momento que pueda optar al beneficio pre libertad.

2.14 Derecho a que se le dote de locales e instalaciones dignas.

2.15 Derecho a que se le respete la práctica de su culto (artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Derecho Constitucional en Venezuela).

2.16 Derecho a ser custodiado por un personal preparado y esto constituye una mínima exigencia de las normas internacionales, cuando se solicita que el personal de las prisiones esté especializado para ello.

Podríamos seguir mencionando una inmensa lista de derechos del hombre en reclusión y bastaría para recordarlos sólo evocar la situación contraria al respeto de los derechos que diariamente ocurre en nuestras cárceles, de manera tal que la violación y la injusticia de todo lo que allí sucede sería un derecho fundamental violado para los reclusos.

3. *Derechos del condenado para optar a un beneficio pre libertad*

Este tercer grupo se ve enmarcado dentro de lo que llamaríamos el tiempo necesario o las condiciones mínimas para optar por un beneficio pre libertad.

No es exclusivo del caso venezolano el sistema de la progresividad en la reclusión, como requisito para que el penado pueda obtener salidas transitorias y otras medidas de prelibertad una vez llegado el tiempo legal para optar a un beneficio. Esto es lo que reconoce el Código Orgánico Procesal Penal como el tiempo mínimo necesario que corresponde observarlo al Juez de Ejecución, ya que tiene relación con la libertad del

penado, la rebaja de la pena la suspensión condicional y la redención de la pena por el trabajo y el estudio, estos mal llamados beneficios han sido considerablemente modificados por la reforma parcial del Código Orgánico Procesal Penal, que puntualizó algunos vacíos legales, pero que al mismo tiempo dejó de considerar aspectos fundamentales de la Ejecución, desde el mismo momento en que se deja de definir la finalidad de la imposición de la pena.

Por ello el condenado tiene derecho a que una vez cumplidos los requisitos legales establecidos se le permita optar al beneficio que corresponda:

3.1 Derecho a optar al Destacamento de Trabajo.

3.2 Derecho a optar al Régimen Abierto.

3.3 Derecho a salidas transitorias.

3.4 Derecho a la libertad condicional.

3.5 Derecho a la medida humanitaria para obtener la libertad condicional a los mayores de setenta años y en los casos de enfermedades en estado terminal, artículo 503, obviamente sí es aplicable al médico sentenciado.

3.6 Derecho a la redención de la pena por el trabajo y el estudio.

3.7 Derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 493).

En relación a todo lo mencionado no existía ninguna determinación o norma que señalara con precisión cómo se iban a realizar los estudios para la concesión de los benéficos, cuáles eran los requisitos, qué delitos estaban excluidos o cómo se pueden revocar los mismos, lo que provocó que el caos carcelario que existía en grandes magnitudes antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal se haya trasladado hacia el Tratamiento No Institucional y al Juez de **ejecu-**

ción, que son las instituciones administrativa y jurisdiccional, respectivamente, que tienen relación con la ejecución de la pena.

4. *Derechos del condenado una vez que llegue el momento del cumplimiento de la condena*

El cuarto grupo es ya destinado al cumplimiento definitivo de la condena y se consagra aquí un derecho de rango legal y constitucional una vez que se cumpla su condena debe ser de inmediato excarcelado.

Hemos culminado un recorrido por lo que podrían ser los derechos humanos del condenado en nuestro país, a la luz de los convenios internacionales y la normativa legal interna venezolana. Sin haber pretendido ser limitativos en nuestras afirmaciones y enumeraciones, muy por el contrario reconociendo que existen otros derechos y garantías del condenado aún no enumeradas que le son inherentes por el hecho de ser hombre y responsabilidad del Juez de Ejecución en cuanto a su vigilancia.

Entre esos derechos del condenado durante el desarrollo de su condena encontramos que la Fase de Ejecución tiene a su cargo el otorgamiento y vigilancia de todas aquellas fórmulas alternativas al cumplimiento de condena que anteriormente eran exclusiva competencia del Ministerio de Justicia, específicamente de la Dirección de Prisiones y la División de Ejecución de Penas. Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, ciertamente se produjo un cambio de paradigma, no sólo en el tipo de proceso sino también en la forma de ejecutar las penas y esto no ha sucedido únicamente por la judicialización de los derechos humanos de los condenados, sino por la forma en que en este momento son cumplidos los llamados beneficios para penados. Con la reforma se han podido llenar algunos vacíos legales que permiten, por lo menos en principio, limitar el otorgamiento indiscriminado de medidas de pre libertad para condenados.

Debemos comenzar, por hablar de los beneficios para penados, haciendo una dura crítica al Código Orgánico Procesal Penal, pues el legislador

parece que olvidó la importancia de la Fase de Ejecución de penas, ya que está sometida a inmensos vacíos legales, que en la práctica están ocasionando graves conflictos al ente judicial y al ente administrativo. Es el caso que en el referido instrumento adjetivo, sólo encontramos normas generales que no permiten puntualizar cuáles son las funciones del Juez de Ejecución y mucho menos las formas procesales adecuadas para conceder algún beneficio, ni cuál es la posición del penado frente al Juez.

El Código Orgánico Procesal Penal también olvidó limitar las funciones administrativas de la Dirección de Prisiones, hoy Dirección de Rehabilitación y Custodia del Recluso, forzando a que el Juez de Ejecución en el ejercicio de sus funciones interprete la norma penal, llegándose a observar cómo en un mismo Circuito Judicial dos jueces que ocupan la misma sala mantienen criterios de carácter divergente sobre una misma cuestión penológica por los vacíos existentes, así, debe un juez en un mismo caso remitirse a la Ley de Régimen Penitenciario, el Código Orgánico Procesal Penal, admitiéndose, tristemente que ninguno llena expectativas del administrador de justicia, ni del usuario.

Del análisis de los instrumentos descritos, sólo podemos concluir que el Juez de ejecución es responsable de todo lo que ocurra en torno a la vida del penado, pero no le dice cuál es la forma de cumplir con su cometido. El Código Orgánico Procesal Penal ni siquiera descifra cuál es la finalidad que persigue el mencionado instrumento con la ejecución de la pena privativa de libertad, asunto que sin duda debe plantearse con precisión, pues no creemos que la finalidad de aplicar y ejecutar tales penas sea la de reeducar, reinsertar, o resocializar, sino que deberían estar dirigidas hacia medidas de favorecimiento social o comunitario, donde el Estado y su componente societario salgan favorecidos y el sentenciado cumpla una pena con el verdadero carácter preventivo-sancionatorio, ya que como lo ha expresado Gonzalo Cuéllar

> ...La pena criminal, el proceso penal y cualquier medida estatal que afecte los derechos fundamentales, por tanto también las prohibiciones contenidas en los tipos legales han de ser

> proporcionales a los conflictos que pretendan resolver, los males que quieren prevenir y los beneficios sociales que persiguen. El criterio de proporcionalidad se extrae de la idea del Estado de Derecho y sobre todo de la prevalencia en su seno de los derechos fundamentales, que no pueden ser intervenidos innecesaria o excesivamente (...) Las restricciones de los derechos y libertades se justifican por orientarse hacia un fin legítimo, si los medios empleados para alcanzarlos son adecuados y necesarios en una sociedad democrática.

La reforma del Código Orgánico Procesal Penal, ha permitido que la dispersión de varios y diversos instrumentos jurídicos sea unificada en un Código central y orgánico, aun y cuando no se ha agotado la visión penitenciaria y jurisdiccional en el mismo, ya que algunas previsiones de la Ley de Régimen Penitenciario y de la Ley de Redención de la Pena por el Trabajo y el Estudio, no han sido derogadas, por cuanto esos aspectos no fueron contemplados en la Reforma, pero en principio hay que considerar como plausible, el esfuerzo por unificar, y aun cuando se piense que se ha acabado con la ejecución de penas, creemos que algunos aspectos han sido positivos en el sentido que se cortarán las posibilidades de interpretación por parte de los jueces, quienes tendrán parámetros más claros para decidir.

La reforma estuvo orientada sobre la base de un claro desmedro jurisdiccional en el otorgamiento de beneficios para penados, con lo que se desconfiguró el sentido de la prelibertad, observándose gran porcentaje de reincidencia, e incumplimiento de las medidas por parte de los beneficiados.

Así en los casos de delitos graves, que el mismo Código Orgánico Procesal Penal define, cataloga y limita, no podrá obtenerse ninguna fórmula alternativa hasta tanto se haya cumplido por lo menos la mitad de la pena impuesta, esto es en los casos de homicidio intencional, violación, actos lascivos, secuestro, desaparición forzada de personas, robo en todas sus modalidades, hurto calificado, hurto agravado, narcotráfico y salvaguarda, tal y como lo establece el artículo 493 de la Reforma

Parcial, en el título limitaciones, destacándose que ese tiempo debe ser en privación de libertad.

En el caso de la suspensión condicional de la pena, el artículo 494 permite considerar derogadas las normas de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal, y así se establece ahora con carácter obligatorio que se solicite un informe psicosocial del penado.

1. Que el sujeto no sea reincidente.

2. Que la pena impuesta al sujeto no exceda de los 5 años.

3. Que el penado se someta a cumplir las condiciones impuestas por el tribunal.

4. Que presente una oferta de trabajo, que es un nuevo requisito que anteriormente no era solicitado.

5. Que no haya sido admitida acusación en su contra por un nuevo delito, requisito que pareciera destruir la presunción de inocencia en fase de control, ya que la admisión de la acusación no implica que exista una condena firme, pues posteriormente puede llegar a ser absuelto.

Observación importante en el caso de la admisión de los hechos y que la pena exceda de tres años no puede optarse a la suspensión, esto se estableció por el criterio de aquellos que consideran que ya la admisión de los hechos es un beneficio y no puede ser favorecido en el proceso con tantas facilidades pre libertad.

Este instrumento prevé igualmente las circunstancias bajo las cuales se procederá a revocar dicho beneficio, aspecto que no contemplan los otros instrumentos jurídicos.

En cuanto al Destacamento de Trabajo estaba regulado en la Ley de Régimen Penitenciario en el artículo 67:

> El tribunal de ejecución podrá acordar la integración en los destacamentos penitenciarios de trabajo a los penados que hayan extinguido por lo menos una cuarta parte de la pena impuesta y reúnan las demás condiciones exigidas por el artículo 65... es decir, conducta ejemplar y que pongan de relieve el espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad…

Ahora pasa a ser regulado por el artículo 501 de la Reforma. La forma del Destacamento de trabajo se fue desconfigurando con el paso del tiempo, ya que en principio consistía en cuadrillas de penados que se dedicaban a una misma actividad laboral: artesanos, agricultores, carpinteros, etc., que salían del establecimiento con custodia y luego pernoctaban en el mismo en un área separada, que permitieran su progresividad hacia el beneficio siguiente, hoy en día la figura del destacamento como tal no existe y nos encontramos que con tan sólo un cuarto de la pena cumplida el sujeto está durante todo el día en la calle, sin ningún tipo de control ni vigilancia, siendo este beneficio mucho más permisivo que el resto, a pesar de ser el primero al que puede optar, aun y cuando en este momento se le impone por vía de la ley el cumplimiento de algunas formas puntuales de un grado mayor de exigencia, pero no determinaron la obligación de estar **permanentemente** en la pernocta del establecimiento carcelario.

El Beneficio de Establecimiento abierto, conocido como Régimen Abierto, requiere, además de la conducta y la progresividad, el cumplimiento de por lo menos un tercio de la pena, y consiste en la convivencia del penado en un ambiente similar a un hogar en casas habilitadas para ello, con presencia de pocos custodios, un psicólogo, un trabajador social y un abogado que fungen como sus asesores permanentes, sometiéndolo a un régimen de disciplina que implica la adquisición de responsabilidades, metas y valores, ahora está regulado de igual forma en el artículo 501 y prevén las mismas condiciones que para el resto de las medidas.

La libertad condicional se obtiene con los mismos requisitos anteriores y con el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena y es el

único que anteriormente aparecía regulado en el Código Orgánico Procesal Penal, tanto en sus requisitos para el otorgamiento como para la revocatoria, estableciéndose que debe existir un pronóstico favorable sobre el comportamiento del penado, otorgándose además la posibilidad de apelar de aquellas decisiones judiciales que nieguen el mismo, ahora entra en las mismas previsiones del artículo 501 que hemos mencionado. Consideramos que en el caso de la libertad condicional debió solicitarse como requisito haber cumplido previamente con las fórmulas anteriores, como es el beneficio de establecimiento abierto.

El punto más álgido, en materia de los beneficios analizados, ha consistido en la elaboración de los exámenes psicosociales exigidos por las distintas normativas. Aun y cuando no se prevé literalmente su elaboración, debe interpretarse que la evolución favorable, el comportamiento a futuro y el pronóstico sólo pueden ser presentados y valorados a través de un informe técnico presentado por los especialistas en el área, que como dijimos, son los funcionarios adscritos al programa de medidas pre libertad del Ministerio del Interior y Justicia.

La discusión sobre el carácter vinculante o no de los exámenes psicosociales quedó sentado en la jurisprudencia emitida por el Juzgado Cuarto de Ejecución del Área Metropolitana de Caracas, que nos correspondió presidir, en donde expresamos que sí tenían un carácter vinculante en interpretación de lo previsto en los artículos 7 y 61 de la Ley de Régimen Penitenciario, conjuntamente con el artículo 488 del anterior Código Orgánico Procesal Penal, decisión que fue aprobada por la Sala 9 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito.

Estos exámenes son los únicos, por el momento, válidos y vinculantes para el Juez, por ello todo sentenciado o condenado que aspire un beneficio debe realizarse tales exámenes y obtener un resultado, pronóstico o proyección que indique la factibilidad de cumplir la pena en libertad sin riesgos sociales de reincidencia o posibilidad de incumplimiento de las condiciones impuestas. Esta misma regulación jurisprudencial ha sido

ahora acogida en la reforma y se observa claramente que en el artículo 501 ordinal 3 habla sobre el pronóstico favorable, lo que no deja posibilidad de interpretación al Juez de Ejecución.

Respecto a la disyuntiva sobre el lapso para efectuar nuevos exámenes psicosociales, luego de que al penado le ha sido negado el beneficio por ser de pronóstico desfavorable, se ha determinado que sería dentro de los seis meses siguientes a la última evaluación, cumpliendo con la normativa de leyes especializadas para el ejercicio de la psiquiatría, aun cuando la reforma parcial olvidó la regulación de este aspecto.

La norma especial, Ley de Régimen Penitenciario no preveía las causales de revocatoria de un beneficio, y la Reforma las establece textualmente en el artículo 512, lo que implica que se debe en el mismo momento del otorgamiento colocar las condiciones que debe cumplir el penado, cuyo incumplimiento acarrearía la inmediata revocatoria, por ejemplo, si el penado comete una falta grave, se evade de la pernocta o pierde su trabajo indefinidamente, no podría seguir gozando de un destacamento de trabajo.

La redención de la pena por el trabajo y el estudio también pasó a ser regulada por la reforma y en los artículos 508 y siguientes la determina, indicándose que la redención no puede ser utilizada para alcanzar los tiempos mínimos para cada beneficio, es decir, que el cuarto, el tercio o las dos terceras partes de la pena sólo se calcularán sobre la base de la condena impuesta y no con el tiempo redimido, tal y como establece el artículo 505.

En la redención se determina qué se considerará como trabajo y como estudio, eliminando toda posibilidad de trabajos indefinidos o el deporte para la redención, indicándose que sólo se tomará para la redención el tiempo de privación de libertad, lo que indica que el tiempo de trabajo o estudio en cumplimiento de fórmulas alternativas no será redimible.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Definitivamente existen excesivos vacíos legales que en la práctica han sido el hecho generador de la ausencia de una política adecuada en materia de ejecución, por ello se acordó en diciembre del 2000 durante el Desarrollo de la I Cumbre de Ejecución de penas y medidas pre libertad, que era impostergable el planteamiento de la reforma penitenciaria y la reforma legal, proponiéndose en lo que se llamó el Acta de Mérida, aspectos puntuales de reformas administrativas y judiciales, que sean recogidas en un instrumento único que elimine las previsiones legales dispersas e imprecisas existentes y en definitiva sea, en ese instrumento único, en donde se regulen todos los aspectos relacionados con la **ejecución de penas privativas de libertad**, contribuyéndose con esto a que Venezuela avance hacia la búsqueda de una verdadera política de Estado en donde sus instituciones tengan la finalidad de consolidar el Estado social, democrático de justicia y de derecho que ha promulgado la Carta Magna, en donde no se trate de una norma, una reforma o una nueva ley, sino de la búsqueda de una verdadera finalidad de las penas, que sea acorde con nuestro sistema, nuestra realidad y nuestras aspiraciones, pues

> ...desde su origen histórico el principio de la legalidad penal se ha fundado en la necesidad de que la injerencia estatal tan severa en los derechos ciudadanos, como la que precisamente representa la pena criminal, se apoye necesariamente en una expresión de la voluntad general, que debe, sin embargo, respetar los derechos inalienables, preexistentes al contrato social, ...pues derechos anteriores y superiores al derecho positivo que la ley está obligada a reconocer, respetar y promover... como ha afirmado Fernández Carrasquilla.

La pena ciertamente es la conclusión del proceso y es al mismo tiempo lo más importante de analizar, pues si no se llega a la imposición de una pena, no hay que realizar ningún análisis de las consecuencias de la imposición de ésta, tanto para el individuo como para la sociedad.

Notamos y quedó demostrado que sólo se preocupa el Estado por la constante criminalización de conductas, elaborar nuevos tipos penales, aumentar las penas y un sinfín más de actos de política represiva. No negamos sean, en cierta y controlada medida necesarios, pero que al mismo tiempo no logran el verdadero objetivo de controlar el fenómeno delictivo. Crear la Ley sobre el Robo y Hurto de Vehículo automotor, por ejemplo, o el aumento de la pena prevista para el Porte Ilícito de Arma de Fuego, o el nuevo tipo penal de asalto a unidades colectivas de transporte, nos demuestran que la finalidad velada de la pena en nuestro país es la retribución y hasta sin temor, podríamos decir, la represión o castigo del transgresor haciendo inútil este concepto con el que con rango constitucional hemos elevado.

La finalidad de la pena debe ser cónsona con los principios modernos y liberales democráticos de un Estado, la vindicta, ya pasó. Queda ser lógicos en la imposición de medidas y adoptar un sistema de ejecución de condenas en donde no se sienta, como ahora, que los jueces que condenan viven otro proceso penal distinto a los jueces que ejecutan la condena.

La finalidad de la pena debe ser única, indivisible, igualitaria y sobre todas las cosas, útil a la política criminal de un Estado, con prevención general, especial, mixta, totalitaria, abolicionista, reduccionista o sistémica, debe ser coherente a los principios del Estado que la impone, para así poder asumir sus consecuencias y entender que al amenazar con una pena un determinado comportamiento delictivo, no debe pensarse únicamente en intimidar, sino que el ciudadano también valora y que dé trascendencia al bien jurídico afectado y de esto deducir la necesidad de la pena.

> Sólo en la medida en que sus conminaciones penales traduzcan fielmente valoraciones sociales puede esperar que sus normas sean aceptadas socialmente y motiven racionalmente el comportamiento de los ciudadanos. Esto quiere decir, que mientras más democrático sea el Poder Legislativo, más aceptación social tendrán sus disposiciones, o dicho en términos jurídico-penales, más eficacia preventiva. Muñoz, *Ob. Cit.*

El Poder Judicial debe tomar igual conciencia, siendo lo lógico que el Juez se vincule sólo al principio de la legalidad, pero sin olvidar que la imposición de la condena debe ser proporcional, teniendo en cuenta que también debe entender que no es "el que o quien" que de forma indeterminada tiene el tipo penal, dándose cuenta que tiene frente así a un hombre con derechos y obligaciones, a quien debe de imponer la pena, pensando también en el futuro de ese hombre y de la misma sociedad, así la pena será lo más justa y lo menos subjetiva, para ese momento el derecho penal habrá alcanzado su finalidad.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, E. (1999). *Los Delitos de Homicidio.* Edit. Temis. Bogotá, Colombia.

BALAGUER SANTAMARÍA, J. (1993). *Derechos Humanos y Privación de Libertad.* Edit. Bosch. Barcelona, España.

CUELLO CALÓN, E. (1958). *La Moderna Penología.* Edit, Bosh. Barcelona, España.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1997). *Derecho Penal Fundamental.* Edit. Temis. Bogotá, Colombia.

_____: (2000). *Principios y Normas Rectoras del Proceso Penal.* Edit. Leyer. Colombia.

LONDOÑO, H. (1996). *Defensas Penales.* Edit, Temis. Bogotá, Colombia.

MARTÍNEZ; M. (1999). *La Pena, Garantismo y Democracia.* Edit, Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia.

MORAIS de GUERRERO, M. (2000). *La Pena: Su Ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal.* Edit. Vadell. Valencia, Venezuela.

MUÑOZ CONDE, F. (1999). *Derecho Penal y Control Social.* Serie Monografías Jurídicas, Edit. Temis. Bogotá, Colombia.

MUÑOZ CONDE, J. (1992). *El Concepto de Pena.* Edit. Forum. Bogotá, Colombia.

REYES ECHANDÍA, D. (1998). *Obras Completas.* Edit. Temis. Bogotá, Colombia.

RIVERA, I. (1997). *La Devaluación de los Derechos Fundamentales del Recluso.* Edit. Bosch. Barcelona, España.

Entre el Derecho a Disponer de la Vida y el Deber del Estado de Proteger Bienes Jurídicos

Algunas Consideraciones sobre el Concepto de Persona, los Derechos sobre la Propia Persona y la Atipicidad del Suicidio

Federico S. FUENMAYOR GALLO[*]

SUMARIO:

Introducción

1. Hacia una comprensión inicial del bien jurídico "vida humana". El concepto de persona como base determinante de dicha comprensión: 1.1 *Antecedentes de la concepción actual del bien jurídico "vida humana". Aproximación al concepto de persona en la filosofía griega y en la filosofía cristiana.* **1.2** *El cosmocentrismo y el antropocentrismo como antecedentes del personalismo y el utilitarismo. La preeminencia de la comprensión del hombre como subjetividad en el marco de la sociedad y el Estado moderno.*

[*] **Universidad Central de Venezuela,** *Instituto de Ciencias Penales,* Investigador. *Escuela de Derecho.* Profesor

2. **La positivación de los derechos subjetivos en la historia. Algunas consideraciones sobre los derechos sobre la propia persona: 2.1** *Breve referencia al reconocimiento y positivación de los derechos del hombre en la evolución del Estado moderno.* **2.3** *Consideraciones sobre el fundamento de los derechos sobre la propia persona.*
3. **Consideraciones sobre el fundamento de los derechos sobre la propia persona: 3.1** *Casos de disponibilidad de la vida humana ajena permitidos por el Derecho y casos de disponibilidad de la vida humana ajena no reprochables jurídico-penalmente.* **3.2** *Hacia una armonización entre el derecho a acortarse el tiempo de la propia vida y el deber del Estado de proteger la vida humana. Rechazo de las tesis del deber de vivir:* **3.2.1** *Algunas consideraciones sobre el contenido y alcance del derecho a la vida. Relaciones entre el derecho a la vida y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad*. **3.2.2** *Algunos argumentos en contra de la tesis del deber de vivir. Relación entre el derecho a la vida, el tipo de omisión de socorro y el tipo de inducción al suicidio.* **3.2.3** *Otros argumentos en contra de la tesis del deber de vivir. Entre el derecho a morir y el deber del Estado de proteger la vida humana.*
4. **Sobre el fundamento de la legitimidad del suicidio: 4.1** *El derecho a acortar la propia vida como fundamento de la atipicidad del suicidio:* **4.1.1** *Negación definitiva del deber de vivir: especial énfasis en el pensamiento de Jakobs (1996).* **4.2** *Fundamento de la atipicidad del suicidio.*

INTRODUCCIÓN

Cuando nos encontramos ante los espinosos casos que involucran disposición de la vida humana en cuanto a su existencia,[1] casos, por ejemplo, de suicidio, ayuda al suicidio, muerte a petición y eutanasia, en general,

[1] Este es el sentido que debe dársele a la frase "disposición de la vida humana" durante todo este estudio. Se suprimirá generalmente la mención "en cuanto a su existencia" a los efectos de no sobrecargar el contenido del trabajo y simplificar con ello su lectura.

una de las primeras interrogantes que nos hacemos es ¿tenemos derecho a disponer de nuestra propia vida hasta el punto de provocarnos la muerte? Si respondemos afirmativamente tendríamos que afirmar el carácter no lesivo de bienes jurídicos de la conducta del sujeto que simplemente suprime su vida por mano propia, lo cual fundamentaría en nuestro contexto la atipicidad del suicidio (independientemente de la concepción que sobre el tema se tenía cuando se elaboró el Código Penal) y de cualquier acto ejecutivo del mismo ("tentativa de suicidio"). Si en cambio respondemos negativamente, pareciera casi inevitable el hecho de que tendríamos que basar tal respuesta en un "deber jurídico de mantenernos vivos", por lo cual, cualquier acto de disposición en este sentido, tanto por mano propia como por mano ajena, sería contrario a Derecho. Si no tenemos un deber jurídico de actuar o no actuar en determinado caso, y con la respectiva conducta no lesionamos los derechos de los demás (Art. 20 CRBV), entonces tenemos derecho a desplegar tal acción, la cual será conforme a derecho (Art. 22 *ejusdem*) y no estará, como dicen algunos autores, "en un espacio fuera del derecho".[2]

Como se expondrá a lo largo del trabajo, adoptar una u otra posición trae consigo consecuencias que son relevantes a los efectos jurídico-penales. Según algunos autores la tesis que afirma la existencia del derecho a disponer de nuestra vida hasta el punto de suprimirla, conlleva la necesidad de despenalizar la ayuda al suicidio, la muerte a petición y la eutanasia en general, pero esta posición es francamente errónea. Según una opinión extendida en Alemania, la participación en un hecho que no es delictivo no puede ser impune y por ello no castigan la ayuda al suicidio, pero sí castigan el homicidio a petición (suceso cuyas barreras con aquélla –la ayuda al suicidio–, en ocasiones son muy sutiles).

Afirmar que todos tenemos derecho de disponer de nuestra vida hasta el punto de suprimirla, no implica que deba permitírsele a priori a cualquier sujeto suicidarse, o que deba admitirse la ayuda tanto simple como

[2] Según Roxin (1997) "[...] es posible asignar el suicidio, como algo no prohibido ni permitido, al espacio fuera del Derecho y extraer de ahí consecuencias jurídicas para el supuesto de salvación en contra de la voluntad del afectado" (568).

ejecutiva (muerte a petición) al suicidio, o que no deba prestársele la atención debida al moribundo que desea morir. El derecho a acortarse el tiempo de vida puede existir, pero ello no implica que éste sea ya un derecho ilimitado y absoluto. Todos tenemos derecho a la libertad, pero no parece ser válido jurídicamente consentir nuestra esclavitud (Art. 174 CP), pues de lo contrario, se estarían abriendo las puertas de un pasado con amargo sabor a irracionalidad (permitir este dominio intolerable de unos sobre otros, aun con el consentimiento y, con ello, la herencia de la esclavitud). El derecho a disponer de la propia vida sería un derecho sometido a restricciones y excepciones, incluso por la ley penal: cuando se tipifica la ayuda al suicidio se hace con el fin de evitar que otras personas se involucren en un derecho tan trascendental como el derecho a la vida, se persigue evitar que se provoque la muerte a otras personas que no lo han consentido y se haga aparentar que fue una ayuda al suicidio –resguardo de intereses de dimensiones colectivas–, se quieren evitar también, ligerezas en el manejo del tiempo de la vida propia.[3] Pero también encontramos y justificamos restricciones a este derecho fuera del ámbito penal, ya que el Estado debe establecer políticas a fin de evitar suicidios y, además, como se expondrá más adelante, debe evitar que las personas intenten privarse de su vida, incluso cuando no pongan en peligro con ello la vida de otras personas (caso del sujeto que pretende lanzarse a la autopista), a fin de evitar un apresuramiento injustificado o provocado ilícitamente (inducción) en el modo de tratar la vida.

Como se puede apreciar, la legitimidad de la disposición de la propia vida por mano propia (suicidio), no implica la legitimidad de disponibili-

[3] Según Jakobs (1996), "ni un homicidio a petición ni una participación en el suicidio configuran arrogaciones de organización; si han de constituir injusto, entonces, en todo caso no serían el injusto de un delito de lesión contra la persona..." (20). Para este autor, precepto del homicidio a petición –el cual guarda comparte con la ayuda al suicidio el consentimiento del titular de la vida– "establece, más bien, en actitud paternalista, una norma contra el eventual apresuramiento en el modo de tratar la vida propia", sin embargo, [...] "esa protección paternalista ante los apresuramientos, de la que únicamente puede tratarse la norma contra el homicidio a petición, pierde justificación, a más tardar cuando de la situación objetiva se deriva que la voluntad de morir tiene fundamentos que son cuando menos aceptables, según la base de los cuales aun cabe formular el juicio público" (22-26).

dad de la propia vida por mano ajena (ayuda al suicidio). Afirmar el derecho a disponer de la propia vida, hasta el punto de suprimirla, pareciera ajustarse más a una concepción liberal del orden jurídico y social en general y, en fin, a la racionalidad de nuestra época, y podría permitir solucionar mejor algunos casos extremos de ayuda al suicidio, de muerte a petición y de eutanasia en general. Por otra parte, partiendo de tal reconocimiento se podría utilizar para fundamentar la creación del tipo de homicidio a petición y de algunos casos de eutanasia voluntaria, ya que actualmente estas conductas están injustamente cubiertas bajo el manto general del homicidio.[4] Esta es parte de la justificación de este estudio que pretende ser un modesto aporte para acrecentar la discusión sobre estos álgidos pero inevitables temas.

En esta oportunidad hemos decidido tratar de responder la interrogante inicial (¿tenemos derecho a adelantar nuestra muerte?) partiendo del análisis del bien jurídico "vida humana" y, con ello, del concepto de persona, para luego abordar el tema de los derechos sobre la propia persona y, finalmente, el tema de la disponibilidad de la vida humana y del fundamento de la atipicidad del suicidio. Dentro del primer aspecto a analizar se expone una visión general de los antecedentes de la concepción actual del bien "vida humana", para luego plantear un enfoque aproximado de la concepción del ser humano en el marco de la sociedad

[4] Según nuestra legislación el homicidio consentido por la víctima no puede ser sino homicidio común, ya que ese hecho no está expresamente previsto por el Código penal, como sí lo está en otras legislaciones, que lo sancionan más levemente que al homicidio simple (Italia, Alemania, Suiza, etc.) (Febres, 1962:103). Efectivamente, el Código Penal venezolano no contempla ningún tipo referido al homicidio a petición, ni mucho menos al homicidio por piedad. Grisanti (1997) señala que el "Código Penal venezolano no considera especialmente el homicidio por piedad, quizá porque estima que es delicado y peligroso legislar en materia de eutanasia. Pensamos que, en ausencia de tal regulación legal expresa, debe aplicarse a favor del sujeto activo del genuino homicidio por piadoso, una circunstancia atenuante, de conformidad con lo previsto en el ordinal 4 del artículo 74 del Código Penal, atendiendo al móvil generoso y altruista que guía la conducta del agente" (21). Aparte de esta posibilidad, no existe en nuestro Código Penal ninguna otra consideración aplicable a estos casos con el fin de disminuir la fuerza del Derecho penal, en otras palabras, en nuestra legislación penal tiene poco valor el fin altruista que motivó al sujeto activo, y de nada vale consentimiento por parte del titular de la vida en que se le provocara la muerte, a lo sumo procede la aplicación de la atenuante genérica mencionada, la cual, como se sabe, no da lugar a que se rebaje la pena, sino a que se le tome en cuenta para aplicar ésta en menos del término medio, pero sin bajar del límite inferior de las que al respectivo hecho punible asigne la ley.

y del Estado moderno. Posteriormente, a los efectos de fundamentar la existencia de los derechos sobre la propia persona, se plantea una breve referencia al reconocimiento y positivación de los derechos del hombre en la evolución del Estado moderno y, seguidamente, se aborda el tema del pensamiento de Santiago Nino en torno a los principios básicos de la concepción liberal del hombre y la sociedad que están subyacentes detrás del reconocimiento de los derechos individuales. En el capítulo siguiente se emprende la crítica contra la tesis de la inviolabilidad e indisponibilidad absoluta de la vida humana y la tesis del deber jurídico absoluto de vivir, para posteriormente desembocar en uno de los temas centrales de este trabajo, cual es, el relativo al análisis de las relaciones entre el derecho a la vida, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y las respectivas garantías que los asisten. Finalmente, se expondrá el último piso de la construcción conceptual desarrollada, cual es el relativo al fundamento de la atipicidad del suicidio.

1. HACIA UNA COMPRENSIÓN INICIAL DEL BIEN JURÍDICO "VIDA HUMANA". EL CONCEPTO DE PERSONA COMO BASE DETERMINANTE DE DICHA COMPRENSIÓN

La apreciación de la vida humana no sólo depende del contexto histórico-cultural en que nos ubiquemos, sino también de la perspectiva (filosófica, jurídica, religiosa, entre otras) que lo abordemos. Con respecto al enfoque jurídico (central a los efectos del presente estudio) hay que reconocer que el mismo ha sido influenciado a través de la historia no sólo por la filosofía sino también por la religión (teorías teológicas). Esta innegable realidad (que debe ser cuidadosamente analizada, especialmente en el caso de la influencia religiosa)[5] se evidencia, aun hoy en día (aunque en menor medida) en los argumentos esgrimidos por muchos juristas, especialmente en lo relativo a la percepción del ser humano y la

[5] Según Kant, "la razón tiene que someter todos sus envites a la crítica y en manera alguna le es permitido sustraerse a la libertad de la misma en nombre de cualquier tipo de reserva, porque entonces se desprestigia y acarrea tras de sí todo género de sospechas... La existencia de la razón depende de esa libertad de la crítica" (citado por Savater, Sadaba, Quintanilla, Reyes, Pollán, Ugalde y Aranzadi, 1985:456).

persona y, por ende, en la percepción del derecho a la vida humana y el derecho a la libertad.

A los efectos de desentrañar, fundamentar y comprender mejor la concepción actual del hombre, es imprescindible abordar su estudio, partiendo del propio análisis del pensamiento humano: la filosofía, la cual va a determinar y sustentar en buena medida, las bases de cualquier discusión al respecto.

1.1 *ANTECEDENTES DE LA CONCEPCIÓN ACTUAL DEL BIEN JURÍDICO "VIDA HUMANA". APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PERSONA EN LA FILOSOFÍA GRIEGA Y EN LA FILOSOFÍA CRISTIANA*

A los efectos de estudiar la concepción de bien jurídico "vida humana" se hace imprescindible referirnos al concepto de "persona", el cual, como lo expresa Savater *et al* (1985), "es uno de los mayores temas de la filosofía occidental", y que, por tanto, "desborda los límites de una filosofía cristiana" (451). Según éste, "lo que sí es cierto es que el concepto de persona se amasa en el seno de la tradición cristiana. En efecto, las explicaciones teológicas de la creación y de la encarnación suponen la existencia del hombre como persona, es decir, superponen la singular cualitativa de su incomparable subjetividad" (*Ibídem*).

Luego de un breve paseo por la filosofía cristiana y la filosofía griega, puede apreciarse que el concepto de persona está determinado, en una primera dimensión, por la forma de comprensión de la relación entre el hombre y el cosmos (universo) –o, entre este último y aquél–. En este sentido, puede decirse que el mundo hebreo parte de una visión fundamentalmente antropocéntrica de esta relación, en contraposición a la postura predominantemente cosmocéntrica de la filosofía helena.

Para la mentalidad cosmocéntrica de los griegos lo más importante es la idea de espacio (del cual el hombre sólo es una parte), por lo cual la persona sólo pueda ser valorada dentro de los predios de la naturaleza universal. La persona se comprende bajo la idea objetivista universal-singular, opacándose la concepción del individuo como ser irrepetible e

incomparable. Aquí lo primero que se divisa en el horizonte es el universo, luego el hombre –"miles de copias iguales"– como una parte de aquél.

En contraposición a esta concepción, al antropocentrismo (defendido en el seno de la tradición cristiana) interesa el tiempo: el tiempo permite que se cumpla el proyecto divino. En éste lo más importante es la actividad del hombre (la realidad no es nada sin él). Lo que rige aquí es la idea de subjetividad a partir de la cual se va a entender el cosmos (universo), en este sentido, lo primero que se avizora aquí es el hombre y, por ello, de él parte de la visión de todo lo que le rodea. A decir de Savater *et al* (1985), "en el tiempo bíblico cabe la libertad del hombre, porque lo decisivo no son las reglas previas del juego, sino lo nuevo, el futuro, lo que adviene [...] según esta concepción, el ser humano destaca ontológicamente por su carácter irrepetible e incomparable" (452-453).

De esta percepción antropocéntrica se deriva (además de la originalidad e irrepetibilidad) otra característica que es atribuida a la persona humana: su inviolabilidad. El hombre se concibe como un ser libre, un ser que se autopertenece en virtud de que esa libertad parte de la misma subjetividad del hombre.[6] Más adelante se podrá apreciar qué idea de la inviolabilidad de la persona ha sido considerablemente acogida por el Derecho, al punto de ser considerada, hoy día, como un "principio básico de la concepción liberal del hombre que está subyacente detrás del reconocimiento de los derechos individuales" (*vid. infra*).

Esta base antropocéntrica en la concepción de singularidad e integridad radical del hombre aparece confirmada en buena parte de las ideas de Santo Tomás, para quien "el hombre no puede ser forzado o violentado por nada, ni siquiera por Dios" (citado por Savater *et al*, 1985: 454). Esta referencia a Dios –el hombre es hijo de Dios– nos hace recordar que esta visión antropocéntrica (como se expresó al inicio), se desen-

[6] Es de hacer notar que las tesis planteadas aquí, prácticamente en sus extremos, han sido relativizadas por muchos pensadores en el transcurrir del tiempo, por lo que a veces no resulta fácil ubicar metódicamente determinadas teorías en las que subsisten fragmentos característicos de ambos sistemas.

vuelve, en buena medida, bajo el cobijo de una reflexión teológica derivada de una innegable influencia cristiana.

1.2 *EL COSMOCENTRISMO Y EL ANTROPOCENTRISMO COMO ANTECEDENTES DEL PERSONALISMO Y EL UTILITARISMO. LA PREEMINENCIA DE LA COMPRENSIÓN DEL HOMBRE COMO SUBJETIVIDAD EN EL MARCO DE LA SOCIEDAD Y EL ESTADO MODERNO*

Como se insinuará a continuación, las visiones sobre la relación entre el hombre y el cosmos, aportadas tanto por la filosofía griega como por la filosofía cristiana, van a tener innegable influencia en la posterior comprensión del concepto de persona (y, por ende, en la posterior concepción de los derechos del hombre).

Por mucho tiempo se ha evidenciado que la discusión sobre la comprensión de la persona y su relación con la sociedad (y con Dios) ha trascurrido entre dos concepciones extremas: el utilitarismo y el personalismo. El primero parte de la idea del hombre-objeto, del hombre considerado como un medio; desde una perspectiva utilitarista el hombre no se pertenece a sí mismo, sino que pertenece estrictamente a la sociedad, a Dios o al Estado. Aquí el hombre en sí mismo no es lo más importante, en todo caso éste se encuentra en un segundo plano, lo cual lo hace aparecer como una "simple pieza más" dentro del universo, y allí es donde podría apreciarse cierta vinculación entre esta concepción y las ideas cosmocentristas.

A diferencia del utilitarismo, el personalismo sostiene el concepto del hombre-fin, del hombre concebido como un fin en sí mismo y no como medio para alcanzar fines extra-personales. Desde esta dimensión el hombre está en un primer plano en la relación universal: el hombre en sí mismo es lo fundamental, lo principal. La subjetividad es lo relevante, cada ser humano es especial, original e irrepetible. La libertad se traduce aquí en un atributo esencial del ser humano. De todo esto se deriva una estrecha relación entre personalismo y antropocentrismo; hasta puede decirse que aquél encuentra sus bases fundamentales en éste. Como se sabe, esta idea personalista entró por la puerta grande en la modernidad.

La frase que seguramente representa mejor la concepción personalista es la formulada por Kant, según la cual *el hombre es un fin en sí mismo*. Ésta puede traducirse en que el hombre no debe ser instrumentalizado en función de los demás (al menos no más allá de lo convenido en el "Pacto social", si es que se puede hablar en este contexto de algún tipo de instrumentalización). De allí que él haya escrito en su *Metafísica de las Costumbres* (1797), "que el único derecho originario que el hombre posee en virtud de su humanidad es la libertad y que el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro, según la ley universal de la libertad" (citado en Boladeras, 1999:51).

Luego de revisar algunas ideas de Hegel y ciertas interpretaciones que de ellas se hace, puede considerarse que él se inclina también por una concepción personalista. Según Savater *et al* (1985), "Hegel cuando designa al hombre como subjetividad, se refiere al estado alcanzado por el hombre a la altura de la experiencia histórica del siglo XIX. Este estadio de madurez es fruto, según Hegel, de tres fuentes: la Revolución Francesa, la Ilustración y el Cristianismo" (1985:457). Continúa este autor, "lo que a Hegel le interesa particularmente es establecer la correlación entre subjetividad e historia. Y así dirá que allí donde la subjetividad no se toma en serio y que el hombre no es sujeto de los derechos políticos y sociales, ya logrados, allí no puede haber historia, por muchas rebeliones que anuncien los periódicos" (*Ibídem*). Aquí se aprecia con fuerza la vinculación entre la idea de subjetividad y derechos.

Hegel señaló, con mucha razón, que la comprensión del hombre como subjetividad tiene tres fuentes: la Revolución Francesa, la Ilustración y el Cristianismo. Evidentemente, dicha concepción del hombre (que reposa en una visión antropocéntrica de la relación entre el hombre y el universo –defendida por la filosofía cristiana–) fue sostenida y promovida (e incluso plasmada en las primeras declaraciones de derechos del hombre) durante la Ilustración.

Este enfoque (con algunas variaciones durante el tiempo, *v.gr.* las derivadas del marxismo) se ha extendido en su esencia y ha predominado (con especial acento en la época posterior a la Segunda Guerra Mun-

dial) hasta nuestros días. Como se puede apreciar, no puede negarse la influencia Cristiana y de la Ilustración en la comprensión actual del hombre, sin embargo, no es menos cierto que la modernidad, el catolicismo, el marxismo, la época post-Segunda Guerra Mundial y la contemporaneidad, han aportado elementos que han influido en dicha comprensión; de allí que debamos pasearnos por algunas de esas dimensiones (y otras que de ellas se derivan) para poder así aportar una visión más amplia sobre la idea del hombre, el concepto de persona y, especialmente, sobre el contenido del derecho a la vida y el derecho a la libertad, en armonía con el resto de sus derechos subjetivos y sus correlativas garantías.

En el curso de la historia se han formulado algunas concepciones que podrían denominarse intermedias entre la posición utilitarista y la personalista del hombre, en virtud de que combinan elementos de uno y otro enfoque.[7] En todo caso, si se parte de una concepción radical de ambas tesis, pareciera inconcebible admitir una posición intermedia, ya que si se concibe al hombre como un fin en sí mismo, al menos en términos estrictos, sería inaceptable instrumentalizarlo en función de cualquier ente (llámese Estado, sociedad o Dios). En algunos de estos casos parece preferible hablar de concepciones fundamental o tendencialmente personalistas o, fundamental o tendencialmente utilitaristas, y, en otros, tal vez podría hablarse de nuevas teorías con cierto grado de autonomía con respecto a las posiciones personalistas y utilitaristas en los términos expuestos.

En este sentido, y conforme a lo expresado anteriormente, cada vez más pareciera acentuarse una visión subjetivista del hombre que reconoce como antecedentes a las tesis antropocentristas y, posteriormente

[7] La necesidad de relatividad de ambas concepciones –e incluso de su armonización– parece evidenciarse incluso en los argumentos de muchos autores que son considerados utilitaristas o fundamentalmente utilitaristas. Así, Rousseau (1712-1778) al escribir sobre la libertad, argumenta entre otras cosas, que "[...] el orden social constituye un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás [...] (1982:34)" y que "estas cláusulas –las del pacto social–, bien estudiadas, se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera [...]" (1982:48), sin embargo, no puede dejar de señalar que "renunciar a su libertad es renunciar a su condición de hombre, a los derechos de la humanidad y aun a sus deberes [...] Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre: despojarse de la libertad es despojarse de la moralidad" (1982:41).

a las tesis personalistas (o fundamentalmente personalistas) del hombre. En este caso, hoy podría y debería hablarse de un personalismo más acorde con la racionalidad actual, que se aleja aún más del utilitarismo extremo y que incorpora cada vez más la crítica del sistema. Hoy en día (aunque podría decirse que es una discusión dejada atrás) el hombre parece comprenderse en el centro del universo (todo en el cosmos gira a su alrededor). Por otra parte, para la ciencia actual, tanto desde una perspectiva ontológica como desde una perspectiva axiológica, cada hombre es un ser irrepetible (lo cual parece ser ratificado aun, luego de profundos estudios y prácticas en materia de clonación) e inviolable.

A partir de la idea de que el hombre es un ser histórico (preeminencia del tiempo) se rompe la relación sujeto-objeto.

> La historicidad del hombre conlleva una simbiosis entre hombre y naturaleza: la naturalización del hombre y la humanización de la naturaleza. La naturalización del hombre es la apropiación por el hombre de los medios materiales que le llevan a la satisfacción del reino de la necesidad. La humanización de la naturaleza, por su parte, es el disfrute del reino de la libertad por todos los hombres. La intersubjetividad se traduce en el carácter político de las relaciones entre los hombres (Savater *et al*, 1985:464-465).

En cambio, dentro del personalismo cristiano pareciera imperar el esquema clásico sujeto-objeto: el mundo es el lugar en el que esa "creatura de Dios" va a realizar un proyecto que debe propender cada vez más hacia el proyecto divino (recuérdese que, desde esta perspectiva, el hombre es libre, ya que él siempre puede expiar sus pecados, de lo que lógicamente se desprende que puede pecar en el "tiempo"), de allí que la relación hombre-mundo tenga desde esta perspectiva, un carácter esencialmente ético o moral.

> En la concepción moderna de la subjetividad, por el contrario, el hombre interviene en el mundo, no tanto porque debe, cuanto por necesidad intrínseca: no hay libertad sin apropiación del reino de la necesidad; no se es persona si no se puede funcio-

> nar como tal... La comunidad en la intersubjetividad, es la expresión de la naturalización del hombre y humanización de la naturaleza en que consiste el ser histórico del hombre (Savater *et al*, 1985:465).

Dentro del moderno proceso de subjetivización del hombre, cada individuo (al menos en el ámbito científico, valorativo y político –ámbitos universales y sustanciales en buena medida–) se considera como un ser único que ha de gozar de una libertad que le es inherente a él y que ha de ser reconocida por el derecho positivo (principio de autonomía y derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad).

Ahora bien, hoy día el hombre es persona (sujeto de derechos y obligaciones) aun más allá del Estado. En la asociación de los hombres se han gestado algunas ideas (refirámonos aquí a la de los derechos subjetivos, derechos fundamentales o derechos humanos –dependiendo del significado que se le dé a la terminología–) que debido a su carácter supremamente racional han alcanzado un grado tal de reconocimiento y universalidad que se han escapado de las manos de una sociedad determinada y del Estado para posarse (y reconocerse obligatoriamente) en cabeza de cada ser humano, independientemente del lugar donde se encuentre (universalización de los derechos de la personalidad –otra cosa son los derechos derivados de la ciudadanía y los derivados de la capacidad de obrar–).

Sin embargo, si el hombre pretende vivir en el mundo ha de reconocer también cada derecho de la personalidad perteneciente o inherente a otra persona (así viva solo en una isla desierta) y si pretende vivir en comunidad (*stricto sensu*) entonces seguramente se ampliará el espectro de sus derechos y deberes subjetivos[8] (dependiendo sobre todo de su nacionalidad –ciudadanía y capacidad de obrar–) y de sus deberes (cuya esencia radica en el deber de respeto a los derechos de los demás).

[8] Con respecto al concepto de derechos subjetivos y a la clasificación de los mismos sigo en este estudio el pensamiento de Ferrajoli (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*.

Cada hombre es un fin en sí mismo y, por tanto, todos somos fines en sí mismos; en virtud de ello surge un deber esencial para cada hombre: el deber de considerar también a los otros como fines en sí mismos y, por tanto, de respetar sus derechos. Podría pensarse que esto constituye una relativización de la máxima kantiana expuesta, sin embargo, también podría pensarse que es una idea elemental que se deriva de la misma. En virtud de esta última idea (la cual apoyo), la proposición inicial (relativización de la idea de Kant) tampoco debe llevarnos a pensar que se vea al hombre también desde una perspectiva utilitarista (y menos en los términos expuestos). Podría decirse que éste es un personalismo racional y no radical, en aras de que todos somos fines en sí mismos. El hombre no puede concebirse como un objeto, ni como un medio (al menos en esencia). El hombre es libre en el marco de la dimensión expuesta. En tanto el hombre es un fin en sí mismo, al existir más de un hombre, tendrá que racionalizarse esta válida apreciación inicial (y los garantes de tal racionalización serán el Estado y la sociedad). Esta posición parece ser más coherente con la concepción de la persona imperante en la sociedad y el Estado moderno.

A partir de esto puede decirse que en el marco del Estado democrático, social y constitucional de Derecho y de Justicia (Art. 2 CBRV) y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, lo más correcto (y ajustado con el orden sistemático de esta forma sintética de Estado) es abrazar una concepción esencialmente subjetivista del hombre, admitiendo que en ciertas situaciones (dada la naturaleza humana y el estado de racionalidad actual) a éste le corresponden algunos deberes sociales (y dentro de ellos, deberes jurídicos) que de una u otra forma van a garantizar en definitiva, los suyos. Sin embargo, de esto jamás puede desprenderse que el hombre pertenezca al Estado, a la sociedad o a Dios (al menos científicamente); esto ha de fundamentarse en el hombre mismo, en cada ser humano (irrepetible); en esencia, él es su propio dueño.

De lo contrario, de partir de una visión esencialmente utilitarista, de negarse el Derecho especialmente en su sentido sustancial (y con ello restricción del ámbito de acción de la persona, de su libertad de autode-

terminación) imperaría la más pura de las anarquías. En la racionalidad actual es innegable que sin reglas (Derecho) no hay orden, en tal sentido, "sin un ejercicio de lo que hemos definido como subjetividad no hay historia sino barbarie". De allí que sostenga que debe partirse de dicha concepción subjetivista, pero no en términos absolutos.

Esta última (al menos en esencia) no parece ser la opinión abrazada por un sector de la doctrina jurídica, el cual parte fundamentalmente de una concepción eminentemente utilitarista del hombre, en algunos casos basándose para ello en componentes religiosos o bien prescindiendo de ellos y abrazando concepciones políticas inaceptablemente autoritarias. Dentro de este grupo incluimos a los juristas que rechazan absolutamente la disponibilidad de la propia vida en el aspecto referido a la provocación de la muerte por mano propia (e incluso la disponibilidad de la propia salud en condiciones normales), y abrazan la tesis del "deber de vivir" –a pesar de que tal mandato no se evidencia, al menos explícitamente, en ningún precepto jurídico (al menos de carácter universal– y en nuestro caso, así como en la mayoría de los países –constitucional–).

Este mandato –"deber de vivir"– es defendido fundamentalmente por quienes (partiendo de la religión y trasladándola al Derecho) consideran a la vida como un don divino que pertenece a una entidad superior (Dios), o por quienes, desprendiéndose un poco de argumentos religiosos (pero basándose al menos –predominantemente– en una visión intervencionista, absolutista y arbitraria del Estado y/o de la sociedad sobre el hombre), parecen considerar que los hombres (sus vidas) pertenecen a la sociedad (y/o al Estado) y, que, por tanto, éstos no pueden acelerar su propia muerte de ninguna forma y bajo ninguna circunstancia.

No parece caber dudas al momento de señalar que ambas posiciones utilitaristas terminan considerando al hombre como medio para alcanzar fines extra-personales, inexigibles e inaceptables: en un caso, fines esencialmente divinos, y, en el otro, fines de la sociedad o del Estado, y no, como fin en sí mismo (al menos esencialmente) que es la concepción que acoge el Estado moderno (partiendo en este aspecto, de un predo-

minio de la dimensión o fórmula democrática del mismo). En este sentido, Núñez Paz (2000)[9] señala que

> parece superada la concepción utilitarista como también lo está una concepción individualista que se contraponga a la concepción personalista que domina hoy los ordenamientos jurídicos y aparece como "*lazo de unión*" entre el mundo jurídico y el de los valores sociales... Negar sobre el plano jurídico (otra cuestión es el punto de vista moral) tal derecho y establecer el deber jurídico de curarse es abrir una puerta al sistema de imposición y control del ser humano (17-18).

2. LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS EN LA HISTORIA. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS SOBRE LA PROPIA PERSONA

Ya se dijo que el concepto de persona imperante hoy día no sólo ha sido influenciado por el Cristianismo y por la Ilustración, sino también por la modernidad y la época post-Segunda Guerra Mundial. Una evidencia fundamental de ello se percibe al analizar el desarrollo histórico del Estado moderno y, con ello, el proceso histórico de reconocimiento y positivación de los derechos subjetivos; por esta razón, la primera parte de este punto estará dedicada a este estudio en particular. Luego se hará referencia a la tesis de Santiago Nino sobre la trascendencia de la concepción liberal de los derechos del hombre en el reconocimiento de los derechos individuales, para finalmente desembocar en el estudio de los denominados derechos sobre la propia persona.

2.1 *BREVE REFERENCIA AL RECONOCIMIENTO Y POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO MODERNO*

Un antecedente relevante del reconocimiento de los derechos del hombre se puede ubicar en 1215 con la Magna Carta de Juan II de Inglate-

[9] En el prólogo a la edición española del libro *La eutanasia y el auxilio médico al suicidio* (2000), escrito por Dworkin, G.; Frey, R. y Bok, S.

rra (carta otorgada por el soberano). Varios siglos después se creó el Bills of Righ ingles de 1689 (pacto entre el rey y el pueblo), en el que se comenzaron a admitir de manera aislada algunos derechos del hombre.

Sin embargo, las primeras manifestaciones concretas que reconocen con fuerza legal la existencia de derechos individuales se circunscriben a la Revolución Americana, la Revolución Francesa y la Revolución de Independencia de la América Hispana. En efecto, la *Declaratión of Righs* del Estado del Virginia (12-6-1776), señala que "...todos los hombre son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos...". Pero no fue sino hasta el año 1789 cuando los ilustrados establecieron una declaración de derechos políticamente vinculante: La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789), la cual tiene por bases filosóficas directas las ideas de Locke, Montesquieau y Rousseau.

Como consecuencia inmediata del quebrantamiento del régimen absolutista, esta última declaración objetiva fundamentalmente los derechos de libertad y de participación política. Esto se deja entrever en el artículo primero de la declaración, el cual establece que: "Los hombres nacen libres e iguales en derechos...". Es conveniente precisar que en esta declaración se inspiró la Declaración de los Derechos del Pueblo, proclamada por el Supremo Congreso de Venezuela el 1-7-1811.

El principal y más contundente antecedente histórico en torno al reconocimiento de derechos individuales se encuentra en la Revolución Francesa, específicamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. Desde este momento, como se verá a continuación, existe toda una historia de constante interrelación entre Estado de Derecho y derechos subjetivos, la cual se inicia bajo el manto del Estado liberal de Derecho, continúa en el Estado social de Derecho y busca la perfección bajo la forma sintética del Estado constitucional, democrático y social de Derecho (Art. 2 CRBV).

Con esta Declaración (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) se pretendió limitar el desmedido poder del Estado que se venía materializando hasta la Revolución Francesa. El naciente Estado

de Derecho representó un gran avance, ya que, según éste, la actividad estatal debe estar regulada por la ley, y su objetivo principal es propender al libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los ciudadanos.

Esta primera forma de Estado (concebida bajo el pensamiento estrictamente liberal) se denominó Estado liberal de Derecho. En líneas generales, el imperio de la ley como expresión de la voluntad general, la división de poderes, la legalidad de la administración y el reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales del hombre, constituyen los pilares de esa forma de Estado. A partir de este momento, esos dos importantes conceptos creados por y para el hombre: Estado y Derecho, inician una intensa búsqueda para su armonización.

Bajo la fórmula del Estado de Derecho, el ordenamiento jurídico se concibió como la mejor arma para limitar el gran poder del Estado en pro de la defensa de los derechos fundamentales del hombre –bandera del pensamiento ilustrado y de la Revolución Francesa–. En este sentido Elías Díaz (1998) señala:

> Éstos, los derechos fundamentales, constituyen la razón de ser del Estado de Derecho, su finalidad más radical, el objetivo y criterio que da sentido a los mecanismos jurídicos y políticos que componen aquél. La Democracia, doble participación, es... demanda de participación en resultados, es decir, en derechos, libertades, necesidades (15).

El Estado naciente con la Revolución Francesa constituye el punto de partida más significante del reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre. Sin embargo, el liberalismo no garantizó eficientemente todos esos derechos. La protección de los mismos se identificaba sobre todo con la clase burguesa y no con las clases desposeídas, y esta es la razón fundamental por la cual durante el siglo XIX, se erige una nueva forma de Estado: El Estado social de Derecho, el cual surge para superar el individualismo burgués a través del intervencionismo estatal y la protección de los derechos sociales.

En efecto, luego de la concepción del Estado Liberal de Derecho "fue moldeándose la formulación del Estado Social, no como mera oposición al Estado Liberal, sino más bien como respuesta a la necesidad de intervención que garantizase el equilibrio social" (Rosales, Bello y Borrego, 1996:24). Ahora, no bastaba que el Estado fuera respetuoso de los derechos individuales y brindara un camino franco para el libre desenvolvimiento de la personalidad, sino que además debía propiciar el bienestar colectivo, actuando entre los coasociados para ayudar a obtener la paz mutua y el bienestar del conglomerado social.

Sin embargo, luego de adoptada y puesta en práctica esta nueva forma de Estado, se concluyó, que si se asume una posición extrema en cualquiera de los dos modelos conocidos hasta ese momento –liberal y social–, el Estado no cumpliría eficazmente la misión que le asignaba la racionalidad naciente e imperante hasta nuestros días, pues una postura cerrada que olvide promover la igualdad de oportunidades y de acceso al poder o a la riqueza, o a la realización colectiva, probablemente conduciría a que, a costa de unos, otros alcanzarían el disfrute de niveles de vida insostenibles para el resto de la colectividad (en el marco de una sociedad que igualitaria). Por el contrario, un Estado intervencionista a ultranza puede perder el objetivo fácilmente y situarse en una posición autoritaria bajo el pretexto del bienestar colectivo.

De esto se derivó la imperiosa necesidad de plantear otra forma de organización político-jurídica que armonice estos dos enfoques (Estado liberal y Estado social), con el fin de extraer lo positivo de cada uno de ellos. En tal sentido, se fue desarrollando en la mayoría de los países del mundo una nueva visión del Estado denominada *democrática*.

Se dice que en la evolución del Estado democrático se puede sintetizar lo positivo del Estado social y del Estado liberal, porque en el "contrato" se delega en el Estado el ejercicio del poder, y el pueblo encomienda a representantes libremente escogidos la dirección del mismo. En esta forma de Estado se aspira que todos los ciudadanos obren en un plano de igualdad y, por ende, de igualdad de oportunidades de acceso al poder y a la riqueza, dentro de un clima en el cual se garantice el goce de las libertades, tanto públicas como individuales. Por consiguiente, como

lo señala Rosales *et al* (1996), "el cometido de un Estado democrático se puede resumir en la cada vez mayor realización de los Derechos Humanos, en el sentido más amplio, tanto de los legislados como de aquellos inherentes a la condición de ser humano" (25).

Las características del Estado de derecho derivadas de las ideas iluministas de los siglos XVII y XVIII, han influenciado las constituciones del mundo occidental, y, por su parte, las ideas democráticas han ido madurando, sobre todo a partir de las dos guerras mundiales (de algún modo propiciadas por grupos totalitarios) y las consiguientes declaraciones de Derechos Humanos.

Ya con motivo a la gesta del Estado social y democrático de Derecho, "el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas proclamó la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres" (Nikken, 1991:16). Como es conocido, el 10 de diciembre de 1948,[10] la Asamblea General de la ONU promulgó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a partir de la cual se ha adoptado un vasto conjunto de declaraciones, convenciones y otros instrumentos internacionales destinados a la protección de estos derechos.

El reconocimiento de los derechos humanos y el intenso desarrollo de su protección en el ámbito nacional e internacional, demuestra la constante propensión hacia la extensión de su ámbito (progresividad). En tal sentido, el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela los concibe como valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano, y el artículo 23 *ejusdem,* les otorga rango constitucional a los tratados, pactos y convenciones de derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela.

[10] En ese mismo año se proclamó en el ámbito regional americano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y posteriormente en 1969, entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José.

2.2 *APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO DE SANTIAGO NINO EN TORNO A LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA CONCEPCIÓN LIBERAL DEL HOMBRE Y LA SOCIEDAD, QUE ESTÁN SUBYACENTES DETRÁS DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES*

El Estado naciente con la Revolución Francesa (Estado liberal de Derecho) constituyó (y constituye, en una parte sustancial de su aspecto teórico) uno de los puntos de partida más significantes para el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre, puesto que, como se dijo, el objetivo primordial de éste fue propender al libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los ciudadanos.

La influencia de los principios liberales sobre los derechos subjetivos consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, en los instrumentos posteriores de este tipo e incluso en las constituciones modernas, es evidente, hecho por el cual Santiago Nino (1983:418 ss.), señala que

> detrás del reconocimiento de los derechos individuales están subyacentes los siguientes principios básicos de la concepción liberal del hombre y la sociedad ...el principio de la inviolabilidad de la persona humana ...el principio de autonomía de la persona humana ...y el principio de dignidad de la persona humana.
>
> Según este autor (*Ibídem*), el principio de inviolabilidad de la persona proscribe la imposición de cargas o sacrificios no compensables a ciertos individuos (sin contar con su consentimiento efectivo) sobre la base de que ello redunda en su beneficio –incluso en un grado comparablemente mayor al perjuicio causado a aquellos individuos– de la mayoría de la población (o del Estado, una raza superior, una cierta clase social, etcétera).

Este principio (en los términos expuestos por Nino) se observa en las ideas de quien ha sido considerado el fundador del liberalismo moderno: John Stuart Mill. Según Mill, "nadie puede ser obligado, justificadamente a realizar o no realizar determinados actos... porque en opinión de los demás, hacerlo seria más acertado o justo".

El principio de inviolabilidad impone un límite a la persecución del bienestar colectivo, puesto que nadie debe ser obligado a servir como medio en beneficio de otros. De él se infieren, a su vez, varios derechos, como el derecho a la vida, consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 43 de nuestra Constitución, el derecho a la integridad física y psicológica, entre otros.

Por otra parte, y siguiendo las ideas de Nino (1983:420), el principio de autonomía de la persona presupone que el Estado debe respetar los proyectos e ideales de cada individuo, limitándose a crear todo un entorno que implica la creación de instituciones y adopción de medidas, para facilitar la consecución de esos proyectos e ideales individuales. Según este principio, el Estado sólo puede interferir en la elección y ejecución de los proyectos y planes de vida individuales, cuando con éstos se puedan lesionar o se lesionen derechos de otros individuos. Esta concepción se opone al enfoque perfeccionista, según el cual es misión del Estado hacer que los individuos acepten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia humana.

Con respecto al principio de autonomía individual, debe señalarse en primer lugar, que el derecho a la libertad ha sido la piedra angular de la corriente de pensamiento inspiradora del reconocimiento y protección del resto de derechos fundamentales del hombre: El liberalismo. Sobre ésta, George Mason (1725-1792), autor de La *Declaratión of Righs* del Estado de Virginia (1776), decía: "ni la sociedad ni el Estado pueden abolir lo que es propio del Estado de naturaleza de los individuos: La libertad y la búsqueda de la felicidad (citado en Boladeras, 1999:53). En cuanto a la consideración de la libertad como base del derecho y de la ética, ya se expuso que Kant en su *Metafísica de las Costumbres* (1797), coincide con Locke al escribir que el único dere-

cho originario que el hombre posee en virtud de su humanidad es la libertad (*vid. supra*).

Al hablar sobre este punto es inevitable recordar las palabras de Stuart Mill, quien fue durante toda su vida un incansable defensor de la libertad, la tolerancia y la piedad, hasta el punto que según Isaiah Berlin escribió que Mill (Prologuista de la edición de Alianza editorial del libro "sobre la libertad" de John Stuart Mill, 1988:18 ss.):

> Muchas veces parece defender la libertad con el argumento de que sin ella no puede descubrirse la verdad, ni podemos llegar a realizar, mental o prácticamente, los experimentos que nos revelen nuevas e impensadas formas de maximizar el placer y minimizar el dolor, fuente última de todo valor. La libertad, así pues, sería valiosa como medio, no como fin... Para Mill, el placer o "la felicidad viene a ser algo como la realización de los propios deseos".

Uno de los orígenes del principio de autonomía (expuesto por Nino) lo encontramos en una célebre máxima de Mill, según la cual, el individuo no debe cuentas a la sociedad por sus actos, en cuanto éstos no se refieren a los intereses de ninguna otra persona, sino a él mismo, y que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás.

Del principio de autonomía de la persona se deriva el concepto de libertad plasmado en el anteriormente citado artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), según el cual "la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás...". En tal sentido el artículo 5 *ejusdem* establece que "La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad. Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena". Por tanto, el individuo es libre de elegir sus propios planes de vida individuales, sin que nadie, ni siquiera el Estado, pueda intervenir en ello, siempre y cuando no se atente contra los derechos de los demás.

El otro principio que según Nino se encuentra subyacente en el reconocimiento de los derechos individuales, es el principio de dignidad de la persona humana. Según este autor, este principio puede recibir diferentes formulaciones, de acuerdo con una de ellas, "el principio expresa que las personas deben ser juzgadas y tratadas, para ciertos fines, sobre la base exclusiva de sus acciones voluntarias y no según otras propiedades y circunstancias, como ser, su raza, su sexo, sus particularidades físicas" (1983:421). De esta máxima se infiere el derecho a la igualdad (puesto que no deben existir discriminaciones fundadas en la raza, sexo, etc.) consagrado en el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre, en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 21 de nuestra Constitución.

La dignidad del ser humano ha sido considerada dentro del Estado moderno, la base de los derechos fundamentales. En este sentido, el primer considerando de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: "La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

Como se puede observar, los principios mencionados y las ideas que los originaron, parten generalmente de una posición liberal, según la cual *los hombres deben ser considerados fines en sí mismos y no medios para alcanzar fines* (Kant). Por tanto, en consonancia con las ideas liberales expuestas, se considera a la libertad, en palabras de Rosales *et al* (1996:82), como "el principal postulado de los sistemas democráticos", entre otras cosas, por ser el presupuesto esencial a través del cual éste puede elegir y ejecutar sus propios planes de vida.

2.3 *CONSIDERACIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS SOBRE LA PROPIA PERSONA*

Puede decirse que de esa "piedra angular del liberalismo", de ese "derecho originario", de esa "realización de los propios deseos", de ese "principal postulado de los sistemas democráticos", de ese derecho fundamental y, en fin, de ese poder hacer todo lo que no atenta contra los derechos de los demás, denominado: libertad, aunado a esa "base" pri-

mordial de los derechos fundamentales denominada: dignidad del ser humano; se deriva la idea de los derechos sobre la propia persona.[11]

Todo lo que no es prohibido por la ley no debe ser impedido, de allí que si la ley no prohíbe p. ej. exteriorizar ciertos pensamientos, transitar por determinados lugares, adherirse a una religión concreta, abrirse huecos en casi toda la piel para colocarse zarcillos, ir a visitar a un familiar que padece una enfermedad mortal y contagiosa (salvo casos de epidemias), pueden llevarse a cabo tales conductas y puede decirse que con ello se están ejerciendo derechos sobre la propia persona, aun cuando tales conductas no estén expresa y detalladamente reconocidas por un cuer-

[11] No han sido pocas las tesis que se han planteado a través de la historia en contra de la existencia de los derechos sobre la propia persona. El autor M. Iglesias, en su obra *Aborto, Eutanasia y Fecundación artificial* (1954), expone suficientemente algunas de estas teorías, las cuales nos permitimos resumir a continuación. Este autor señala que según Ravá, es absurdo hablar de los derechos sobre la propia persona, ya que el derecho es esencialmente una relación con el mundo exterior. En el derecho sobre la propia persona, por el contrario, sujeto y objeto aparecen unidos e inseparables, y por eso no puede existir en tal caso lo que se llama un derecho. Este autor niega la existencia de los derechos sobre la propia persona, puesto que si se admitieran, se desconocería la personalidad misma, llevando a la destrucción del propio sujeto. Rosmini (*Ibídem*), opina que, decir que la persona humana es dueña de sí misma y que tiene la propiedad de sí misma, no es decir nada, porque si la persona es dueña, no puede ser dominada por ella misma; si es propietaria, no puede ser a la vez la cosa a la que la propiedad se refiere, estando todos estos conceptos en mutua oposición, y por lo tanto, no son aptos para estimar su concurrencia en un mismo sujeto. Bonnucci (*Ibídem*), parece negar los derechos sobre la propia persona, puesto que según él, el hecho de que el Estado proteja nuestra vida no significa que exista un derecho a la vida. Según este autor, existe solamente un derecho del Estado a que no se mate. En esta misma línea de pensamiento, Magri –prosigue Iglesias– apunta que el homicidio viola no ya derechos y bienes jurídicos privados, sino solamente las normas establecidas para tutelar la ordenación jurídica, el cual se sirve del llamado derecho a la vida como una condición necesaria para su propio funcionamiento. No se analizará cada una de estas tesis, sin embargo, debe señalarse que de acuerdo a la racionalidad actual y al orden jurídico, la vida de cada uno de nosotros (la cual depende directamente de nosotros mismos) nos pertenece como un bien superior al resto de bienes que forman parte de nuestra esfera individual, y que, indudablemente, cada individuo tiene una relación vital y un interés más directo con respecto a su persona que el Estado o la sociedad. Además, la misión del Estado moderno se centra en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos y, por ende, en la realización de los derechos sobre la propia persona, los cuales (compartiendo los principios sostenidos por Nino) se erigen esencialmente sobre el principio de dignidad de la persona humana y sobre los principios de autonomía e inviolabilidad de la persona humana. Por otra parte, (trasladándonos al ámbito jurídico-penal) la propia legislación contempla los delitos contra las personas, demostrando así, que el principal ofendido en estos delitos es el sujeto sobre el que recae la acción delictiva, puesto que se lesiona un bien jurídico que le pertenece directamente.

po legal.[12-13] En todo caso, es acertado considerar que los derechos sobre la propia persona se desprenden del propio derecho a la libertad (traducido en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad), por lo que puede decirse que aquéllos encuentran en éstos un referente directo en el cuerpo legal.

Con respecto a los derechos sobre la propia persona, Iglesias (1954) señala que:

> el derecho que yo tenga sobre mi persona es el primero y más esencial de los derechos, porque constituye el *ubi consistam* respecto al origen y al ejercicio de todos los demás derechos pertenecientes a la personalidad humana. Y de ello se deduce que la compenetración y fusión entre sujeto y objeto, entre personalidad (el hombre como individualidad subjetiva o espiritual) y persona (el hombre como organismo psicofisiológico) son el fundamento y la condición esencial de la existencia del derecho (183).

En este mismo sentido Hegel (citado por Iglesias, 1954:187), señaló que el derecho sobre la propia persona es el punto de partida de todo otro derecho y todo depende de la voluntad del hombre, a la cual además está subordinada la posesión que tiene sobre su propio cuerpo, así:

> El principio en virtud del cual, como persona soy también una entidad particular o individual, significa en sus ulteriores determinaciones: ante todo, que yo vivo en este cuerpo orgánico,

[12] Véase el artículo 22 de la CRBV. También la Sentencia de la Sala Constitucional. s/n. 899 de 31-05-2001. Exp. Nº 00-3309.

[13] A estos efectos, se parte aquí en buena medida, de la concepción de derechos fundamentales y derechos subjetivos que sostiene Ferrajoli (1999:37). Según éste, "son derechos fundamentales todos aquellos `derechos subjetivos´ que corresponden universalmente a `todos´ los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por `derecho subjetivo´ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por `*status*´ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas".

> que es mi existencia, universal por su contenido, y luego la posibilidad real de cualquier existencia ulteriormente determinada. Pero en cuanto persona, yo tengo al mismo tiempo mi vida y mi cuerpo, como poseo otras cosas, solamente porque así está dispuesto por mi voluntad. Yo poseo tales miembros, la vida, etc., en cuanto quiero poseerlos. Si el animal no, el hombre puede mutilarse y matarse ...El hombre, por lo que hace a su existencia inmediata es en sí mismo una parte de la naturaleza, externa a su propio concepto. Sólo con el perfeccionamiento de su cuerpo y de su espíritu, el hombre toma posesión y deviene propiedad de sí mismo frente a los demás.

Es indudable la existencia y el reconocimiento de los derechos sobre la propia persona (entendidos y materializados esencialmente en el derecho al respeto de la dignidad humana, el derecho a la autonomía y el derecho a la inviolabilidad de la persona humana) tanto en el orden jurídico internacional como nacional. Sería una tarea inagotable enunciar todos los casos en los que se evidencia esta situación, desde la consideración de la dignidad humana como base del Estado moderno (primer considerando de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), hasta la consideración de la libertad como el "poder hacer todo lo que no daña a los demás" (artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano).

3. ALGUNOS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA TESIS DE LA INVIOLABILIDAD E INDISPONIBILIDAD ABSOLUTA DE LA VIDA HUMANA Y EN CONTRA DE LA TESIS DEL DEBER DE VIVIR

En nuestro modelo de Estado y bajo la doctrina jurídica actual, resulta innegable la existencia, trascendencia y reconocimiento legal de los derechos sobre la propia persona. Sin embargo, las discrepancias se hacen latentes a la hora de fijar el contenido y alcance de los mismos, especialmente en la materia concerniente a la disposición de la propia

vida, hasta el punto de provocarse la muerte o dejarse morir. La determinación de este último aspecto reviste singular importancia en el ámbito del Derecho penal (no sólo desde el punto de vista dogmático sino también político-criminal), de allí que se dediquen los puntos siguientes a su estudio.

3.1 *CASOS DE DISPONIBILIDAD DE LA VIDA HUMANA AJENA PERMITIDOS POR EL DERECHO Y CASOS DE DISPONIBILIDAD DE LA VIDA HUMANA AJENA NO REPROCHABLES JURÍDICO-PENALMENTE*

Uno de los errores principales en el que incurren quienes parten de una concepción exageradamente utilitarista del hombre, radica en sostener la idea de la inviolabilidad e indisponibilidad absoluta de la vida humana y, por ende, en negar de plano la validez jurídica de cualquier conducta de disposición o intervención sobre la vida humana, ya sea por mano propia o ajena, consentida o no consentida, y, lo que es peor, llegar a defender un "deber de cuidar la propia salud" (bajo cualquier circunstancia).

Prácticamente la totalidad de la doctrina jurídico-penal en el ámbito mundial considera que el bien jurídico de mayor cuantía del ser humano es la vida, sin embargo, como se apreciará en los apartados siguientes, no por esto debe considerarse a la vida como un bien o derecho absolutamente inviolable e indisponible, ya que en algunos casos el propio ordenamiento jurídico acepta la disponibilidad de la vida de otro, o bien desiste del reproche al sujeto por su comportamiento dispositivo de la vida de otro, y, por tanto, se excluye la presencia de delito en estos casos. Dentro del primer supuesto se encuentra la legítima defensa, la cual excluye la antijuridicidad de la conducta, de quien incluso provoca la muerte del agresor, siempre y cuando se den todos los extremos legales requeridos. Dependiendo de la posición doctrinaria que se asuma, también podrían incluirse aquí las muertes amparadas por el estado de necesidad, las cuales, si bien se consideran que no pueden ampararse en el estado de necesidad justificante (excluyente de la antijuridicidad) podrían ampararse entonces en el estado de necesidad disculpante (excluyente de la culpabilidad).

Estos supuestos constituyen los argumentos más contundentes en contra de la tesis de indisponibilidad absoluta de la vida humana, ya que nadie puede dudar que existe disponibilidad de la vida de otro cuando en ejercicio del derecho a la legítima defensa se le provoca la muerte, o bien, cuando por la necesidad de salvar su persona o la de otro, de un peligro grave o inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa, y que no pueda evitar de otro modo, se le provoque la muerte a otro (lo cual, según nuestro criterio, excluye la culpabilidad).

Si realmente la vida humana se considerase un bien absolutamente indisponible, no podría admitirse entonces la imposibilidad del reproche jurídico-penal en algunos supuestos, ni mucho menos podría admitirse como conforme a derecho, en ningún caso, el comportamiento de un sujeto que le provoca la muerte a otro (aparte de la legítima defensa, entran aquí también los casos de ejecución de la pena de muerte en los países cuyo ordenamiento jurídico lo admite y algunos casos de muertes provocadas en conflictos bélicos).

También podría refutarse la tesis de la indisponibilidad e inviolabilidad absoluta de la vida humana, en virtud de que si esto fuera cierto, se tendría que castigar de una u otra forma a quien se haya suicidado y con mucha más razón a quien simplemente haya intentado hacerlo pero no lo haya logrado (se hablaría entonces de una especie de "tentativa del suicidio"), lo cual no ocurre en la realidad.

Aparte de estos casos, que son los más emblemáticos, se pueden citar otros tantos (que incluso son anteriores a éstos) vinculados a la teoría de la acción (jurídico-penalmente relevante) y a la teoría del tipo penal (especialmente los casos de imputación jurídico-penal: objetiva y subjetiva), en los que de una u otra forma se puede apreciar cierta disposición de la vida de otro, cuya punibilidad se excluye ya en los dos primeros escalones del delito (acción y tipicidad).

La fragilidad de la tesis de la indisponibilidad e inviolabilidad absoluta de la vida humana no sólo se desprende de lo anterior, sino que muchas veces se deriva de los argumentos esgrimidos por muchos de sus propios defensores, quienes –contradictoriamente– aparte de admitir p. ej.

el aborto terapéutico, admiten de una u otra forma (en determinados casos) el acortamiento de la vida de aquellos enfermos cuya proximidad a la muerte resulta inminente, e incluso, defienden la legitimidad del "testamento vital" (instrumento en el que se deja constancia de la voluntad del sujeto dirigida a que, llegada la situación, no se le practiquen medidas extraordinarias de prolongación de la vida), los cuales implican supuestos vinculados a la disposición de la vida por mano ajena.[14]

Finalmente, ante la existencia de distintos criterios a los efectos de determinar el comienzo y el final de la vida (y las sutilezas que ello implica), y ante la variación de los mismos a través del tiempo (sin contar con los distintos enfoques imperantes al respecto y su diversa influencia entre ellos), resulta contradictorio e inviable, en la mayoría de los casos, sostener la tesis de la inviolabilidad absoluta de la vida humana.

3.2 *HACIA UNA ARMONIZACIÓN ENTRE EL DERECHO A ACORTARSE EL TIEMPO DE LA PROPIA VIDA Y EL DEBER DEL ESTADO DE PROTEGER LA VIDA HUMANA. RECHAZO DE LAS TESIS DEL DEBER DE VIVIR*

3.2.1 *Algunas consideraciones sobre el contenido y alcance del derecho a la vida. Relaciones entre el derecho a la vida y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad*

Nuestra Constitución –al igual que muchas otras– sitúa a la vida humana como el primero de los "derechos civiles" (Art. 43). Tal ubicación jerárquica generalmente también se evidencia en las declaraciones y tratados sobre derechos del hombre y en el orden jurídico-penal mundial (en la gran mayoría de los códigos penales modernos los delitos considerados más graves o más lesivos, son los delitos que atentan contra la

[14] En materia de respeto a los derechos de los enfermos terminales se recomienda la lectura del trabajo de Arteaga (1992), quien entre otras cosas expone que "debe ser respetada la voluntad del paciente en relación con la prolongación de su vida mediante la utilización de recursos inútiles, artificiales o sumamente costosos, con los cuales simplemente se pretende extenderle irracionalmente su vida, desconociéndole el derecho a terminar en paz su existencia terrestre" (21). Léase también de la p. 23 a la 26 de la misma obra (su descripción se encuentra en las referencias bibliográficas de este trabajo).

vida de las personas). En este sentido, Eser (1998) señala que, por principio, la vida humana aparece hoy como el más alto de todos los bienes**.** Según Bundesverfassungsgericht (BvefGE 39, 1/41) –continúa el autor– 'ella es la base vital de la dignidad humana y el presupuesto de los otros derechos fundamentales´ (88). De esto también podría interpretarse que la dignidad humana va más allá de su base existencial: la vida.

El derecho a la vida es un derecho inalienable e inviolable, a diferencia de los derechos patrimoniales que son derechos negociables y alienables; un derecho que implica límites no sólo para los Poderes Públicos y las demás personas, sino también a la autonomía de sus titulares. A decir de Ferrajoli (1999),

> los derechos patrimoniales [...] son disponibles. Al contrario de los derechos fundamentales, están, pues, sujetos a vicisitudes, o sea, destinados a ser constituidos, modificados, extinguidos por actos jurídicos [...] A la inversa, los derechos fundamentales *–entre los que se encuentra la vida–* tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que todos son *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional (48-49).

En cambio, los derechos patrimoniales tienen (según la ley) "por títulos actos de tipo negocial o, en todo caso, actuaciones singulares, como contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas, por cuya virtud se producen, modifican o extinguen" (*Ibídem*).

Es indudable que el derecho a la vida está sustraído por mandato legal a los actos negociales, y es en este sentido que se puede decir que el mismo no es un *derecho de libre disposición (negocial):* Así como no es válido vender el derecho al voto, no es válido negociar el derecho a la vida, ni el propio ni el de nadie. A esto se refiere, en una dimensión, la indisponibilidad e inviolabilidad de la vida.

Desde esta perspectiva la vida es indisponible e inviolable, no sólo frente a los demás sino también frente al propio titular de ese bien jurídico. En principio, nadie está legitimado para privar de la vida a otra persona

o imponer cargas a ésta no permitidas por el Estado, y, por otra parte, nadie puede negociar su derecho a la vida. Todas las personas tienen el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, pero con las limitaciones que establezca la ley, y, precisamente, las expuestas son algunas de las limitaciones a este derecho fundamental. Tenemos derecho al libre desarrollo de nuestra personalidad, sin embargo, no se puede disponer válidamente de la vida de los demás (con las excepciones expuestas de la legítima defensa, el estado de necesidad, el aborto terapéutico, la eutanasia pasiva, entre otras), ni se puede negociar válidamente nuestro derecho a la vida.

Esto último no es óbice para afirmar desde ya, que sí existe en una dimensión sustancial, el derecho a disponer de nuestra propia vida hasta el punto de acortarla y hasta extinguirla, lo cual legitima, en principio, a su titular, pero no a terceros, para que realicen tales actos de disposición. Este derecho a la disposición de la propia vida, en este sentido, se fundamenta esencialmente en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, el cual, en estos supuestos, podría armonizarse con el propio derecho a la vida siempre y cuando se den ciertos extremos de ley, ya que el derecho a la vida implica a su vez restricciones a su propio titular, basadas en la posibilidad de influencias o intromisiones externas infundadas o injustas y en los "apresuramientos" (término demasiado abstracto) del adelantamiento a la muerte (esta tesis se profundizará en los próximos puntos). De esto puede decirse que el derecho a disponer de la propia vida, hasta el punto de suprimirla, no es un derecho absoluto, sino que, por el contrario, es un derecho que implica (y ha de implicar siempre) serias restricciones en cuanto a su ejercicio.

3.2.2 *Algunos argumentos en contra de la tesis del deber de vivir. Relación entre el derecho a la vida, el tipo de omisión de socorro y el tipo de inducción al suicidio*

El Estado, no sólo por la concepción actual de los derechos subjetivos sino también (y principalmente) en virtud de proteger la vida humana en general, la ha amparado expresa y férreamente a través de la ley, alejándola así de posibles manipulaciones (incluso por parte del propio titu-

lar de ese bien jurídico),[15] que podrían reducirla en la práctica a un bien patrimonial. Sin embargo, esta tutela del Estado no es ilimitada, pues de lo contrario, atentaría contra los propios derechos que éste debería defender. Así, se admite que el Estado prohíba que se sacrifique la vida de alguien en virtud de un "acto de tipo negocial" aunque haya mediado el consentimiento libre del titular de la vida suprimida, pero no se admite que el Estado establezca un "deber jurídico de mantener una buena salud" y, por ende, "el deber jurídico absoluto de vivir".

Hoy día, en armonía con todo lo expuesto anteriormente, estas situaciones –p.ej. tener un estado de salud determinado– pertenecen, en esencia, al ámbito privado de cada individuo y, por tanto, el Estado no puede intervenir en él, siempre y cuando no se esté afectando con ello los derechos elementales de otras personas (si hay p.ej. una epidemia, se admite que el Estado pueda obligar a las personas a realizarse exámenes médicos e, incluso, estar en cuarentena mientras se curan, todo ello para garantizar el derecho a la integridad física y a la vida de otras personas), o no se presuma que se pueden estar violentando –generalmente indirectamente– los derechos del propio sujeto (cuyo ámbito privado podría ser intervenido por razones de orden público).

Refiriéndose al ámbito médico, Arteaga (1992) pareciera asumir en buena medida la posición expuesta cuando señala que

> ...el consentimiento del paciente, aunque no constituye –según la opinión que yo comparto– la razón de la justificación del acto médico, sin embargo, es una condición o requisito para la intervención del profesional de la medicina, quien no puede sustituir la voluntad del paciente, a cuyo cargo está decidir y aceptar el tratamiento o rechazarlo, en circunstancias ordinarias, ya que no podría en forma alguna sostenerse que corres-

[15] Vinculando esto al orden jurídico penal específicamente, podría conectarse con la frase de Kant: "si robas a otro te robas a ti mismo", véase el estudio de Albin Eser sobre la exaltación de bien jurídico a costa de la víctima, en el *libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, tomo II, (comp. Carlos S. Bello y Elsie Rosales). Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas: Caracas, 1998.

> ponde al médico decidir sobre la vida del enfermo y a éste someterse sin más a la voluntad de aquél.... (18).[16]

Pero por otra parte, este autor (1992) parece concebir al suicidio como un acto contrario al derecho, cuando expresa que "nuestra legislación protege la vida por encima de cualquier otro bien, pena como delito de omisión de socorro y asimismo, aunque no castiga al suicida y no considera típica su conducta, sí sanciona a quien instiga al mismo (Art. 414 del Código Penal), por lo cual en definitiva, desaprueba el atentado contra la propia vida (19). En el ámbito español Muñoz Conde (1996) sostiene una posición similar cuando señala que:

> el suicidio es un ataque contra la propia vida del que lo realiza. El suicidio, como tal, es impune en nuestro derecho [...] Esta impunidad del suicidio no significa indiferencia del Ordenamiento Jurídico frente a tal acto. La vida es objeto de protección en el ámbito penal, incluso frente a la voluntad de su titular, que no tiene derecho a disponer sobre ella libremente, y que, en consecuencia, no está legitimado para autorizar a los demás a que lo maten [...] (58).

Es cierto que nuestra legislación ampara a la vida humana por encima de cualquier otro bien, pero (como se observará a continuación) no se comparte aquí la vinculación que hace Arteaga (1992:19) entre la protección fundamental de la vida, la punibilidad de la omisión de socorro y de la inducción al suicidio, y la supuesta "desaprobación jurídica del atentado contra la propia vida" (vinculación y afirmación con la cual posiblemente se deja entrever la afirmación de la existencia de un supuesto –negado aquí– "deber jurídico de vivir").[17] En relación a ello, no

[16] Esta posición se confirma en las pp. 19, 20 y 21 de la misma obra. Según el autor "asimismo, debe ser respetada la voluntad del paciente en relación con la prolongación de su vida mediante la utilización de recursos inútiles, artificiales o sumamente costosos, con los cuales simplemente se pretende extenderle irracionalmente su vida, desconociéndole el derecho a terminar en paz su existencia terrestre" (21).

[17] De la comprensión actual del concepto de persona se deduce un inminente y categórico rechazo a las tesis que sientan sus bases en una visión extremadamente utilitarista del hombre, alejada, como vimos, de las tendencias jurídicas y filosóficas actuales (e incluso, si éstas parten de un utilitarismo absoluto, se alejarían incluso de modernas tendencias teológicas).

se comprende en qué sentido opera la supuesta desaprobación del atentado contra la propia vida, pues como bien lo señala el autor citado, nuestra legislación no considera típica la conducta del suicida, ni siquiera de quien hace todo lo necesario para suicidarse y, sin embargo, no lo logra (lo más probable es que se parte aquí de una fundamentación muy distinta de la atipicidad del suicidio). Puede ser que la desaprobación jurídica del suicidio se extraiga en nuestro caso del Art. 43 CRBV ("el derecho a la vida es inviolable" –ya vimos que esto tiene excepciones), sin embargo, de aceptarse tal desaprobación, igualmente hay que concluir que la misma es irrelevante en el sentido de que no existe ninguna consecuencia jurídica sancionatoria –hasta los momentos– para el que se suicida o intenta hacerlo y no lo logra.

Generalmente quienes parten de un enfoque radicalmente utilitarista del hombre y sostienen la tesis (ya rechazada aquí) de la inviolabilidad e indisponibilidad absoluta de la vida humana sostienen la tesis del "deber de vivir", fundamentalmente en virtud del carácter "sagrado" de la vida.[18] Según esta última, "el hombre debe hacer todo lo posible por conservar su vida". Sin duda, esto llevaría a considerar también (por lo menos) "la obligación de mantener una buena salud (propia y ajena) e incluso, alejarse de los riesgos", todo lo cual tiene un carácter moralizante de bases esencialmente teológicas: "la vida le pertenece a su creador: Dios".

Con respecto al argumento según el cual no podemos disponer de la vida porque nosotros no la hemos creado sino que la hemos recibido, a juzgar por Atienza (2000) se basa en una falacia puesto que,

> todos –o muchos– estamos acostumbrados a sentirnos dueños y a disponer de bienes que no hemos contribuido en absoluto a producir; no parece que seamos menos dueños de un objeto que hayamos recibido en herencia que de uno que hayamos

[18] En relación la "santidad" y "calidad" de vida, véase Eser (1998) en *Derecho Penal, Medicina y Ética* (los detalles de esta obra están en las referencias bibliográficas del presente estudio). Según Atienza (2000:100-101) podría decirse que estos argumentos *–que defienden el carácter sagrado de la vida y lo traspolan al derecho– apelan al Derecho natural*. En este sentido es conveniente observar las críticas que hace este autor encaminadas a restarle fuerza a tal invocación (*Ibídem*).

> construido con nuestras manos. Y, además, ¿cuáles serían los derechos que nosotros hemos creado y no recibido? Y, si no los hubiera, ¿querría ello decir que no podemos disponer de ningún derecho? (103).

Sin duda, tal "mandato" ("deber de vivir") no se evidencia, al menos explícitamente, en ningún precepto jurídico (cuando menos de carácter universal y ni siquiera –en nuestro caso, así como en el de la mayoría de los países, constitucional)–; es por ello que quienes apoyan la tesis del deber de vivir han resuelto derivar el mismo del propio derecho a la vida consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en otras declaraciones y convenios y en el artículo 43 de nuestra Carta Magna. En virtud de esto exponen que tal derecho es absolutamente inviolable e indisponible, incluso por su propio titular, todo lo cual ya ha sido refutado aquí.

Se argumenta también que la vida por ser el derecho fundamental de mayor monta y la base vital de la gran mayoría de los derechos subjetivos, debe prevalecer en todo caso sobre los demás. En este sentido, según Atienza (2000), este razonamiento es falaz puesto que,

> es cierto, que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no se deduce en absoluto que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho [...] es posible pensar que el derecho a la vida goza de preeminencia frente a los otros derechos y, sin embargo, configurarlo como un derecho de ejercicio libre y cuyo contenido sea precisamente el de vivir o morir (102-103).[19]

Refutada la relación entre la protección de la vida (sobre cualquier otro bien) y la (supuesta) desaprobación jurídica[20] del atentado sobre la pro-

[19] En contra de esta tesis también se puede oponer el caso de la eutanasia pasiva y el caso del aborto terapéutico (*vid. supra*).

[20] Una cosa es desaprobación jurídica y otra que el Estado asuma los mecanismos necesarios encaminados a proteger la vida de todos, incluso de aquellos que intentan suicidarse, ya que el Estado no sabe si tales actos son ejercidos voluntaria y libremente.

pia vida, nos queda refutar expresamente la relación entre esta última proposición y la punibilidad de la omisión de socorro y la instigación al suicidio. Tanto la omisión de socorro como la inducción al suicidio buscan fundamentalmente proteger la vida respecto o frente a actos de terceros y no frente a actos del propio titular de la vida (lo cual se evidencia aún más en la omisión de socorro). Con el primer tipo penal referido (único aparte del Art. 440 CP) se ordena a las personas a que presten ayuda a aquellos semejantes que se encuentren heridos o en una situación peligrosa o que estuvieren o parecieren inanimados, a que dé "aviso inmediato del caso a la autoridad o a sus agentes". A través del segundo tipo señalado (Art. 414 CP) se busca esencialmente que los atentados contra la propia vida (hecho no desaprobado jurídicamente) no vengan determinados por otra persona (inductor), pues en ese caso la decisión sobre la vida o la muerte de la propia persona no ha sido libre en su origen, lo cual es ciertamente reprobable. Como se puede apreciar, de estos tipos penales no parece derivarse desaprobación jurídica alguna del atentado sobre la propia vida.

3.2.3 *Otros argumentos en contra de la tesis del deber de vivir. Entre el derecho a morir y el deber del Estado de proteger la vida humana*

Así como existe cierta jerarquía entre los derechos subjetivos, también existe jerarquía entre las garantías correlativas a aquéllos. Esto se evidencia en nuestra propia Carta Magna, la cual, al señalar los valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado, menciona a la vida en primer lugar:

> Art. 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y 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 y el pluralismo político.

De esto se puede derivar que el Estado está obligado a velar por la vida humana por encima de cualquier otro derecho, sin embargo, y hacemos

énfasis en ello, esto no puede implicar jamás que el Estado sea dueño de la vida de las personas o que reconozca que Dios es el dueño de las mismas (tal reconocimiento es potestativo de cada persona –libre desarrollo de la personalidad–, y en ningún momento puede ser impuesto ni ser vinculante, ya forma parte del ámbito privado de cada individuo).

El Estado está legitimado para proteger la vida, mas no para obligar a vivir las personas. Esto no quiere decir que el Estado, el médico o cualquier persona deba quedarse de brazos cruzados mientras se dan casos conflictivos en los cuales entra en pugna el derecho a mermar el tiempo de la propia vida, frente, por ejemplo, al fin esencial del Estado de defender y permitir el libre desarrollo de la persona (Art. 3 CRBV), a su deber de garantizar el derecho a la vida, al deber del médico de restituir la salud del paciente y al deber general de socorrer a la persona que se encuentra en una situación peligrosa (Art. 440 CP único aparte).

En el primer caso, si p.ej. un policía observa que una persona cualquiera intenta quitarse la vida, éste (en defensa del derecho a la vida, a la integridad física, al libre desenvolvimiento de la personalidad de los individuos, y, en fin, en ejercicio de las obligaciones que la Constitución le impone al Estado y de lo previsto en las leyes –incluso penales–) debe tratar de impedir tal acto de disposición de la propia vida (que tal vez podría no ser libre) para evitar un adelantamiento inaceptable de la muerte provocado o derivado de un acto ilegítimo p.ej. la inducción al suicidio, el engaño, el error, un acto de violencia, un caso de sonambulismo, de hipnosis o de un profundo grado de inconciencia derivado del consumo de drogas.

En el segundo caso (relativo a los deberes del médico), se hace necesario citar el artículo 25, 2 de la Ley de Ejercicio de la medicina, el cual establece:

> Sin perjuicio de lo que establezcan las disposiciones legales vigentes, los profesionales que ejerzan la medicina están obligados a:
>
> Respetar la voluntad del paciente o de sus representantes manifestada por escrito, cuando éste decida no someterse al tratamiento y hospitalización que se le hubiere indicado. Esta circunstancia deja a salvo la responsabilidad del médico. Sin

> embargo, la voluntad del paciente no podrá prevalecer en casos en que estén interesados la salud y el orden público conforme a la Ley.

Esto no hace sino reconocer al paciente el derecho a disponer de su propia salud y vida, excepto cuando esté interesada la salud de otros individuos y el orden público, todo lo cual se traduce en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad sin más limitaciones que derivan del derecho de las demás y del orden público y social (Art. 20 CRBV). En todo caso, ante situaciones límite se entiende que el derecho excusa la conducta del médico que salva a la persona, aun en contra de su voluntad, así según Arteaga (1992),

> el caso más complicado se plantea cuando el paciente se opone al tratamiento que el médico indica. En este supuesto, hay que distinguir la situación de grave peligro para la vida del paciente de aquélla en la cual no se da esta circunstancia. Cuando hay grave amenaza para la vida del enfermo, el médico puede actuar y debe hacerlo, aun contra la voluntad del paciente o de sus familiares, ya que se encontraría amparado por el Estado de Necesidad y está obligado de socorrer a quien se encuentra en situación de peligro. Pero si no hay una grave amenaza para la vida del enfermo o una situación de peligro inminente, el médico debe respetar la voluntad del paciente [...]

Estas intervenciones pueden verse como una intromisión en el ámbito privado de la persona o como una limitación injusta al derecho a la autonomía, sin embargo, como ya se dijo, tal intromisión o limitación se basa en la obligación que tiene el Estado de proteger la vida de ese sujeto (aun de él mismo), ya que éste puede estar actuando sin conciencia o control de sus actos, o en fin, puede no estar actuando libremente. En este sentido el Estado actuaría como garante de los derechos de esa persona que tal vez hasta ha sido seriamente inducida al suicidio. Nada de esto debe llevarnos jamás a considerar la posibilidad de admitir el suicidio como delito. El suicidio no debe considerarse como una ofensa a un bien jurídico, puesto que éste constituye un acto de disposición de la propia vida, un ejercicio de un derecho que puede ser limitado por el

Estado en la medida que esa decisión o ese consentimiento pueda estar viciado o en la medida de la capacidad psíquica del sujeto (en el ámbito español "recoge la sentencia de 24 nov. 1994 que `el suicidio consumado naturalmente no es delito ni puede serlo´", Serrano, 1999:43).

Sin embargo, fuera de estos casos (no descartan otros), si se comprueba que el sujeto ha analizado y meditado suficientemente su situación y se demuestra su madurez psíquica, su sanidad mental, sus especiales circunstancias y, además, que su consentimiento no está viciado (todo esto dentro de los límites de la racionalidad), pareciera entonces que nadie está legitimado para impedir que éste disponga de su vida acortándola, ni siquiera el Estado.

Posiblemente falte plantearnos más presupuestos vinculados a la disponibilidad de la propia vida en este sentido, sin embargo, fuera de ellos el Estado y los ciudadanos al impedir un acto de disposición de la propia vida por mano propia (suicidio) estarían atentando contra los derechos de esa persona, contra los derechos que ella tiene sobre sí misma, que ya fueron analizados anteriormente. Otra cuestión cabe plantearse en los casos de disposición de la propia vida por mano ajena (ayuda al suicidio y muerte a petición), ya que en estos casos, aun cuando tengamos (en algunos casos) derecho a disponer de nuestra propia vida por mano propia, tal derecho no hace surgir a favor de un tercero el derecho a suprimir la vida de quien así se lo solicita.

Lo señalado anteriormente nos lleva a reconocer (bajo la fórmula del Estado moderno y del ordenamiento jurídico internacional en materia de Derechos Humanos), la existencia del derecho a disponer de la propia vida hasta el punto de provocarse la muerte, como un derecho sobre la propia persona, el cual, sin embargo, está justificadamente limitado por el Estado, quien tiene la misión de garantizar (aun frente al propio sujeto) ese derecho, pero ya no desde la perspectiva del Estado "propietario del sujeto", sino desde una perspectiva esencialmente personalista-garantista, desde el enfoque del Estado garante de derechos subjetivos, los cuales pueden ser vulnerados por otras personas a través del propio sujeto que pretende disponer de su propia vida (supuestos en los que otras personas pueden utilizar al sujeto como instrumento para el propio perjuicio del mismo).

Sin duda, los derechos sobre la propia persona están limitados por los derechos de las demás personas (es más apropiada esta pauta que la vaga y abstracta fórmula del "orden público y social" del Art. 20 de la CRBV) y por el deber del Estado en garantizar el ejercicio efectivo de estos derechos, sin embargo, de todo esto no se debe concluir que existe un encuentro inconciliable entre el derecho a acortar la vida o a adelantar la muerte (dimensión del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad) y el deber del Estado de garantizar el derecho a la vida, el derecho a su vez al libre desenvolvimiento de la personalidad e, incluso, el derecho al respeto de la dignidad humana. Lejos de ver un conflicto normativo lo que se debe tratar es de armonizar ese grupo de derechos fundamentales y garantías dentro del ordenamiento jurídico.

4. SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA LEGITIMIDAD DEL SUICIDIO

4.1 *EL DERECHO A ACORTAR LA PROPIA VIDA COMO FUNDAMENTO DE LA ATIPICIDAD DEL SUICIDIO*

4.1.1 *Negación definitiva del deber de vivir: especial énfasis en el pensamiento de Jakobs (1996)*

Según Enrique Ferri (citado por Iglesias, 1954:177),

> todo ser humano tiene un derecho a morir reconocido (entre otras cosas) de manera implícita por las leyes, al no castigar el suicidio, para este autor, el derecho a la vida puede ser renunciable o susceptible de abdicación por parte de quien es su titular, y así como el hombre tiene derecho a vivir, también tiene derecho a morir.

Este argumento ha inspirado a muchos otros autores (entre ellos Binding) a la hora de manifestar su opinión en torno al suicidio, a la ayuda al suicidio y a la eutanasia. Sin embargo, estas ideas no son relativamente recientes, ya que como lo expresa (Dworkin, Frey y Bok, 2000),

> muchos pensadores griegos y romanos consideraron el suicidio como un asunto eminentemente personal, en el que no de-

> bía intervenir el Estado. Los cirenaicos, cínicos y epicúreos permitían el suicidio, y los estoicos, por su parte, hacían de él uno de los principios básicos de su filosofía (120).

Para Séneca la libertad humana de elección consiste en ser libre para decidir cómo y cuándo dejamos esta vida: cuando elegimos, aseguramos también nuestra libertad en relación con las condiciones que uno ya no desea soportar.

Hace algunos años Arthur Kaufmann (citado en Jakobs, 1996:7), señaló:

> ...el individuo se debe a la comunidad, pero sólo mientras vive; en cambio no está obligado frente a la comunidad a vivir. Por supuesto, aquí no se pretende poner en duda la indisponibilidad de la vida en su fundamentación religiosa y quizá incluso moral. Sólo que ello no permite fundamentar la norma penal estatal. Sobre el suicidio y sobre el consentimiento en el homicidio, cada individuo ha de decidir por sí mismo... Esto no es asunto del Estado.

Las ideas de Kaufmann inspiraron a Jakobs, quien al igual que éste, llega a la conclusión de que el suicidio "no es asunto del Estado". Según Jakobs (1996), "el suicidio no puede enjuiciarse con base en el modelo de ordenamiento del derecho abstracto, sino en todo caso con base en el ordenamiento de las instituciones que configuran la eticidad", en este sentido señala que

> el Estado moderno no administra lo general, sino lo común como base para lo privado, y puede que de lo privado forme parte también algo general, pero, precisamente, como algo privado, no público. La eticidad en sí misma ya no es un fin del Estado y *per definitionen* no puede serlo en un Estado que garantiza a través de los derechos fundamentales el pluralismo y el individualismo; una sociedad con un Estado de esta índole necesariamente tiene que privatizar la eticidad (17).

Por esta razón, siguiendo las ideas de Jakobs, coincidimos en que el Estado ya no dispone del material con base en el cual pueda enjuiciarse el suicidio, ni su racionalidad o irracionalidad. Y además, independientemente que este acto constituya una lesión de deberes frente a otros, cualquier intento de enjuiciar tales conductas desde el plano del derecho tendría como único presupuesto a la moral, cuyo juicio está muy lejos de la injerencia del Estado moderno.

En tal sentido, según Jakobs (1996):

> Puede enjuiciarse que el suicidio constituya la lesión de deberes frente a otros, como ya sucede en el plano del derecho abstracto. En este sentido, puede que el suicidio de los padres constituya una infracción del deber de los hijos, pero se trataría entonces, al igual que como ya sucede en el derecho abstracto, del injusto de una heterolesión que sería mediado fácticamente por una autolesión. Si lo anterior es correcto, decae al mismo tiempo la posibilidad de establecer garantías jurídicas en virtud de la competencia institucional para impedir intentos libres de suicidarse; pues tal garantía tendría de nuevo como presupuesto el juicio sobre la irracionalidad objetiva, contrariedad a la ética del suicidio, un juicio, por tanto, que es asunto privado en el Estado moderno. Por lo demás, este tipo de garantías conducirían para el sujeto obligado frecuentemente al deber de construir un mundo en común, por ejemplo, a llevar una vida matrimonial, es decir, obligar también a éste a una forma de vida cuya racionalidad ya no puede enjuiciarse públicamente (18 ss.).

En cuanto al argumento perfeccionista según el cual el suicidio implica un incumplimiento de deberes frente a otro, y que, por tanto, es ilícito, se sabe que el propio ordenamiento jurídico se ha encargado de garantizar que algunos de estos deberes se cumplan en la medida de lo posible, incluso luego de la muerte, a través de las normas relativas a las sucesiones, pero no a través de normas penales.

Siguiendo las ideas expuestas de Kaufmann, creemos que el individuo en cuanto sujeto de derechos y obligaciones está en la obligación de

cumplir con todos sus deberes, pero no está obligado a mantenerse vivo. El hecho de que un individuo deba una cantidad de dinero lo obliga a pagarlo, pero no a seguir viviendo. El deber de darle alimentos a los padres le indica al individuo que debe cumplir con tal obligación, pero no lo obliga a continuar viviendo. De lo contrario, todas las personas que mueren teniendo una obligación frente a otra (s) o frente al Estado, atentarían jurídicamente contra estos deberes y, por tanto, con su muerte (por muy natural y aceptada que sea) contrariarían el orden jurídico.

Los deberes frente a los demás terminan para el individuo en el momento que consuma el suicidio, y sólo a través de una ficción legal se extiende la personalidad del mismo para la realización de determinados actos. Esta verdad es reconocida por el Estado al no establecer ningún tipo de sanción para el suicidio, para su tentativa, ni para los casos de autolesiones que no ocasionan la muerte del sujeto, y al no establecer medidas para evitarlos.

La forma de Estado imperante en este momento tiene –como ya se expuso– una marcada tendencia a la protección de la individualidad –no irracional sino armonizada con los derechos de los demás– y al respeto del ámbito privado de las personas, por tanto, cualquier deber jurídico que tenga el sujeto que desea acabar con su vida, estará en principio, por debajo de su derecho a provocarse la muerte (libre desenvolvimiento de la personalidad, respeto a la dignidad humana y, según algunos, derecho a la vida).

Con respecto a la otra afirmación de Kaufman, según la cual el suicidio "no es asunto del Estado", consideramos que se deben hacer algunas precisiones en torno a ésta. Efectivamente el individuo tiene derecho a acortar el tiempo de su vida, sin embargo, en cierta dimensión el suicidio sí es asunto del Estado. En virtud del deber de salvaguardar la vida de los individuos, de su fin esencial previsto en el artículo 3 de nuestra Constitución (cual es "la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad"), entre otros tantos deberes, el Estado debe evitar (en la medida de sus posibilidades) que los individuos sin la debida sanidad o capacidad mental o de manera viciada, o incluso, atentando contra derechos esenciales de los demás, se quiten la vida (con mayor razón

no debe despenalizarse la muerte a petición, pero sí consagrarse de forma privilegiada bajo la forma de "homicidio a petición").

De esto surge una pregunta, ¿cómo saber si todas esas condiciones necesarias se han cumplido?, ¿cómo saber si después de verificadas, el individuo que decide suicidarse incurre en una de ellas? Esta es una difícil situación que el Estado ha decido resolver evitando –en la medida de lo posible– bajo cualquier circunstancia el intento de suicidio, (y especialmente) la ayuda al suicidio y la eutanasia.

Para Dworkin *et al* (2000:117):

> Aunque pueden y deben hacerse esfuerzos para impedir el suicidio cuando los individuos en cuestión están demasiado deprimidos o debilitados para saber que su sufrimiento puede superarse, también es posible que se den condiciones trágicas e irreversibles en las que el suicidio sería una opción legítima.

El Estado tiene el deber constitucional de garantizarle la vida a los individuos y crear mecanismo para su protección, sin embargo, la vida del individuo no le pertenece ni al Estado, ni a la comunidad, le pertenece al propio individuo, puesto que éste tiene el derecho a plantearse, perseguir y ejecutar sus propios planes de vida, sus propios fines. El derecho a la vida y el respeto a la dignidad humana no implican de ninguna manera un "deber de vivir", por el contrario, en ellos subyace el derecho a disponer sobre la propia vida.

4.2 *FUNDAMENTO DE LA ATIPICIDAD DEL SUICIDIO*

Puede decirse que prácticamente ninguna de las legislaciones penales del mundo contempla disposición alguna que sancione penalmente a la persona que atenta contra su propia vida. Según algunos autores, "el suicidio era un delito al cual no se le podía señalar castigo propiamente dicho, puesto que éste no podía recaer más que sobre la inocencia o sobre un cadáver insensible" (Beccaria citado en Febres, 1962:98). Posteriormente, desde una perspectiva de la prevención especial, básicamente se alegó la ineficacia de la pena, puesto que se señaló que la

misma no puede intimidar al suicida, cualquiera sea su clase (*Ibídem*). Según algunos autores, entre ellos Muñoz Conde (1996), [...] el legislador ha considerado, con razón, que no puede castigar a quien atente contra su propia vida, bien porque si el suicidio se consuma no puede castigarse a un muerto, y si no se consuma porque carece de sentido, desde el punto de vista preventivo general y especial, imponer una sanción a quien ha demostrado con su intento el escaso interés que tiene por los asuntos terrenales (58).

En todo caso, independientemente de las razones que se expresen hoy día, el suicidio no es una conducta típica ni antijurídica (en general), y, por tanto, no puede considerarse una conducta delictiva ni siquiera la "tentativa de suicidio" (al menos en nuestro ámbito jurídico y cultural en general). Sin embargo, según Roxin (1997) "[...] siguiendo una extendida opinión, es posible asignar el suicidio, como algo no prohibido ni permitido, al espacio fuera del Derecho y extraer de ahí consecuencias jurídicas para el supuesto de salvación en contra de la voluntad del afectado" (568). Con relación a esto, es evidente que no existe ninguna norma ni precepto jurídico expreso que contenga un "mandato de vivir", y consideramos que tampoco existe implícitamente. Esto se debe, como vimos, a la conceptualización actual de la persona en el Estado moderno, y, por ende, a la existencia y reconocimiento del derecho que tiene toda persona a disponer incluso de su propia vida al punto de acortarla. Sin embargo, ya dijimos que esto no quiere decir que el Estado y la sociedad han de tolerar en todo caso intentos de suicidios, lo cual se desprende en todo caso del propio Derecho (y no, –reiteramos– al menos desde una perspectiva, de "un espacio fuera del Derecho").

El fundamento de los supuestos de salvación en contra de la voluntad del afectado se desprende ya de las propias garantías[21] al derecho a la vida y a la integridad física (incluso a la propia libertad), puesto que tal conducta "salvadora" contraria a la presunta voluntad del suicida, pue-

[21] Según Ferrajoli (1999), "los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)" (43).

de estar justificada, o bien por un derecho-deber general de solidaridad (siempre y cuando no se ponga en peligro la propia vida o integridad física)[22] o bien por un deber especial, p. ej. en caso de ser un médico, o una autoridad policial o de rescate, o incluso, alguien que tenga una relación especial con el suicida (esto invita al estudio de este tema con relación a la omisión impropia).

Por esta razón consideramos que no es lo más apropiado hablar (al menos, en este caso) de un "espacio fuera del Derecho". Parece estar reconocido dentro del Derecho, un derecho (subjetivo) a disponer de la propia vida hasta el punto de provocarse la muerte (al menos privadamente y siempre y cuando no se afecten derechos esenciales de los demás).

Hasta esta dimensión la conducta del suicida no está prohibida, pero tampoco está prohibida, en virtud de salvaguardar el derecho a la vida y a la integridad frente a adelantamientos ilegítimos y apresurados de la muerte, la conducta del individuo y más de la persona a su cargo o de la autoridad (en las cuales el deber está más acentuado) dirigida a impedir la muerte del suicida que, p. ej. está tratando de lanzarse por una ventana del hospital, debido a un ataque de claustrofobia que padece al estar cumpliendo una cuarentena (caso real de personas en que padecen "neumonía atípica" y que han intentado lanzarse por las ventanas de los hospitales) o del sujeto que intenta subir las rejas protectoras de un puente para lanzarse porque acaba de recibir la falsa noticia de la muerte de su único hijo. Se puede decir que la conducta del suicida está permitida, en principio por el derecho, pero también está permitida –o al menos no debe ser reprochada por regla general– la de la persona que intenta salvarla (y que incluso puede estar, en determinados casos, obligada a hacerlo).

Puede decirse también que la ausencia de castigo penal para el suicidio consumado y no consumado, se debe esencialmente a las razones antes

[22] Es cierto que esto es relativo, puesto que no parece ser muy convincente este tipo de solidaridad contraria a la voluntad del suicida. Sin embargo, piénsese en los casos en los que el suicida procede bajo los efectos del error, el engaño, la violencia o de determinadas sustancias que ha ingerido y que lo han llevado a desplegar una conducta que tal vez estando sano no realizaría.

expuestas (la no prohibición de la conducta del suicida). Dentro del modelo actual de sociedad y de Estado, el individuo es libre de decidir si quiere seguir viviendo o no, ya que, además de lo antes planteado, la tesis según la cual no se castiga el suicidio, debido a la ineficacia de la pena, se resquebraja fácilmente al hacer el siguiente análisis: partiendo de las tesis absoluta de la pena, si el suicidio se considerase delito, debería imponerse una pena al autor del "suicidio en grado de tentativa", es decir, al autor que ha intentado, pero no ha logrado consumar el suicidio, todo esto para "reivindicar la situación jurídica infringida" y así satisfacer los planteamientos meramente retribucionistas.

Por otra parte, atendiendo las teorías relativas de la pena, hay que hacer las siguientes consideración: Desde el punto de vista de la prevención especial, la cual busca evitar que el sujeto no vuelva a delinquir, efectivamente carece de sentido aplicar una sanción a quien ha logrado consumar el suicidio, sin embargo, desde este enfoque (si realmente el suicidio se considerase delito, como lo alegan algunos autores) no parecería ilógico ni descabellado imponer una consecuencia jurídica a quien ha intentado suicidarse efectivamente y no lo ha logrado, ya que esa sanción podría traducirse en una medida de seguridad dirigida a evitar que éste vuelva a incurrir en la conducta suicida y evitar así la comisión de un nuevo "delito".

Es cierto que la sanción penal en el caso del suicidio no consumado, no pareciera cumplir un fin preventivo general –al menos muy efectivo, ya que en ese caso los suicidas procurarían reducir al máximo las posibilidades de quedar vivos–, sin embargo, no se puede decir lo mismo desde el enfoque de la prevención especial, ya que, como se dijo, en caso de ser considerado delito, tal vez se podrían evitar nuevos intentos de suicidio por parte de quien intentó suicidarse anteriormente, si se somete a esa persona a un tratamiento especial. Sin embargo, el Derecho, como vemos, no intervine en estos casos, ni siquiera para impedir nuevos intentos de disposición de la propia vida, dejando abierta la posibilidad, casi inmediata, para que el individuo vuelva a intentar privarse de la vida (que es lo que general y lamentablemente sucede), lo cual pone realmente en duda el argumento según el cual no se castiga el suicidio

debido a la ineficacia de la pena y la afirmación de la existencia de un supuesto "deber jurídico de vivir".

Finalmente, cabe señalar que en Alemania desde mediados del siglo XIX, tanto el suicidio como la participación en él son impunes. A decir de Eser (1998), junto al aspecto dogmático de la imposibilidad de participación en una acción atípica como el suicidio, también fue acogida la tesis de Wätchter, según la cual la persona no se encuentra en relación jurídica frente a sí misma (109).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico.* (5ª reimp.). Editorial Ariel: Barcelona, 2000.

ARTEAGA, Alberto. *Temas de Derecho Penal*. Editorial Jurídica Alba: Caracas, 1992.

BOLADERAS, Margarita. *Bioética*. Editorial Síntesis: Madrid, 1999.

DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. (9ª Ed.). Taurus: Madrid, 1998.

DWORKIN, Gerald; FREY, R. y BOK, Sissela. *La Eutanasia y el Auxilio Médico al Suicidio* (trad. por C. Ventosa). Cambridge University Press: Madrid, 2000.

ESER, Albin. *Derecho Penal, Medicina y Genética*. Editorial Ideosa: Lima, 1998.

FEBRES, Héctor. *Curso de Derecho Penal: Delitos Contra las Personas*. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho: Mérida, 1962.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. (Trad. por Perfecto Ibáñez y Andrea Greppi). Editorial Trotta: Madrid, 1999.

GRISANTI, Hernando y GRISANTI, Andrés. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. (7ª Ed.). Editores Vadell Hermanos: Caracas, 1997.

IGLESIAS, M. *Aborto, Eutanasia y Fecundación Artificial*. Ediciones Dux: Barcelona, 1954.

MILL, John. *Sobre la Libertad*. (7ª reimp.). Alianza Editorial: Madrid, 1988.

MUÑOZ, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. (11ª Ed.). Tirant lo Blanch: Valencia, 1996.

NINO, Santiago. *Introducción al Estudio del Derecho*. (2ª Ed.). Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1983.

NIKKEN, Pedro. *Código de Derechos Humanos*. Editorial Jurídica Venezolana: Caracas, 1991.

ROSALES, Elsie; BELLO, Carlos y BORREGO, Carmelo. *Constitución, Principios y Garantías Penales*. Universidad Central de Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas: Caracas, 1996.

ROXÍN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. (Trad. de la 2ª Ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón et al). Editorial Civitas: Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. *Sobre el injusto del suicidio y el homicidio a petición* (trad. por Manuel Cancio y Marcelo Sancinetti). Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho: Bogotá, 1996.

ROUSSEAU, Juan. *El contrato Social*. Editores mexicanos unidos: México D.F., 1982.

SAVATER, Fernando; SADABA, Javier; QUINTANILLA, M.A.; REYES MATE; POLLÁN, Tomás; UGALDE, J.A. y ARANZADI, Juan. *Historia de la Filosofía*. Noguer: Barcelona, 1985.

SERRANO, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. (4ª Ed.). Dykinson: Madrid, 1999.

Aproximación al Contenido y Alcance de los Crímenes de Lesa Humanidad

Gonzalo HIMIOB SANTOMÉ[*]
Eduardo MEIER GARCÍA[**]

SUMARIO:

1. Presentación.
2. Generalidades.
3. Crímenes de lesa humanidad (concepto).
4. El concepto de dignidad humana.
5. Actual comprensión de los crímenes de lesa humanidad.

[*] **Universidad Católica Andrés Bello,** Abogado, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Profesor en Pre y Posgrado. *Centro de Investigaciones Jurídicas,* Investigador. **Universidad Central de Venezuela***, Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas* (pendiente defensa de Trabajo de Grado), *Cursos de Doctorado, mención Ciencias,* aspirante. Autor de varias monografías. **Escritorio Jurídico Rosich, Himiob & Asociados,** Socio Fundador, Coordinador del Área Penal y Criminológica.

[**] **Universidad Carlos III**, Madrid, Reino de España, Master en Derechos Fundamentales. **Universidad Metropolitana,** *Maestría en Gerencia Tributaria de la Empresa*, Profesor. **Universidad Central de Venezuela**, Cursos de Especialización en Derecho Tributario. **Universidad de Salamanca** y **Universidad Internacional de Andalucía**, Reino de España, Cursos en Derecho Constitucional, Comunitario y Tributario.

6. Elementos constitutivos de los crímenes de lesa humanidad: 6.1 *Autoría por parte de agentes del Estado, o a cargo de personas que actúan por su instigación o con su colaboración, asentimiento o tolerancia.* **6.2** *Carácter sistemático o generalizado, expresado en su objetivo de reprimir, no conductas aisladas o fortuitas, sino posiciones ideológicas o políticas, o incluso situaciones de miseria o de descomposición social.* **6.3** *Pueden ser cometidos en cualquier momento, en guerra o en paz, en situaciones de conflicto interno o internacional.* **6.4** *La acción para perseguir los crímenes de lesa humanidad es siempre imprescriptible.* **6.5** *En lo que se refiere al agotamiento de la vía judicial interna, su juzgamiento siempre está a cargo de los tribunales ordinarios (Arts. 29 y 261, CRBV).* **6.6** *Como expresión de una excepción al principio de soberanía, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y la de los Tribunales de cada Estado, y la de éstos entre sí, siempre será complementaria y concurrente, de forma tal que se garantice la plena persecución de los crímenes contra la humanidad.* **6.7** *Quienes hayan cometido crímenes de lesa humanidad no pueden ampararse en privilegios, beneficios o fórmulas procesales, aptas para procurar la impunidad, que deriven de los cargos oficiales o de las posiciones de poder que ejerzan o hayan ejercido.* **6.8** *Tal y como lo ha destacado la Asamblea General de las Naciones Unidas, la falta de regulación interna sobre los supuestos típicos de los crímenes de lesa humanidad, o sobre las eventuales consecuencias jurídicas de la comisión de cualquiera de éstos, nunca puede ser alegada con pretensiones de impunidad.*

7. Legislación venezolana y crímenes de lesa humanidad.

1. PRESENTACIÓN

Ha sido arduo y cruento el camino que llevó al movimiento internacional de los Derechos Humanos y al concierto de naciones a abordar, con el novísimo Tribunal Penal Internacional, la consolidación de la lucha contra la impunidad frente a crímenes que ofenden y lesionan al íntegro de la humanidad. Sin embargo, la gesta incansable de las víctimas por pro-

curar una tutela judicial efectiva, integral y extraterritorial, frente a los atentados al "derecho de gentes", que dañan a los seres humanos en lo más íntimo y esencial para la vida humana, individual y societaria, apenas comienza.

Vemos con estupor cómo en pleno siglo XXI todavía se pretende "cosificar" al hombre, reducirlo a un mero objeto político, a un valor de uso manipulable por el Estado o por intereses distintos de los que atañen a su mejor desarrollo en sociedad, que lo convierten en agresor, para realizar algún "trabajo sucio", que el régimen aquiescente o los intereses coyunturales del poder encomiendan a sus partidarios o afines, pretendiendo no comprometer su responsabilidad directa por los hechos, en los que también se "cosifica" al agredido, a la víctima, a la que se asesina y persigue, causando graves daños a la libertad, integridad y dignidad humanas, por el mero hecho de ser identificada como disidente u opositora de las políticas oficiales y de los anhelos de hegemonía del poder.

Lo que parecía ser lejano en el tiempo y en el espacio para nosotros, ahora es aciaga y lamentablemente, cercano y cotidiano. Aun cercanos persisten los crímenes contra la humanidad y genocidios cometidos por los altos funcionarios del aparato de poder del Gobierno nacionalsocialista alemán de Hitler, quienes fueron inductores y promotores de los delitos que otros cometieron; el caso de la *Caravana de la Muerte* de la dictadura militar de Pinochet; la responsabilidad de los Altos Cargos del Gobierno de la antigua República Democrática Alemana, por los disparos realizados en el Muro de Berlín por los Guardias Fronterizos contra las personas que intentaron pasar a la República Federal de Alemania; el genocidio de los Jemeres en Camboya; la condena de los Generales de la Dictadura de Videla, que dirigieron y organizaron las ejecuciones y desapariciones de ciudadanos argentinos; la tragedia de Uganda bajo el mandato de Idi Amin; los crímenes cometidos por el régimen de Suharto en Indonesia; así como la invasión y genocidio en Timor Oriental, entre otros.

En ninguno de estos casos se puede decir que los altos funcionarios involucrados llevaran a cabo personalmente los secuestros, asesinatos, persecuciones y demás tratos crueles e inhumanos que hoy, por su ma-

nifiesta inhumanidad, nos sorprenden e indignan. Tales actos fueron ejecutados materialmente por otros, pero bajo la organización, inducción y financiamiento de aquéllos, por lo que también son responsables y, por tanto, autores de tales hechos.

Aspectos importantes para la comprensión de la necesaria prevención y la efectiva persecución de los crímenes de lesa humanidad, sin dudas están constituidos por la transnacionalización o globalización del Derecho Humanitario y la aparición de la *lex mercatoria* o ley del capital global, fenómenos ambos que están cambiando el paradigma de Estado-Nación clásico y modificando el concepto tradicional de soberanía (sustentado en la seguridad y defensa nacional, guiado por un Derecho Penal clásico de estricta jurisdicción territorial, y flanqueado por principios de autodeterminación y no injerencia extranjera); porque más allá de la libre circulación de bienes y capitales, con todas las críticas que ésta pueda generar,[1] está el rostro humano de la globalización, fenómeno al punto inevitable –a pesar de sus detractores– que viene a consolidar el principio de justicia universal para ciertas y determinadas formas criminales, las más graves que se pueden perpetrar contra la humanidad como conjunto, como una de las más altas expresiones de la solidaridad humana que permite la determinación de la verdad por los medios jurídicos, alcanzar el esclarecimiento de los hechos antijurídicos de interés global y determinar la responsabilidad de los autores, instigadores, partícipes y encubridores de masivas violaciones de Derechos Humanos para, con ello, contribuir a la preservación de la paz mundial.

El objetivo principal de este trabajo es contribuir a revertir la escasa, y no siempre acertada, jurisprudencia y doctrina nacionales, para precisar en qué medida el Derecho penal internacional, consuetudinario y convencional, el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho internacional humanitario, son vinculantes y obligan a Venezuela

[1] Baumann, Z., Refiere a la forma en que el capital interviene en las esferas nacionales y trasnacionales, determinando lo que ha sido denominado la riqueza globalizada y la pobreza localizada. En: *Globalization. The Human Consecuences*, Cambridge U.K.: Polity Press, 1998, pp. 18-26; citado por Bergalli, Roberto, *Principios de Justicia Universal y Modernidad Jurídico-Penal*, En: *El Principio de Justicia Universal*, AAVV, Colex, Madrid, 2001, p. 189.

en esta materia; pero principalmente, pretende ser un modesto aporte, un homenaje a esa legión de mujeres y hombres que con su esfuerzo, lucha y sacrificio incansable, incluso a costa de sus propias vidas, han impedido que la "era de los derechos humanos" (Bobbio, N. 1991) sea una mera entelequia y un estado de cosas retórico e inalcanzable.

Porque ese evangelio jurídico-político que comenzó con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), que abogaba por la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, como la libertad, la propiedad, la seguridad, la igualdad y la resistencia a la opresión aún está, después de doscientos años, en permanente realización y perfeccionamiento.

2. GENERALIDADES

Los crímenes de lesa humanidad son aquellos que ofenden a la humanidad como género. Hieren, dañan u afrentan la dignidad humana como un valor pluricomprensivo entendida en su sentido más amplio y envolvente; comprometen la conciencia general de la humanidad y rompen las condiciones de vida pacífica y civilizada. Lesionan no sólo al hombre como entidad individual sino al hombre como ser social, a la conciencia y dignidad colectivas y, consecuentemente, además del individuo o al grupo de éstos que afectan en forma parcial, a la comunidad internacional.

Así, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (Caso: Endemovic) precisó, al delimitar los intereses jurídicos protegidos por la represión de esta gravísima forma de criminalidad, que *"...los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima...*".

Si bien el complejo universo de la dinámica social, la vida humana subjetiva y objetivada,[2] constituye el ser de una sociedad, éste es cualitativamente diferente al ser de cada una de las personas, hombres y mujeres, que conforman la sociedad. De allí que al ser humano puedan lesionársele sus derechos fundamentales desde una doble perspectiva, la netamente individual y la social. Esto es así, ya que, además de que es inherente al ser humano una irrenunciable e irrepetible esencia individual (que es también objeto de tutela universal) es indeclinable que éste hace parte de un conjunto, de un género en el cual se desarrolla y que se sirve de estructuras organizadas, estructuras orgánicas, en cuanto estado de cosas, sistemas, factores y procesos, que le permiten el desarrollo normal de la vida individual y colectiva (como el Estado y la sociedad), de su medio ambiente y de la tecnología para fomentar el desarrollo de todo su potencial, y así llevar a cabo el proyecto de vida individual, respetando los derechos de los demás y sin interferencias arbitrarias de las estructuras supraindividuales.

Según lo reconoce la doctrina (Gómez L., J.O.; 1998) *"...A su turno toda existencia humana es coexistencia vida social, forma de organización, pues el hombre no puede existir sino en sociedad..."*.[3] Sólo por vía de excepción el hombre se ve forzado a sobrevivir separado de su especie, y en estos casos aislados no se perciben nunca (ni tienen sentido) posibilidades de desarrollo común y solidario. En términos generales, a esta visión del ser humano (la de éste como entidad social, como ser gregario que depende de los demás y de su ambiente para su mejor desarrollo y para la garantía de supervivencia de la especie) responde la calificación de ciertas conductas como crímenes de lesa humanidad.

Ello no desconoce que en la comisión de este tipo de infracciones se vean comprometidos intereses individuales o netamente individuales, sino que, además de éstos (la vida, el patrimonio, el honor, la salud, la propia imagen, la libertad de conciencia y la expresión individual de las ideas,

[2] Recasens Siches, Luis, *Vida humana, Sociedad y Derecho*, Casa de España en México, 1940.
[3] Gómez López, J.O.; *Crímenes de Lesa Humanidad.* p. 36. Primera Edición 1998. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.; Santafé de Bogotá, D.C., Colombia.

entre otros), cuando contra un individuo o grupo de éstos se comete un **Crimen de Lesa Humanidad** como manifestación lesiva, de las más graves, que pueden perpetrarse contra la especie humana, se están lesionando valores universales de tal entidad que se aflige en ellos, además, a la humanidad en su conjunto y a los valores y principios universalmente aceptados para nuestro mejor desarrollo en convivencia.

3. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD (CONCEPTO)

El concepto de "crímenes de lesa humanidad" se remonta a mediados del siglo XIX. La expresión crímenes de lesa humanidad fue utilizada ya el 28 de mayo de 1915 por los gobiernos de Gran Bretaña, Francia y Rusia, en relación con las masacres de la población armenia en Turquía. Estas tres naciones describieron lo acaecido en Turquía como *"crímenes contra la humanidad y la civilización por los cuales todos los miembros del Gobierno de Turquía serán tenidos por responsables conjuntamente con sus agentes involucrados en las masacres"*.

La primera lista de tales crímenes se elaboró al final de la Primera Guerra Mundial, sin embargo, no quedaron recogidos en un instrumento internacional hasta que se redactó la Carta del Tribunal de Nuremberg en 1945, que incluía el Acuerdo de Londres (agosto 1945) y el Estatuto del Tribunal. Los crímenes de lesa humanidad determinados en esta Carta fueron reconocidos al año siguiente como parte del derecho internacional por la Asamblea General de las Naciones Unidas y se incluyeron en posteriores instrumentos internacionales, como los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994). No obstante, cincuenta años después del proceso de Nuremberg, es que por primera vez se ha definido convencional y rigurosamente en un tratado internacional los tipos penales, al aprobarse el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998, promulgado en *Gaceta Oficial* Venezolana del 13 de diciembre de 2000.

La calificación jurídica de crímenes de lesa humanidad no es extraña al sistema regional de protección de los derechos humanos. En el ámbito hemisférico, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (Resolución aprobada en la séptima sesión plenaria de la

Asamblea General de la OEA, celebrada el 9 de junio de 1994**),** que además goza de jerarquía constitucional en Venezuela que la ratificó el 7 de junio de 1998, reafirma que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad (párrafo VI del Preámbulo) y reconoce dos de las consecuencias más importantes que a una determinada conducta pueda atribuirse, además de la calificación propia del ordenamiento interno, la calificación jurídica de crimen de lesa humanidad: *la jurisdicción universal (Artículo IV) y la imprescriptibilidad de la infracción (Artículo VII).*

Del análisis etimológico, que se desprende de la conjunción de los dos términos que componen el concepto, nos permitimos adelantar el alcance del concepto de los crímenes de lesa humanidad:

> **LESA:** Del latín "Laedsa". Sufrimiento o dolor producido intencionalmente.
>
> **HUMANIDAD:** DRAE (2) "Género Humano". En un sentido más jurídico, a esta noción se asimilan los atributos esenciales e inherentes al hombre, no sólo en sentido individual sino como parte integrante de la especie humana.

Proponemos, sobre estas bases, dos nociones concurrentes de lo que ha de ser entendido como crímenes de lesa humanidad:

> **SENTIDO AMPLIO:** Ofensas, agravio extremo producido intencionalmente a la humanidad.
>
> **SENTIDO RESTRINGIDO:** Daño, lesión o agravio extremo a lo más esencial al hombre, a la dignidad humana, ocasionado por el Estado, *por los agentes de gobierno o por particulares que obran en nombre del Estado o con su aceptación, asentimiento o apoyo directo o indirecto.*

Es precisamente por la aceptación universal (compartida por quienes suscriben) de esta acepción restringida como denominación básica de crimen de lesa humanidad, que discrepamos de las posturas que preten-

den calificar, como crímenes de lesa humanidad a otras formas de criminalidad (extremadamente graves, mas, no por ello identificables con la calificación de "crímenes de lesa humanidad") como el terrorismo, la delincuencia organizada, el tráfico ilícito de drogas u otras similares. En un reciente trabajo Recasens Siches, Luis[4] recoge cabalmente las características esenciales (con un profundo análisis sobre la evolución histórica de las mismas) de las conductas que han de ser comprendidas como crímenes de lesa humanidad, pero indica,[5] de manera equívoca, a nuestro criterio, (aunque acepta que en primer término serán agentes de los crímenes en comento los que representen o actúen como funcionarios del Estado o a los que obren por cuenta de éste) que ello desconoce que *"...cualquiera puede cometer persistentemente crímenes de lesa humanidad en cualquier lugar de la tierra..."*. Abundando en lo anterior, destaca el jurista comentado que actos concretos de terrorismo, como por ejemplo, el atentado contra las torres gemelas del "World Trade Center" en Nueva York el 11 de septiembre de 2001 *"...son más planificados, potentes, crueles y eficaces que algunos ejecutados por el Estado o por sus "ad láteres (sic)..."*, por lo que, a su criterio, particularmente los actos de terrorismo han de ser considerados, dentro del marco general previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, como crímenes de lesa humanidad.

Lo que caracteriza a un crimen de lesa humanidad, además de su particular lesividad (que involucra graves daños a humanidad en su conjunto, de la misma forma en que puede pregonarse del terrorismo, por ejemplo) es que *en su comisión están involucrados agentes del Estado, o personas que actúan por su instigación o con su colaboración, asentimiento o tolerancia, de conformidad con la política de un Estado o de una organización que obra bajo su patrocinio o tolerada por ese Estado.*

---

[4] *Crímenes de Lesa Humanidad*. En *Ciencias Penales. Temas Actuales. Homenaje al R.P. Fernando Pérez Llantada, S.J.*. pp.. 173 y ss. Publicaciones de la Universidad Católica "Andrés Bello". Junio de 2003. Caracas-Venezuela.

[5] Angulo Fontiveros, A.; *Ob. Cit.* p. 190.

No se trata sólo de que se cometan graves actos de lesión a la dignidad humana (en lo que concurre, como forma criminal, el terrorismo con los crímenes de lesa humanidad) o lo que es lo mismo, *no es únicamente la gravedad del daño la que determina que un acto deba ser considerado como un crimen de lesa humanidad o no; a ésta debe sumarse, entre otras características especiales, el que los agentes de la dicha lesión sean funcionarios del Estado o particulares que obran, bajo la instigación o merced la aquiescencia del Estado, en ejecución sistemática o generalizada de una política declarada o no declarada formalmente por éste.* Ello no implica, bajo ningún respecto, que de alguna manera, como lo sugiere[6] el autor en comento, la no inclusión de los actos de terrorismo dentro del catálogo de crímenes de lesa humanidad signifique la negación o la banalización de su especial cualidad dañosa (máxime cuando, a nivel mundial, existen muchos y muy severos dispositivos dirigidos al control y prevención de esta grave forma de criminalidad) o que se haya aceptado a nivel mundial (lo cual es una derivación que desconoce el desarrollo de otros cuerpos normativos sobre otras formas distintas de criminalidad que, a veces, pecan hasta de excesiva y difícilmente justificable severidad)[7] "*...lo único injusto puede venir de parte del Estado...*".[8] Por el contrario, significa que los crímenes de lesa humanidad y los actos de terrorismo son modalidades criminales que, si bien pueden concurrir en cuanto a la gravedad de los daños que de ellos derivan, y del temor generalizado que a la humanidad produce su comisión, no se identifican en lo que a sus características esenciales se refiere (especialmente en cuanto a lo que individualizan los medios particulares de comisión y los atributos de los agentes de cada una de estas maneras criminales).

Por ejemplo, el homicidio de una persona, por motivos personales o particulares, e incluso por motivos políticos (como ocurre en los casos de

[6] Angulo Fontiveros, A.; *Ob. Cit.* p. 200.
[7] Como las que se evidencian en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas –Viena 1988–, que es Ley Vigente en nuestro país desde el 21/06/91, según G.O. N° 34.741.
[8] Angulo Fontiveros, A.; *Ob. Cit.* p. 205.

terrorismo) pese a la evidente identidad de la gravedad de afectación al interés jurídicamente tutelado "vida humana", y al igual rechazo que produce a nivel general, no puede ser tenido ni tratado como un asesinato (crimen de lesa humanidad en los términos que prescribe el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional) si en su comisión no concurren las especiales exigencias que antes hemos apuntado y que buscan proteger a la humanidad (que no solamente a las personas entendidas como individualidades) precisamente, de los ataques que contra ésta puedan articularse en uso del poderío y mecanismos que facilitan a los agentes del Estado (o a los particulares que obran con su anuencia o tolerancia) no sólo la comisión *per se* de tales crímenes, sino la más absoluta impunidad.

Sin embargo, hemos de hacer una salvedad. Existen modalidades de terrorismo que, ciertamente se concretan y materializan a través de la comisión de crímenes de lesa humanidad. Se trata de los *actos de terrorismo de Estado*. Si una de las notas definitorias del actuar del terrorista (en genérico) es que procura, en uso de medios que infundan el terror a cualquier costo (de allí su especial connotación inhumana) el desgaste ideológico (que no necesariamente material o estructural) de aquellos a quienes individualiza como sus oponentes, vemos que los actos lesivos que, como crímenes de lesa humanidad, han sido descritos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *pueden concretarse, desde el Estado o desde sus operadores formales o informales, contra una masa poblacional definida por motivos ideológicos, religiosos, políticos o raciales con las finalidades concretas antes apuntadas (el desgaste ideológico del oponente a través del terror)* lo cual, *ciertamente, haría coincidir a los crímenes de lesa humanidad con la especial modalidad de terrorismo (la más grave, a nuestro criterio) denominada "terrorismo de Estado",* particularmente reprochable, en tanto que se sirve de la estructura organizada del Estado y de sus recursos (originariamente constituidos para permitir al ser humano su cabal desarrollo en sociedad) para el logro de finalidades criminales al amparo de la impunidad que deriva del ejercicio del poder.

Es entonces, esa particular propiedad de los crímenes de lesa humanidad (la de que necesariamente intervengan en éstos funcionarios del Estado o particulares que obran, bajo la instigación o merced la aquiescencia del Estado, en ejecución sistemática o generalizada de una política declarada o no declarada formalmente por éste) la que los individualiza y determina como tales y así son entendidos los crímenes de lesa humanidad en el contexto mundial, según será desarrollado a lo largo de esta entrega.

4. EL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA

Elemento esencial de toda infracción penal, sea que se trate de infracciones comunes o de crímenes de lesa humanidad, lo es el interés jurídicamente tutelado, esto es, los valores cuya protección se pretende a través del proceso de tipificación y de atribución de consecuencias jurídicas determinadas, a saber, las penas. De la moderna aceptación constitucional e internacional del modelo de justicia penal garantista cognoscitivo deriva que el Estado (y, en nuestro caso, la justicia universal) debe tutelar, jurídico-penalmente, valores humanos planetarios de los que no se puede prescindir, o que no pueden ser disminuidos o afectados, sin generar con ello daños graves a las reglas humanitarias de convivencia, poner en peligro a la especie en su conjunto y ofender la dignidad humana.

De allí que sea menester de los órganos internacionales, y de la comunidad internacional en pleno, sustentar la descripción de conductas lesivas contra la humanidad en criterios empíricos (con el auxilio de las disciplinas que le permitan interpretar la dinámica social) para evitar la pérdida de su sentido material y que éstas normas se conviertan en simples instrumentos de "colonización legislativa" o de imposición forzada de las ideologías de los países poderosos. Si en la delimitación de lo que ha de entenderse como un crimen de guerra, una violación grave de los derechos fundamentales o un crimen de lesa humanidad priva el interés de hegemonía de unos países sobre otros, que no la tutela formal y material del valor de la dignidad humana, se condena al fracaso a la justicia universal.

Una cosa es la lucha universal por la preeminencia de los derechos fundamentales, y la consecuente condena a la impunidad de los críme-

nes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad;[9] y otra, muy diferente, es la imposición de criterios falsamente globales de control punitivo como mecanismos de difusión y afianzamiento de ideologías. Constituye un contrasentido oponerse, so pretexto de una mal entendida globalización maximizante del poder punitivo, a la imposición arbitraria de las ideas o posturas políticas (tipificando tal conducta como un crimen de lesa humanidad) tratando, a la vez, de imponer valores parcializados con base en uso del poderío militar, económico o político. Destacar esto es particularmente importante en nuestro margen, dado que, pese a que no se cuestiona en esta entrega la vigencia del principio de la justicia universal, aceptando con ello la necesidad de una específica e inevitable globalización del control penal en tutela de algunos ámbitos particulares, y el consecuente y muy exclusivo relajamiento del principio de soberanía para los casos concretos del control punitivo sobre los crímenes de guerra, las violaciones de derechos fundamentales y los crímenes de lesa humanidad; sí han de ser denunciadas como negativas las ideologías que promueven, con respecto a determinadas formas de delincuencia diferentes de las de guerra y a las de lesa humanidad (por ejemplo, las relativas a la comercialización ilícita de drogas y las normativas sobre "delincuencia organizada") que someten la respuesta punitiva a una supuesta[10] postura "global" frente al fenómeno que, a través

[9] Destaca el Principio Primero de los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de Lesa Humanidad*. (Resolución Nº: 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 03/12/73) cuanto sigue: *"Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas"*.

[10] Decimos "supuesta" porque la postura que promueve la represión (proveniente, fundamentalmente de los Estados Unidos de Norteamérica), no es siempre compartida por otras potencias como, por ejemplo, las Europeas. Así se desprende, entre otros, de las *Conclusiones del Seminario Internacional Sobre la Actual Política Criminal en Materia Tráfico y Consumo de Drogas,* (publicadas por la Editorial Temis –Colombia– en la revista "Nuevo Foro Penal N° 54". Cuarto Trimestre de 1991. pp. 559 y ss.). En éstas se destaca: *"...Los participantes en este seminario, que comparten sustancialmente las conclusiones adoptadas en el seminario sobre Drug Policies in Western Europe, celebrado en Tilburg (Holanda) en 1.988, comprueban con gran preocupación cómo desde entonces no ha dejado de acelerarse el desarrollo de una política en materia de drogas, centrada fundamentalmente en el aprovechamiento exhaustivo de las vías represivas. En la consolidación de esa tendencia ha desempeñado un papel fundamental la actitud de la comunidad política internacional que, como lo pone de manifiesto la Convención de Viena de 1.988, continúa sorda a las numerosas voces que claman por una nueva configuración de la política criminal en esta materia para evitar los innumerables males que está produciendo..."*.

de la imposición de ciertas políticas particulares en extremo represivas (como las que se evidencian en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas –Viena 1988–, que es Ley vigente en nuestro país desde el 21/06/91, según G.O. N° 34.741), condiciona el actuar legislativo interno hacia la asunción de determinadas actitudes en favor, normalmente, de intereses políticos e internacionales coyunturales y de corto plazo, alejados de la realidad particular de cada conglomerado social y de la necesidad del debido resguardo a los preceptos propios del moderno Estado Social y Democrático de Derecho.

Es de vital importancia tomar conciencia, entonces, de que sólo la cabal determinación del objeto de tutela, del interés cuya protección se pretende a través del establecimiento de los mecanismos de justicia universal, pondrá coto al uso indebido de los mecanismos internacionales como herramientas de dominación de unos pueblos sobre otros. Para Zaffaroni, E. R. (1981) interés jurídicamente tutelado es *"...la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas..."*.[11] Fernández Carrasquilla, J. (1989) señala que éstos son *"...valores, intereses y expectativas fundamentales de la vida social (del individuo, la comunidad o el Estado), sin los cuales ésta es imposible, precaria o indigna, y que por esto reflejan la necesidad estricta de la tutela jurídicopenal, que se apoya también en su reconocimiento por la Constitución Nacional, los tratados públicos sobre Estado de derecho y derechos humanos internacionales..."*.[12]

Definida la noción del interés jurídicamente tutelado, como relación de disponibilidad (no susceptible de arbitraria perturbación) con respecto a nuestros derechos y a los valores comunes, y como concepto de estos

[11] Zaffaroni, E. R.; *Tratado de Derecho Penal.* Tomo III. p. 240. Primera Edición. 1981. "Ediar" Sociedad Anónima Editora. Buenos Aires-Argentina.
[12] Fernández Carrasquilla, J.; *Derecho Penal Fundamental.* Tomo II. p. 52. Reimpresión de la Segunda Edición. 1989. Editorial Temis. Bogotá-Colombia.

mismos valores universalmente aceptados como fundamentales a la existencia del ser humano en convivencia, cabe destacar el papel primario que dicha noción ha de jugar no sólo en la tipificación de las conductas punibles, sino en la aplicación de las normas respectivas y la imposición de las sanciones correspondientes. Además de la que apuntamos *ut supra,* (la relativa al contenido material –que no simplemente formal– de los tipos) la importancia de la noción de bien o interés jurídico se expresa en las funciones que le son reconocidas por la generalidad de la doctrina, a saber: *la sistematizadora,* según la cual las leyes penales se estructuran y clasifican en atención a determinados bienes jurídicos; la *interpretativa,* que *"...permite excluir del tipo penal las conductas que no lesionan o amenazan el interés jurídico tutelado por la ley...";*[13] y, también la *de garantía,* en tanto que se impone crear delitos y sancionar sólo en la medida y cuando ello sea imprescindible al mantenimiento de la convivencia social y, en nuestro caso, de la convivencia planetaria. La noción del bien jurídico cumple además una *función crítica,*[14] que permite determinar si *"...el carácter protectorio de bienes jurídicos ha fallado por exceso o por defecto...",* e incluso, se afirma, tiene el mérito de haber hecho "reaparecer a la víctima" *"...tras siglos de haber permanecido oculta por los principios de reprochabilidad, de antijuridicidad y de referencia exclusiva a la conducta del delincuente..."*.[15]

Debemos precisar entonces cuál es, en los crímenes de lesa humanidad, el objeto jurídico de tutela, y adelantamos que este interés no es otro que el de la dignidad humana, entendida ésta como un valor conglobante, pluricomprensivo, dentro del cual se recogen todos y cada uno de los derechos humanos fundamentales. El Art. 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de profundo sentido social, rescata la concepción antropocéntrica del hombre; como individuo y como sujeto social, como ser social y como ente en relación a su medio.

---

[13] Velásquez Velásquez, F.; *Derecho Penal. Parte General.* p. 34. Segunda Edición. 1995. Editorial Temis. Bogotá-Colombia.
[14] Fernández Carrasquilla, J. *Ob. Cit.* p. 56.
[15] Hassemer, W. *Fundamentos del Derecho Penal.* p. 37. Trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Primera Edición. 1994. Bosch Casa Editorial. Barcelona-España.

> Artículo 3. El Estado tiene como fines esenciales **la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad**, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.
>
> La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

Todo ser humano es persona, independientemente de que el Estado le reconozca o no tal calidad. La personalidad, como cualidad, es inherente a la existencia (Art. 16 Código Civil Venezolano y –entre otros– los Arts. 3, 15 y 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y ni siquiera el manifiesto irrespeto del Estado a esta cualidad desdice de la misma. El derecho a la personalidad también es tutelado en múltiples tratados internacionales, lo que da cuenta de su importancia a nivel global.

El ser humano es en nuestro modelo de Estado lo más importante, es el destinatario último de toda función estatal y de todo ejercicio del Poder Público. El Estado sólo se justifica en cuanto cumpla los fines de respetar al ser humano y de reconocerle y protegerle, por el sólo hecho de existir, sus derechos. Reconocer y proteger la dignidad humana es ubicar al hombre como máximo valor, considerarlo "fin en sí mismo" y no convertirlo, como ya se ha dicho, en herramienta o en un "valor de uso". Es éste uno de los valores fundamentales y superiores del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho[16] y a la promoción y protec-

[16] Dice la Exposición de Motivos de nuestra Carta Magna *"...Las personas y los grupos sociales han de empeñarse en la realización y ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, mientras que el Estado es el instrumento para la satisfacción de tales fines.*
Por todo ello se incorporan al texto constitucional como valores superiores del ordenamiento jurídico de Estado y de su actuación, la vida la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad individual y social , la preeminencia de los derechos humanos la ética pública y el pluralismo político...". "Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con Exposición de Motivos". Gaceta Oficial Nº 5.453 Ext. del 24/03/00. Vadell Hermanos Editores. Caracas-Venezuela.

ción de estos valores ha de orientarse toda actividad de gobierno, so pena de proponerse manifiestamente ilegítimo.

Enaltecer la Dignidad Humana no sólo comporta el respeto de todos y cada uno de los derechos fundamentales, sino que el hombre sea considerado digno y, además que sea tratado como tal. Así lo disponen, entre otros, los Arts. 46 Ords. 1º y 2º; 55, 80, 81, 91, 332 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Art. 182 del Código Penal, los Arts. 1º, 10, 125, Ord. 10, del Código Orgánico Procesal Penal; los Arts. 4 y 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los Arts. 1º, 3º, 5º, numeral 2; 6º, 7º, y 11º, entre otros, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (G.O. Nº 32.256, del 14/06/1977) y los Arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 12º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º y siguientes del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (G.O. Nº 2.146 del 28/01/1978). Así también lo destaca especialmente la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, particularmente en su artículo 8º, en el que trata los crímenes de guerra y en su Art. 68, dirigido a la protección de las víctimas como una de las finalidades fundamentales del proceso.

El Estado está obligado a intervenir activamente en la tutela de la dignidad humana y de todos los Derechos Fundamentales del ser humano, por lo que sus operadores, en este sentido y en relación con los particulares y con este especial objeto de tutela, asumen la denominada "posición de garantes", según la cual han de conducirse activamente en el cumplimiento de estos deberes tutelares, sin que sean justificables, bajo ningún respecto, omisiones o incumplimientos que conduzcan a la lesión de los valores inherentes a la consideración del ser humano como una entidad titular de una especial dignidad.

En la Constitución venezolana de 1999, incluso en su Exposición de Motivos, se insiste en el reconocimiento de la protección de los derechos humanos, sean éstos de cualquier tenor (ordenamiento nacional o internacional) y para ello, se abona que serán de aplicación preferente aquellas normas que consagren este tipo de derechos, indistintamente de su procedencia. Se trata de los principios o criterios *pro homine*, *pro libertatis* o del "mayor valor" de los derechos, que informan todo el

derecho de los derechos humanos, según los cuales debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer y tutelar derechos protegidos, y que atienden a que las normas sobre derechos humanos, sustantivas y procesales, se interpreten del modo más amplio posible, de forma que puedan aportar su efecto útil, capaz de favorecer la optimización de su contenido.

Los derechos y garantías manifiestan su fuerza, no en su configuración u ordenación, sino en su concreción, en su tutela y aplicación, porque el debate constitucional se centra en la constante lucha entre un catálogo objetivo y la realidad, y es precisamente esta correspondencia entre catálogo y realidad, lo que pretende preservarse con las garantías institucionales, como los principios de constitucionalidad (supremacía y valor normativo de la Constitución) y legalidad de la actuación de los Poderes Públicos, de seguridad jurídica, de separación de los poderes y de reserva de ley, entre otros, pero especialmente, el principio, valor superior, jurídico y ético, del respeto y goce irrestricto de los derechos humanos, cuya preeminencia modela e informa nuestro Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (artículo 2 de la Constitución), poniendo como centro de gravedad la dignidad humana que es, como lo señala la doctrina, el **Grundnorm**, en el sentido lógico, ontológico y deontológico de todo el ordenamiento jurídico.[17]

Es por ello que principios como *pro homine*, *pro libertatis* o del "mayor valor" de los derechos, que informan todo el derecho de los derechos humanos, toman como centro de gravedad a la dignidad humana y atienden a que las normas sobre derechos humanos, sustantivas y procesales, se interpreten de forma maximalista, esto es, del modo más amplio posible, sin que ello suponga una equívoca concepción del derecho punitivo como "única herramienta" para el control social global, de forma que puedan aportar su efecto útil, capaz de favorecer la optimización de

[17] Meier García, Eduardo (2002). *Reflexiones sobre el sistema tributario y el principio de legalidad tributaria en la Constitución de 1999*, en Revista de Derecho Corporativo, Vol. 2, N° 1, Universidad Metropolitana, p. 81.

su contenido, y en este caso garantizar que las normas orgánicas de la Constitución no solapen el acceso efectivo a la justicia que, como afirma Cappelletti, M.; (1996) *"...se puede considerar, entonces, como el requisito más básico –el "derecho humano" más fundamental– en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos..."*.

La concreción de la tutela (respeto y garantía) de los derechos humanos, y de los derechos y garantías constitucionales, es una garantía universal y permanente que, conforme lo dispone el artículo 19 de la Constitución, inexcusablemente obliga a todos los órganos del Poder Público y a todos los ciudadanos de conformidad con los artículos 7, 131 y 137 la Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna.

Así vemos, como según el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados partes están obligados a garantizar "*por disposiciones legislativas* ***o de otro carácter****"* los derechos reconocidos en la Convención, esto es, en ausencia de ley, por vía judicial. En el mismo sentido se manifiesta la "Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder" de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/40/34 del 11/12/1985) que expresamente señala (principio 18) que han de entenderse como víctimas de abuso de poder a las personas que sufran menoscabo en sus derechos fundamentales *"...como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos..."*.

De manera tal que la necesaria *interpositio legislatoris* para el desarrollo de los derechos y garantías constitucionales no implica, como señaló la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que "*...la falta de regulación legal impida el recabamiento de la tutela de los derechos fundamentales, pues dicha tutela debe reconocer el derecho transgredido de conformidad con su contenido constitucional-*

mente declarado, a tenor de lo dispuesto en los artículos 19 y 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...".[18]

Esto último es consecuencia del valor normativo y directamente aplicativo de la Constitución (artículos 7 y 22 CRBV), del derecho de acceso al proceso, a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión (artículos 26, 49 y 257 CRBV), así como del derecho a ser amparado en el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos y garantías constitucionales (artículos 19 y 27 CRBV), incluso más allá del "*…contenido constitucionalmente declarado…"*, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución venezolana, dado que "*…en el caso de que un tratado internacional suscrito o ratificado por Venezuela reconozca y garantice un determinado derecho humano, en forma más amplia y favorable que la Constitución, prevalece en todo caso el instrumento internacional y debe ser aplicado en forma preferente, directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado"*.[19]

De esta forma el Estado, a través de sus órganos e instituciones (el Estado Legislador y el Sistema de Justicia), está obligado a ampliar los espacios de tutela y libertad, debe asumir una posición maximalista en cuanto a la garantía real y efectiva de los derechos.

Siguiendo al profesor alemán Peter Häberle,[20] existe una interdependencia recíproca entre concepción del Estado y concepción de los derechos fundamentales, señalando que dicha interdependencia se observa en el tipo y en el número de los derechos, en la configuración textual de su contenido y de sus límites, en la articulación de las dimensiones y directrices de su tutela, en las cuestiones referidas a la mayor o menor amplitud de la titularidad o en las formas de su actuación legislativa. Particularmente en materia de control punitivo, la vinculación entre el

[18] Sentencia N° 1309 de 19-07-2001. Caso: Hermann Escarrá, Exp. N° 01-1362.
[19] *Vid.* Capítulo I del Título III de la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
[20] Häberle, Peter. (1994). *Le liberta fondamentali nello Stato costituzionale*, La Nuova Italia scientifics, Roma, p. 192.

modelo de Estado, los derechos fundamentales y los principios que informan el ejercicio de la facultad de castigo, o mejor, entre la manera en que el Estado ejerce sus atribuciones, los principios jurídicos fundamentales y nuestros derechos individuales, es especialmente evidente (y delicada) en materia penal. Lo expresa, entre otros, Ferrajoli, L. (1997): *"...En el tratamiento penal se manifiesta –en estado puro y de la manera más directa y conflictiva– la relación entre estado y ciudadano, entre poder público y libertad privada, entre defensa social y derechos individuales..."*.[21] y lo apuntala Mir Puig, S. (1998): *"...La pena es un instrumento que puede utilizarse con fines muy diversos. En el Estado moderno se considera monopolio del Estado, por lo que su función dependerá de los cometidos que se atribuyan al Estado..."*.[22]

Así, la relación entre modelo de Estado, sistema penal y derechos fundamentales es indiscutible. Sea que se siga la sistemática de Mir Puig, S. (1994, 1996, 1998) u otra diferente, como la de Ferrajoli, L. (1997),[23] es evidente la vinculación entre los niveles de garantía de los derechos fundamentales, el manejo material de los principios penales, su concreción en la justicia diaria y las formas o modelos de Estado. Así, se va desde los sistemas punitivos de garantía absoluta hasta los sistemas francamente irracionales, pasando, entre otros, por los modelos de proceso penal y de derecho penal autoritario. Sin pretensiones de exhaustividad se pueden configurar, dentro de toda una escala y grados distintos, diferentes modelos de intervención punitiva sobre la base de las ideas que orienten un determinado modelo de gobierno o, en última instancia, las finalidades (declaradas o no) del mismo.

Es por ello que en el ordenamiento jurídico debe, en todo caso, haber una correspondencia entre el desarrollo legislativo ***o de otro carácter***

[21] Ferrajoli, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Segunda Edición en castellano, 1.997. Editorial Trotta. Madrid-España. p. 210.
[22] Mir Puig, S. *Revisión de la Teoría del Delito en un Estado Social y Democrático de derecho"*. En la p. 195, del Tomo II del *Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis,* (compiladores Elsie Rosales, Carlos Simón Bello Rengifo). Primera Edición 1998. Ediciones de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas-Venezuela.
[23] Ferrajoli, L., *Ob. Cit.* pp. 91 y ss.

de los derechos y su contenido constitucionalmente reconocido, y toda legislación o decisión judicial que, de alguna manera, impida un debate jurisdiccional amplio respecto de toda clase de actos, de alcance particular o general, debe ser asimismo revisada y acomodada a una época actual, en que los derechos humanos se han afirmado contundentemente frente a un exagerado interés público.

Por ello, cuando voluntaria y conscientemente los representantes del Estado, a los fines de tolerar o permitir la imposición de cualquier postura política, religiosa o filosófica, incluso a través del positivismo ideológico, legislando *ad hoc* o dejando de hacerlo, se abstienen de cumplir con este deber de garantía, de manera que se consuman o comienzan a perpetrarse crímenes de lesa humanidad, contra un grupo determinado de individuos, estos funcionarios son, voluntariamente (por acción u omisión deliberada) condición adecuada de concreción de los resultados lesivos y, por ende, objetivamente responsables de dichos crímenes.

En esta estructura de imposición "ideológica", es cuando se prevén francas y trágicas consecuencias sobre los derechos humanos, no sólo por la grave negación del pluralismo ideológico y político y de la libertad de conciencia, sino por el debilitamiento del Estado de Derecho y el quebrantamiento de los principios democráticos, que conduce al reduccionismo de la dignidad humana y a la cosificación de la persona, su tratamiento como mero creyente al que se le impone una ética pública, dirigista, vertical. Luego, la impunidad se convierte en otro componente estructural de la violación sistemática de los derechos de las personas y de nuestro pueblo, privándolos del derecho de acceso a la justicia y garantizando la impunidad para los autores de las violaciones graves a los derechos humanos, mediante acciones u omisiones estatales.

Existe una íntima conexión entre la dignidad humana y los valores del ordenamiento jurídico constitucional y como advierte la doctrina más calificada: *"la dignidad humana es el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo y creo que su inclusión en los valores superiores no es metodológicamente correcta, puesto que éstos son los caminos para ser real y efectiva la*

dignidad humana".[24] Así expresa cómo la dignidad humana no es un valor superior, sino que éstos configuran a aquélla, se concibe la dignidad humana como valor de valores (Peces-Barba Martínez).

Como afirma Peces-Barba, la libertad *"...es una condición imprescindible para la acción, que permite alcanzar a cada individuo los fines morales que persiga, y que son la expresión de la dignidad humana, de su consideración como fin en sí, como algo valioso..."*. *"Es el referente central para fundamentar los derechos, clave de bóveda de los derechos humanos, al que apoyan complementan y matizan los otros valores, igualdad, seguridad jurídica y solidaridad, los cuales tienen que identificarse y definirse en función de la libertad"*,[25] y la seguridad es "*...el 'minimum' existencial que permite el desarrollo de la dignidad humana y hace posible la vida, el mantenimiento de esa vida con garantías y la posibilidad de una comunicación con los demás, sin sobresaltos, sin temor y sin incertidumbre"*.

La Dignidad Humana es entonces un valor pluricomprensivo, el valor de valores, el punto de salida y de llegada de la ética pública y del derecho, que precalifica y juzga la juridicidad material y el contenido ético de la actuación de todos los actores del entramado social, y contempla al ser humano en su doble carácter individual (único y absoluto en sí mismo) y social (parte de un conjunto en el que desarrolla todo su potencial humano) y promueve la tutela de todos los derechos a éste reconocidos sin discriminación alguna, por el simple hecho de pertenecer a la especie humana, que no por haber nacido en un territorio, ser de una u otra nacionalidad, profesar alguna creencia religiosa, política o filosófica, por su género o por sus particulares características genéticas, económicas o culturales.

---

[24] Peces-Barba Martínez, G. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General.,* Universidad Carlos III, Madrid, 1999, p. 215.
[25] Peces-Barba Martínez, G. *Ob. Cit.* p. 215.

5. ACTUAL COMPRENSIÓN DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Según la Séptima Conferencia para la Unificación del Derecho Penal (Bruselas, Julio de 1947):

> Comete crimen contra la humanidad: quien abusando del poder soberano del Estado, del cual es detentador, órgano o protegido, priva, sin derecho, en razón de su nacionalidad, de su raza, de su religión o de sus opiniones a un individuo, un grupo de individuos o a una colectividad de uno de sus derechos elementales correspondientes a la persona humana, es decir, el derecho a la vida, el derecho a la integridad corporal y a la salud, el derecho a la libertad individual, el derecho a fundar una familia, el derecho de ciudadanía, el derecho al trabajo libre, suficientemente remunerado, para asegurar la subsistencia del individuo y de su familia, el derecho a perfeccionarse, a introducirse y a profesar su religión o una opinión filosófica.

Los **Crímenes de Lesa Humanidad** están considerados, conjuntamente con los crímenes de guerra, como los delitos de derecho internacional más graves. Así lo dispone, entre otros, el Preámbulo de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (ONU, RES 2391 (XXIII) del 26/11/68). En este cuerpo normativo, además, se destaca especialmente el carácter (recogido por nuestra Carta Magna por demás en sus Arts. 29 y 273) imprescriptible de la acción para perseguir este tipo de crímenes y la necesidad de evitar todo mecanismo que pueda procurar la impunidad, siendo imposible alegar, para evitar el enjuiciamiento, la falta de regulación interna (*Vid.* Literal "b" *in fine* del Artículo I).

Lo mismo aplica, según el "Estatuto del Tribunal Penal para Rwanda" (RES 955 de 1994, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) que, además de contener una enumeración precisa de cuáles son los **Crímenes de Lesa Humanidad** (Artículo 3), ratifica (Artículo 6) entre otros aspectos importantes relativos al tema de la obediencia, el principio de la responsabilidad individual (que no de los Estados como

entidades supraindividuales) por la comisión de Crímenes de Guerra y de **Crímenes de Lesa Humanidad** y la imposibilidad de hacer derivar del cargo oficial (en el mismo sentido del Estatuto de Roma) privilegios o prerrogativas que sirvan a atenuar o eximir de la responsabilidad al culpable de dichos crímenes. El mismo sentido sigue el "Proyecto de Código de Delitos Contra la Paz y Seguridad de la Humanidad" (ONU, A/CN.4/368 del 13/04/83).

6. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

(Según la "Propuesta para la Superación de la Impunidad de Crímenes de Lesa Humanidad" de la "Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos" de Bogotá-Colombia, 1991).

6.1 *AUTORÍA POR PARTE DE AGENTES DEL ESTADO, O A CARGO DE PERSONAS QUE ACTÚAN POR SU INSTIGACIÓN O CON SU COLABORACIÓN, ASENTIMIENTO O TOLERANCIA*

Tienen que haberse cometido **de conformidad con la política de un Estado o de una organización que obra bajo su patrocinio o tolerada por es Estado.** Por consiguiente, pueden cometerlos agentes del Estado o personas que actúen a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, como los escuadrones de la muerte, o grupos de exterminio. Asimismo, pueden ser cometidos (cuando en ello existe manifiesta tolerancia estatal) de conformidad con la política de organizaciones sin relación con el gobierno, como los grupos rebeldes, como la guerrilla colombiana (FARC o ELN) o los paramilitares colombianos.

En relación con la participación de ciudadanos, civiles, que no se desempeñan como funcionarios públicos o detentan cargo oficial, pero a los que el régimen o las autoridades del Estado aquiescente encomienda determinado "trabajo sucio", pretendiendo no comprometer su responsabilidad directa por los hechos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Blake *vs* Guatemala, en Sentencia del 24 de enero de 1998, estableció cuanto sigue:

…Las patrullas de Autodefensa Civil (PACs) o Comités de Defensa Civil (en adelante "las patrullas civiles") tenían relación institucional con el Ejército, eran auxiliadas y coordinadas por el Ministerio de la Defensa Nacional, recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas del Ejército en cuanto a sus acciones y operaban bajo su supervisión (*Cfr*. Decreto-Ley 19-86 de 10 de enero de 1986 del Jefe de Estado; Decreto número 143-96 del Congreso de la República de Guatemala del 28 de noviembre de 1996; Acuerdos de Paz 1996-1998, Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática de 19 de septiembre de 1996; testimonio del 17 de abril de 1997 de Ricardo Roberto; artículo de mayo de 1984 llamado "Patrullas de Autodefensa"; manifestación de octubre de 1993 de Samuel Blake suscrita en Washington D.C.; manifestación de octubre de 1993 de Richard R. Blake Jr. suscrita en Washington D.C.; manifestación de junio de 1988 de Justo Victoriano Martínez Morales y manifestación de 12 de agosto de 1993 de Jennifer Schiemer suscrita en Boston) (*infra* párrs. 75, 76, 77 y 78).

Comete el delito quien, por orden, con la autorización o apoyo de autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más personas, por motivos políticos, ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención, así como el funcionario o empleado público, pertenezca o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice, apoye o dé la aquiescencia para tales acciones.

En consecuencia, la Corte declara que la aquiescencia del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a éste los actos por ellas practicados.

6.2 *CARÁCTER SISTEMÁTICO O GENERALIZADO, EXPRESADO EN SU OBJETIVO DE REPRIMIR, NO CONDUCTAS AISLADAS O FORTUITAS, SINO POSICIONES IDEOLÓGICAS O POLÍTICAS, O INCLUSO SITUACIONES DE MISERIA O DE DESCOMPOSICIÓN SOCIAL*[26]

En muchos casos se pretende disuadir a una parte identificable de la población civil para que se abstenga de ejercer los derechos políticos y civiles que le asisten, incluso a costa de suprimir la vida y la integridad personal de las individualidades, sin que sea relevante el número de éstas para que pueda hablarse, en propiedad de crímenes de lesa humanidad.

Los actos que constituyan parte de un **ataque sistemático o generalizado** deben ir dirigidos ***contra una población civil***. Los actos aislados, cometidos de manera dispersa o al azar, que no llegan a ser crímenes de lesa humanidad no pueden ser objeto de enjuiciamiento como tales. El término **ataque** no denota una agresión militar, sino que se puede aplicar, además de a los ataques en su sentido más genérico e informal (a la supresión o puesta en peligro concreto intencional de cualquier derecho fundamental) a los que se ejecuten, por ejemplo, a través de leyes y medidas administrativas como deportación o traslado forzoso de población.

6.3 *PUEDEN SER COMETIDOS EN CUALQUIER MOMENTO, EN GUERRA O EN PAZ, EN SITUACIONES DE CONFLICTO INTERNO O INTERNACIONAL*

Si bien los Tribunales de Nuremberg y Tokio limitaron su competencia respecto de los crímenes de lesa humanidad a los cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, posteriores instrumentos internacionales y la misma jurisprudencia de estos tribunales, confirmaron que para que constituya un crimen de lesa humanidad, no es necesario que el acto se cometa durante un conflicto armado.

Destacan también, como notas distintivas de los crímenes de lesa humanidad, las siguientes:

---

[26] Por ejemplo los casos de "limpieza social". Numeral 1º Art. 7, del Estatuto de Roma.

6.4 *LA ACCIÓN PARA PERSEGUIR LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD ES SIEMPRE IMPRESCRIPTIBLE*

Así lo destacan la Carta Magna venezolana (Arts. 29 y 271, CRBV) y los Tratados Internacionales[27] que regulan la materia. La acción para perseguir tales crímenes siempre es pública (no requiere de instancia alguna por parte de los afectados individualmente) y, de hecho, es obligación del Estado[28] investigar y sancionar la criminalidad de lesa humanidad y las violaciones de derechos fundamentales. No puede tampoco negarse la extradición a otros países de criminales de lesa humanidad que busquen ampararse en nuestro país.

6.5 *EN LO QUE SE REFIERE AL AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL INTERNA, SU JUZGAMIENTO SIEMPRE ESTÁ A CARGO DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS (ARTS. 29 Y 261, CRBV)*

No son los tribunales militares, ni cualquier otra forma de jurisdicción especial privilegiada, o *ad hoc*, los competentes para adelantar juicios en los casos de lesiones graves a los derechos fundamentales y críme-

---

[27] Entre otros, el Artículo I, de la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad", adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII; que destaca lo siguiente:
"Artículo I.
Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:
(...omissis...)
b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos".

[28] De allí que la denegación de justicia, al amparo de los operadores del Estado que no estén interesados en la investigación y juzgamiento de los criminales de Lesa Humanidad, constituya una infracción grave y, de hecho, un grave encubrimiento, igualmente pasible de persecución judicial.

nes de lesa humanidad. De hecho, así lo destaca expresamente el Art. 261 de nuestra Carta Magna, que dispone:

> Artículo 261. La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas serán seleccionados o seleccionadas por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento, se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. **La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios.** La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar.
>
> La ley regulará lo relativo a las jurisdicciones especiales y a la competencia, organización y funcionamiento de los tribunales en cuanto no esté previsto en esta Constitución. (Destacados nuestros).

6.6 *COMO EXPRESIÓN DE UNA EXCEPCIÓN*[29] *AL PRINCIPIO DE SOBERANÍA, LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA DE LOS TRIBUNALES DE CADA ESTADO, Y LA DE ÉSTOS ENTRE SÍ, SIEMPRE SERÁ COMPLEMENTARIA Y CONCURRENTE, DE FORMA TAL QUE SE GARANTICE LA PLENA PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD*

Es lo que se conoce como principio de justicia universal, o el de jurisdicción mundial, como es denominado en alemán (Weltrechtsprinzip), según el cual la jurisdicción se profesa y manifiesta por encima de las fronteras y regímenes jurídicos concretos, y con independencia de la nacionalidad de las víctimas. Los crímenes de lesa humanidad, con independencia del lugar en el que se cometan, pueden ser juzgados (respetando siempre, por supuesto, los derechos fundamentales de los acusados y las previsiones del debido proceso) ante los órganos internacionales creados a esos efectos (previo agotamiento de la vía interna) o ante los Tribunales de cualquier país interesado en evitar la impunidad

[29] Ver nota al pie Nº 2.

de dichos crímenes, cuando se compruebe la imposibilidad material o formal de adelantar, en el país de que se trate, un juicio objetivo e imparcial. Ello lo recoge Recasens Siches, Luis; (2003) cuando destaca, en relación con la jurisdicción universal, que ésta *"...no substituye a los Tribunales de los Estados signatarios, por lo que resulta complementaria o subsidiaria de las jurisdicciones penales locales..."*.[30]

La diferencia entre el **Principio de jurisdicción universal**, **de concurrencia**, con el **Principio de subsidiariedad**, es que éste indica que en caso de que no se juzgara en el Estado de ocurrencia de los crímenes a los señalados como responsables, porque no se quiera o no se pueda, corresponde acceder, en función del principio *aut dedere aut judicare*, (extraditar o juzgar) a los requerimientos del tribunal de otro Estado que está ejerciendo la jurisdicción universal en casos calificados de crímenes contra el derecho de gentes. En este caso el Estado requerido deberá acceder a la petición, por cuanto todos los Estados del mundo están obligados a cumplir las normas internacionales, pactadas o consuetudinarias, debiendo investigar los que se cometan en su territorio, garantizar que sus tribunales nacionales pueden ejercer la jurisdicción universal y otras formas de jurisdicción extraterritorial sobre las violaciones y los abusos graves contra los derechos humanos y contra el derecho humanitario internacional, y adoptar las disposiciones legislativas e iniciativas judiciales necesarias para prevenir y hacer efectiva la persecución de estos crímenes; o en su defecto colaborar con los demás Estados en su persecución y prestar la asistencia judicial que sea indispensable en cada caso.

6.7 *QUIENES HAYAN COMETIDO CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD NO PUEDEN AMPARARSE EN PRIVILEGIOS, BENEFICIOS O FÓRMULAS PROCESALES, APTAS PARA PROCURAR LA IMPUNIDAD, QUE DERIVEN DE LOS CARGOS OFICIALES O DE LAS POSICIONES DE PODER QUE EJERZAN O HAYAN EJERCIDO*

Ello se concreta con miras a impedir la impunidad derivada de fórmulas privilegiadas, ventajosas u obstaculizantes de juzgamiento de las que

[30] Angulo Fontiveros, A.; *Ob. Cit.* p. 183.

pueda nacer, para el culpado de estos ilícitos, cualquier forma de injusta ventaja, sustancial, procesal o política que permita la impunidad. Se trata entonces de un nuevo principio, el de la "improcedencia del cargo oficial", con miras a impedir la impunidad derivada de fórmulas privilegiadas o ventajosas de juzgamiento[31] de las que pueda nacer cualquier forma de impunidad, sustancial, procesal o política. Consecuencia directa de este principio es la negación de la inmunidad a los Jefes de Estado, así lo prevé el artículo 27 del Estatuto de Roma, según el cual las normas de inmunidad en cada país, según el derecho interno, no impedirán el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional sobre ella, incluso, el ejercicio de las jurisdicciones concurrentes de Estados distintos al lugar de comisión de los crímenes. Esta aseveración es compartida por Recasens Siches, Luis (2003) quien destaca "...no es verdad que los jefes de Estado u otros altos funcionarios no puedan ser juzgados cuando ejercen sus altos cargos oficiales..."[32] y lo que es más, en oposición a algunos sectores de la doctrina española que señala que, en estos casos, ha de imponerse la costumbre internacional de *no enjuiciar* a los altos funcionarios mientras ejercen sus funciones, indica el autor[33] que *"...esto es un auténtico ex abrupto (sic) porque los más de los crímenes de lesa humanidad son precisamente cometidos por jefes de Estado y altos funcionarios en el ejercicio de su cargo, o en otros términos, en el ejercicio del poder estatal o de la fuerza pública..."*. Coincidimos, no tiene ningún sentido afirmar que para que un criminal de lesa humanidad sea Juzgado por éstos hay que "esperar" que, de alguna manera, las prerrogativas que dimanan para el dicho funcionario del cargo oficial que detenta (que son las que le sirven, además, como medio de comisión de sus crímenes, y como instrumentos adecuados a la mejor concreción de su anhelo criminal) cesen o sean allanadas, pues ello significa colocar, por encima del anhelo de una justicia material y expedita, el resguardo de formalidades que, además, no están diseñadas para proteger a las perso-

[31] Como en nuestro margen, la "autorización de la Asamblea Nacional" (verdadero juicio político, que no jurídico y, consecuentemente, mecanismo plenamente apto para procurar la impunidad) previa al seguimiento de juicios criminales contra altos funcionarios del Estado (Art. 378 del Código Orgánico Procesal Penal, G.O. 5.558 Ext. del 14/11/01)

[32] Angulo Fontiveros, A.; *Ob. Cit.* p. 184.

[33] Angulo Fontiveros, A.; *Ob. Cit.* p. 184.

nas sino a los cargos que ejercen y las funciones que desempeñan en todos los casos, *salvo en los que involucran la comisión de los crímenes descritos en el Art. 29 de nuestra Carta Magna y en los Arts. 5, 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma.*

La sentencia de la Cámara de los Lores, en el caso Pinochet, constituye el antecedente histórico que supuso el rechazo de las pretendidas razones de inmunidad otorgadas al ex General chileno por razón de su cargo como Jefe de Estado. Asimismo, las leyes y decisiones internas adoptadas con objeto de impedir el procesamiento de una persona no pueden ser vinculantes para los tribunales de otros países, como las leyes de "punto final" y "obediencia legítima", en la Argentina de Videla, o las leyes de autoindulto impuestas por Pinochet como condición para entregar el poder.

Además de las leyes o prácticas que impidan el juzgamiento, no es admisible obtener la condición de asilados o refugiados ni beneficiarse de la eximente o atenuante (en los países en que así se la considera) de la obediencia debida (concepto modernamente sustituido por el de la "obediencia reflexiva"). Por tanto, las órdenes de superiores, la coacción y la necesidad no deben ser circunstancias eximentes permisibles. El encabezado y literales "a" y "b" del Art. 28 del Estatuto de Roma disponen que estos militares de Alto Rango, como Jefes Militares, son responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos por sus subordinados cuando, en primer término: **i)** hubieren sabido o hubieren debido saber que sus subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer crímenes de lesa humanidad; o, **ii)** cuando no hubieren tomado las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de crímenes de lesa humanidad o cuando no hubieren puesto a las autoridades competente en conocimiento de que se estaban cometiendo o estaban por cometerse este tipo de crímenes.

6.8 *TAL Y COMO LO HA DESTACADO LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, LA FALTA DE REGULACIÓN INTERNA SOBRE LOS SUPUESTOS TÍPICOS DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, O SOBRE LAS EVENTUALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA COMISIÓN DE CUALQUIERA DE ÉSTOS, NUNCA PUEDE SER ALEGADA CON PRETENSIONES DE IMPUNIDAD*

En este sentido, los vacíos del ordenamiento interno pueden ser llenados por las normas del ordenamiento internacional *(ius cogens)*[34] protectivas de los derechos humanos fundamentales aceptadas y reconocidas por la generalidad de los Estados. Porque existe amplia normativa internacional de los Tribunales de Nüremberg, ex Yugoslavia y Ruanda –derecho penal internacional convencional y consuetudinario, que todos los Estados del mundo están obligados a cumplir– que ordena la persecución de los crímenes contra la humanidad, debiendo investigar y juzgar los que se cometan en su territorio, y adoptar las disposiciones legislativas e iniciativas judiciales necesarias para prevenir y hacer efectiva la persecución de estos crímenes.

La falta de penalidades concretas en los instrumentos del derecho penal internacional no viola el principio de legalidad, ya que las sanciones específicas por las conductas incriminadas estaban ausentes en los instrumentos del derecho penal internacional hasta la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en julio de 1998, que en su artículo 77, prevé la pena de reclusión hasta de treinta años, tal como lo hace la Constitución venezolana (Art. 44, numeral 3º) y el Código Penal venezolano (Arts. 37 y 94). De la misma forma, la falta de mención expresa sobre el límite mínimo de la pena (para los sistemas que, como el venezolano, acuden a la determinación del denominado "término medio" para la concreción de la penalidad base, tampoco es obstáculo in-

[34] Según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ha de entenderse como *ius cogens* es decir, como las normas *"aceptadas y reconocidas por la comunidad de Estados, en su conjunto y como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter"*.

soslayable, pues una interpretación garantista permite, en justo derecho y a favor de quien resulte condenado, que este "término mínimo" se precise sobre la base de la mínima unidad (matemáticamente discernible) de la forma de sanción a que se haga referencia.

También es procedente, por vía de absoluta excepción, ante la completa ausencia de precisión de los límites punitivos, la aplicación de penas por analogía. En el proceso de Klaus Barbie en Francia, el Tribunal Criminal del Rodano condenó en 1987 al ex jefe de la Gestapo de Lyon, a cadena perpetua por diecisiete crímenes contra la humanidad. La única tipificación del crimen de lesa humanidad en Francia en aquel momento se encontraba en el artículo 6, c de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Se utilizó la Carta de Nuremberg para la calificación jurídico-penal de los hechos y el Código Penal francés, para la fijación de la pena privativa de libertad. Esta ausencia reafirmó una regla consuetudinaria de la aplicación del derecho internacional, según la cual, por vía, repetimos de absoluta excepción, y sólo para crímenes de esta entidad, las penas por analogía son válidas. El derecho penal internacional remite a lo establecido por el derecho penal nacional para infracciones similares.

Por último, cabe destacar, que en los casos de delitos graves comprendidos en el derecho internacional, se deben emprender investigaciones y procesamientos sin esperar a que se presenten denuncias de las víctimas o de otras personas con interés suficiente en el caso, evitando, en todo caso, intromisiones políticas. Deben asegurarse el respeto irrestricto de las garantías de juicio justo, debido proceso, presunción de inocencia y derecho a la defensa, internacionalmente reconocidas, los juicios han de ser públicos y deben contar con la asistencia de observadores internacionales. Se deben tener en cuenta los intereses de las víctimas, de los testigos y de sus familias. Además, en nuestro criterio, impera la prohibición de la pena de muerte y de otras penas crueles, inhumanas o degradantes, y siempre ha de procurarse la cooperación internacional en las investigaciones y procesamientos.

7. LEGISLACIÓN VENEZOLANA Y CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Según el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (Art. 6 literal "c"), son **Crímenes de Lesa Humanidad**, entre otros:

> Asesinato, exterminio, reducción a la esclavitud, la deportación o cualquier acto inhumano cometido contra la población civil antes o durante la guerra, inclusive las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país en el que se hubiesen perpetrado.

Según el Art. 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda antes citado, son **Crímenes de Lesa Humanidad**:

> Artículo 3.
>
> **Crímenes de lesa humanidad**
>
> El Tribunal Internacional para Rwanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas:
>
> Homicidio intencional;
>
> Exterminio;
>
> Esclavitud;
>
> Deportación;
>
> Encarcelamiento;
>
> Tortura;
>
> Violación;

Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;

Otros actos inhumanos.

Según el **Principio VI**, literal "c, de los "Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg" tomados del "Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad" (ONU, A/CN.4/368, del 13/04/83), son **Crímenes de Lesa Humanidad**:

Principio VI (*omissis*)

c.- Delitos contra la humanidad:

El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.

Según el Art. 5 del "Estatuto del tribunal internacional para la ex Yugoslavia" (Resolución 827, del 25 de mayo de 1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) son **Crímenes de Lesa Humanidad**:

Artículo 5

Crímenes contra la humanidad

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

a) Asesinato;

b) Exterminación;

c) Reducción a la servidumbre;

d) Expulsión;

e) Encarcelamiento;

f) Tortura;

g) Violaciones;

h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;

i) Otros actos inhumanos.

Según el Art. 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, (G.O. Nº: 5.507 Ext. del 13/12/00), son **Crímenes de Lesa Humanidad**:

Artículo 7

Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

b) Exterminio;

c) Esclavitud;

d) Deportación o traslado forzoso de población;

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de *apartheid*;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;

b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular, mujeres y niños;

d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén

legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femeni-

> no, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede.

Luce aventurado, por lo menos, indicar que sólo los Tratados y los Pactos Internacionales consagran y tipifican crímenes de lesa humanidad y que, en consecuencia, hasta la promulgación en *Gaceta Oficial* venezolana del Estatuto de Roma (13 de Diciembre de 2000) no existía en nuestra legislación consideración alguna sobre estas modalidades delictivas. Amén de que esta postura desdice de los valores fundamentales del moderno Estado Social y Democrático de Derecho, de los múltiples Tratados y Convenciones existentes sobre el tema y de lo dispuesto en el Art. 22[35] de nuestro Texto Fundamental, nuestro Código Penal (G.O. Nº 5.494, del 20/10/00) en sus Arts. 156, Ord. 3º; 167, 174, 177 y 181-A y 182 del Código Penal consagra diversas modalidades de crímenes de lesa humanidad, concretamente, las de la "Violación de Tratados o Convenciones Celebrados por la República", "Impedimento Arbitrario del Ejercicio de los Derechos Políticos"; el "Sometimiento a Esclavitud o a Condición Análoga", la "Privación Ilegítima de la Libertad a Cargo de un Funcionario Público"; la "Desaparición Forzada de Personas" y la "Tortura". Expresa así nuestro Código Penal:

> **Artículo 156.-** Incurren en pena de arresto en Fortaleza o Cárcel Política por tiempo de uno a cuatro años: ...(*omissis*)...
>
> 3.- Los venezolanos o extranjeros que violen las Convenciones o Tratados celebrados por la República, de un modo que comprometa la responsabilidad de ésta.
>
> **Artículo 167.-** Cualquiera que, por medio de violencias, amenazas o tumultos, impida o paralice, total o parcialmente, el ejercicio de cualquiera de los derechos políticos, siempre que el hecho no esté previsto por una disposición especial de la ley,

---

[35] *"Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".*

será castigado con arresto en Fortaleza o Cárcel Política por tiempo de quince días a quince meses.

Si el culpable es un funcionario público y ha cometido el delito con abuso de sus funciones, el arresto será de seis a treinta meses.

Artículo 174.- Cualquiera que reduzca a esclavitud a alguna persona o la someta a una condición análoga, será castigado con presidio de seis a doce años. En igual pena incurrirán los que intervinieren en la trata de esclavos.

Artículo 177.- El funcionario público que con abuso de sus funciones o quebrantando las condiciones o las formalidades prescritas por la ley, privare de la libertad a alguna persona, será castigado con prisión de cuarenta y cinco días a tres y medio años; y si el delito se ha cometido con alguna de las circunstancias indicadas en el primero y segundo apartes del artículo precedente, la prisión será de tres a cinco años.

En el caso previsto en el último aparte del artículo 175, la pena será de diez meses a dos y medio años.

Artículo 181-A. La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o a dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo, el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzadamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe tanto como cómplice o encubridor de este delito será sancionado con pena de doce a dieciocho años de presidio.

> El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.
>
> Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.
>
> La acción penal derivada de ese delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluidos el indulto y la amnistía.
>
> Si quienes habiendo participado en actos que constituyan desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes.
>
> **Artículo 182.-** Todo funcionario público encargado de la custodia o conducción de alguna persona detenida o condenada, que cometa contra ella actos arbitrarios o la someta a actos no autorizados por los reglamentos del caso, será castigado con prisión de quince días a veinte meses. Y en la misma pena incurrirá el funcionario público que investido, por razón de sus funciones, de autoridad respecto de dicha persona, ejecute con ésta alguno de los actos indicados.
>
> Se castigarán con prisión de 3 a 6 años los sufrimientos, ofensas a la dignidad humana, vejámenes, torturas o atropellos físicos o morales cometidos en persona detenida por parte de sus guardianes o carceleros, o de quien diera la orden de ejecutarlos, en contravención, a los derechos individuales reconocidos en el numeral 2° del artículo 46 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En consecuencia, también en nuestro margen son crímenes de lesa humanidad (además del genocidio, que hace parte de nuestra legislación,

por así estipularlo, la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma[36] y otros instrumentos internacionales que hacen parte de nuestra legislación interna por mandato del Art. 22 de nuestra Carta Magna) la desaparición forzada de personas, la tortura, y otras violaciones sistemáticas de los Derechos Humanos. La legislación interna así lo dispone, y con ello desarrolla lo ordenado en los Arts. 29, 30, 43, 45, 46, 54, 57 y 61 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que indican:

> **Artículo 29.** El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.
>
> Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.
>
> **Artículo 30.** El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a su derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.

---

[36] Dispone el Artículo 6 del Estatuto de Roma**:**
"Genocidio
A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:
a) Matanza de miembros del grupo;
b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo".

El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.

El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados.

Artículo 43. El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla. El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma.

Artículo 45. Se prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías, practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes. Los autores o autoras intelectuales y materiales, cómplices y encubridores o encubridoras del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo, serán sancionados o sancionadas de conformidad con la ley.

Artículo 46. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia:

1º. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación.

2º. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3º. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de labora-

> torio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley.
>
> 4º. Todo funcionario público o funcionaria pública que, en razón de su cargo, infiera maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona, o que instigue o tolere este tipo de tratos, será sancionado o sancionada de acuerdo con la ley.
>
> **Artículo 54.** Ninguna persona podrá ser sometida a esclavitud o servidumbre. La trata de personas y, en particular, la de mujeres, niños, niñas y adolescentes en todas sus formas, estará sujeta a las penas previstas en la ley.
>
> **Artículo 57.** Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u 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. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.
>
> Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.
>
> **Artículo 61.** Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte su personalidad o constituya delito. La objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos.

En todo caso, el principio de Justicia Universal impone que, en caso de comisión de crímenes de lesa humanidad, la falta de regulación interna (que, como ha quedado demostrado, no es el caso venezolano) no puede ser alegada jamás con pretensiones de impunidad. Esta noción ha sido

asimilada por la legislación interna, de la que hacen parte no sólo el Estatuto de Roma, sino además, por mandato expreso del Art. 22 de nuestro Texto Fundamental, el "Estatuto para el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia" (1993) la "Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (1970), y el "Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda" (1994), entre otros. De hecho, como ya hemos apuntado, es criterio globalmente aceptado que existen formas violatorias de los derechos humanos que han de ser tomadas en cuenta a la hora de procurar la tutela, aunque no estén tipificadas como delitos en las leyes locales. En la "Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder" de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/40/34 del 11/12/1985) expresamente se indica (principio 18) que han de entenderse "abusos de poder" los menoscabos en los derechos fundamentales que se concreten a través de *"...acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos..."*.

Finalmente, la evolución del garantismo penal internacional, tendrá su arduo, pero provechoso momento de desarrollo, y así lo hacen ver algunas opiniones, que consideran incluso que *"...un acto inhumano cometido contra una sola persona podría constituir un crimen contra la humanidad si se situara dentro de un sistema o se ejecutara según un plan, o si presenta un carácter repetitivo que no deja ninguna duda sobre las intenciones de su autor (...) Un acto individual podría constituir un crimen contra la humanidad si se inscribiera dentro de un conjunto coherente y dentro de una serie de actos repetidos e inspirados por el mismo móvil: político, religioso, racial o cultural"*.[37]

Lo importante es que el Derecho sea una verdadera idea práctica (R. Von Ihering), que no una burla al no cumplirse impunemente, porque en

[37] D. Thiam, Ponente especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, (*Rapport* C.D.I., 1989, p. 147, párr. 147)

materia de Derechos Humanos, será siempre una burla trágica, una cruenta impunidad; y por supuesto, que no sea una Justicia demorada, so pena de ser justicia denegada, como afirman los procesalistas italianos clásicos, porque –nuevamente– en materia de Derechos Humanos, la intervención *ex post facto*, esto es, cuando el daño y afección a los derechos ya es irreversible e insubsanable, dejaría de tener sentido,[38] porque frente a la verificable alerta precoz (*early warning*) de que se cristalice la violación a los derechos más elementales de la persona humana, como resultado de un enfrentamiento promovido e instigado a las sombras del poder, la intervención debe cumplirse *ex officio*, evitando en el futuro –y principalmente en el presente– los actos antijurídicos o hechos constitutivos de infracciones que afecten al género humano, porque de no garantizarse la tutela formal y material del valor de la dignidad humana, se condena al fracaso a la justicia universal, y se coloca en permanente vigilia a la paz mundial.

[38] La actuación de los organismos internacionales que tutelan los derechos humanos no puede limitarse a la reparación (*restitutio in integrum*) de los derechos conculcados, a la persecución y sanción de los crímenes contra la humanidad y violaciones graves a los derechos humanos, así como la exigencia de las garantías de no repetición.

Desobediencia Civil: Una Lectura Actual Desde la Teoría del Delito

Fernando M. MACHADO PELLONI*

a Tulio Chiossone, in memoriam

SUMARIO:

1. Preliminar: la sagrada obediencia.
2. La obligación de obediencia al derecho penal y consciencia: crítica.
3. Justificaciones y excusas. Tendencias.
4. Un final abierto

1. PRELIMINAR: LA SAGRADA OBEDIENCIA

La obediencia a la autoridad era francamente un regla moral, jurídica y política indiscutible hasta la finalización de la Edad Media. En conse-

* **Universidad del Salvador,** República Argentina, Abogado y especialista en Ciencias Penales, Profesor de Derecho. **Antica Universitá degli Studi di Camerino,** Italia, ex Investigador.

cuencia, la desobediencia era un pecado –*inobedientia superiorum est maximum peccatum*–, un vicio y, por cierto, un delito.

Según sostiene Sbriccoli, esta idea derivaba de las relaciones feudales y también del desarrollo de la estructura organizativa de la Iglesia.[1] Es decir, la obediencia además de virtud –*obedientia est quaedam virtus cuius speciale obiectum est praeceptum tacitum vel expressum*, suscribía Alberico– no tenía límites conceptuales, de modo que se extendía al campo de las relaciones políticas, y esto porque era necesaria condición en la realización de todo el proceso de poder. No había nexo entre autoridad e individuo sin ella.

En el umbral que separa al medioevo de la Edad Moderna, la obediencia era un componente fundamental cuyo servicio a la organización política no puede en la actualidad discutirse. No se trataba de un deber genérico o simple. Al contrario, la obediencia implicaba un comportamiento activo de lealtad, fidelidad y gratitud.[2] Lejos de resultar un elemento más, la realidad de la era la asociaba como el dato sustancial en la organización de la vida comunitaria.

La separación existente entre quien obedecía y aquel que no, era profunda. Mientras que la tradición imponía que la obediencia era origen y culminación de la justicia, la antítesis se perfilaba como ingratitud cuando no era asimilada con la herejía. De ahí deriva la imposición de penas gravísimas a los que se atrevían a desobedecer.[3]

La cuestión ya venía definida, en general, de un modo cerrado en el derecho romano, pues en el imperio la obediencia era incondicional, ca-

[1] *Cfr.* Mario Sbriccoli, *Crimen Laesae Maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffré, Milano, 1974, p. 117.
[2] *Cfr.* Mario Sbriccoli, *Crimen Laesae Maiestatis…*, *Op. Cit.*, p. 119.
[3] *Cfr.* Mario Sbriccoli, *Crimen Laesae Maiestatis…*, *Op. Cit.*, pp. 124.

racterística del voluntarismo total que políticamente lo definía.[4] Ahora bien, ocurría que la vital importancia de la obediencia para el orden de la conservación, la justicia y la persona de la autoridad, como justificación no sólo jurídica ni política sino moral, llevaba a una oposición intuitiva: el sustrato ideológico de aquélla no podía consentir que se la exija para la realización de fines injustos o nocivos. Es más, siguiendo una vez más a Sbriccoli, la ausencia de toda utilidad pública podía ser –si se pensaba con cuidado– un motivo de justa desobediencia.[5] Si se tiene en cuenta que la mayoría de los teólogos desarrolló la teoría de las leyes injustas, y de ahí construyeron la fundamentación de la resistencia a la opresión, no se enfrentaba ninguna contradicción, era una doctrina coherente con la limitación al poder de los gobernantes.[6]

De este modo, el enfrentamiento personal con la disposición inaceptable, o aun con el sistema en el que la primera se insertara, aunque una superficial percepción lo presentara como desobediencia, no era más que una expresión de obediencia, aunque diferente, personal e íntima: *non est peccatum nisi contra conscientiam*, sentenciará Petrus Abaelardus.[7] No obstante, tal visión –como dije a un comienzo– no era la regla sino la excepción. En efecto, ciertas lecturas de las Escrituras podían llevar al principio: obediencia sin reservas. No la consciente, no la auténtica; y con ello desvanecerse la oposición a la autoridad, llegando incluso a inspirar cierta tendencia al absolutismo. La fórmula paulina, sin lugar a dudas, era toda una teoría práctica de obediencia civil.[8]

---

[4] *Cfr.* Jacques Verhaegen, *La Protection pénale contre les Excés de Pouvoir et la Résistance légitime á l'Autorité*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1969, p. 182. Más adelante describe la práctica del Imperio: esclavitud, tortura, desigualdad e intolerancia religiosa, lo que hacía intolerable la doctrina de la desobediencia civil. Esto no causa sorpresa cuando se toma en cuenta la dudosa existencia del concepto de derecho subjetivo en el derecho romano; *Cfr.* Eduardo García De Enterría, "La Lengua de los Derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa", Alianza, Madrid, 1999, pp. 47 y ss.

[5] *Cfr.* Mario Sbriccoli, *Crimen Laesae Maiestatis…*, *Op. Cit.*, p. 127.

[6] *Cfr.* Jacques Verhaegen, *La Protection pénale contre les Excés de Pouvoir…*, *Op. Cit.*, p. 208.

[7] *Cfr.* Jörg Luther, *La Libertá di Coscienza nella Dottrina Teologica e Politica della Riforma*, il Diritto Eclesiastico 1991, p. 653. La interpretación de Abaelard se formula con base en Romanos 2, 14-15: "Cuando los paganos, que no tienen la ley, guiados por la naturaleza, cumplen las prescripciones de la ley, aunque no tengan la ley, ellos son ley para sí mismos, y demuestran que lo que ordena la ley está inscrito en sus corazones. Así lo prueba el testimonio de su propia conciencia […]".

[8] *Cfr.* Jacques Verhaegen, *La Protection pénale contre les Excés de Pouvoir…*, *Op. Cit.*, p. 211.

"Respeten a toda autoridad humana como quiere el Señor: ya sea al rey, porque es el soberano; ya sea los gobernadores, como delegados por él para castigar a los que obran el mal y recompensar a los que practican el bien".[9] Esta ambigüedad, según Sbriccoli, no hacía sino explicar que la sujeción política, aquella que marcaba la relación entre autoridad y gobernado, podía ser excepcionalmente –con la necesidad de contar siempre con la estructura de poder– revocada o suspendida. Esto exigía la necesidad de una justificación teórica para convalidar o formalizar la operación.[10] Y no resultaba factible, vale rescatar, prescindir de las funciones de la consciencia para ello: dar testimonio, sugerir acciones futuras, sumado al perdón y al remordimiento respecto de los actos del pasado, presentaba en plenitud a la razón como potencia, presupuesto antropológico de aquélla.[11]

El gran problema, a mi modo de ver, era la instrumentalización de la obediencia por quienes detentaban el poder, capaces de extraer réditos de la ambigüedad apuntada. Éstos corrían en pos de un modelo perfeccionista o paternalista desde la moral y, a la vez, de otro utilitarista desde lo político. En primer orden, porque resultaba de ciertas doctrinas, convenientemente invocadas, una obligación el hecho de aceptar una orden o disposición injusta, con la consiguiente –posible– contradicción personal. Esta verdadera resignación, de corte agustinista, mostraba en su mayor versión, la creencia en la noción del sagrado poder del príncipe, conformidad que resultaba ajustada "al derecho natural y al derecho divino".[12] Del otro lado, esa obediencia podía ser justa, si males mayo-

[9] *Cfr.* 1 Pedro 2, 13-15. He analizado los textos de San Marcos 12, 13-17; San Mateo 22, 15-22, San Lucas 20, 20-26 y Romanos 13, 1-3 en otra ocasión, apoyado esa vez en la obra de Kent Greenawalt –*Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 1989, p. 210–. Así, *Introducción a una Teoría sobre la Desobediencia Civil*, Lexis-Nexis Jurisprudencia Argentina, Nº 6240, 4-4-2001, pp. 5 y ss., reproducido en Revista Jurídica del Perú, Año LII Nº 38, septiembre de 2002, pp. 55 y ss. y en *Rivista Teoria del Diritto e dello Stato* 2001-2002. Los textos del Evangelio también son objeto de análisis crítico por Jacques Verhaegen, *La Protection pénale contre les Excés de Pouvoir…*, *Op. Cit.*, p. 212.

[10] *Cfr.* Mario Sbriccoli, *Crimen Laesae Maiestatis…*, *Op. Cit.*, p. 129.

[11] *Cfr.* Jörg Luther, *La Libertá di Coscienza nella Dottrina Teologica e Politica della Riforma*, il Diritto Eclesiastico 1991, p. 656 por remisión a la Suma, *Q. 79*.

[12] *Cfr.* Jacques Verhaegen, *La Protection pénale contre les Excés de Pouvoir…*, *Op. Cit.*, pp. 215 y 217.

res provenían con la desobediencia. De este modo volvía a eliminarse al individuo en pos de la razón de Estado –ya encolumnada bajo el concepto de bien común–, tratándose el tema en base a proporciones, las que sellaban el balance del desorden con un tenebroso relativismo.[13]

También de las Escrituras se podía alimentar el caso anterior. "Esclavos, obedezcan en todo a sus dueños temporales, pero no con una obediencia fingida, como quien trata de agradar a los hombres, sino con sencillez de corazón, por consideración al Señor […]".[14] Con Santo Tomás, que dejaba poco margen para que su pensamiento pudiera ser manipulado, han llegado al congelamiento de los distintos roles sociales aunque en la misma Cuestión el Angélico volverá a la carga con las leyes injustas que no son derecho.[15]

El tema desnudaba –ya entonces– dos objeciones: la primera indicaba que si la ley injusta no obligaba en consciencia cuando era contraria al mandato de Dios y excedía, en tanto, la concesión divina,[16] era contra-

[13] *Cfr.* Jacques Verhaegen, *La Protection pénale contre les Excés de Pouvoir…*, *Op. Cit.*, p. 222. El autor extrae su posición de la *Q. 96 I-IIae* de la *Suma* de Santo Tomás.
[14] *Cfr.* Colonenses 3, 22-23. En sentido análogo, Efesios 6, 5-8; Timoteo 6, 1-2; Tito 2, 9-10 y 1 Pedro 2, 18-20; *Cfr.* Mario Sbriccoli, *Crimen Laesae Maiestatis…*, *Op. Cit.*, p. 131 nota 47.
[15] *Cfr.* Mario Sbriccoli, *Crimen Laesae Maiestatis…*, *Op. Cit.*, p. 132. Santo Tomás en sus respuestas alude a que las leyes están dadas con el propósito de dirigir los actos humanos y como éstos tienden a la virtud, cumplir con las leyes hace de los individuos buenos aunque, dirá seguidamente, un derecho tirano, dado sin el acuerdo de la razón, no es derecho, absolutamente es antes una perversión de él; *Cfr. The Great Legal Philosophers*, Edited by Clarence Morris, University of Pennsylvania, 1997, *Q 92*, p. 64. Contra la ambigüedad de las lecturas del poder y su legitimación cargaba Carrara. El discípulo de Carmignani alzó su crítica con base en la separación de soberanía y soberano. La primera provenía de Dios, de modo que el segundo no (no es cierto que César o Sila hayan recibido de Dios el poder que ejercen, dice). "El soberano reina por voluntad de la nación, y la Providencia permite que la nación lo quiera así, pero no impone que así lo quiera, ni se ofende cuando, cambiando de parecer, quiere hoy de un modo distinto a como ayer quería". El Maestro de Pisa también se preocupó de hacer un análisis de San Pablo. Transcribiendo a Juan Crisóstomo, alude que el apóstol no afirmó que todo príncipe viene de Dios, sino que sostuvo que existían principados porque la divina sabiduría así lo quiso (que unos manden y otros obedezcan). Conclusión misma, a la que llega, estudiando a Teodoreto. Ampliar en "Programa de Derecho Criminal" (*Programma del corso di diritto criminale*, trads. Ortega Torres-Guerrero), Vol. VII, Temis, Bogotá, 1977, pp. 6-7, nota 1.
[16] *Cfr.* Jörg Luther, *La Libertá di Coscienza …*, *Op. Cit.*, p. 657 con remisión a la Suma, I-II, *Q. 92*.

dictorio uniformar la consciencia individual tras un juicio público en tanto la razón le permitía conocer; la segunda, ligada a la anterior, señalaba que si la ley natural es participación de la ley eterna en el interior de la criatura racional, la consciencia práctica al ser desatendida permanentemente, era un tribunal crítico –que en forma constante– reprendía el actuar contra ella, por constituir materia de pecado.[17]

El mito sobre el que se construye la sagrada obediencia, con todos sus problemas y contradicciones, no se repondrá a los embates de la Reforma y menos a las convulsiones que desencadenarán las modernas constituciones. La consciencia luterana –también la calvinista– recogerá, evidentemente, que no resulta aceptable tomar la palabra de Dios para anidar el pecado en los corazones. En esto no había concesiones: "cuando no se puede atender ambas exigencias, se debe privilegiar a la consciencia y desatender al derecho".[18] Justamente, aquél se opuso al emperador Carlos V: "Siendo mi consciencia prisionera de la palabra de Dios, no puedo y no quiero revocarla, porque es peligroso e imposible hacer algo contra la consciencia personal".[19] No existirá, entonces, sujeción a las leyes políticas; con independencia de la jurisdicción civil, otra personal distingue el campo entre autoridad e individuo. Ciertamente la ley no obliga –a su obediencia– en consciencia sino hasta que se acepte como tal, respecto de un fin genérico en donde se presente el orden y el buen gobierno. De hecho, esto también alimentará la secularización del derecho,[20] aunque la tolerancia, contradicción o no, recién se alcanzará tras las guerras religiosas *ex post* Reforma, donde política

[17] *Cfr.* Jörg Luther, *La Libertá di Coscienza …*, *Op. Cit.* , p. 656 con remisión a la Suma, II-II, *Q. 67*.
[18] *Cfr.* Jörg Luther, *La Libertá di Coscienza… Op. Cit.*, p. 660: *wo Man beiden nicht helfen kann, da helfe Man dem Gewissen und enthelfe dem Rechte* (Von weltlicher Obrigkeit, WA II, 19).
[19] *Cfr.* Jörg Luther, *La Libertá di Coscienza …*, *Op. Cit.*, p. 661: *Und da mein Gewissen in den Worten Gottes gefangen ist, kann und will ich nicht widerrufen, weil es gefährlich und unmöglich ist, etwas gegen das Gewissen zu tun* (discurso del 18 de abril de 1521).
[20] *Cfr.* Jörg Luther, *La Libertá di Coscienza…*, *Op. Cit.*, pp. 662-663 con remisión a Calvino – Instituciones Liber 4, X 5 y 4, X 27–, el que dirá que las leyes eclesiásticas deberán limitarse a organizar la Iglesia y no a imponer normas consideradas necesarias a la salvación, con el resultado de conculcar la conciencia.

y religión dejarán de confundirse, así como derecho y moral.[21] Y ésta será la prueba final, la condena y caída del orden sagrado instrumentalizado. Como se apresura en afirmar Harold Berman, así como los primeros mártires que fundaron la Iglesia desobedecieron la ley romana, sobre el siglo XVII puritanos, incluyendo nombres como William Penn, abrirán con su enfrentamiento al derecho establecido, bases sólidas para un nuevo derecho, americano e inglés, impregnado de derechos civiles, libertades expresadas luego en las leyes fundamentales. Libertad de expresión, de religión, de no ser enjuiciado sin justa causa, sumadas a la concepción calvinista de un gobierno por consenso de los gobernados, se sustraen de la mansa obediencia civil y nos deja en el moderno contrato social.[22]

2. LA OBLIGACIÓN DE OBEDIENCIA AL DERECHO PENAL Y CONCIENCIA: CRÍTICA

En otra ocasión negué la existencia de una obligación *prima facie* de obediencia de la ley como razón para obedecerla.[23] Es claro para mí que el sentido normativo de preceptos típicos debe proceder de un proceso de justificación *ex ante* respecto de la comunidad política, para servir a un análisis de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y responsabilidad individual *ex post*.

Hans Welzel parece restarle importancia al asunto.[24] El profesor de Bonn sostuvo que "[…] la validez y obligatoriedad de un orden de deber

---

[21] Vale tener presente el pensamiento de Kant respecto del avance en la separación. En efecto, puede haber "deberes especiales" que tengan un lugar común con el derecho, ahora lo que no tendrán en coincidencia será el modo de obligar (*die Art der Verpflichtung*). También, *Cfr.* R. Schnur, *Individualismus und Absolutismus: Zur politischen Theorie vor Thomas Hobbes (1600-1640)*, Berlín, 1963, p. 39.

[22] *Cfr.* Harold J. Berman, *Law and Revolution. The formation of the Western legal tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 31.

[23] *Cfr. supra Op. Cit.* la nota 9. Allí, entre otras importantes consultas, utilicé las contribuciones liberales de Joseph Raz en *The Authority of Law* (Oxford University Press, Clarendon, 1997) y de Herbert L. A. Hart en *The Concept of Law* (Oxford University Press, Clarendon, 1997).

[24] *Cfr.* Hans Welzel, *Gesetz und Gewissen* recogido en versión original, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, 1975.

ser descansa en una calidad interna de éste (como orden de razón, de sentido o valor) y no depende del consentimiento de la consciencia de cada uno. En virtud de esta categoría interna, un orden de deber ser de este tipo obliga al individuo también en su consciencia; pero la obligatoriedad es independiente del hecho de que el individuo la confirme en su consciencia o la niegue en virtud de corrupción o error de su consciencia".[25] De este modo, un extraordinario peso respecto de preceptos penales llevaría a la irrelevancia de la oposición individual que, por lo que sea, rechaza la comunicación coactiva. Así es como la determinación del conjunto normativo no resulta justificado *ex ante,* pues sólo se alude –en abstracto– a una notable condición que lo haría posible.

No es aquél, en mi opinión, el mayor flanco que ofrece Welzel en atención a lo que dirá enseguida. Ocurre que el ejercicio del poder del Estado marca la supercalidad intrínseca del *ius poenale*, el que ha de tutelar obviamente la consciencia individual; específicamente, la protección será "[…] de aquellos que quieran utilizarla para la imposición violenta de una determinada concepción del mundo […] Un Estado que quiera seriamente proteger la consciencia no debe tolerar la intolerancia!".[26] Aquí está el nudo problema de la justificación *ex ante*, obviamente sin solución. Convicciones religiosas, morales y también políticas pueden llevar a un enfrentamiento con un dispositivo del sistema,[27] de ahí que eludirlas por el poder de la autoridad, afirmando la validez normativa y la consecuente insignificancia de cualquier interés relevante para la consciencia individual parece ser un argumento circular. Sucede que le bas-

[25] *"Die Geltungs und Verpflichtungskraft einer Sollensordung beruht auf einer ihr selbst innewohnenden Qualität (als Vernunftordung, Sinnordnung, Wertordnung) und ist nicht von der Gewinssensbillligung des Einzelnen abhängig. Kraft der ihr innewohnenden Qualität verpflichtet eine solche Sollensordnung den Einzelnen auch im Gewissen, aber die Verpflichtungskraft ist unabhängig davon, ob der Einzelne sie in seinem Gewissen bejaht oder ob er sie infolge Verderbtheit oder Gewissenirrtum verneint"*, *Op. Cit.*, p. 306.

[26] *"[...] die Gesetzgebung in die Hand derer fallen zu lassen, die sie zur gewaltsamen Durchsetzung einer bestimmten Weltanschauung –gleichgültich welcher– benutzen wollen. Ein Staat, dem es um den Schutz des Gewissens Ernst ist, darf nicht die Intoleranz tolieren!"*, *Op. Cit.*, p. 313.

[27] *Cfr.* Udo Ebert, *Der Überzeugungstäter in der neuren Rechtsentwicklung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, p. 9.

taría al Estado alegar la necesidad de protección penal respecto de algo –a la suerte, objeto de tutela– para la deducción de cualquier tipo legal.[28] Al mismo tiempo, y esto ya carece de sentido, lo anterior custodiaría con ello la consciencia contra la arbitrariedad, cuando todas mis intuiciones me alertan sobre un argumento final de disciplina del poder.

Welzel confesará, casi al pasar, que en lo personal asume que el deber jurídico lo es también ético. Inmediatamente, reconociendo la dificultad en la justificación de las normas, observará que la solución de conflictos culmina con una decisión autoritaria –de entre muchas opiniones– en favor de una determinada concepción.[29] Esto ignora que la autonomía personal de la consciencia puede ser inmune a la amenaza de pretensión punitiva, incluso de la proferida por regímenes totalitarios. Por lo demás, si la justificación normativa se sostiene, en más o en menos, por una decisión arbitraria, ello llegaría hasta la imposición en consciencia, atento a la delgada o inexistente separación entre derecho penal y moral. Sin embargo, como recuerda kantianamente Passerin d'Entréves, la principal propiedad de una norma moral es que su justificación –en cuanto a la necesidad práctica de la acción que determina– reposa en el deber mismo, motivo suficiente de la voluntad, en tanto las leyes no comprenden esta condición.[30] Esto a no ser que se acepte la norma jurídica, en este caso penal, pero esa no es una opción que Welzel esté dispuesto a discutir, pues su doctrina manda intolerancia frente a un disidente.[31]

---

[28] Como se recordará, el *Führer* no hizo otra cosa que establecer un ordenamiento que reflejaba la consciencia racial-nacionalista del pueblo alemán, interpretado según su voluntad. El derecho era así, principio de su voluntad o *Führerprinzip*; *Cfr.* Giuseppe Bettiol-Rodolfo Bettiol, *Istituzioni di Diritto e Procedura penale*, Cedam, Padova, 2000, p. 45.

[29] *Cfr.* Hans Welzel, *Derecho y ética* (*Recht und Sittlichkeit,* trad. E. R. Zaffaroni), en Revista Argentina de Ciencias Penales 5, Plus Ultra, Bs. As., 1977, pp. 15-16. En contra, el conjunto de reflexiones de Carrara, "Programa...", *Op. Cit.*, vol. I, pp. 137 y ss. con particular atención al desarrollo del pensamiento de Rossi, quien confunde al penalista con el moralista y que tiene un método de deber moral –como mal propio del delito– tan falso como el que pretende defender, a mi ver sin éxito, Welzel.

[30] *Cfr.* Alessandro Passerin d'Entréves, *Intorno all'obbligo politico* en *Rivista di filosofia, vol. LVII, 2,* Taylor Torino Editore, 1966, p. 156.

[31] Expuse con apoyo en Hart (*The Concept of Law*) que no puede existir obligación en el sentido jurídico sino hay un consenso personal de frente al dispositivo legal, *Cfr. supra Op. Cit.* nota 9. Alessandro Passerin d'Entréves también se enrola en esta postura hartiana en su *"Intorno…"*; así: *"Solo in quanto siano state accetatte in tal modo le norme giuridiche possono dar luogo a un discorso normativo come quello di chi dice 'ho un obbligo'"*, *Op. Cit.*, p. 158.

Por lo que se viene sosteniendo, ni el poder ni nada de cuanto en su nombre se ordene resulta indiscutible para la justificación de los preceptos penales; por otra parte, jamás podría eso lograr el imperio en consciencia si su titular no lo tolera. De hecho, como *forum internum*, Niklas Luhmann descree que la última necesite de algún tipo de tutela o protección,[32] pero me adelanto a sostener que esto no es tan así. Ocurre que si bien el ámbito interno es incoercible, la tutela de éste –que es bastante más que su reconocimiento– es un absurdo, al menos, si la comunicabilidad de la acción subjetivamente preordenada cae dentro de cualquier tipo-legal.[33]

No es casual que estando pendiente la necesidad de justificar las normas penales *ex ante*, su estudio se vincule sin más con el juicio de la consciencia respecto de aquéllas. Acontece que sus fines se comunican con los comportamientos y por tal razón, si son opuestos a los trazados por el derecho, el conflicto va a tener sólo una salida epistemológica. Así como no hay una obediencia al derecho penal en cuanto obligación *prima facie*, tampoco la consciencia individual es poseedora de la verdad, no necesariamente. No debe perderse del estudio que en los Estados democráticos, las reglas de convivencia que hacen a la determinación de los bienes jurídicos no es tarea sencilla y quizás por ello es que Wolfgang Naucke suscribe que "[…] el concepto del bien jurídico penalmente tutelado es multívoco; este concepto sirve tanto para la explicación

[32] *Cfr.* Niklas Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (*Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssociologie und Rechstheorie*, trad. De Georgi/Silbernagl), Societá editrice il Mulino, Bologna, 1990, p. 265.

[33] *Cfr.* Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General* (*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, trads. Luzón Peña-Díaz y García Conlledo-de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, p. 943 con remisión al enunciado del Art. 4 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*; éste reza: "(1) La libertad de fe, de consciencia, de religión e ideología es inviolable" (*Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich*).

como para la crítica del derecho penal existente".[34] Por mi parte, el principio de necesidad y su correlativo de subsudiaridad, aunado al de lesividad realista, rigen el discurso de justificación *ex ante* aunque sólo de un modo *iuris tantum*. Es claro que *ex post* la determinación del *Tatbestand*, un hecho será antijurídico o no, culpable o no, y aún así existirá posibilidad de indagar sobre si le corresponde al derecho penal concentrarse en la acción que lo desencadena.[35]

Este trabajo no pretende profundizar mucho más en la justificación de las normas penales, en cuanto la consagración de los tipos en conexión a los objetos de tutela. Sin embargo, así como se desprende que en un Estado democrático el sistema penal se determina por vía de un consenso deliberativo, por vía de negación, porque tiene que ver con la disciplina tributaria de la obediencia sagrada, la crítica debe extenderse hacia el funcionalismo.

El profesor Jakobs expone el punto de vista funcional como la afirmación del sistema vigente por la pena, y esto a instancias de una comunicación normativa defectuosa: el delito.[36] A consecuencia de este planteo,

---

[34] *"Es ist also zu beachten, daB der Begriff des strafrechtlich geschützten Rechtsguts zweideutig ist; dieser Begriff dient sowohl zur Erklärung als auch zur Kritik des vorhandenen Strafrechts"*, *Cfr.* Wolfgang Naucke, *Strafrecht - Eine Einführung*, Verlag GmbH & Co. K.G., Berlin, 1991, p. 198. En alguna oportunidad Hassemer dejó muy claro que interés, como concepto para el derecho penal, es un término vacío, que cada quien puede llenar a su arbitrio, carente en sí de contenido. El concepto sustancial de bien jurídico es la exclusiva protección de intereses jurídicos penalmente relevantes como límite al poder punitivo estatal, excluyendo aquellos casos donde los valores en pugna pueden recibir suficiente tutela de otras ramas jurídicas o culturales, o debe hacerse y plasmarse por normas no penales según los intereses individuales y sociales que la realidad indique. Ello por aplicación del principio inelástico que envuelve a la tipicidad. Su violación también implica la alteración del carácter subsidiario del derecho penal. Ver crítica de H-J. Rudolphi, *"Die verschiedenene Aspekte des Rechtsgutsbegriffs"*, *"Festschrift fur R.M. Honig",* 1970, p. 151 y ss. (existe una versión traducida, cuya fuente precisa no puedo aportar, de "Diferentes aspectos del bien jurídico").

[35] *Cfr.* Arthur Kaufmann, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung - Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs* en aa.vv. (Schroeder-Zipf), *"Festschrift für Maurach"*, Karlsruhe, 1972, p. 334.

[36] *Cfr.* Günther Jakobs, *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (*"Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen Strafrechts?"*, trads. Cancio Melia-Feijoo Sánchez), Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Cuaderno 13, Bogotá, 1996, pp. 11-12.

el contexto acorde a la norma es su propia supervivencia, capaz de repeler divergencias y que éstas se puedan tomar como comienzo de una evolución o, en su caso, comparar los actos con las pautas prefijadas para distinguirla.[37] Es claro, entonces, que quien desatiende la orden puede ser comprendido en alguna sociedad, pero no por aquélla en donde se impartió el reparto. Increíblemente, conforme este autor, el esquema funcional que describe no disminuye la libertad –entendida de modo negativa– del individuo, sin perjuicio de que ella sea condicionada por la visión determinante de la sociedad.[38] Como se ve, a su juicio, un ataque en tal sentido no es más que una falsa asimilación al sistema del colectivismo, cuando no lo es. Luhmann, fuente de permanente consulta y en cierto modo, punto de partida de Jakobs, acepta que el derecho ha renunciado a una pretensión epistemológica conformándose, a cambio, con su validez por remisión a su sanción.[39] Desde el ámbito de la consciencia, ella no puede alterar el rol que junto a otros se le ha asignado. La estructura social necesita de una personalidad que se autoidentifique con la primera,[40] y naturalmente se exigirá una justificación –con arreglo a un criterio de verdad– respecto del obrar determinado subjetivamente por la consciencia.

En una presentación de la idea de base funcional, la libertad individual conforme consciencia no puede tomarse en serio. No hay margen de maniobra y eso porque la autodeterminación siempre está condicionada, aun sin estarlo, por las obligaciones sociales. Su campo de opciones es, por tanto, limitado. La explicación a esto, ajustándome a Luhmann, es por cuanto el orden social debe tener la más fuerte reserva contra la orientación en consciencia.[41] Su escepticismo lo lleva a afirmar, en la

[37] *Cfr.* Günther Jakobs, *Sociedad, norma…*, *Op. Cit.*, p. 17. Wolfgang Naucke, en contra, separa a tres fundamentales bienes jurídicos: la tutela de la persona, la de la propiedad y el patrimonio y por último la del Estado; v. *Op. Cit.*, *Strafrecht…*, p. 190.
[38] *Cfr.* Günther Jakobs, Sociedad, norma…, *Op. Cit.*, p. 20.
[39] Franz Neumann, en contra, es partidario del Estado que puede interferir con el concepto de libertad negativa pero, primero, debe probar que su intervención es legítima; *Cfr. Op. Cit.*, *Lo stato democratico e lo stato autoritario* (*"The Democratic and the Authoritarian State"*, trad. Giordano Sivini), Societá editrice il Mulino, Bologna, 1957, p. 38.
[40] *Cfr.* Niklas Luhmann, *La differenziazione del diritto…*, *Op. Cit.*, p. 289.
[41] *Cfr.* Niklas Luhmann, *La differenziazione del diritto…*, *Op. Cit.*, p. 282.

imposibilidad *ex ante* de un reconocimiento a los valores de consciencia por encima del orden jurídico, que la promesa de esa libertad viene delimitada por lo normativo, fiel reflejo del sentir social.

Lo primero que conviene despejar es la anunciada desviación de esta corriente dogmática por la creencia de que el ordenamiento positivo y la sociedad se protegen asimismo porque sí,[42] y esto por cuanto el camino del bien jurídico ya ha sido recorrido a instancias de Franz von Liszt, autor que lo conceptualizó como el interés jurídicamente protegido. A su vez, aclaró que todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad pero que ello no debía confundirse: no era el orden jurídico el creador del interés, sino propiamente la vida. En cualquier caso, la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico; sin embargo, insistió, los intereses vitales aparecen de las relaciones de la vida entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad establecida en Estado.[43] Basta este recordatorio para atacar la indiscutible validez nor-

[42] Es tautológico; *Cfr.* Giovanni Fiandaca-Enzo Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2001, p. 27.

[43] *Cfr.* Franz v. Listz, *Deutsche Strafrecth*, J. Guttentag, Berlin, 1897, p. 134; consultar también, Francesco Palazzo, *Costituzione e diritto penale*, en aa.vv. *Rivista di Diritto Costituzionale (Assoxiazione "Gruppo di Pisa")*, Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 171; últimamente, *Lectio magistralis della Laurea honoris causa in Giurisprudenza della Universitá degli Studi di Milano* de Claus Roxin, *"I compiti futuri della scienza penalistica" ("La salvaguarda delle tradizioni liberali ed iluministiche, un diritto penale fondato sul criterio del danno sociale, il rispetto del principio dell'ultima ratio e la salvaguarda dei diritti individuali di libertá")*, 23 de octubre de 1998. Todos los intereses tienen una necesaria explicación para ser elevados a bienes jurídicos de modo que la protección surge como respuesta ante el fundado temor de una lesión. Tanto es así que, sin perjuicio de eludir su perspectiva iusnaturalista, esta visión puede ser aplicada por igual para el derecho no continental. En efecto, el Profesor John Finnis enfatiza sobre la actualización del derecho penal cuyo sistema se adapta a las circunstancias, siempre movido por el bien común de la comunidad, entre otros de sus más importantes valores (*Cfr. Op. Cit.*, *"Natural law and natural rights"*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1996, p. 262). Naturalmente en contra, con coincidencia de la cita de Listz, Günther Jakobs, "Derecho Penal - Pte. Gral. Fundamentos y teoría de la imputación" *("Strafrecht - Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre"*, trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 51. A mayor debate, muy crítico, Sergio Moccia, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales" (*"Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali"*, trad. Ramón Ragüés Vallés) en aa.vv. "Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin" (a cargo de Jesús Silva-Sánchez), J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 113 y ss. Ampliar en Santiago Mir Puig, "Derecho Penal. Parte general", Barcelona, 2000, p. 137 (lección 6, parte Segunda).

mativa del derecho penal, la que se debe a un sentido debate. En segundo lugar, la libertad individual no está pendiente todo el tiempo de obedecer al sistema penal, lo que la lleva a una mayor dimensión de la que el funcionalismo le asigna.[44] Como bien destacara Kaufmann, si el derecho penal se ocupa de re-actuar sobre un acto que pretende prevenir, en ningún modo eso asume que la acción deba disciplinarse.[45] Finalmente, la posición conservadora que se escuda tras la argumentación funcional pierde total respeto por la autonomía personal, por su puesta en práctica, la acción, y su base: la consciencia. Es que Luhmann, como Jakobs, fundamentan un sistema de autopoiesis, estanco y autorreferencial donde el poder se fortalece en la motivación de todos, siéndole irrelevante lo que los últimos deseen.[46] Así las cosas, una tendencia al cambio, aun cuando implique superación, no podrá ser aprobado ni justificado. Tampoco una reacción diferencial no enantiotélica.

El derecho penal, en tanto positivo, no es otra cosa que el intento del sistema por una aceptación que transforme la relación entre quienes ejercen el poder y la sociedad, en una de tipo jurídico, alcanzando equilibrio respecto de los dos polos[47] y con esquemas funcionales, su concepción organicista –como la del *Reich*– no habría admitido disidencias.[48]

---

[44] Dice Kaufmann que los alemanes tienden a la intolerancia, a reglamentarlo todo en un perfil anti-liberal; *Cfr.* *Op. Cit.*, *Rechtsfreier…*, *Op. Cit.*, p. 336. Se supone que el derecho es garantía para el individuo respecto de su libertad, no que a través de éste se atente contra aquélla; *Cfr.* Franz Neumann, *Lo stato…*, *Op. Cit.*, p. 46. Para una posición personal respecto de la libertad del individuo como regla siendo la incriminación la excepción, y la antítesis para los funcionarios públicos, consultar "Sobre las tensiones entre el derecho de resistencia y el derecho penal", LexisNexis Jurisprudencia Argentina, Nº 6226, 27-12-2000, pp. 19 y ss.

[45] *Cfr.* Arthur Kaufmann, *Rechtsfreier…*, *Op. Cit.*, p. 334.

[46] Un cuestión es un ejercicio conservador del poder respecto de la libertad y otro muy distinto cerrarse a cualquier transformación del sistema vigente; *Cfr.* Franz Neumann, *Lo stato…*, *Op. Cit.*, pp. 51-52.

[47] *Cfr.* Franz Neumann, *Lo stato…*, *Op. Cit.*, p. 49.

[48] El esquema organicista es donde pueblo y Estado y pueblo e individuo toman cada referencia de la libertad de cara a un todo ontológico aunque contraste con la realidad jurídica y natural de la sociedad humana; *Cfr.* Giuseppe Bettiol-Rodolfo Bettiol, *Istituzioni…*, *Op. Cit.*, p. 45. Vale rescatar aquello que decía Carrara: "La sociedad suministra la protección del derecho, pero éste existe antes que ella; o mejor dicho, su misión al ejercer la función penal es precisamente la de proteger el derecho, no la de proteger la moral cuando en las ofensas inferidas a ésta no se presenta la colisión con la libertad ajena". Ampliar en "Programa...", *Op. Cit.*, Vol. VIII, respecto de la separación entre derecho y moral, pp. 8-9.

Se trata, como ha quedado expuesto, de compatibilizar la tutela de cualquier interés intersubjetivo, consensuado, con el límite proporcional del poder. Esto necesitará tomar como presupuesto *ex ante* el respeto por la autonomía personal y, a su vez, las razones que se traduzcan en acción pura *ex post*. Ello no autoriza a creer que la necesidad en la justificación de la norma penal implica la obligatoriedad a su postulado, pues no faltará quien desvíe estas premisas –"a la antigua"– para concluir que la obligación del sentir normativo hace su justificación, lo cual es falaz según se ha visto.[49]

3. JUSTIFICACIONES Y EXCUSAS. TENDENCIAS

La diferenciación entre estos conceptos tiene conexión con el apropiado uso del lenguaje, conforme el legado de la filosofía analítica, cuya influencia en la teoría continental del delito, empieza a ser reconocida. Entiendo que aclarado el punto de partida, en cuanto no es posible entender el derecho penal como una razón de obligación *prima facie* de obediencia, y consensuada su validez respecto del establecimiento necesario de *Tätbestanden* por resguardo de *Rechtgutes*, corresponde analizar si la desobediencia civil puede actuar como elemento negativo de la antijuricidad o de la culpabilidad.

Justificaciones o excusas, al fin de cuentas, no son más que dos defensas. Según una fuente inglesa, lo que separa a las primeras es que insertas en un contexto, confrontan con el ataque penal y circunstancias especiales hacen que el acto en cuestión sea socialmente aceptado y, quizás, hasta deseado, siendo en tanto inmune a la punibilidad. Las excusas, por el contrario, acorde con lo tenido en cuenta por el autor, solamente lo dispensan.[50] Para Roxin, análogamente, una causa de justificación presupone que de la colisión de dos intereses, uno prevalezca. La regulación que hace el derecho, entonces, se ocupa de hacer un justo balance en esta contienda: el superior puede ser preservado del

[49] *Cfr.* Sergio Cotta, *Giustificazione e obbligatorietá delle norme*, Giuffré, Milano, 1981, p. 22.
[50] *Cfr.* Robert F. Schopp, *Justification defenses and just convictions*, Cambridge Studies in Philosophy and Law, Cambridge University Press, Cambridge U.K., 1998, p. 3.

daño de aquel merituado como inferior; si acaso fueran de igual rango el sistema debe procurar la selección.[51] Una causa excusante, prosigue nuestro autor, utilizando un término emparentado con el sistema inglés, o de exclusión de la culpabilidad, acorde con el sistema de la teoría del delito, presupone en la esfera cognoscitiva que el autor obre de modo antijurídico –sin un contra-interés reconocido por el ordenamiento–,[52] no obstante lo cual la acción típicamente injusta tiene la posibilidad o la necesidad político-criminal de no ser punible.[53] Obviamente que las dos sean negativas frente al *ius puniendi* no quitan la controversia en cuanto a la fundamentación de la distinción desde el punto de vista de las consecuencias. Un asunto, sin embargo, no se discute: si de la colisión propia del grupo de justificantes prevalece un interés, ejecutar un acto ya no será antijurídico,[54] lo que implica un desinterés por la punibilidad.

Para seguir un orden, me detendré en el territorio de las causas justificantes. En otras oportunidades me he mostrado partidario de encausar la desobediencia civil, bajo ciertos presupuestos,[55] como legítimo ejercicio de un derecho constitucional:[56] actos típicos pero como reacciones a medidas políticas unilaterales (de destrucción del contrato social), cuyo basamento jurídico es discutido por consciencias de acuerdo a parámetros de moral, tal *es* y *debe ser* el derecho, en tanto no impliquen violencia sino antes lo contrario, respeto al sistema formalmente vigente, no conforman injustos penales.[57] Como expusiera entonces, no me parece

[51] *Cfr.* Claus Roxin, *Antigiuridicitá e cause di giustificazione* (*Rechtswidrigkeit und Rechtfertigungsgründe, a cura di* Sergio Moccia), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, p. 90; Francesco Antolisei, *"Diritto penale"* (a cura di L. Conti), Giuffré, Milano, 2000, p. 280.
[52] Aquí la totalidad del orden jurídico entra en tensión, pues la antijuricidad se nutre de todos los sectores del derecho; v. *Cfr.* Claus Roxin, *Antigiuridicitá…*, p. 91; Giovanni Fiandaca-Enzo Musco, *Diritto penale…*, *Op. Cit.*, pp. 225; Francesco Antolisei, *Diritto…*, *Op. Cit.*, p. 282.
[53] *Cfr.* Claus Roxin, *Antigiuridicitá…*, *Op. Cit.*, p. 90.
[54] *Cfr.* Claus Roxin, *Antigiuridicitá…*, *Op. Cit.*, p. 91.
[55] En general, puede resumirse, como principio general a una facultad propia del derecho en cuestión, lo que lleva a no tomar como justificante un abuso de él; v. Giovanni Fiandaca-Enzo Musco, *Diritto penale…*, *Op. Cit.*, pp. 242-3.
[56] La fuente del derecho en cuestión puede ser constitucional; *Cfr.* Giovanni Fiandaca-Enzo Musco, *Diritto penale…*, *Op. Cit.*, p. 242. He criticado que el penalista –por norma– no acude al derecho constitucional para esta causal de justificación, v. *Introducción a una Teoría…*, *Op. Cit.*
[57] *Cfr. Introducción a una Teoría…*, *Op. Cit.* y "Sobre las tensiones entre el derecho de resistencia…", *Op. Cit.*, y las citas que allí se hacen.

que la solución dogmática sea encerrar un tema tan delicado dentro del panorama de una justificante, máxime si los factores que la informan pueden, de acuerdo al universo en el plano del ser, acercarse al ejercicio de la legítima defensa o aún al estado de necesidad.

Desde el punto de vista teórico, forma parte del método lógico y racional deducir que si los ciudadanos son quienes justifican el *ius puniendi* del Estado en una república representativa y democrática, esto también lleva a la propia limitación del poder coercitivo a su respecto; sin embargo, esto no en el sentido clásico de *alterius iuris in sui iuris* de corte hobbesiano, sino en la libertad a través del gobierno.[58] Medidas del Estado contra los derechos de libertad, aunque sean los de un grupo minoritario, pueden despertar reacciones en consciencia, esto podrá llevar a la acción directa y lo apropiado para la teoría política de los Estados democráticos, acaecida la subsunción legal típica, es la tolerancia antes que la reacción normativa (recordar como punto de partida pretérito los casos de objeción de consciencia al servicio militar o aún los de ultrajes a la bandera).

El consenso que representa el derecho, observará en las defensas justificantes que el acto externo –en nuestro caso más que nunca reflejo de convicciones– no está totalmente prohibido por la articulada y consensuada moral pública mínima. Esto es así, en efecto, cuando el sistema penal ha de entenderse como la retribución sobre la base de un acto condenado por la totalidad del orden legal, sostenido por convenciones.[59] Quizás esto no conforme a todos. A pesar de ello, como no parece abrirse la senda de la pena (que exige mucho más), vale rescatar –con alguna reserva– el que para Kaufmann la consecuencia normativa se retrae, por una renuncia que termina por circunscribirse a la responsabilidad del autor. A modo de completar ese análisis, puede señalarse que conflictos tan profundos, como los que envuelven a mi convocatoria, no estarían justificados como para alcanzar una valoración en senti-

[58] *Cfr.* Franz Neumann, *Lo stato…*, *Op. Cit.*, p. 107. La valoración de aportes de John Rawls y Ronald Dworkin pueden consultarse en *Introducción a una Teoría…*, *Op. Cit.*
[59] *Cfr.* Robert F. Schopp, *Justification defenses…*, *Op. Cit.*, p. 53.

do aprobatorio pero tampoco lo contrario. Se trata pues de algo que no estaría prohibido,[60] lo que contrario al sentir y pensar de nuestro autor, en mi opinión, implica toda una valoración:[61] la redención de la democracia, ni más ni menos.[62]

Ahora bien, debo recoger la tendencia en América Latina para esta justificación, lo que cuadra –en Argentina– con la libertad de expresión. Lo que requiere el derecho, en concreto y al menos implícitamente, es ser ejercido por medio de una acción que regularmente constituye un delito,[63] lo cual es interesante cuando bajo aquel concepto se encolumna una serie de actos privilegiados.[64]

Como enfoque general, tras los pasos de Mill,[65] la defensa de la libertad de expresión responde las más de las veces a una teoría consecuencia-

[60] *Cfr.* Arthur Kaufmann, *Rechtsfreier…*, *Op. Cit.*, p. 336.
[61] En este sentido, analizando a Kaufmann, v. Claus Roxin, *Antigiuridicitá…*, *Op. Cit.*, p. 105 y su conclusión, pp. 116-7. En la teoría del delito, la lógica se cumple y ésta –en la antijuricidad– marca que es un injusto aquello que por la pena no se quiere; v. Wolfgang Naucke, *Strafrecht…*, *Op. Cit.*, p. 253.
[62] En contra, Günther Jakobs, *Derecho penal…*, *Op. Cit.*, pp. 534-6. Su análisis cae en autocontradicción pues si reconoce los elementos que la describen, es obvio que no puede afirmar que se trata de "[…] un sacrificio *exclusivamente* a costa de otros" (énfasis original). Quien desobedece ya padece, sino no tendría elementos condicionantes externos que empujen su insubordinación interna como para la validez de la justificación. Por otra parte, si afirma que la resistencia a la opresión es subsidiaria –*Op. Cit.*, p. 533–, no puede negar los presupuestos en favor de la desobediencia que es previa a aquélla. El autor rechaza que se acuda a la Constitución, pues es una confrontación de opiniones e ideologías que no pueden solucionarse en tribunales, no a favor de la impunidad, claro. Para mí, una pena así es antiutilitaria, aun cuando la utilidad no cuenta en su teoría de la pena. En materia de democracia, existe un derecho al derecho, a la protección del legislador y de la autoridad mandataria; de ahí que ante un supuesto de contradicción la regla favorece al individuo contra el poder político del Estado; *Cfr.* Teresa Serra, *Il disagio del Diritto. Stato 'punitivo' e disobbedienza civile*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 165.
[63] *Cfr.* Francesco Antolisei, *Diritto…*, p. 281, con arreglo a una reconocida jurisprudencia de la casación italiana.
[64] *Cfr.* Thomas Scanlon, *A theory of Freedom of Expression*, en aa.vv. (Ronald Dworkin), *Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1977, p. 153.
[65] *Cfr.* John Stuart Mill, *On liberty*, Gertrude Himmelfarb, Penguin, 1985. La argumentación de Mill gira sobre cuatro ideas: 1.- Lo que se impide expresar puede ser verdad; a su vez quien lo hace asume infalibilidad; 2.- aunque se suprima aquello considerado falso, ello podría tener una porción de verdad, perdiéndose la expectativa de que ésta resurja de modo completo; 3.- sostener posiciones sin acceder a críticas puede llevar a que se crea sin apreciar las razones lo que es un prejuicio irracional; y 4.- siempre está el riesgo en la continuidad de una idea, puede llegarse a creer sin profundas convicciones al respecto, lo que en términos de experiencia personal no significan nada (*Op. Cit.*, pp. 115-116).

lista. No importa tanto el acto puntual sino lo que ocurriría desde los efectos de aplicar las respuestas normativas asignadas ante la ejecución de aquél. De ahí que se toleren otros daños colaterales,[66] lo que a su vez concuerda con el repaso conceptual de las justificantes que se hiciera. Nada obsta, sin embargo, a que el enfoque sea a su vez personalista. La autonomía personal, en tal sentido, puede mandar en cuanto a una obediencia a las leyes, la formación de una opinión al respecto.[67] Por esta razón, no puede creerse en los preceptos ni darle ninguna concesión al Estado democrático si el acatamiento no admite previa deliberación.[68] Me parece importante traer a colación unos fragmentos de Thomas Scanlon, pues, sin desconocer el enfoque consecuencialista, une todos los eslabones entrelazados en este trabajo: "Un hombre autónomo puede creer, si cree a su vez en los argumentos pertinentes, que el Estado tiene un derecho característico a darle órdenes. Esto es, puede confiar que (dentro de ciertos parámetros tal vez) el hecho de que el derecho disponga un cierto acto le depara una poderosa razón para ejecutarlo, fundamento independiente de las consecuencias que puedan seguirse, para él o para otros, de la realización o abstracción de dicho acto. La mayor o menor fuerza de esta razón que será decisiva, dependerá de la opinión que ese individuo tenga acerca de los argumentos en miras al cumplimiento de las leyes. Para que una persona conserve su autonomía es imprescindible que, a todo evento, no sea su mero reconocimiento de que cierto hecho le viene impuesto por el ordenamiento el que resuelva la duda de si debe acatarlo".[69] Para hacerlo gráfico, un Estado no debe imponer su auto-opinión sobre sus políticas públicas si, como tal, duda ante la menor oportunidad de confrontarlas con un juicio alternativo de falsedad. Por encima de los males que podría acarrearse desde la perspectiva consecuencialista, en cuanto impere la irracionalidad, ello violenta la autonomía.

---

[66] *Cfr.* Thomas Scanlon, *A theory of...*, *Op. Cit*., p. 156.
[67] *Cfr.* Alexander Meiklejohn, *Political Freedom*, NYC, 1965, p. 79, *Op. Cit*. por Thomas Scanlon, *A theory of...*, p. 154. De hecho la autonomía personal hace que un individuo siga a otro, según su decisión, a instancias de comportamientos expresivos; v. *Op. Cit.*, p. 160.
[68] *Cfr.* Thomas Scanlon, *A theory of...*, *Op. Cit.*, pp. 163-164.
[69] *Cfr.* Thomas Scanlon, *A theory of...*, *Op. Cit.*, p. 163.

En general, los seres los humanos no están limitados por la ley aunque se aspire a que tengan consciencia de ella y de su sentido normativo. Contrario a lo que proponen autores sobre los que hemos hablado en el segundo apartado, el desarrollo de las personas, la sociedad y la humanidad toda, responde a un proceso construido en base a la libertad de expresión y al intercambio comunicacional,[70] de ahí la importancia del lenguaje. De este modo, el orden jurídico se integra también con la libertad de reunión, la cual ha de integrarse con el derecho a ser escuchado, carcaterológico en una república representativa.[71]

Esta cuestión ha sido soslayada en una desafortunada sentencia de la casación nacional. La plataforma fáctica se limitó a una protesta gremial donde se cortara un ruta nacional (bajo competencia de la justicia federal), dificultándose el tránsito –aunque subsistía una vía alternativa–, al punto de impedir ingresos y egresos de la ciudad de San Carlos de Bariloche (provincia de Río Negro), retrasando, a su vez, dos vuelos. Se practicó juicio lógico deductivo, se formuló reproche y se responsabilizó a una sola persona en orden al tipo-legal de entorpecer el transporte y la circulación –Art. 194 CPA–. Los jueces que formaron la mayoría no reconocieron la causal justificante del ejercicio legítimo del derecho –Art. 34 inc. 4 CPA–. En un fallo desconectado con la realidad, a la que los magistrados no son extraños, aducen que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes –Art. 22 CN– de modo que la acción tenía un espíritu de sedición en los términos de la

[70] *Cfr.* Bernard Williams, *Obscenity and film Censorship*, Cambridge University Press, 1981, 5.21.
[71] *Cfr.* Juan Antonio González Calderón, *Derecho constitucional argentino*, Vol. I, J. Lajouane, Bs.As., 1930, p. 409.

Ley Fundamental.[72] Ahora, de un lado, temprano advertí que aquí no se ataca al sistema sino que a través de él se debate con el poder, justamente, cuando aquellos devenidos en autoridad no cumplen con su mandato en cuanto representatividad, generando convicciones y desencadenando acciones de estas características. La disidencia, por el contrario, acogió la justificante con base en la libertad de expresión: "Cualquiera que sea la base o título legal de las calles o plazas, desde tiempos inmemoriales han sido utilizadas por los ciudadanos con fines de reunión, comunicación y discusión de cuestiones de interés público. Ese uso de las calles y lugares públicos ha sido desde siempre parte integrante de los derechos, privilegios, inmunidades y libertades de los ciudadanos. El derecho de todo ciudadano […] de usar las calles y plazas públicas para la comunicación de ideas [….] puede ser regulado en nombre del interés general; no es abso-

[72] La segunda parte del Art. 22 CN (1853-1860) dice que todo grupo armado o número de personas que peticione a nombre del pueblo comete sedición. Sin embargo, esta disposición, propia del constituyente originario, debe armonizarse con la declaración que adopta la Argentina respecto del sistema republicano-representativo (y federal), Art. 1, conforme lo adelantara uno de nuestros más eminentes juristas (*Cfr.* José Manuel Estrada, *Curso de Derecho Constitucional*, Sudamericana de Billetes de Banco, Bs.As., 1901, pp. 56-57; íd. Juan Antonio González Calderón, *Derecho…*, *Op. Cit.*, pp. 421-425). Acontece que las más de las veces la autoridad democrática se olvida que detenta el poder *para todos* y no únicamente para aquellos que la han elegido. Recuérdese que, bajo la autorizada opinión de John Marshall "[…] al gobierno se le confían amplios poderes, de cuya debida ejecución dependen tan fuertemente la felicidad y la prosperidad de la Nación, por eso se le confían grandes medios para su ejecución"; *Cfr. in re "McCulloch v. Maryland"*, 17 U.S. 4 *Wheaton* 316, 1819 (para una teoría del poder y sus obligaciones con fundamento en Marshall y en este precedente, ampliar en "Sobre las tensiones entre el derecho…", *Op. Cit.*). Por eso, en mi opinión, con la crisis de la democracia argentina ante una pérdida de fe en los representantes, esto actúa con elemento de atipicidad constitucional, que explota en el código a nivel de la consideración del injusto. Por otra parte, nuestros primeros constitucionalistas se cuidaron de defender una errónea aplicación del Art. 22 CN, porque la Constitución impera cuando se respeta, no siendo sedicioso ni delincuente el que hace uso de la legítima defensa, resiste a la opresión y al servilismo y busca contener desbordes de un déspota sin ley (*Cfr.* M. A. Montes de Oca, *Lecciones de Derecho Constitucional*, T.I, Jesús Menéndez editor, Bs.As., 1927, p. 450). A su vez, la ley federal 49 –Art. 25– (14 de setiembre de 1863) que reglamentó la norma constitucional, expresamente señaló que no es sedición la reunión de una población o de un número cualquiera de ciudadanos desarmados y en orden, sin pretensiones de atribuirse la soberanía del pueblo, cuando se ha celebrado con el objeto de reclamar contra las injusticias, vejaciones y el mal comportamiento de los empleados de la nación; lo que por razón del espacio temporal entre el dictado de la Ley Primera por los constituyentes originarios y el legislador de la época, apoya mis intuiciones sobre que aquella ley federal es fuente de auténtica interpretación del Art. 22 CN. Es que se trata de aliar la política con la justicia (*Cfr.* Agustín de Vedia, *La Constitución Argentina*, Coni, Bs.As., 1907, p. 110; íd. Juan Antonio González Calderón, *Derecho…*, *Op. Cit.*, pp. 425-426).

luto sino relativo, debe sumarse al bienestar general, en consonancia con los principios de paz y orden, pero no puede, bajo la excusa de dicha regulación, ser restringido o denegado".[73]

En donde, a mi modo de ver, yerra la disidencia, es al momento subsidiario de plantear al acuerdo, como objeción al reproche, el que el sujeto activo carecía de consciencia del injusto por indebida extensión de la justificante.[74] Palabras más o menos, acogía un error de permisión en la concurrencia de la justificación. Esta cuestión envuelve un esfuerzo en demasía contra la punibilidad, en atención a la intuición respecto de la improcedencia de un error de prohibición frente a quien estorba, como su derecho, un espacio público y ello tomado por cuanto la autoridad, las más de las veces, no hace nada al respecto. El sustrato fáctico niega cualquier esencialidad e invencibilidad de un error en tal sentido, respecto de todos los elementos del tipo-legal, así como de su antijuricidad (que es menester sean comprendidos por el autor),[75] por lo tanto, ante el

[73] CNCP, Sala I, C. 3905-Reg. 5150, *in re* "Schifrin, Marina s/recurso de casación", con transcripción de *"Hague v. Cio"*, 307 U.S. 496, 1939 pronunciamiento del *Justice* Roberts. La mayoría, de la colisión de intereses, hace prevalecer el orden, la disidencia –a contracara– la autonomía. A mi juicio, el caso a estudio encierra *symbolic speech* y la protección del orden no supera la tutela del derecho en cuestión ni tampoco el desarrollo de la autonomía; *Cfr.* la doctrina del *Chief Justice* Earl Warren *in re"U.S. v. O'Brien"* 391 U.S. 367, 1968. Además la mayoría no afirma (creo que no pudo hacerlo por la situación que atraviesa la Argentina) que el discurso tenía poco valor (*low value speech*). No obstante lo dicho, estimo de aplicación por asimilación fáctica al caso argentino, la doctrina del caso *"Cox v. Louisiana"*, 379 U.S. 536, 1965. Esto por cuanto B. Elton Cox fue acusado por quebrar la paz, obstruir el paso por lugares públicos y encerrar con manifestantes los tribunales locales, en la protesta por la plenitud e igualdad en derechos civiles. Los argumentos utilizados por el representante estadual Ralph Roy se parecen mucho a los de la mayoría en la casación argentina: cortar accesos no es equivalente a una expresión. Las leyes de tráfico y circulación, dirá la Suprema Corte, tampoco pueden actuar como un censor, selectivamente; todavía la libertad de expresión y de reunión son importantes para la construcción de una sociedad democrática.

[74] Quizás, se dijo: "...campea en esas muchedumbres una acabada ignorancia acerca del deber jurídico que en esos trances les incumbre, inducida por la tolerancia que se dice profesar" y, a su vez, antes se añadió: "tolerancia... más allá de sus distintos matices y consecuencias técnico-jurídicas, significan, de hecho, un mandato permisivo implícito que concurre a la justificación de la conducta típica".

[75] En general eso demanda el error de prohibición en Alemania, rara vez aceptado en el derecho no continental; *Cfr.* Carlos S. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal,* Astrea, Bs.As., 1980, pp. 162-164. Entiéndase que no se trata de un error sobre hechos que justificarían una acción determinada sino sobre una norma y más concretamente sobre los límites de aquélla, que al fin de cuentas, no termina por justificar un acto (*Cfr.* Claus Roxin, *Antigiuridicitá...*, *Op. Cit.*, pp. 66-68; Fiandaca-Musco, *Diritto...*, *Op. Cit.*, p. 230; etc.).

plano típico acreditado, se está ante una falsa justificación que no alcanza, así visto, tampoco, para excusar.

Muy por el contrario al argumento subsidiario de la disidencia, había conciencia del injusto pero el problema fue su convicción moral para la acción de todas formas. En este sentido, lo que debió analizarse es si una determinación moral inspirada y amparada –en principio– por la Ley Fundamental cae indefectiblemente en la retribución de la pena y frente a este dilema, entiendo que no,[76] siempre que se reconozca la seriedad de la autodeterminación bajo la cual no parece posible una acción distinta que la ejecutada.[77] Si así fuera, no es la primera vez que la culpabilidad es considerada con mejor aptitud para resolver conflictos morales con la autoridad que pretende imponerse incluso por el derecho.[78] La presión moral de las ideas personales pueden formar la inexgibilidad del obrar externo conforme a derecho,[79] y es una notable argumentación excusante.

Previo a pasar al cierre de este trabajo, no debo ni puedo pasar por alto la situación de Venezuela. A mi modo de ver, el panorama que motivara los comentarios a la casación argentina pueden extenderse a la Sala Constitucional del Máximo Tribunal respecto a la imposibilidad de la desobediencia civil. El caso *in comento* tuvo por objeto procesal-constitucional la interpretación de un norma de la Ley Primera que la autoriza.[80]

Suele ser una constante el que, a la par del desequilibrio republicano, la concentración de poder tiende naturalmente a repeler la libertad de ex-

---

[76] *Cfr.* Karl Peters, *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*, en *Strafrechtspflege und Menschlichkeit (Herausgegeben von Wilfried Küper und Klaus Wasserburg)*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, p. 40.

[77] *"Es ist ein grundlegender Irrtum zu glauben, daB der Gewissenstäter willkürlich nach rein persönlichen MaBstäben seine Entscheidung trifft. Der Gewissenstäter hat sich im Gegenteil einer über ihm stehenden Ordnung unterstellt. Er handelt aus der Bindung an diese Ordnung"*; *Cfr.* Karl Peters, *"Überzeugungstäter..."*, *Op. Cit.*, p. 41 con crítica a Hegel y acento kantiano (y por tanto, de rechazo a ideas como las de Luhmann y Jakobs, si cabe aclarar).

[78] *Cfr.* Udo Ebert, *Der Überzeugungstäter...*, *Op. Cit.*, p. 50.

[79] *Cfr.* Udo Ebert, *Der Überzeugungstäter...*, *Op. Cit.*, p. 66. Ciertamente, quien actúa así no es un criminal común; *Cfr.* Robert Schopp, *Justification defenses...*, *Op. Cit.*, p. 156.

[80] *Cfr.* Sentencia del día 22 de enero de 2003.

presión. Es previsible, pues este derecho tiende a la pluralidad de ideas conforme marca la visión consecuencialista y ello, a su vez, repercute en la libertad como autonomía donde, para obedecer, primero es necesario aceptar y consensuar y, cuando no, debatir. Lo último, por cierto, también conduce a la libertad de expresión y al pluralismo, por ello es objeto de intolerancia y manipulación.[81] Buena prueba de cuanto viene sosteniéndose es la desafortunada mención de Jean Jacques Rousseau para la fundamentación de una sentencia que pretende luz sobre el Art. 350 de la Constitución Bolivariana. En efecto, el Libro III-Capítulo IV del "Contrato" no es un himno a la democracia precisamente; a su vez, del contexto de la obra, la voluntad general puede ser el pueblo todo con excepción de tan sólo un individuo o bien la antítesis, alguien que lo sintetizara tal y como tirano, y ninguno de ambos polos es aceptable bajo una Constitución democrática y deliberativa.

Todas mis intuiciones me alertan, además, sobre la admisibilidad procesal de la acción y la muy pobre argumentación arrimada para excitar la jurisdicción. Caben los reparos porque con arreglo a la indeterminación del concepto pueblo lo han condenado en el ejercicio de la autonomía como libertad y disenso, no contra el sistema sino a través de él. Muy poco para tanto.

4. UN FINAL ABIERTO

Difícil es alcanzar conclusiones inflexibles en el tema propuesto. Ello obedece a la multiplicidad de factores que influencian su análisis, los que no integran subsistemas cerrados como piensa Luhmann y, penalmente hablando, Jakobs. Economía y desarrollo social, libertades individuales y gobierno democrático no están desconectados.

Paréceme hasta aquí que, en cualquier caso, un falso subsistema, el de la economía y el desarrollo social, se sostiene contra los individuos co-

[81] En este sentido, el trabajo inédito del Profesor Allan R. Brewer-Carías, "Democracia y desobediencia (la democracia venezolana a la luz de la Carta democrática Interamericana)", fundamentalmente, cap. VIII, "la democracia y la transparencia gubernamental y contraste con la corrupción y el irrespeto a la libertad de expresión".

munes –o al menos un grupo de éstos– bajo el imperio normativo de lo fáctico. La emergencia permanente tan propia en Estados de América Latina provoca la suficiente distorsión como para que, de poner coto a la crisis aludida, la propuesta en suerte no admita confrontación. Y el otro falaz subsistema, el de las libertades y las reglas democráticas, se alza contra las autoridades que detentan el gobierno fuera del señorío fáctico de lo normativo. La continuidad del orden constitucional, propósito común sostenido por nuestros países, se resiente con la débil fidelidad prestada por el poder a sus bases. Como contracaras de una única visión, resulta que se despliega el poder fáctico de lo normativo a los individuos comunes no a favor de éstos, cuando reciben los repartos de las políticas de emergencia, aunque si cuando se deciden a protestar contra aquellas. Las autoridades se apartan de las fronteras constitucionales del equilibrio y separación de poderes –según el sello normativo de lo fáctico– para un dudoso beneficio de sus mandantes, pero retoman disposiciones constitucionales para sí cuando los últimos pretenden un cambio estructural de las medidas que atañen al tejido social. Paradojalmente, unos están conforme a derecho cuando se les imputa que no, y otros no lo están cuando saben que no pero quieren hacer creer que sí. A esto habría que agregarle el satélite de la corrupción institucional, que gira en torno al esquema descrito y que merecería –por sí solo– un ensayo o de última, un capítulo autónomo en esta presentación.

Resulta indispensable la protección de la consciencia y la autonomía en nuestros Estados. Es insensato descansar en ello pero intentar, a la vez, aplicar una pena en la expresión no violenta de otro modo de pensar, reflejo de una autodeterminación personal con sólido basamento moral. Máxime si justamente por ello se puede alcanzar cierto grado de aquiescencia en torno a valores y objetivos de la vida en común.[82] De ahí que una aplicación teleológica del derecho penal hace a la defensa de la libertad como autonomía y no a la salvación de los individuos según la impresión personal de quien a la suerte resulte salvador, a la que con ascetismo nos supo exponer Welzel. El único límite sustentable, enton-

[82] *Cfr.* John Finnis, *Natural law…*, *Op. Cit.*, p. 213.

ces, viene dado por los objetos penalmente relevantes, caracterológicamente intersubjetivos, nunca por el interés subjetivo de un sector.

Quisiera dejar mi voto para que se apliquen consecuencias normativas tan sólo si existe abuso desobediencia, por exceso o bien para cuando los méritos del juicio de quien alegue personal convicción para no actuar conforme a derecho sea inexcusable. Como sentenciara Dworkin, los integrantes de la sociedad obedecen reglas que ellos han aceptado o consensuado como objeto de una obligación pero asumen exhaustivamente esas reglas como tal.[83] La totalidad del orden legal y su fundamento histórico coadyuvan para tratar la desobediencia como una severa regla para consensuar, especie de regla aplicada a reglas. Guste o no, ahí está, y si el futuro no se abre a un sincero consenso como núcleo democrático de nuestras sociedades latinoamericanas, ahí estará.[84]

[83] *"Political obligation is then not just a matter of obeying the discrete political decisions of the community one by one, as political philosophers usually represent it. It becomes a more protestant idea: fidelity to a scheme of principle each citizen has a responsibility to identify, ultimately for himself, as his community's scheme"; Cfr.* Ronald Dworkin, *Law's Empire*, The Belknap press of Harvard University Press, p. 190.

[84] Quiero agradecer muy especialmente al Profesor Alberto Baumeister Toledo, y por su intermedio al Profesor Allan R. Brewer-Carías por la lectura provechosa del trabajo de este último, citado en la nota 81, *supra*, sumado a las fecundas reflexiones provocadas por vía epistolar y fugaces encuentros a razón de la amistad que nos une. Hago propicia la ocasión para reiterarle toda mi gratitud al Director de Tesis del curso de Doctorado en la Universidad del Salvador, Profesor Jorge P. Viñas Forte, quien infatigablemente me ilustra con material y me invita a pensar con sus suspicaces comentarios y su fino humor. Para terminar, a la Profesora *della UniRoma1 "La Sapienza"*, Teresa Serra, quien me facilitara un caudal de material de lectura y su valioso tiempo tras mi paso por la ciudad eterna. Muchas gracias amigos míos.

Influencia de la Sentencia Penal Sobre el Procedimiento Civil Indemnizatorio en la Jurisdicción Civil de Acuerdo al Nuevo Código Procesal Penal

Neptalí MARTÍNEZ NATERA*

SUMARIO:

Introducción
1. **Procedencia de la acción civil.**
2. **Normas sustantivas para intentar la acción civil.**
3. **Reclamación civil conforme al Código Orgánico Procesal Penal.**
4. **De la conciliación.**
5. **Sentencia sin recurso.**

Notas del autor

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado. Autor de varias publicaciones y numerosos ensayos difundidos en publicaciones especializadas y arbitradas. **Bufete Martínez Natera & Asociados**, Director Principal. E-mail liomar@cantv.net

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Orgánico Procesal Penal, también entro en el campo del Derecho Procesal Civil, una nueva forma de proceder en juicio para obtener del victimario la reparación del daño causado, con unas características distintas a las previstas en el anterior Código de Enjuiciamiento Criminal. La actual forma de proceder se encuentra ajustada a los artículos 26 y 257 de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela, en lo que se refiere a los derechos de la víctima y la obtención rápida, eficaz, sin formalismo y entendiendo que el proceso es un instrumento fundamental para la realización de la justicia, atendiendo simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites, mediante la utilización de un procedimiento breve, monitorio, oral y público, omitiéndose las formalidades no esenciales. Es así como el artículo 422 del Código Orgánico Procesal Penal nos indica la procedencia de la acción civil para la obtención de la reparación e indemnización derivada del delito.-

1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CIVIL

Estatuye el artículo 49 del Código Orgánico Procesal Penal, lo siguiente:

> Artículo 49.- Acción Civil. La acción civil para la restitución, reparación e indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito, sólo podrá ser ejercida por la víctima o sus herederos, contra el autor y los partícipes del delito y, en su caso, contra el tercero civilmente responsable.

Conforme al dispositivo transitorio, corresponde a la víctima y sus herederos ejercer la acción civil para la obtención de la reparación, recuperación o indemnización de los daños causados por el delito. Esta titularidad de la acción en contra de las citadas personas también puede ser dirigida en contra de los terceros civilmente responsables, acción que puede ejercitarse conjunta o separadamente, es decir, que la víctima o sus herederos pueden intentar la acción, no sólo en contra de los autores directos del delito, conjunta o separadamente, sino también en contra del tercero, ya que en mí concepto existe solidaridad en cuanto al hecho

ilícito, pero ello en modo alguno puede considerarse un litis consorcio pasivo necesario.

El procedimiento civil estatuido en el Código de Procedimiento Civil es suplementario en aquellos casos no previstos en el Código Orgánico Procesal Penal, ya que el artículo 51 establece que:

> Artículo 51.- La acción civil se ejercerá conforme a las reglas establecidas por este Código, después que la sentencia penal quede firme; sin perjuicio del derecho de la víctima de demandar ante la jurisdicción civil.

El procedimiento en análisis sólo tiene supletoriedad en el caso de las medidas cautelares, las que deben aplicarse siguiendo lo pautado en el Código de Procedimiento Civil, tal como lo consagra la forma contenida en el artículo 551, del Código Orgánico Procesal Penal, según el cual establece:

> Artículo 551.- Las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, relativas a la aplicación de las medidas preventivas relacionadas con el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles, serán aplicables en materia procesal penal.

Esta excepción, contenida en la norma anterior, debe ser tomada en cuenta en aquellos casos de reclamación civil, luego de que la sentencia penal se encuentre definitivamente firme, pero no en aquellos casos cuando no existe sentencia sobre el particular; sin embargo, los jueces penales a petición del Fiscal del Ministerio Público cuando consideren que los bienes objeto de la posible reparación, recuperación o indemnización, puedan desaparecer u ocultarse podrían, previa ***comprobación del fumus bonus delicti***, es decir, que existían elementos que demuestren la existencia del delito, decretar algunas medidas cautelares siguiendo las pautas del Código de Procedimiento Civil, y, admitir, si fuere el caso, tercerías si se decretasen medidas preventivas que afecten los bienes que se dicen asegurativos para la recuperación, reparación o indemnización de los daños causados a la víctima o sus herederos. No obstante, lo dicho, estimo que el Fiscal del Ministerio Público aunque es

el titular de la acción penal, no podría solicitar las medidas al Tribunal Civil, ni tampoco pedir a éstos la paralización de las causas civiles, por la existencia de denuncias o querellas o acusación presentada en esos despachos, toda vez que ese Organismo del Ministerio Público no tienen facultades jurisdiccionales, pues ello corresponde al Tribunal de Control (Juzgado de Primera Instancia en lo Penal) o de Juicio, según sea la etapa donde se encuentre el proceso (fase intermedia o juicio).

En mi concepto no es necesario probar en el Tribunal Penal o en la Fiscalía del Ministerio Público, ninguno de los requisitos contemplados en el artículo 585 del Código Procesal Civil, es decir, riesgo manifiesto de que se quede ilusoria la ejecución del fallo y la presunción del derecho que se reclama.

2. NORMAS SUSTANTIVAS PARA INTENTAR LA ACCIÓN CIVIL

El concepto de daños y perjuicios derivados de la acción penal, es decir, de los ilícitos penales surge en primer lugar del artículo 113 del referido ordenamiento sustantivo, cuando en el título XI, expresa:

> Artículo 113.- Toda persona responsable criminalmente de algún delito o falta, lo es también civilmente.
>
> La responsabilidad civil nacida de la penal no cesa porque se extingan éstas o la pena, si no que durará como las demás obligaciones civiles, con sujeción a las reglas del derecho civil.
>
> Sin embargo, el perdón de la parte ofendida respecto a la acción penal produce la renuncia de la acción civil si no se ha hecho reserva expresa.
>
> Se prescribirá por diez años la acción civil que proceda contra funcionarios públicos por hechos ejecutados en el ejercicio del cargo.

Por su parte el artículo 114 del mismo Código sustantivo comprende algunas exenciones de la responsabilidad penal, pero que no alcanza la excepción de responsabilidad civil, en efecto dicha norma reza:

> Artículo 114.- La exención de la responsabilidad penal declarada en el artículo 62, número 4º. Del artículo 65 y artículos 69, 72 y 73, no comprende la exención de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes:
>
> 1.- Son responsables civilmente por los hechos que ejecuten los locos o dementes y demás personas comprendidas en el artículo 62, sus padres o guardadores, a menos que hagan constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia.
>
> No existiendo éstos o no teniendo bienes responderán con los suyos propios los autores del hecho, salvo el beneficio de competencia en la forma que establezca la ley civil.
>
> 2.- Son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, a proporción del beneficio que hubieren reportado.
>
> Los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder.
>
> 3.- Responderán con sus propios bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la ley, salvo el beneficio de competencia.

Siguiendo la línea de las responsabilidades civiles, debemos citar los artículos 115, 116 y 117, que copiados expresan:

> Artículo 115.- Las demás personas exentas de responsabilidad criminal lo están también de responsabilidad civil.
>
> Artículo 116.- Son responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, los posaderos, dueños de casas de ventas de víveres o licores, y cualesquiera otras personas o

> empresas, por los delitos que se cometieren en los establecimientos que dirijan siempre que por su parte o la de sus dependientes haya habido infracción de los reglamentos de policía.
>
> Artículo 117.- Son, además, responsables subsidiariamente los posaderos o directores de establecimientos o casa de huéspedes de los efectos robados a éstos dentro de las mismas casas o establecimientos, o de su indemnización, siempre que los alojados hubieren dado conocimiento al mismo posadero, o director, o al que haga sus veces, del depósito de aquellos objetos y, además hubieren observado las prevenciones que los dichos posaderos o sus sustitutos les hubieran hecho sobre cuidado y vigilancia de los mismos.
>
> Esta responsabilidad no tendrá lugar en caso de robo con violencia hecha a las personas, a no ser que éste haya sido ejecutado por los dependientes de la casa.
>
> La misma responsabilidad subsidiaria y con las mismas condiciones toca a los capitanes o patronos de embarcaciones mercantes o de transporte por el robo de los efectos de los pasajeros puestos a bordo de ellas, dependientes, se entiende aquí de los empleados subalternos del buque.

Igualmente debemos traer a colación los artículos 120, 121, 122, 123 y 124 del mismo Código Penal, en donde se expresan:

> Artículo 120.- La responsabilidad civil establecida en los artículos anteriores comprende:
>
> 1.- La restitución.
>
> 2.- La reparación del daño causado
>
> 3.- La indemnización de perjuicios.

Artículo 121.- La restitución deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible con pago de los deterioros o menoscabos, a regulación del Tribunal.

La restitución debe hacerse aun cuando la cosa se halle en poder de un tercero que la posea legalmente, salvo su repetición contra quien corresponda. No será aplicable esta disposición cuando el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable.

Si no fuere posible la restitución de la cosa, se reparará la pérdida pagándose el valor de ella.

La reparación se hará valorando la entidad del daño a regulación del Tribunal, atendido el precio natural de la cosa, siempre que fuere posible, y el grado de afección en que la tenga el agraviado; y sólo se exigirá cuando no haya lugar a la restitución.

Artículo 122.- La indemnización de perjuicios comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado por razón del delito, a su familia o a un tercero.

Los Tribunales regularán el importe de esta indemnización en los mismos términos prevenidos para la reparación del daño en el artículo precedente.

Artículo 123.- La obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios se transmite a los herederos del responsable, pero hasta concurrencia del monto de la herencia, siempre que la acepten bajo beneficio de inventario.

La acción para repetir la restitución, reparación o indemnización se transmite igualmente a los herederos del perjudicado.

Artículo 124.- Si el hecho punible es imputable a varias personas, quedan éstas obligadas solidariamente por el daño causado.

Las normas previamente citadas se refieren a la responsabilidad de los autores de los delitos en lo que respecta a la recuperación, reparación de indemnización de las víctimas, pero muy especialmente debe hacerse referencia al artículo 124 del mencionado Código Penal, puesto que el mismo se contrae a que ***"si el hecho es imputable a varias personas quedan éstas obligadas solidariamente por el daño causado".*** El expresado concepto contenido en la norma *supra,* está vinculada a los artículos 1.185, 1.191, 1.195 y 1.196 del Código Civil, que a la letra expresan:

> Artículo 1.185.- El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.
>
> Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.
>
> Artículo 1.191.- Los dueños y los principales o directores son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes, en el ejercicio de las funciones en que los han empleado.
>
> Artículo 1.195.- Si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado.
>
> Quien ha pagado íntegramente la totalidad del daño, tiene acción contra cada uno de los coobligados por una parte que fijará el Juez según la gravedad de la falta cometida por cada uno de ellos. Si es imposible establecer el grado de responsabilidad de los coobligados, la repartición se hará por partes Iguales.
>
> Artículo 1.196.- La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.
>
> El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su

> reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.
>
> El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.

Las cuestiones que se prevén en estos artículos, como ilícitos civiles, son aplicables en su mayoría a los ilícitos penales, entre otros, la responsabilidad solidaria si han intervenido varias personas en la comisión del hecho punible, y, muy especialmente la responsabilidad del autor del delito, en cuanto a la recuperación, reparación o indemnización de los daños materiales y morales y dentro de los materiales los daños emergentes y lucrocentantes.-

La reclamación de estos derechos podría intentarse ante el Tribunal Penal que conoció del juicio, ya como cosa juzgada, o bien intentarse la reclamación civil en acción separada, luego de concluido el proceso, ya que de intentarse separadamente antes de la conclusión del proceso penal, cabría oponer la prejucialidad hasta que se decida lo penal.

En el Código Orgánico Procesal Penal, se ha innovado todo este procedimiento y así vemos como el artículo 422 y siguientes del mencionado ordenamiento adjetivo, se ha definido todo una temática metodológica para la reclamación civil contra el autor, autores, herederos o terceros civiles responsables y en este capítulo me referiré a estos conceptos.

3. RECLAMACIÓN CIVIL CONFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

Estatuye el artículo 49 del mencionado ordenamiento adjetivo que:

> Artículo 49.- Acción Civil. La acción civil para la restitución, reparación e indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito, sólo podrá ser ejercida por la víctima o sus herederos, contra el autor y los partícipes del delito y, en su caso, contra el tercero civilmente responsable.

Por su parte el artículo 422 *ejusdem*, consagra:

> Artículo 422. Procedencia. ***"Firme la sentencia condenatoria, quienes estén legitimados para ejercer la acción civil podrá demandar, ante el Juez unipersonal o el Juez Presidente del Tribunal que dictó la sentencia***", en el ámbito penal y por ende crea lo que se denomina LA COSA JUZGADA en el campo penal, es decir, que probado el hecho y sentenciado el culpable del delito o de los delitos, sólo procede la reclamación del daño y de ahí la reclamación de casualidad, es decir, que existiendo una sentencia definitivamente firme, que revise el carácter de cosa juzgada en cuanto al ilícito penal, sólo corresponde al Juez Penal, determinar el monto de la reclamación según el cálculo formulado por la víctima o sus herederos. En este sentido veamos lo consagrado en el artículo 423 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual reza:
>
> Artículo 423 .- La demanda civil deberá expresar:
>
> 1.- Los datos de identidad y el domicilio o residencia del demandante y, en su caso, los de su representante;
>
> 2.- Los datos necesarios para identificar al demandado y su domicilio o residencia; si se desconoce alguno de estos datos podrán solicitarse diligencias preliminares al Juez con el objeto de determinarlos;
>
> 3.- Si el demandante o el demandado es una persona jurídica, la demandada deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación de registro;
>
> 4.- La expresión concreta y detallada de los daños sufridos y la relación que ellos tienen con el hecho ilícito;
>
> 5.- La cita de las disposiciones legales en que funda la responsabilidad civil del demandado;

> 6.- La reparación deseada y, en su caso, el monto de la indemnización reclamada;
>
> 7.- La prueba que se pretende incorporar a la audiencia.

Según este dispositivo se requiere cumplir con algunos requisitos muy parecidos a las exigencias del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, con la diferencia que no obstante que la demanda en cuestión debe ser escrita, debe señalarse desde una vez las pruebas que se incorporan a la audiencia, esto es, la oportunidad en la cual se evacuarán dichas pruebas en forma oral, obsérvese que el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 51 dice: ***que la acción civil se ejercerá conforme a las reglas de ese Código adjetivo,*** esto es, que regirán por los principios procesales de la oralidad, inmediación, concretación y contradicción. (ver artículos 14, 15, 16, 17 y 18 del Código Orgánico Procesal Penal).

En la consecución del proceso, donde hemos dicho que se produjo la cosa juzgada, en cuanto al ilícito penal que origina la reclamación, el Juez de juicio (el mismo que conoció de la acción penal o del juicio penal, debe admitir o rechazar la demanda en un breve lapso de tres (3) días, determinando en **primer lugar** si quien reclama tiene la legitimidad para hacerlo (víctima); en **segundo lugar**, si quien representa la víctima ha otorgado legalmente el mandato de representación; y en **tercer lugar** si se cumplieron con los requisitos del artículo 423 del Código Orgánico Procesal Penal. Si el Juez considera que debe admitir la demanda, éste ordenará la reparación del daño o la indemnización de perjuicios, debiendo obtener dicha decisión los siguientes elementos:

> Artículo 426 del Código Orgánico Procesal Penal:
>
> Artículo 426.- Decisión. Declarada admisible la demanda, el Juez ordenará la reparación del daño o la indemnización de perjuicios mediante decisión que contendrá:
>
> 1.- Los datos de identificación y domicilio o residencia del demandado y del demandante y, en su caso, de sus representantes.

> 2.- La orden de reparatorios daños, con su descripción concreta y detallada la clase y extensión de la reparación o el monto de la indemnización;
>
> 3.- La intimación a cumplir la reparación o indemnización o, en caso contrario, a objetarla en el término de diez días;
>
> 4.- La orden de embargar bienes suficientes para responder a la reparación y a las costas, o cualquier otra medida cautelar, y, la indemnización al funcionario encargado de hacerla efectiva.

De este artículo se observan los ordinales 3 y 4, que vale la pena comentar, refiriéndose los mismos a lo siguiente:

3.- "La intimación a cumplir la reparación o indemnización o, en caso contrario a objetarla en el término de días (10) días. En este ordinal el legislador ***utiliza la palabra intimar a cumplir la orden de reparar o indemnizar***, dándose a entender que la parte demandada debe consignar en el plazo establecido dentro de diez (10) días luego de la intimación, la cantidad ordenada a reparar por el Juez o en su defecto objetarla en dicho término. Es entendido que si el ordenado a intimar, o sea el demandado, en este caso el condenado por el ilícito penal, sólo podrá objetar la legitimación del demandante, es decir, la cualidad de éste que como víctima puede reclamar la reparación o la indemnización respectiva u oponerse a la clase y extensión de la reparación o al monto de la indemnización requerida. La objeción del demandado equivaldría en un procedimiento ordinario a la contestación de la demanda circunscrita a dos (2) aspectos, esto es, verificar si el demandante o víctima tiene la legitimación exigida por la Ley para proceder a la reclamación; y la otra se contrae a impugnar la clase y extensión de la reparación o al monto de la indemnización requerida, pero no podría la parte demandada oponer cuestiones previas ni perentorias o de fondo en lo que se refiere a la cosa juzgada que contiene la sentencia dictada en el Tribunal Penal y que origina la relación de causalidad por el hecho ilícito reclamado.

Estatuye el mencionado artículo 427 del Código Orgánico Procesal Penal que si se trata de un tercero civilmente responsable por el hecho

ilícito producido por los condenados, podría –el tercero– agregar a las objeciones hechas por los demandados aquellas basadas en la legalidad del título invocado. Dichas objeciones deben formularse por escrito e indicarse la prueba que se pretende incorporar a la audiencia cuando se dictará la sentencia definitiva sobre la reclamación demandada. Es de observar que el legislador previó la posibilidad del ejercicio conjunto de la parte condenada con el tercero, sometiéndose este último al procedimiento penal, aun cuando no hubiese intervenido en el mismo, pues los artículos 49 y el 51, ambos del Código Orgánico Procesal Penal, consagran la posibilidad del ejercicio de la acción civil contra el tercero, ateniéndose a las reglas establecidas en este ordenamiento adjetivo. Se estipula así mismo que no obstante otorgarle facultad al demandante de poder incorporar en una misma acción a los responsables directos del delito y a los terceros, ello no significa que no pueda la víctima demandar ante la jurisdicción civil. Si esto ocurriese, el tercero tendrá derecho a utilizar el procedimiento establecido en las demandas ordinarias contempladas en el Código de Procedimiento Civil, pues ya no se trata de un procedimiento especial como el previsto en el artículo 422 del Código Orgánico Procesal Penal.

Con anterioridad habíamos dicho que el artículo 426 del ordenamiento adjetivo penal contenía dos (2) ordinales que valía la pena analizar, y este análisis se hizo *supra* en lo que respecta al ordinal tercero, y en este aparte nos referiremos al ordinal cuarto, que consagra: ***"La orden de embargar bienes suficientes para responder a la reparación y a las costas o cualquier otra medida cautelar y la notificación al funcionario encargado de hacerlas efectivas"***. El legislador, cuando se refiere a la admisibilidad de la demanda, autoriza al juez a que en dicha decisión o auto, ordene embargar bienes suficientes para responder del monto demandado y de las costas o de dictar otras medidas cautelares, como podrían ser la de secuestro, prohibición de enajenar y grabar o cualquier otra cautelar de las previstas en el Código de Procedimiento Civil, es decir, medidas innominadas, consagradas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil. En el caso bajo estudio, una de las cuestiones que se discute se refiere a la medida que el juez ordena en el auto de admisión de la demanda, es decir, si ésta es de carácter preventivo o ejecutivo, toda vez que el legislador no hace diferencia; sin embargo, en

mi opinión la medida en cuestión debería tener carácter ejecutivo, toda vez que el título de la cual se hace derivar la acción proviene de una sentencia que reviste el carácter de cosa juzgada y los demandados sólo tienen derecho a impugnar el monto de la demanda, la legitimación del demandante y el tercero invocar la legalidad o no del título. La diferencia entre este procedimiento que es monitorio, o sea, breve, con el establecido en el artículo 640 del Código de Procedimiento Civil, se contrae a que la pretensión del demandante cuando se persiga el pago de una suma líquida y exigible de dinero el Juez, a solicitud del demandante, decretará la intimación del deudor para que pague o entregue la cosa dentro de diez (10) días, es decir, que en el procedimiento contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal no se habla en lo que respecta a la intimación de cantidades líquidas y exigibles, como sí se establece en el procedimiento por intimación, pero en cuanto a las pruebas suficientes para el decreto de las medidas, se encuentra la sentencia definitivamente firme emanada del Tribunal Penal, que en mi concepto es suficiente para estimar que las medidas cautelares en estos casos tengan carácter ejecutivo, no importando que el monto de lo reclamado no sea líquido y exigible.

4. DE LA CONCILIACIÓN

Consagra el artículo 428 del Código Orgánico Procesal Penal, que " ***si se han formulado objeciones, el Juez citará las partes a una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término a que se refiere el numeral tercero del artículo 426"***. Esta audiencia tiene semejanza con la establecida en el artículo 257, del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de facultar al Juez para que las partes puedan llegar a un acuerdo sin necesidad de esperar el resultado de la controversia trabada entre ellos; de ahí que se le permita al Juez Penal, actuando como Jueces Civiles, para que busque una conciliación cuando ha habido objeciones, ya que de no haberlas no es necesario dicha audiencia, pues el proceso habrá concluido por intimación de los demandados de la orden de reparar los daños y la extensión o el monto de la indemnización. Como ya dije, si hubo objeción, el Juez intentará la conciliación, dejando constancia de ello; y de no producirse la misma, se ordenará la continuación del procedimiento y fijará una au-

diencia que no será menor de diez (10) días ni mayor de treinta (30). Este término, es decir, el fijado por el juez para la audiencia, deberá entenderse como un lapso para la promoción de algunas pruebas que no se hubieren señalado en la oportunidad de intentar la demanda civil o aquellas que no se indicaron cuando se produjo la objeción a que se contrae el artículo 426 del Código Orgánico Procesal Penal. Fijada la audiencia y con las partes que comparezcan se procederá a incorporar oralmente los medios de prueba, correspondiendo a cada parte la obligación de aportar los medios de prueba ofrecidos y utilizar, si ello fuere necesario, el auxilio judicial para la evacuación de alguna prueba. Concluida la audiencia, el Juez dictará sentencia admitiendo o rechazando la demanda y en su caso ordenando la reparación o indemnización adecuada e imponiendo las costas.

Es importante destacar que la inasistencia del demandante o su representante a la audiencia de conciliación se tendrá por desistida la demanda y se archivarán las actuaciones, no pudiendo demandarse nuevamente por la vía del procedimiento penal. Pero sí podría el demandante intentar la acción nuevamente ante la jurisdicción civil. Si es el demandado quien no comparece a la audiencia de conciliación, se tendrá como sentencia firme y podrá procederse a su ejecución forzosa, en lo que respecta al monto reclamado en la demanda. De existir varios demandados y no compareciere alguno de ellos, el procedimiento seguirá su curso.

Dictada la sentencia en presencia de las partes que hayan concurrido a dicha audiencia, éstas quedan a derecho. Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Al no poder impugnarse la sentencia por la carencia de recurso, el Tribunal de oficio ordenará la ejecución forzosa de dicha sentencia o si lo prefiere, por solicitud de la parte actora, podrá concedérsele al demandado un plazo para el cumplimiento voluntario de la sentencia, siendo esto último facultativo del actor.

5. SENTENCIA SIN RECURSO

Una de las cuestiones que más se han examinado es la de las sentencias que tienen una sola instancia como es la que se dicta en los juicios

de reclamación civil, por ser ésta una excepción al principio de la doble instancia, pero tal cosa, aun cuando es excepcional, tiene su razón de ser en la cobertura del proceso penal previo a la reclamación civil, puesto que los asuntos contemplados bajo la éjida de este procedimiento ha sido contemplado en el artículo 51 del Código Orgánico Procesal Penal, al contemplar que la acción civil se ejercerá conforme a las reglas establecidas por este Código después que la sentencia penal quede firme, es decir, que el legislador entendió que la reclamación civil derivada de la sentencia penal reviste el carácter de cosa juzgada y el Tribunal sólo se limita a recibir la reclamación civil y ordenar el pago de la cantidad demandada, entendiéndose que este procedimiento no constituye un juicio propiamente hablando sino que es la secuela del penal ya concluido por sentencia definitivamente firme.

La Sala Constitucional del Máximo Tribunal de Colombia, en el año 2002 dictó una sentencia que me permito transcribir parcialmente, toda vez que la misma reza:

> Conforme a lo anterior, el problema central que plantea la presente demanda es si las expresiones acusadas al establecer ciertos procesos de única instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa, vulneran o no los derechos al debido proceso y a la defensa, consagrados en la Constitución. Para resolver ese interrogante, la Corte comenzará por recordar brevemente su doctrina sobre el alcance de la doble instancia y su relación con el debido proceso, para luego examinar específicamente los apartes demandados.
>
> **LA DOBLE INSTANCIA Y SU RELACIÓN CON EL DEBIDO PROCESO**
>
> La doble instancia reviste gran importancia en nuestro ordenamiento jurídico y tiene una relación estrecha con el derecho al debido proceso, como forma de garantizar la recta administración de justicia. Así, esta Corporación en la sentencia C-153 de 1995, señaló que "*el recurso de apelación hace parte de la garantía general y universal de impugnación que se reconoce a quie-*

nes han intervenido o están legitimados para intervenir en la causa para obtener la tutela de un interés jurídico, con el fin de que el juez de grado superior revise y corrija los defectos, vicios o errores jurídicos del procedimiento o de la sentencia n que hubiere podido incurrir el a-quo".

La consagración de la doble instancia tiene entonces un vínculo estrecho con el debido proceso y el derecho de defensa, ya que busca la protección de los derechos de quienes acuden al aparato estatal en busca de justicia. Sin embargo, la posibilidad de apelar una sentencia adversa no hace parte del contenido esencial del debido proceso ni del derecho de defensa en todos los campos, pues la propia Constitución, en su artículo 31 establece que el Legislador podrá consagrar excepciones al principio general, según el cual toda sentencia es apelable o consultable. La Carta expresamente sólo establece el derecho a impugnar la sentencia adversa en materia penal y en las acciones de tutela (CP. Art.93) prevén el derecho a impugnar la sentencia en materia penal pero no establecen esa posibilidad en los otros campos del derecho, para los cuales exigen únicamente que la persona sea oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

Conforme a lo anterior, a pesar de la importancia que puede tener la posibilidad de apelar una sentencia contraria, es claro que tal y como esta Corte lo ha señalado en numerosas ocasiones, no es obligatorio que todos los procesos judiciales sean de doble instancia. Así, la sentencia (C-345 de 1993, establece entre muchas otras que han abordado el tema, precisó que " *el principio de la doble instancia, de donde se deduce el de apelación de toda sentencia, pero con las excepciones legales, como lo dispone la norma constitucional. Excepción que se encuentra en cabeza del legislador para que sea él quien las determine, desde luego con observancia del principio".*

> El análisis es suficiente para concluir que el principio de la doble instancia (CP Art. 31) no reviste un carácter absoluto, pues no se hace parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, ya que la procedencia de la apelación puede ser determinada por el legislador de acuerdo con la naturaleza del proceso y la providencia, y, la cualidad o el monto del agravio referido a la respectiva parte en ese orden de ideas, la Ley puede consagrar excepciones a la doble instancia, salvo cuando se trata de sentencias penales condenatorias o de fallos de tutela, los cuales siempre podrán ser impugnados, según los artículos 29 y 86 de la Carta.
>
> Sin embargo, el hecho de que la doble instancia sólo haga parte del contenido esencial del debido proceso en las acciones de tutela y en materia penal, no significa que la Ley pueda establecer excepciones a la doble instancia en cualquier tipo de proceso, por las siguientes tres (3) razones; de un lado, el principio general establecido por el artículo 31 superior es que todos los procesos judiciales son de doble instancia. Por consiguiente, como los procesos de única instancia son una excepción a ese principio constitucional, es obvio que debe existir algún elemento que justifique esa limitación. Otra interpretación conduciría a convertir la regla (doble instancia) en general (única instancia).

Es de observar que la sentencia anterior se encuentra amparada en otras que se han dictado en la República Bolivariana de Venezuela, relativa a algunas actuaciones de los tribunales, como es el caso de las acciones de amparo, donde no existe la doble instancia, puesto que las providencias que se dicten en violaciones de carácter constitucional tienen ejecución inmediata.

Finalmente, debo advertir que todo el procedimiento de la ejecución forzosa debe llevarse a cabo atendiendo a las previsiones del Código de Procedimiento Civil, con una especial observación de que si la parte demandada ejerce un recurso contra la sentencia civil, no obstante la prohibición del Código Orgánico Procesal Penal de oír apelación en contra

de esa sentencia, el Juez Penal se limitará a continuar el procedimiento de ejecución y la parte demandada deberá compulsar las copias necesarias para que la Corte de Apelaciones examine la procedencia o no de dicho recurso, pues le está vedado al Juez de Instancia examinar la impugnabilidad objetiva, debiendo el apelante señalar los motivos que lo llevan a realizar dicha apelación, todo con sujeción en el artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal.

NOTAS DEL AUTOR

Las consideraciones hechas precedentemente sólo tienden a crear una matriz de opinión sobre la reclamación civil derivada del ilícito penal, cuando este ultimo ha sido objeto de sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, pero en modo alguno se pretende crear una doctrina capaz de ser incorporada en forma definitiva en nuestra legislación adjetiva penal.

La Justicia Penal del Adolescente Prevista en la Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente. Especial Referencia al Área Metropolitana de Caracas

María G. MORAIS*

El 1° de abril del año 2000 entró en vigencia la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), mediante la cual Venezuela dio cumplimiento a uno de los compromisos asumidos, en agosto de 1990, al ratificar (*Gaceta Oficial* N° 34.541) la Convención sobre los Derechos del Niño (CSDN), aprobada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.

En efecto, Venezuela, así como todos los países signatarios del referido instrumento jurídico internacional se comprometió, entre otras cosas, a adaptar su legislación interna a los principios y normas de la Conven-

* Abogada. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Profesora Titular de Criminología, Penología y Política Criminal en Pre y Postgrado. **Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello.** Coordinadora del equipo redactor de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

ción, lo cual significó derogar la Ley Tutelar de Menores, sostenida por el paradigma de la Situación Irregular y sustituirla por otra ley –la LOPNA– que responde al Paradigma de la Protección Integral.

La característica fundamental de la doctrina de la Situación Irregular es la negación de los niños –"llamados menores"– como sujetos de derecho, considerándolos incapaces para el ejercicio progresivo de sus derechos y para la asunción de sus responsabilidades. Por el contrario, el punto central de la doctrina de la Protección Integral "es el reconocimiento de todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna, como sujetos de plenos derechos, cuyo respeto se debe garantizar. De la consideración del menor como objeto de compasión-represión y de tutela por parte del Estado, a la consideración de los niños y adolescentes como sujetos de plenos derechos, así como la previsión de los canales idóneos para exigirlos, es lo que caracteriza el tránsito de una doctrina a otra" (Exposición de Motivos).[1]

En el modelo de la Situación Irregular, también llamado modelo tutelar, la "Justicia de Menores" no estaba orientada a que el joven respondiera por la infracción penal cometida, sino que se dirigía a la consideración de su personalidad, de sus rasgos biopsicosociales, los cuales definían su carácter "peligroso", en clara adopción del concepto de peligrosidad de la Escuela Positiva, que mira la personalidad del infractor, no así el acto por él cometido. En consecuencia, aunque el delito no existiese o no llegara a materializarse, si la personalidad del joven pusiera de manifiesto "cualquier patología", habría que sancionarlo, lo cual conducía a negarle toda garantía durante el proceso a que se le sometiera.[2] En otras palabras, como el delito o falta cometida por el "menor" era sínto-

[1] La Exposición de Motivos de la LOPNA explica, claramente, cómo pasa el niño de ser objeto de tutela a ser sujeto de derechos, "entendiéndose por tal, la habilitación para demandar, actuar y proponer". Sujeto de todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, como lo reconocen los artículos 10 y 11 de la Ley.

[2] Buaiz, Yuri: *Política Social, Política Criminal y la Convención sobre los Derechos del Niño*, en *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, p. 322.

ma de "enfermedad", él no debería ser acusado de nada, ni punido, sino sometido a "tratamiento" para curarlo. Por eso, en aquel modelo, los adolescentes no tenían derechos procesales, pues como se trataba de rehabilitar y no de reprimir, todo o casi todo estaba permitido.

Los artículos 37 y 49 de la Convención, así como los demás instrumentos jurídicos que integran la Doctrina de la Protección Integral,[3] contienen todos los elementos para revertir el antiguo paradigma y construir un Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente (SPRA) garantista, el cual se guía por estricto cumplimiento del principio de la legalidad del delito, de la sanción, del proceso y de la ejecución. Es así como la LOPNA no deja, al respecto, ninguna duda, cuando expresa:

> **Artículo 90.- Garantías del adolescente sometido al Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente**
>
> Todos los adolescentes que, por sus actos, sean sometidos al Sistema Penal del Adolescente, tienen derecho a las mismas garantías sustantivas, procesales y de ejecución de la sanción, que las personas mayores de dieciocho años, además de aquellas que les correspondan por su condición específica de adolescentes.

El adolescente, entendido como tal "toda persona con doce años o más, y menos de dieciocho años de edad (Art. 2° de la LOPNA), responde por el delito que cometió, porque es un ciudadano, lo cual supone ser

[3] La Doctrina de la Protección Integral tiene su marco de referencia en la CSDN; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riyadh). Según lo expresado en la Exposición de Motivos de la LOPNA, estos instrumentos contienen disposiciones idóneas y suficientes que permiten construir un nuevo derecho para niños y adolescentes y propiciar un cambio en las instituciones sociales, a fin de activar ese derecho y pasar del reproche individual de la situación del niño a una consideración estructural del problema.

sujeto de derechos y deberes.[4] Responde, en la medida de su culpabilidad y en el marco de una jurisdicción especializada, tal como dispone el artículo 528 de la LOPNA:

> El adolescente que incurra en la comisión de hechos punibles, responde por el hecho, en la medida de su culpabilidad de forma diferenciada del adulto. La diferencia consiste en la jurisdicción especializada y en la sanción que se le impone.

Evidentemente, por tratarse el adolescente de una persona en desarrollo, la ley establece varios grados de responsabilidad penal: ninguna para los niños[5] y atenuada para el adolescente. Entre los adolescentes hay diferencias de grado, porque éstos, según la edad que tengan, serán sujetos de diferente sanción (Art. 628, LOPNA).

La jurisdicción especializada a que se refiere la LOPNA no es otra cosa que el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente (Título V), definido en el artículo 626 como:

> ... el conjunto de órganos y entidades que se encargan del establecimiento de la responsabilidad del adolescente por hechos punibles en los cuales incurran, así como de la aplicación y control de las sanciones correspondientes.

Dicho sistema está integrado, tal y como lo prevé el artículo 527 por: a) la Sección de Adolescentes del Tribunal Penal; b) la Sala de Casación

[4] Si bien es cierto que los niños y adolescentes son sujeto de todos los derechos previstos y desarrollados en la LOPNA, también tienen los deberes establecidos en el artículo 93 *ejusdem*, entre los cuales se encuentran los previstos en los literales b) "los niños y adolescentes deben respetar, cumplir y obedecer todas las disposiciones del ordenamiento jurídico (...)", entre las cuales se encuentra el Código Penal y e) "respetar los derechos y garantías de las demás personas", como por ejemplo el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, al honor, etc. Es así como, en aras de la formación ciudadana, es indispensable exigir que el adolescente responda por sus actos, cuando incumpla sus deberes, quebrantando la ley, violando los derechos de los demás, cometiendo delito, haciendo víctimas.

[5] Se entiende por niño las personas con menos de doce años de edad. Respecto a ellos, dispone la ley (artículo 532) que aun cuando cometan un hecho punible, quedan fuera del Sistema Penal, porque sólo cabe aplicarles las medidas de protección previstas en los artículos 125 y 126 de la LOPNA, y que son órdenes impuestas por la autoridad administrativa o judicial competente (Consejo de Protección o el Tribunal de Protección) en el marco del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente (Título III de la LOPNA).

Penal del Tribunal Supremo de Justicia; c) el Ministerio Público; d) los Defensores Públicos; e) la Policía de Investigación; f) los Programas y Entidades de Atención.

La actuación de estos órganos y entidades conduce a establecer la responsabilidad del adolescente por la comisión de los hechos punibles en los cuales incurran; aplicar la sanción que corresponda; propiciar las condiciones para el cumplimiento de las sanciones de modo a lograr los objetivos previstos en la ley; controlar que las sanciones se ejecuten atendiendo al principio de la legalidad de la ejecución y respetando los derechos de los sancionados.

La estructura de la Justicia Penal del Adolescente se encuentra diseñada en el Capítulo IV del Título V de la LOPNA (artículos 648 al 671), donde encontramos disposiciones referentes a todos los actores (Ministerio Público, Policía de Investigación, Imputado, Defensor, la Víctima y los Jueces) de un drama que se desarrolla en un escenario propio –La Sección de Adolescentes de los Tribunales Penales Ordinarios– de cada Circuito Judicial Penal de la República, donde se concreta la jurisdicción especializada, a que hace mención el anteriormente citado artículo 528 y el hecho de que se ubique en los Tribunales Penales Ordinarios, para nada afecta su especialización. Se integra de jueces de primera instancia con funciones de control, juicio y de ejecución y de una Corte Superior constituida por una o más Salas de Apelaciones, integradas por tres jueces profesionales.

De acuerdo con el desarrollo de las fases del proceso penal de adolescentes, adoptado por la LOPNA, el control de la investigación y la audiencia preliminar estará a cargo del Juez de Control, la fase de juzgamiento estará a cargo del Juez de Juicio, y en los casos previstos en la ley, por dos escabinos.[6] El control del cumplimiento de las sanciones impuestas al adolescente estará a cargo del Juez de Ejecución.

[6] La LOPNA establece en su artículo 584 que, cuando la sanción solicitada en la acusación sea la privación de libertad, el Tribunal de Juicio se integrará por tres jueces, un profesional y dos escabinos. En los demás casos actuará sólo el juez profesional.

A los Fiscales del Ministerio Público corresponde el monopolio del ejercicio de la acción pública, para exigir la responsabilidad del adolescente en conflicto con la ley penal, conforme lo dispuesto en el artículo 649 de la LOPNA. Para ello se contará también con fiscales especializados que ejercerán las funciones establecidas en el artículo 650 *ejusdem*. Asimismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 654 de la LOPNA, corresponde a los defensores la asistencia al adolescente, desde el primer acto del procedimiento, hasta finalizar el cumplimiento de la sanción impuesta. A tenor del artículo 656, si el imputado no tiene un defensor privado, el Juez de Control le designará un defensor público. Para tal efecto, el Servicio de Defensa Pública también contará con una sección especializada.

Pero, la especialización exigida por la ley no se refiere sólo al sujeto y a la materia. El adecuado funcionamiento del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente requiere que todos y cada uno de los actores del mismo tengan una formación especializada en disciplinas, tales como: derecho penal, procesal y de ejecución del adolescente; derechos humanos del niño y del adolescente; psicología evolutiva; criminología de la delincuencia juvenil y política criminal para la adolescencia, tal como señala Sandoval,[7] quien además aboga, con mucho tino, por la necesidad de la elaboración de un perfil profesional para los jueces, fiscales y defensores especializados, que considere rasgos de personalidad, valores y conocimiento de la misión a desempeñar.[8]

Para los adolescentes que entran en conflicto con la ley penal, la LOPNA tiene un sistema sancionatorio propio, mucho más ventajoso, pero sobre todo diferente al previsto en el Código Penal para los adultos. El sistema del Código Penal se constituye de una pena para cada delito, mientras que el sistema sancionatorio de la LOPNA se constituye por un elenco de

[7] Sandoval, Miguel A.: *Venturas y desventuras del Sistema de Responsabilidad del Adolescente* en *Ciencias Penales: Temas Actuales. Homenaje al R.P. Fernando Pérez-Llantada, s.j.* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, p. 167.
[8] *Ídem*, p. 165.

medidas previstas en el artículo 620, que serán aplicadas a cada adolescente, siguiendo los parámetros establecidos en el artículo 622.

Según el artículo 620, una vez comprobada la participación del adolescente en el hecho punible y declarada su responsabilidad, el tribunal podrá aplicarle cualquiera de las siguientes medidas: amonestación, imposición de reglas de conducta, servicios a la comunidad, libertad asistida, semi-libertad, privación de libertad, cuya severidad va de menor a mayor. Todas ellas tienen una sola finalidad –la educativa– y su aplicación y cumplimiento se orientarán por los mismos principios: el respeto a los derechos humanos, la formación integral del adolescente y la búsqueda de su adecuada convivencia familiar y social, conforme lo expresado en el artículo 621 de la LOPNA.

La aplicación de las sanciones está cercada de muchas garantías, entre las cuales se destacan las pautas establecidas en el artículo 622, que sin duda, limita la discrecionalidad de que goza el juez al momento de individualizar la sanción, puesto que para determinar cuál de las medidas aplicará, deberá valorar la comprobación del acto delictivo y la existencia del daño causado; la comprobación de que el adolescente ha participado en el hecho delictivo; la naturaleza y la gravedad de los hechos; el grado de responsabilidad del adolescente; la proporcionalidad y la idoneidad de la medida; la edad del adolescente y su capacidad para cumplir la medida; los esfuerzos del adolescente por reparar el daño y en caso de ser necesario, los resultados de los informes clínico y social.

Una vez impuestas e iniciado su cumplimiento, las sanciones pueden ser modificadas o sustituidas por otras menores gravosas, cuando no cumplan con los objetivos para los que fueron impuestas, o por ser contrarias al desarrollo del adolescente (Art. 647, e). A tales efectos, el Juez de Ejecución revisará periódicamente (según la norma, por lo menos una vez cada seis meses) el desarrollo del cumplimiento de la medida para constatar la progresividad del adolescente.

Hacer la revisión es un deber del juez, quien no estará obligado a modificar la medida originalmente impuesta. Ello sólo debe ocurrir cuando "se demuestre de forma **inequívoca** y **consistente** la superación de

las carencias inicialmente detectadas,[9] el deseo firme del adolescente de vivir de acuerdo con las normas, de asumir su responsabilidad social, como todo un ciudadano y que él se encuentra en posesión de las herramientas idóneas y suficientes para hacerlo. El simple transcurso del tiempo, ni el buen comportamiento son razones que justifiquen la sustitución de la medida.[10]

El Capítulo II del Título V de la LOPNA regula el procedimiento penal para la determinación de la responsabilidad del adolescente, el cual ha sido concebido bajo el modelo acusatorio del Código Orgánico Procesal Penal. Se desarrolla mediante las mismas fases procesales –control, juicio y ejecución–, y el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal. El proceso penal de adolescentes es tan garantista como el de adultos, pues –por lo menos a nivel de normativa– los adolescentes sometidos al Sistema Penal tienen los mismos derechos y garantías previstas para los adultos sujetos a la justicia penal ordinaria, más aquellos inherentes a su especial condición de personas en desarrollo.

En la Sección 3ª del Capítulo I del Título V de la Ley, se consagra a favor del adolescente imputado una serie de derechos y garantías, a saber:

– La dignidad, igualdad ante la ley, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad (Art. 538).

– La proporcionalidad, en el sentido de que las sanciones deben ser racionales, en proporción al hecho punible atribuido y sus consecuencias (Art. 539).

– La presunción de inocencia (Art. 540). El adolescente se presume inocente hasta tanto una sentencia firme no determine la existencia del hecho y su participación culpable.

[9] Las carencias que pueda presentar el adolescente en las áreas de salud, psicológica, educativa, familiar y que pudieran haber incidido en su conducta, son detectadas durante la elaboración del Plan Individual, ordenado por el artículo 633 de la LOPNA y que es el punto de partida para la ejecución de la sanción privativa de libertad.

[10] Morais, María G.: *La ejecución de las medidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente* en *Primer año de vigencia de la LOPNA*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2001, p. 379.

– A ser informado. El adolescente investigado o detenido debe ser informado de los motivos de la investigación y de la autoridad responsable de la misma; del derecho de no incriminarse y a solicitar la presencia inmediata de sus padres, representantes o responsables y su defensor (Art. 541).

– A ser oído, en la investigación, en el juicio y durante la ejecución de la sanción (Art. 541).

– A un juicio educativo, es decir, a que se le explique cada una de las actuaciones procesales, así como el contenido y de las razones legales y ético-sociales de las decisiones que se produzcan (Art. 543).

– A la defensa, desde el inicio de la investigación, hasta el cumplimiento de la sanción impuesta. A falta de un defensor privado, el adolescente tendrá la asistencia de un defensor público especializado (Art. 544).

– Al debido proceso (Art. 546).

Además de los principios de la legalidad (Art. 529, LOPNA), humanidad (Art. 538), jurisdiccionalidad, las disposiciones hacen parte del contenido del derecho al debido proceso los principios de la inviolabilidad de la defensa (Art. 544), el contradictorio y la impugnación.

En efecto, dice la LOPNA:

Artículo 546.- Debido Proceso

El proceso penal de adolescentes es oral, reservado, rápido, contradictorio. Las resoluciones y sentencias son impugnables y las sanciones impuestas revisables, con arreglo a esta ley.

– La excepcionalidad de la privación de libertad, tanto en la fase procesal (Art. 548), como cuando ésta constituye la sanción definitiva (Art. 628).

En tal sentido, el artículo 548 de la LOPNA establece que, salvo la detención en flagrancia (regulada en el Art. 557), la privación de libertad sólo procede por orden judicial, en los casos, bajo las condiciones y por los lapsos previstos en la ley. Dichos casos son los contemplados en los artículos 558, 559 y 581, es decir, detención para identificación, detención para asegurar la comparecencia a la audiencia preliminar, y la prisión preventiva como medida cautelar, respectivamente.

> – La separación respecto a los adultos. En consecuencia, según la regla del artículo 549, los adolescentes deben estar siempre separados de los adultos, cuando estén en prisión preventiva o en cumplimiento de sanción privativa de libertad.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente prevé el control judicial de las sanciones impuestas al adolescente, con la finalidad de que el Juez de Ejecución garantice sus derechos (artículos 647, b y c), así como el lapso de los objetivos que se atribuyen a la sanción (artículo 646).

Durante la fase de ejecución los adolescentes tienen derechos, que a efectos pedagógicos se agrupan en dos categorías:

> a) Los derechos humanos, reconocidos en Convenios y Pactos Internacionales, consagrados en la Constitución a favor de las personas de cualquier edad y que no se pierden por efectos de la condena penal, salvo los que expresa o necesariamente son vedados por la ley o por sentencia.[11]
>
> b) Los derechos que se derivan de su condición de sancionados y que se corresponden con las obligaciones del Estado,

[11] En esa categoría se incluyen los derechos de la persona humana, tales como: el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la educación, al honor, a la libertad de conciencia y religión, etc. Se encuentran reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; en la Convención Americana de Derechos Humanos; en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; en la Convención Internacional para Prevenir y Sancionar la Tortura.

> estando vinculados al régimen a que son sometidos los adolescentes. Estos derechos están plenamente identificados en el artículo 630 de la LOPNA, donde se establecen los derechos de los sancionados con cualquiera de las medidas previstas en el artículo 620, así como en el artículo 631, en el cual se encuentran los derechos específicos de los adolescentes privados de libertad.[12]

El artículo 631, literal e) contempla el derecho que tiene el adolescente sometido a la privación de libertad a participar en la elaboración del plan

[12] El artículo 630 de la LOPNA establece que durante la ejecución de las medidas los adolescentes tienen los siguientes derechos: a) ser mantenido, preferentemente, en su medio familiar si éste reúne las condiciones requeridas para su desarrollo; b) a un trato digno y humanitario; c) a recibir información sobre el programa en el cual esté inserto, sobre las etapas previstas para el cumplimiento de la medida; así como sobre sus derechos en relación a las personas o funcionarios que lo tuvieren bajo su responsabilidad; d) a recibir los servicios de salud, sociales y educativos adecuados a su edad y necesidades, y a que aquellos sean proporcionados por personas con la formación profesional idónea; e) a comunicarse reservadamente con su defensor, con el Fiscal del Ministerio Público y con el Juez de Ejecución; f) a presentar peticiones ante cualquier autoridad y a que se le garantice la respuesta y, especialmente, a promover incidencias ante el Juez de Ejecución; g) a comunicarse libremente con sus padres, representantes o responsables, salvo prohibición expresa del juez; h) a que su familia sea informada sobre los derechos que a ella le corresponden, y respecto de la situación y los derechos del adolescente.
El artículo 631 establece que, además de los consagrados en el artículo anterior, los adolescentes privados de libertad tienen los siguientes derechos: a) permanecer internado en la misma localidad o en la más próxima al domicilio de sus padres, representantes o responsables; b) que el lugar de internamiento satisfaga las exigencias de higiene, seguridad y salubridad, cuente con acceso a los servicios públicos esenciales y sea adecuado para lograr su formación integral; c) ser examinado por un médico, inmediatamente después de su ingreso a la institución de internamiento, con el objeto de comprobar anteriores violaciones a su integridad personal y verificar cualquier estado físico o mental que requiera tratamiento; d) que se le mantenga, en cualquier caso, separado de los adultos condenados por la legislación penal; e) participar en la elaboración del plan individual de ejecución de la medida; f) recibir información sobre el régimen interno de la institución, especialmente sobre las medidas disciplinarias que puedan serle aplicadas y sobre los procedimientos para imponerlas y ejecutarlas; g) impugnar las medidas disciplinarias adoptadas, en el caso concreto, por las autoridades de la institución; h) no ser trasladado arbitrariamente de la institución donde cumple la medida. El traslado sólo podrá realizarse por una orden escrita del juez; i) no ser, en ningún caso, incomunicado ni sometido a castigos corporales; j) no ser sometido a régimen de aislamiento, salvo cuando sea estrictamente necesario para evitar actos de violencia contra sí mismo o contra terceros; k) ser informado sobre los modos de comunicación con el mundo exterior; mantener correspondencia con sus familiares y amigos y a recibir visitas, por lo menos semanalmente; l) tener acceso a la información de los medios de comunicación; m) mantener la posesión de sus objetos personales y disponer de local seguro para guardarlos, recibiendo comprobante de aquellos que hayan sido depositados en poder de la institución; n) realizar actividades recreativas y recibir asistencia religiosa, si así lo desea.

individual de la ejecución de la medida, lo cual, a tenor de lo establecido en el artículo 633 de la LOPNA, es una actividad obligatoria, mediante la cual el equipo técnico (psicólogos, trabajadores sociales) del establecimiento hace el estudio de los factores y carencias que incidieron en la conducta del adolescente, y con su participación, establecerá metas concretas, estrategias idóneas y lapso para cumplirlas. El plan es, por tanto, el punto de partida de la ejecución de la sanción privativa de libertad y la condición necesaria para que el juez pueda modificar o sustituir la medida inicialmente impuesta, tal y como está previsto en el artículo 647, e) y como se comentó en el acápite anterior. La falta de participación del adolescente viciaría de nulidad el plan individual.

El artículo 630, literales e) y f), asimismo, el artículo 631 literal g), establecen los derechos de los adolescentes a:

> – comunicarse reservadamente con su defensor, con el Fiscal del Ministerio Público y con el Juez de Ejecución;
>
> – presentar peticiones ante cualquier autoridad a que se le garantice la respuesta y, especialmente, a promover incidencias ante el Juez de Ejecución;
>
> – impugnar las medidas disciplinarias adoptadas en su contra, por ante el Juez de Ejecución (artículo 647, literal g).

Estos derechos se conectan con el ejercicio del derecho al debido proceso, anteriormente comentado y con los derechos a petición, a defender sus derechos y a la justicia, contemplados en los artículos 85, 86 y 87 de la LOPNA, respectivamente. Asimismo, la impugnación de las medidas disciplinarias supone la existencia previa, en la institución, de un Reglamento Interno que prevea taxativamente las sanciones disciplinarias que puedan ser impuestas al adolescente y el procedimiento a seguir para la imposición de las mismas (Art. 638, literales b y d).

Le corresponde al Juez de Ejecución enfrentar la compleja tarea de salvaguardar los derechos de los adolescentes, durante esta fase procesal. Su competencia para ello es clara e ineludible, emanada del artículo

647, literales b) y d) de la LOPNA, cuando expresa que son atribuciones del Juez de Ejecución "controlar que la ejecución de cualquier medida no restrinja derechos fundamentales, que no se encuentren fijados en la sentencia condenatoria" y "velar porque no se vulneren los derechos del adolescente durante el cumplimiento de las medidas, específicamente en el caso de las privativas de libertad". De no hacerlo, el juez incurriría en denegación de justicia, hecho contra el cual cabría la interposición del recurso de queja.

Durante la *vacatio legis* de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente,[13] y en atención a lo dispuesto en el artículo 672, el cual ordenaba que en un lapso no mayor de un año, contado a partir de la publicación de la ley (*Gaceta Oficial* Extraordinario N° 5.266 del 2 de octubre de 1998), la Nación, los estados y municipios debían disponer lo conducente para la creación y adaptación de los órganos allí previstos, las instituciones involucradas con la creación del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, unas más otras menos, se abocaron a la tarea de cambiar las estructuras de los órganos judiciales, del Ministerio Público y de la Defensa Pública, para implementar el nuevo modelo. El Ministerio Público pudo aprovechar los anteriormente denominados Procuradores de Menores, para ejercer las funciones del Fiscal especializado; la Judicatura también logró utilizar algunos de los llamados Jueces de Situación Irregular, para desempeñarse como Jueces del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente. Evidentemente, en ninguno de los dos casos el número de fiscales o de jueces era suficiente, razón por la cual hubo que nombrar a muchos más, lo cual se hizo mediante el examen de las credenciales de los aspirantes. Por su parte, la Defensa Pública ha debido nombrar a todos los defensores del Sistema, puesto que en el modelo tutelar éstos no existían.

Sin lugar a dudas, el esfuerzo más sostenido y eficiente para preparar la entrada en vigencia de la LOPNA, y para la construcción del SPRA, lo hizo el entonces Consejo de la Judicatura y posteriormente la Comisión

[13] La *vacatio legis* de la LOPNA fue de 18 meses, desde octubre de 1998, fecha de su promulgación, hasta el 1° de abril del año 2000, cuando entró en vigencia.

de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. En agosto de 1999 se creó la Comisión de Implementación de la LOPNA-CILOPNA integrada por tres Jueces de Familia y Menores, las Doctoras Carmen Elena Pérez Barbosa, Isolina Ford de Alemán y Nelly Mata, a quienes se debe el proyecto de implementación de la ley, el cual abarcaba la reorganización de los tribunales existentes, adecuación de la infraestructura y preparación del recurso humano, que incluía el incremento del número de jueces (que pasó de 64 a 248) y, la capacitación de los que ya estaban en funciones.

Transcurridos dos años de este momento inicial, el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello consideró oportuno realizar un estudio exploratorio-descriptivo del proceso de "Implementación y Funcionamiento de la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas", en el período comprendido entre abril del 2000 y abril del 2002, es decir, durante los primeros dos años de vigencia de la LOPNA.

El estudio que concluyó en junio del 2003 fue realizado por la sociólogo Carla Serrano, con el apoyo de los estudiantes Daniel Domínguez, Gledy Flores, Jesús Millán y Maoly Belisario, coordinados y supervisados por quien escribe este artículo. Visto que hasta la fecha no existía ningún estudio sobre la materia, consideramos oportuno y pertinente dar a conocer, por este medio, el proceso investigativo y los resultados obtenidos.

La investigación se realizó con el financiamiento parcial del Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico (CDCHT) de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), y persiguió los siguientes objetivos específicos: establecer el perfil de los jueces, así como de los fiscales del Ministerio Público y defensores públicos, en materia de responsabilidad de adolescentes, con competencia en el Área Metropolitana de Caracas; describir las características demográficas de los adolescentes que han sido procesados en la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas; conocer el movimiento de las causas de esta Sección, especialmente en lo referente al volumen y tipo de causas que ingresan y son decididas; determinar si se han respetado o vulnerado los derechos humanos de los adolescentes en conflicto con la

ley penal, durante los procesos desarrollados en la Sección y señalar las debilidades y fortalezas del funcionamiento de la misma.

Para cumplir con los objetivos señalados, las unidades de análisis y fuentes fueron las siguientes: para establecer el perfil de los operadores de la Sección se estudiaron todos los Jueces (18), Fiscales (6) y Defensores Públicos (14), que allí se desempeñan, durante el período estudiado. En el caso de los Jueces y Defensores, la información se obtuvo de sus expedientes personales, puestos a la disposición de los investigadores por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y por el Sistema Autónomo de la Defensa Pública. En el caso de los fiscales, no se pudo lograr el acceso a los expedientes, sino que, parte de la información requerida fue enviada vía fax; desde la Dirección de Protección Integral de la Familia de la Fiscalía General de la República. Para conocer el movimiento de las causas que ingresaron y fueron decididas en la Sección, se optó por realizar un censo de todos los expedientes que entraron durante el período de estudio, en las 10 Salas de Control, 3 de Juicio y 5 de Ejecución existentes en la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.[14] En Control, los datos se obtuvieron a través de los Libros de Entrada y Salida de Causas, de las Actas de Calificación de Flagrancia que aun se conservaban en las Salas (la mayoría ya habían sido remitidas a Archivo Judicial) y de estadísticas internas. En Juicio, se consultó las Actas de Debate de Juicio Oral y Privado disponibles y el Libro de Entradas y Salidas de Causas. En Ejecución, se tuvo acceso a los Libros de Entrada y Salida de Causas y a los expedientes activos. En total, se levantaron 4.007 cuestionarios, resultado de la sumatoria de causas censadas en cada fase: 3.218 en Control, 228 en Juicio y 561 en Ejecución.

Para describir las características demográficas de los adolescentes (sexo, edad y nivel educativo) la información se tomó de las Actas de Calificación de Flagrancia levantadas en Control. Para determinar si se garantizaron o no los derechos humanos de los adolescentes en conflicto con

[14] La Sección cuenta, además, con una Corte de Apelaciones, especializada, integrada por tres jueces profesionales, conforme lo dispuesto en el artículo 666 de la LOPNA.

la ley penal, las unidades de análisis fueron expedientes seleccionados con una muestra probalística, tomada a través de un procedimiento de números aleatorios, del total de causas que ingresaron a Control, en el período estudiado. Para conocer las debilidades y fortalezas del funcionamiento de la Sección, las unidades de análisis fueron los sujetos, a través de un muestreo no probabilístico de Jueces, Fiscales y Defensores. La información se recabó mediante la técnica de entrevistas personales.

Respecto al procesamiento y análisis de la información, el objetivo de los perfiles de Jueces, Fiscales y Defensores, se expone la información encontrada en las distintas variables estudiadas (sexo, grado de instrucción, fecha de ingreso al cargo, experiencia previa, etc.), a través de frecuencias simples (estadística descriptiva) y sus respectivos comentarios. Para el objetivo de las características demográficas de los adolescentes y el censo de las causas, se diseñaron y alimentaron tres bases de datos, una para los datos de Control, otra para los de Juicio y otra para los de Ejecución. En cada caso, se trabajó con estadística descriptiva, reportando las frecuencias observadas en las distintas variables. Eventualmente, se cruzaron dos variables. Para el objetivo de la garantía de derechos, como la información obtenida fue más de tipo cualitativo, se hizo un análisis de las respuestas abiertas registradas en los cuestionarios levantados, que formaron parte de la muestra, definiendo tendencias de los datos, las cuales se representaron también en porcentajes. De igual modo se procedió en las entrevistas a expertos, para profundizar en las debilidades-fortalezas de la Sección, analizando sus opiniones y agrupando las apreciaciones concurrentes.[15]

Lo que se presenta a continuación es un resumen (a veces la reproducción textual) de los hallazgos y de las conclusiones del estudio.

[15] Serrano, Carla: *Implementación y Funcionamiento de la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. Informe Final.* Universidad Católica Andrés Bello (mimeo). Caracas, 2003, pp. 12, 13, 17 y 18.

1. Perfil de los Operadores del SPRA

La investigación puso de manifiesto que los Jueces de la Sección de Adolescentes del Tribunal Penal del Área Metropolitana son mayormente del sexo femenino (83%), con bastantes años de graduados, pues el 88,8% tiene más de 10 años de haber egresado de las aulas universitarias. El 44,4% tiene entre 10 y 25 años de graduados; el 33,3% entre 20 y 25; y el 11,1%, más de 25, lo cual indica que su edad varía entre los 35 y 55 años de edad. Poseen formación académica de cuarto nivel: el 89% tienen estudios de postgrado; el 33,3% en el área penal; y el 11% en el área de niños y adolescentes. El 44,4% tiene más de un postgrado, en combinaciones, tales como: Derecho Penal y Derechos del Niño, Derecho Penal y Derechos Humanos, Derecho Penal y Criminalística. Obsérvese el escaso porcentaje de jueces con formación específica en el área de niños y adolescentes, lo cual sugiere la necesidad de ahondar en el conocimiento de los temas que son propios del ejercicio de su rol. Se trata de Jueces Provisorios (89%), nombrados para la función durante el primer año de vigencia de la LOPNA (61,2%), migrados desde las más variadas áreas de trabajo: con igual proporción (5,5%) los actuales jueces de la Sección fueron director de cárcel, defensor público, funcionario del INAM, profesor universitario y otros. Solamente en 3 casos (16,6%) habían ejercido antes la función judicial, 2 de ellos como Juez de Menores. Observe además, que el 22,2% había ejercido libremente la profesión y el 22% tenía experiencia en otras áreas del derecho, tales como: laboral, administrativo y registral.

De lo anterior se desprende que la edad de los jueces y los años de graduados sugieren la madurez indispensable para el desempeño de su rol. Por otra parte, la realización de cursos de postgrado, principalmente los conectados con las tareas que realizan, propenden a favorecer el ejercicio de sus funciones que, no obstante, pudiera verse afectado por la carencia de formación especializada y la inconsistencia de sus antecedentes profesionales.[16]

[16] *Cfr.* Serrano. *Ob. Cit.*, pp. 53, 54.

Los Defensores Públicos de Adolescentes en el Área Metropolitana tienen las siguientes características: en cuanto al sexo, encontramos un reparto por la mitad, es decir, 50% son hombres y el otro 50% son mujeres. Son jóvenes, pues el 57,1% tienen entre 27 y 36 años, siendo que el 35,7% tiene menos de 30 años. Obsérvese, sin embargo, la presencia de un 28,6% de defensores con más de 50 años. Coherente con la edad, la mayoría de los defensores, el 71,5% tienen 15 años o menos de haberse graduado. Poseen formación de cuarto nivel, puesto que el 85,l7% ha cursado algún postgrado, casi todos en el área penal. Asimismo, su experiencia laboral se ubica en esta área: del 50% de los defensores en cuyos expedientes se encontró información sobre el particular, el 35,7% informa haber trajinado en lo penal (que incluye lo forense).

El 92,9% de los defensores ingresaron en el cargo en el 2000, año en que entró en vigencia la LOPNA (el 50% en los dos primeros meses, mayo y abril) y allí permanecieron, por lo menos hasta la fecha de recolección de los datos (febrero de 2002). Venían, mayormente del libre ejercicio (21,4%) y sólo el 14,3% había sido defensor público con anterioridad. El mismo porcentaje migró de la función opuesta, es decir, el 14,3% vino de la Fiscalía. El restante 50% llegó al cargo proveniente de las más diversas funciones.

El perfil de los defensores públicos de adolescentes permite esperar un adecuado desempeño. La edad hace suponer disposición y entusiasmo para el cumplimiento de su función. La escasa experiencia se sustituye por la mejor formación académica que brinda los estudios de postgrado y por la actualización de los conocimientos, en vista de que tienen pocos años de graduados. Además, los defensores públicos se estrenaron con el nuevo paradigma introducido con la LOPNA, lo cual indica que en ellos no hay ningún resabio de las prácticas propias de la doctrina anterior.[17]

De la escueta información que se pudo obtener a través de la comunicación que nos enviara la Directora de Protección Integral de la Familia de la Fiscalía General de la República, se desprende que de los 6 repre-

[17] *Ídem*, p. 60.

sentantes del Ministerio Público, que cumplen funciones en la Sección de Adolescentes, 5 (83,3%) son mujeres y 1 es hombre (16,7%). Sólo este último ingresó al Ministerio Público con posterioridad a la promulgación de la LOPNA. Los cinco fiscales vinieron de desempeñarse como Procuradores de Menores, con competencia en materia de Situación Irregular, conforme lo dispuesto en la Ley Tutelar de Menores, lo cual hace suponer que debieron hacer un gran esfuerzo para desechar el modelo anterior y adaptarse al nuevo paradigma.[18]

2. Perfil de los adolescentes que ingresan a la Sección

Se trata de adolescentes mayormente de sexo masculino (91,6%) con edad comprendida entre 15 y 17 años (62,6%), insertos en el mercado laboral informal, con algún grado de educación básica aprobada (el 33%). Obsérvese que en este caso, como en muchos otros, había un elevado porcentaje de expedientes sin los datos (50% en lo referente al grado de instrucción).[19] Alienta el hecho de que se trata de adolescentes cercanos a la adultez, que sea bajo el porcentaje de adolescentes 12 y 14 años en la Sección y que exista menos analfabetos de lo que se suponía.[20]

3. Movimiento de causas

Entre los meses de abril del 2000 y del 2002, ingresaron a la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas 3.218 causas. Lógicamente, todas entraron por Control y de allí pasaron a Juicio y/o a Ejecución. El estudio revela una distribución equitativa de causas entre los tribunales, lo cual, sin duda contribuye al buen funcionamiento de la Sección de Adolescentes, ya que ningún juez podría alegar exceso de trabajo para justificar alguna deficiencia en su actuación. Se constató que el promedio de expedientes ingresados en

[18] Serrano. *Ob. Cit.*, p. 61.
[19] El registro de la información sobre los adolescentes, no se lleva de modo sistemático en los Tribunales de la Sección. No hay procedimientos estándares en las distintas Salas, por lo cual es imposible hallar el mismo dato en todos los Tribunales, lo cual, a todas luces dificulta la elaboración de estadísticas y perjudica la gerencia de la actividad de la Sección.
[20] *Ídem*, pp. 62 a 67.

los 10 Tribunales de Control, en los 24 meses estudiados es de 134 mensuales, a razón de 13,4 expedientes por tribunal. El promedio de ingreso en los tres Tribunales de Juicio es de 9,5 expedientes mensuales, a razón de 3,16 por Sala. Respecto a los Tribunales de Ejecución, encontramos un promedio de 23,37 causas mensuales, es decir, 5,84 para cada Sala, por mes.[21]

De las Causas que ingresaron a Control, 107 salieron por declinatoria de competencia. De las restantes 201 se remitieron a Juicio y 340 a Ejecución, en virtud de condenatoria, por admisión de los hechos, verificados en esta fase.

De las causas que se encontraron en Control, casi la mitad, el 45%, aun estaban en fase de investigación, lo cual indica que algo no está funcionando bien en el área del Ministerio Público, quizás el escaso número de fiscales, que en la Sección son apenas seis. Al contrastar el volumen de causas que ingresaron en la Sección con el número de fiscales, se encuentra que cada fiscal recibió para investigar 536 casos, a razón de 22 investigaciones mensuales, promedio, a todas luces es excesivo.[22]

A nivel de Control se observó, además, que no se están utilizando las fórmulas de solución anticipada, (Conciliación-Remisión) y que hay la tendencia del adolescente a admitir los hechos. Asimismo, los datos debilitan el mito, por lo menos a nivel formal, de la participación de adolescentes y adultos en el mismo delito.[23]

No se encontró ningún caso de Remisión, y la Conciliación aparece representada tan sólo con el 1,1% de los casos censados.[24] En apenas 257 expedientes del total censado, el (8%), hubo adultos involucrados en el hecho delictivo perpetrado por el adolescente.[25]

[21] Serrano. *Ob. Cit.*, p. 68.
[22] *Ídem*, p. 70
[23] *Ídem*, p. 111.
[24] *Ídem*, p. 72.
[25] *Ídem*, p. 73.

4. Evasiones

La evasión de los adolescentes de los centros donde se encuentran recluidos o su no localización, debido al incumplimiento de las medidas cautelares, es una causal de impunidad. Sumados los evadidos en la fase de Control (3%), en la fase de Juicio (17%) y en la fase de Ejecución (18%), se trata de un total de 38%, es decir, de cada 100 adolescentes que ingresan a la Sección se pierden 38.[26]

5. Tribunales mixtos

Es difícil constituir tribunales mixtos para decidir los casos previstos en la ley. A duras penas se logra la comparecencia de los escabinos sorteados y se aprecia una inversión perdida de recursos (tiempo, notificaciones reiteradas, etc.)[27] para concretar la participación ciudadana, luego de varios intentos.

6. Delitos

Los delitos que más cometieron los adolescentes sometidos a la Sección fueron los ilícitos contra la propiedad, que representan aproximadamente el 40% de los casos, seguidos por los delitos contra las personas, con un l8,4% según los datos obtenidos en Control y un 26,3% en Juicio. Los delitos relacionados con las drogas representan un 15,4% en Control y el 7,5% en Juicio. Se observa que en la mayoría de los casos, se trata de delitos para los cuales está prevista la privación de libertad.[28]

7. Soluciones en juicio

De las causas ingresadas a juicio sólo tuvieron solución el 38,2%. El porcentaje restante corresponde a causas que fueron remitidas a otra instancia (20,2%), a causas sobre las que no hay información en el expediente (19%), etc. Pero llama la atención, que de las causas decididas, la solución condenatoria y la absolutoria se distribuya casi en un

[26] Serrano. *Ob. Cit.*, p. 112.
[27] *Ibídem.*
[28] *Ídem*, pp. 75 y 79.

50% para cada una, lo cual pudiera atribuirse al hecho de que no se estén agotando todas las pruebas en las acusaciones presentadas por el Ministerio Público.[29]

8. Sanciones

La privación de libertad fue la medida mayormente impuesta (37%), a los adolescentes condenados en Juicio, lo cual guarda relación con el tipo de delito por el que ingresaron a la Sección (homicidios, robos agravados, robo de vehículos y tráfico de drogas). Igualmente representativo es el porcentaje (30,4%) de casos que fueron sancionados con una combinación de medidas.[30] Con el 24% de frecuencia aparece la libertad asistida y con el 4%, tanto la amonestación como las reglas de conducta. La sanción de Servicios a la Comunidad no se aplicó.

Respecto a la duración de la medida, los datos revelan que en un 39% de las causas se aplicó la duración máxima, conforme lo establecido en el artículo 623 al 628 de la LOPNA. En el 30% de los casos, por el contrario, se aplicó la duración mínima.[31]

9. Situación de los Derechos Humanos

De todos los derechos que tiene el adolescente en las fases del proceso penal al cual es sometido, a los efectos del estudio se escogieron los siguientes: a ser informado, a ser oído, a la defensa, a ser juzgado en un plazo razonable, a la revisión de la medida impuesta, a participar en el diseño del plan individual, a comunicarse con el Juez de Ejecución, a promover incidencias y a impugnar sanciones dentro del establecimiento.

La investigación reveló que los derechos se cumplen parcialmente, unos más, otros menos. Los derechos a ser informado y a ser oído se garantizan a un nivel aceptable, pues la mayoría de los adolescentes estudiados tuvieron, al menos, la oportunidad formal de conocer sus derechos a

[29] Serrano. *Ob. Cit.*, pp. 80 y 122.
[30] Según el artículo 622 de la LOPNA, el Tribunal puede aplicar las medidas previstas en el artículo 620 de forma simultánea, sucesiva y alternativa.
[31] *Ídem*, pp. 84 a 88.

través del acta facilitada por los cuerpos policiales al momento de la detención, así como, lo explicado por los jueces de las distintas fases en las diversas audiencias. En estas últimas, la mayoría de los adolescentes también tuvieron su oportunidad de expresarse.[32]

El derecho a la Defensa[33] quizás sea el mejor garantizado, dado el compromiso asumido por los Defensores Públicos de la Sección con su labor en el Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente. En cuanto al derecho de ser juzgado en un plazo razonable,[34] notamos mayor debilidad en su garantía, especialmente para los casos que se siguen por la vía ordinaria, pues los que se acogen al procedimiento abreviado (menor proporción), los lapsos se cumplen sin mayor contratiempo. En los primeros, el 40% de las acusaciones presentadas por Fiscalía llegan vencido el período de los 6 meses más la prórroga de 30 días y en 40% también de los casos por procedimiento ordinario, las Preliminares se convocan (una vez recibida la acusación) fuera de los 10 días establecidos en la ley. Respecto a las medidas de aseguramiento (detención para identificación y para comparecer a la preliminar), notamos su uso inadecuado, por cuanto a casi la mitad de los adolescentes a los que se las dictaron, no se les respetó el lapso de las 96 horas, ni se cumplió el objetivo de presentar acusación. El Juicio, por su parte, nunca se da en la audiencia prevista, se requieren varios intentos previos.[35]

---

[32] Serrano. *Ob. Cit.*, p. 113.
[33] *Ibídem*.
[34] *Ídem*., pp. 113-114.
[35] A los efectos de la verificación del cumplimiento de este derecho, se tomaron en cuenta los siguientes indicadores: a) Si el adolescente es sorprendido en flagrancia, de inmediato debe ser remitido al Fiscal, quien en las 24 horas siguientes lo presentará al Juez de Control; b) Si en cambio se trata de una querella, el Juez de Control dará 10 días para presentar acusación y fijar audiencia para oír al acusado; c) Para el adolescente sorprendido en flagrancia, en la misma audiencia de Control se resolverá si se convoca a juicio oral para dentro de 10 días siguientes y sobre las medidas de aseguramiento; d) A solicitud del Fiscal, se podrá acordar la detención preventiva del adolescente, hasta por 96 horas, cuando éste no se encuentre civilmente identificado. Medida que sólo se acordará si no hay otra forma de asegurar que no se evadirá. Dentro de este lapso el Fiscal deberá presentar acusación conforme a lo establecido en el artículo 560 LOPNA; e) Fiscal también podrá solicitar detención para asegurar comparecencia a la Audiencia Preliminar, también por 96 horas, lapso en el que el Fiscal deberá presentar acusación conforme a lo establecido en el artículo 560 LOPNA; f) Presentada la acusación el Juez de control pondrá a disposición de las partes las actuaciones y evidencias recogidas para que puedan examinarlas en un plazo común de 5 días, y se fijará la Preliminar dentro de los 10 días siguientes al vencimiento de este plazo; g) Ver si el Juicio se celebró en la audiencia prevista, de no ser así, enunciar las razones; h) Plazo para apelar decisiones conforme al COPP.

El derecho a la revisión de la medida se cumple, siempre y cuando el adolescente no se haya evadido del proceso. El plan individual en la muestra estudiada no fue garantizado tal y como lo expresa la LOPNA: no se hizo a los 30 días del ingreso del adolescente al centro, no se establecieron las metas que debe alcanzar, ni consta su participación en el diseño del mismo. En los expedientes no se encontró evidencia alguna del ejercicio del derecho a impugnar sanciones disciplinarias y en sólo un caso quedó constancia del ejercicio del derecho a comunicarse con el Juez de Ejecución.

10. Debilidades y Fortalezas

Las fortalezas de la Sección, según los entrevistados, se encuentran en el recurso humano dispuesto a especializarse, mediante la asistencia a actividades de capacitación y el aprendizaje de su propia experiencia, así como, en el esfuerzo de todos los operadores de la Sección en el sentido de que el proceso penal, al que se somete el adolescente sea realmente garantista.[36]

Las debilidades señaladas[37] fueron la infraestructura inadecuada e improvisada y la falta de materiales básicos, ambos aspectos considerados como vitales para el funcionamiento de la Sección; la provisionalidad de los jueces en el cargo; la falta de capacitación, en materia de LOPNA, de los órganos policiales de investigación; el escaso número de fiscales del Ministerio Público, lo cual contribuye al retardo procesal; la falta de un equipo multidisciplinario; la dificultad para lograr la comparecencia de testigos y escabinos a las audiencias; la incomprensión de la sociedad por falta de un programa de difusión de los objetivos y funcionamiento del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente en general y de la Sección en particular.

Además, uno de los mayores problemas del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente es la falta de programas socio-educativos alter-

[36] Serrano. *Ob. Cit.*, pp. 102 y 114.
[37] *Ibídem.*

nativos a la privación de libertad, y el pésimo funcionamiento de las entidades donde los adolescentes cumplen la sanción privativa de libertad. Esto se debe, en parte, a la falta de asunción plena de sus competencias, por parte del Juez de Ejecución, principalmente la de garante de los derechos del adolescente durante esa fase. A su vez, esta debilidad está conectada con otra, la provisionalidad de los jueces en el cargo, lo cual, se supone, le resta impulso para tomar decisiones que seguramente afectaría intereses creados en otras esferas del poder. Con el reducido número de adolescentes que le toca a cada juez en la fase de ejecución, no se explica de otra forma, su inercia y los malos resultados de la fase.

Después de la investigación, la impresión general que dejó la Justicia Penal Juvenil del Área Metropolitana de Caracas, más precisamente la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal, es la de un edificio que ya se construyó, pero que no está del todo terminado; que aún falta un esfuerzo más para que funcione a entera satisfacción y cumpla todo lo que se espera de él.

Se aprecia el trabajo de los operadores del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente en este sentido. No obstante, la solución de los problemas detectados va más allá del aporte personal de los jueces, fiscales y defensores individualmente considerados. Hace falta la acción interinstitucional concertada, es decir, acometer la tarea de sentar en la misma mesa a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, la Fiscalía General de la República y el Servicio Autónomo de la Defensa Pública, para que se convenga en las responsabilidades de cada quien y se hagan los correctivos necesarios. Aún se está a tiempo, y vale la pena.

Los Fines de la Pena

Tulia PEÑA ALEMÁN*

INTRODUCCIÓN

La interdisciplinariedad del saber particular del Derecho Penal con otros saberes secantes permite el estudio sobre los Fines de la Pena, pues cada fin de la pena responde a una filosofía y la cuestión trasciende al reflexionar sobre la eficacia de la pena.

Desde esta perspectiva, el Derecho se manifiesta como rama del saber y parte integrante de la estructura ideológica de la convivencia social que funciona como instrumento de una hegemonía concebida como Estado, represión o como medio coactivo de conservación y producción del sistema social. Al efecto, el Derecho es una creación del hombre, un objeto cultural que Cossio denominó *objeto egológico*, y cuyo substrato lo constituye la conducta humana interferida intersubjetivamente.

El presente artículo tiene por objeto elaborar una síntesis sobre la Teoría de los Fines de la Pena, vista desde la perspectiva de la Filosofía

* **La Universidad del Zulia,** Abogada. VIII Cohorte de la Maestría Latinoamericana en Ciencias Penales y Criminológicas.**Tribunal Supremo de Justicia,** *Sala Constitucional,* Abogada.

Penal, utilizando como recurso la documentación bibliográfica existente, a fin de responder a la interrogante *¿qué aporta los fines de la pena?*, desde el reflexionar filosófico-jurídico-penal.

1. DESARROLLO

Ontológicamente, la pena es una *"coerción que impone una privación de derechos o un dolor, y que no repara ni restituye ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes"* (Zaffaroni: 2000, p. 43).

La filosofía punitiva se ha bifurcado en dos grandes perspectivas, a saber: El paradigma de la pena retributiva, en el cual el hombre es concebido como un fin en sí mismo; y, el paradigma de la prevención del delito, que concibe al hombre como medio para fines de utilidad social.

Cada uno de estos paradigmas responde a una concepción del hombre. El paradigma de la pena retributiva encuentra su justificación en el principio de justicia absoluta, y el de la prevención se justifica en principios utilitarios fundados en un Estado Liberal de Derecho. De allí que se afirme sobre la existencia de determinaciones culturales del castigo enmarcados en lenguajes, discursos y sistemas de signos que funcionan dentro de códigos culturales definidos que requieren ser interpretados para comprender su significado social y los motivos del castigo.

Desde los inicios, la teoría retributiva señalaba que *el mal no puede quedar sin castigo*, y la pena constituía una exigencia ética que derivaba del valor justicia, se consagraba el modelo punitivo como ideología dominante y el principio talional era la característica esencial de legislación penal antigua. Con la legislación penal grecorromana se logró la secularización del poder punitivo y la atenuación de la crueldad de las penas, basada en la concepción política del gobierno y la autoridad que conllevó distinguir delitos públicos y privados, y la cancelación de la pena mediante el pago a la víctima.

Más tarde, los germanos reemplazaron el modelo de resolución de conflictos por el de decisión, es decir, la *inquisitio*; se produjo la confiscación de los conflictos por considerar que no afectaban a la víctima sino al soberano; por tanto, la pena era la neutralización de la enemistad con el soberano y la imposición de la disciplina.

La racionalización teórica de la legitimación del poder punitivo como confiscación del derecho a la víctima se escribió en 1487, por los inquisidores Heinrich Kramer y James Sprenger, en una obra titulada *Malleus Maleficarum o Martillo de las Brujas*, sostenían la etiología del delito en la causalidad diabólica como origen del mal que afectaba a los más débiles (mujeres), pero actuando con permiso divino lo que permitía la responsabilidad del autor.

Posteriormente, la Revolución Industrial originó una nueva forma de disciplinamiento acorde con los factores de explotación y a la racionalidad funcional, provocando cierta humanización de las penas que originó la fundación del Derecho Penal Liberal, el cual consagró la prisión como única pena.

En la Edad Media (siglo XVI - XVII) se evidenciaron cambios en el sistema penal debido a la utilización de la mano de obra en la prisión. La esclavitud, las galeras, la deportación, los trabajos forzados complementaron el sistema de penas pecuniarias y corporales que en ciertos casos desplazaban las penas corporales.

La importancia de las galeras radicó en el método punitivo basado en aspectos económicos y no penales. Su objetivo era la obtención de mayores beneficios de la fuerza laboral a través de la privación de libertad, esto es, el fin retributivo, la prevención de reincidentes, la reeducación, constituyeron las penas más humanitarias sustitutivas de la pena de muerte.

En cambio, la deportación surgió por la imperiosa necesidad del trabajo, producto de la expansión colonial; el obtener ganancia de su utilización como fuerza de trabajo significó pequeños gastos para el gobierno. Asimismo, la deportación no era considerada una pena, los deportados estaban sólo un tiempo bajo detención, después eran liberados; no eran ni vendidos ni arrendados, a diferencia de los esclavos.

Con la llegada del mercantilismo se originaron transformaciones económicas sin consideraciones humanitarias, confiscando el conflicto de la víctima sin límites. Se desarrolló la utopía de Tomás Moro, según la cual resulta poco sabio ejecutar a quienes han violado la ley, en razón de que su trabajo es más beneficioso que su muerte.

El tratamiento de los pobres respondió a cambios de la estructura social, el cuidado era responsabilidad de la Iglesia, y en principio, la mendicidad no fue considerado factor criminógeno, pero más adelante, se le atribuyó la destrucción del sistema feudal, en virtud del auge de la mendicidad, la escasez de la fuerza de trabajo y el deterioro de las condiciones de vida, por lo que, a éstos se les consideró como criminales; entonces, se produjo un aumento en la severidad del castigo.

A finales del siglo XVII, los vagabundos y los mendigos se utilizaron como fuerza de trabajo y el modo de represión eran las "Casas Correccionales", como resultado de un cambio en las condiciones económicas y con fines resocializadores, es decir, se trató de transformar la fuerza ociosa en socialmente útil, lo cual constituyó el origen del trabajo carcelario y su fin educativo.

Posteriormente, se agregaron los condenados a penas largas y cortas, los marcados, los flagelados, utilizando la religión para establecer disciplina y trabajo forzado; de esta forma, se consolidó la función económica de las casas de corrección.

De hecho, las cárceles existían sólo para custodiar los hombres y no para castigarlos, porque la pena de prisión no había constituido un efecto disuasivo eficaz del delito, debido a que estaban vinculadas a las casas de corrección y a su manera de producción cuyo objeto principal era la fuerza de trabajo. Lugo, hubo sustitución de las penas capitales, corporales y destierro por trabajos públicos forzados o reclusión en casas de corrección.

Más adelante, surge "el Iluminismo", un movimiento en contra de la indeterminación de las penas y las arbitrariedades, cuyas características principales son:

- Limitar el poder sancionador del Estado.
- Establecimiento de normas de control social formal.
- Separación entre el derecho y la ética.

– Aparición del concepto de culpabilidad.

– Surge el principio de la no retroactividad del Derecho Penal.

– La formalización del derecho procesal y derecho material.

– Las decisiones judiciales no pueden ampararse bajo el espíritu de la ley.

– Debe existir una correlación entre el delito y la pena.

– La pena constituye la consecuencia automática del delito.

– El principio de proporcionalidad se relaciona con la graduación de la pena según la gravedad del delito, lo cual implica una lucha contra la pena de muerte.

– Establecimiento de penas pecuniarias para garantizar el derecho a la propiedad.

– Aumento de las garantías.

– Surge la idea de una pena predeterminada para cada delito.

– Delimitación entre actos punibles por la ley y los moralmente reprochables pero no punibles.

– Los azotes, las marcas son rechazadas por ser incompatibles con la naturaleza temporal de la pena.

– Las galeras son rechazadas por considerarlas arbitrarias y por tener un carácter no disuasivo.

El siglo de las luces, de la ilustración, alcanzó su máxima expresión en la Teoría kantiana de la Pena; de acuerdo con esta teoría, la pena no es un medio sino un fin. Fue considerada como Teoría Absoluta, porque era deductiva y la más radical de las teorías de la defensa social, según la cual la pena es un deber del estado civil que se impone cuando se

comete delito; en caso de rescindir el contrato se debe imponer la pena, porque de lo contrario habría incumplimiento del pacto. Se le cuestionó volver una mirada hacia el retribucionismo, considerando a la amenaza talional como condición esencial de la paz.

Seguidamente, Feuerbach construyó la Teoría de la Pena como Coacción Psicológica, profundizando la distinción entre el derecho y la moral para concebir la pena como un fin práctico; empero, no logró resolver tal contradicción. A este autor se le criticó haber legitimado ilimitadamente el Poder Punitivo.

En suma, durante la época feudal el tratamiento de la pena se concibió como irracional y cruel, sin consideraciones humanas, con una única utilidad económica. El valor del ser humano estaba condicionado a la fuerza de trabajo forzado, el carácter retributivo de la pena tenía un carácter divino, coexistiendo con fines expiacionistas.

Ahora bien el advenimiento del Estado Moderno surgió con el iluminismo que originó la codificación penal y la aparición de la pena privativa de libertad con fines de prevención general y especial.

En este sentido, es necesario analizar si realmente la pena tiene un carácter disuasivo para la disminución o prevención de conductas delictivas.

Cuando se habla de prevención, el castigo de la pena se impone para evitar la delincuencia, es decir, la pena resulta necesaria para prevenir la comisión de delitos. En este orden de ideas, la prevención se subdivide en: Prevención general y prevención especial.

La prevención general, a su vez se subdivide en: Positiva, dirigida hacia la comunidad y reforzando su confianza en la vigencia del orden jurídico o afirmación del derecho; y, negativa, dirigida hacia la intimidación mediante la amenaza legal para inhibir a los posibles delincuentes.

Por su parte, la prevención especial, se subdivide en: Positiva, sus efectos se dirigen hacia el delincuente para resocializarlo o integrarlo a la sociedad; y, negativa, dirigida hacia el delincuente para inocuizarlo apar-

tándolo de la sociedad mediante el internamiento asegurativo tendente a la neutralización.

Según el Profesor Luis Gerardo Gabaldón, *"...se entiende por intimidación o disuasión el proceso mediante el cual se inhibe una conducta delictiva potencial en un delincuente particular, o su extensión y difusión a otros sujetos, mediante la amenaza que implica el castigo. En el caso del sistema de justicia, esta amenaza está representada por la pena criminal..."* (1987; p. 99).

En principio, la idea de intimidación estuvo asociada a la utilidad. Bentham intentó sistematizar una teoría penal basada en la intimidación como correlato del principio utilitarista, sostuvo que la utilidad es propia de cualquier objeto tendente a producir ventaja, beneficio, placer, felicidad, así como evitar dolor, daño, maldad; y, el fin perseguido por el castigo es controlar la acción humana, a través de la voluntad del delincuente (reforma), neutralizando la fuerza física (inhabilitación), o bien operando sobre terceros (ejemplificación). De ahí que el castigo es ineficaz si procede de una disposición que no ha sido promulgada o que siendo así no es conocida por el infractor.

El citado autor pensaba que la certeza y prontitud de la pena eran fundamentales, llegó a formular una regla de proporción que exigía un aumento de magnitud de la pena cuando una y otra disminuyan, creyó que de este modo podrían compensarse.

Por otra parte, Romagnosi logró introducir por vez primera la distinción actual entre prevención general y prevención especial; la primera, dirigida a la colectividad, a fin de que se impida surjan delincuentes de la sociedad; y la segunda, incide sobre aquel individuo que ya ha delinquido con el objeto de que éste no vuelva a hacerlo (reincidencia).

Posteriormente, el positivismo criminológico cuestionó la época de la ilustración, por cuanto el delincuente no era determinable por la amenaza penal. Al respecto, Garófalo sostenía que los efectos de la sanción penal era la repulsión de índole moral al delito, a través de un proceso de maduración lento y no mediante una amenaza.

Luego, Alimena cuestionó la corriente positivista y logró instituir la intimidación como el principio rector de la imputabilidad penal; sostiene que la aptitud para sentir la coacción psicológica era la imputabilidad.

Actualmente han surgido corrientes de pensamiento que consideran como elemento determinante del carácter disuasivo de la pena la percepción subjetiva del individuo. Uno de sus exponentes es Andenaes, quien analiza la prevención general relacionada con la intimidación por medio de la ley penal, por medio de mensajes dirigidos a la sociedad que delimitan lo prohibido de lo permitido, y relacionan lo prohibido con la imposición de una sanción.

Por su parte, Gibbs, sostiene que el fin de intimidación está relacionado con los efectos de la ejecución de la pena: Certeza, severidad, celeridad y conocimiento de la imposición del castigo legal, así la intimidación se basa en la percepción del riesgo del castigo que determina la omisión del acto delictivo.

Referente al tema de la prevención se han efectuado numerosas investigaciones por Meier y Jhonson (1977); Anderson, Chirinos y Waldo (1977); Erickson, Gibbs y Jesen (1977) para determinar el valor disuasivo de la pena, los cuales demostraron la conexión negativa entre el riesgo percibido del castigo y la conducta delictiva, afirmando el supuesto de la intimidación *"a mayor certeza subjetivamente percibida del castigo, mayor retracción de la conducta delictiva"*, aunque se argumenta la dificultad para determinar la percepción subjetiva del castigo en cada individuo.

En otro orden de ideas, la teoría del aprendizaje planteó que la disuasión se basa en que el individuo aprende a cometer delitos y ese aprendizaje el individuo lo asimila mediante el reforzamiento o por asociación, es decir, mediante recompensas y castigos se puede persuadir un modelo de comportamiento delictivo.

Sobre este punto, Bandura señaló en cuanto al reforzamiento, que si no hay castigo para el comportamiento desviado, hay mayor incentivo y pocas barreras para que el individuo adopte tal comportamiento y que

sólo el castigo puede evitar la comisión de actos delictivos; esto es, una cuestión debatible al considerar que mejor es prevenir que penar.

Igualmente, un estudio realizado por Levitt, sobre la pena y su efecto disuasivo, concluyó que al aumentar la extensión de la pena se previenen delitos pero se desconoce si el efecto es debido a la incapacitación o debido a la disuasión.

Ahora bien, para lograr el efecto disuasivo de la pena como técnica de control social, atendiendo a estas consideraciones se debe perseguir tres dimensiones, a saber: La certeza (probabilidad del castigo), la celeridad (prontitud en la aplicación de la pena, cuando existe ésta el efecto disuasivo es mayor) y la severidad (mientras más grave el delito, más dura o severa debe ser la pena), pero si ésta aumenta, también en la misma proporción aumentará el índice delictivo. No obstante, estudios realizados a favor del efecto disuasivo de la pena revelaron que cuando el individuo tiene una mayor percepción del castigo, hay una disminución de la conducta delictiva ante el riesgo o temor que produce la sanción, con lo cual la intimidación expone al sujeto en una condición de objeto adiestrado.

Empero, no todos los delincuentes piensan de una manera racional, puede que el temor al castigo o a la sanción no los disuada de realizar un acto delictivo porque actúan en forma apasionada y no racionalmente; hay casos en los cuales las personas son invulnerables (cuello blanco, terrorismo estatal); en otros, suelen ser fanáticos que lo consideran un estímulo (ataques generalizados a una población civil). De ahí que la intimidación responda a condiciones valorativas determinantes de realizar una conducta que puede disminuir el delito pero bajo determinadas condiciones como la publicidad para crear el efecto disuasivo en el individuo y la aplicación de la pena tomando en cuenta sus tres dimensiones, a saber, que la certeza y celeridad pasen a un umbral máximo de efectividad; y, que la severidad sea conducida cuidadosamente en casos donde la entidad del daño producido sea menor.

Cabe destacar, que la pena no se impone para retribuir sino para hacer posible la convivencia humana. Ordeig considera que la pena carece de

la función metafísica de retribución y expiación, simplemente previene delitos. Así, la pena como función social permitió a V. Liszt, con certeza científica determinar la función de protección de bienes jurídicos garantizando el fin primario de la pena *la prevención del delito,* reconducida a las reglas esenciales de la imputación jurídico-penal, en el cual presupone un reproche de culpabilidad. Estas razones llevaron a Radbruch a concluir, que los elementos del delito pueden deducirse a partir del fin de la pena.

Las consideraciones precedentes plantean la relativización crítica de la teoría de los fines de la pena, en el sentido de su absolutización, la pena tiene la función de anular simbólicamente el quebrantamiento del orden jurídico afectando diversidad de bienes jurídicos que pueden reflejarse en numerosos fines de la pena, lo que supone resolver las posibles contradicciones entre éstos; en conclusión, la teoría de los fines de la pena no puede aportar lo que le exige el funcionalismo, es decir, un único fin de la pena sólo puede formularse en un nivel de abstracción.

En síntesis, la pena deja de concebirse como una *amarga necesidad* para convertirse en útil a la comunidad creando un efecto disuasivo en el individuo.

Por su parte, la pena privativa de libertad tradicionalmente ha constituido el medio coactivo más contundente empleado por el Estado ante el auge delictivo, e inclusive la opinión pública en general han visto en la agravación de la misma la solución a la criminalidad y la garantía de la seguridad ciudadana. Sin duda, el carácter monopólico de la pena privativa de libertad en los Códigos Penales latinoamericanos ha originado la saturación o hiperinflación del sistema penal, resultando ineficaz, inoportuno y discriminatorio contraviniendo los principios y garantías individuales establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto San José de Costa Rica, la Convención Americana, las Reglas Mínimas del Tratamiento al Recluso y la Constitución Nacional, originando la *deslegitimación del sistema penal*.

A este respecto, la función del sistema penitenciario basado en la resocialización, la reinserción o reeducación, esto es, en la función correc-

tora y educadora del delincuente conlleva considerar la pena como un tratamiento tendente a resocializar al individuo que es considerado un desadaptado socialmente.

Esta corriente de la resocialización supone un proceso de interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad; y, no puede determinarse unilateralmente, para que el tratamiento funcione es necesario que el delincuente coopere voluntariamente y que exista una relación personal entre él y la persona encargada de ejecutarlo, pero en la realidad sucede lo contrario, existe un marcado distanciamiento.

Llama la atención que, la imposición del tratamiento conlleva un grave peligro para la protección del derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 del "Pacto San José de Costa Rica". De manera que, el tratamiento no debe ser punitivo, ni obligatorio sino optativo y espontáneo, de lo contrario constituiría una violación de derechos fundamentales.

En este sentido, los efectos contraproducentes del sistema penitenciario en la resocialización son los siguientes: La estigmatización, la traslación de la pena, la evidente incompatibilidad entre la finalidad resocializadora de la norma y la institución encargada de llevar a cabo dicho fin, pues se ha demostrado que el medio empleado para el tratamiento no es el adecuado, la cárcel en la actualidad es reconocida como ente criminógeno que produce un efecto contradictorio al esperado, lo cual genera prisionización y aculturación. Adicionalmente, la naturaleza de la cárcel como institución total atenta contra los fines resocializadores, por lo que, es difícil educar para la libertad en condiciones de prisión.

En definitiva, la complejidad de las sociedades actuales y sus relaciones delictivas originan que el Estado responda con mayor control social, pese a los cuestionamientos de la prisión. Cada día se incrementa el uso de la pena privativa de libertad en la tipificación de nuevas figuras delictivas, creación de nuevos bienes jurídicos excluyendo la implementación de una política social en el marco de la política criminal que contribuya a disminuir la criminalidad.

En estos momentos, se cuestiona el funcionamiento de los sistemas penales producto de la multiplicación de la violencia punitiva estatal

vinculada a la expansión del sistema penal, al abuso de las normas penales y al recurso penal, los cuales encuentran su justificación en la expansión cualitativa y cuantitativa de la violencia delictiva y en la sociedad de los riesgos.

Las teorías penales buscan adecuarse a las nuevas tendencias punitivas, la necesidad de proteger los derechos humanos ante las violaciones de los mismos por la estructura de justicia penal existente, impone reformas liberalizadoras de la prisión sustituyendo el castigo tradicional de la prisión por medidas alternativas a la privación de libertad (*probation,* suspensión condicional de la pena, trabajo comunitario), y que en realidad, abogan por la adopción de nuevas formas de abordaje del conflicto como lo son la mediación, conciliación, la reparación de la víctima, en general *el dialogus*.

Así, surgen las medidas sustitutivas a la pena privativa de libertad para delitos de menor entidad pero como adicionales o complemento a la pena de prisión, entre ellas se mencionan: Días multa, servicios a la comunidad, arresto domiciliario, toque de queda, amonestación, perdón, reparación, etc., pues el origen de las medidas alternativas no se haya en una política criminal dirigida a evitar efectos desocializadores y deshumanizadores que produce la prisión, sino en una política penitenciaria improvisada que permita el descongestionamiento de las cárceles.

Finalmente, es muy lamentable que el sistema penal continúe inclinándose hacia la prisión como principal pena a pesar de los graves y serios cuestionamientos que la criminología crítica hace. Las medidas alternativas y sustitutivas sólo se han utilizado de forma simbólica, por ello surge la imperiosa necesidad de la *reforma penal* que implica la utilización de la pena privativa de libertad como *última ratio*, y la implementación de medidas de desinstitucionalización orientadas a una política criminal de mínima intervención penal, abandonando el principio de legalidad estricta para flexibilizarlo a través de soluciones alternativas del conflicto generado entre la víctima y el actor, dejando el Estado de apropiarse de la acción penal mediante la confiscación del conflicto a la víctima.

Para culminar, interpretando a Radbruch, se debe buscar algo mejor que la pena privativa de libertad y algo mejor es *la libertad*, reduciendo la mínima intervención o violencia punitiva estatal; y, dignificar hacia el Derecho Penal Mínimo.

CONCLUSIÓN

Cualquier esfuerzo transformador de la política penal debe comenzar por transformar la cultura penal, debido a que ésta es reactiva a determinadas estructuras de poder; y, una sociedad será tanto más justa cuanto menor sea la represión y la compulsión que ejerza contra sus ciudadanos, es decir, será tanto más justa cuanto más subjetivo y autónomo sea el Derecho como organización social, como justificación objetiva del comportamiento humano intersubjetivo.

Al efecto, siguiendo los cuestionamientos que la Criminología Crítica hace al Derecho Penal se concluye que la ley penal no es igual para todos, el grado efectivo de tutela es independiente del daño social y de la gravedad de la infracción a la ley penal.

Tradicionalmente, el poder punitivo no es apto para la solución de los conflictos, pues cuando se confisca el conflicto a la víctima y se prisioniza no se resuelve el conflicto sino que se suspende en el tiempo. La función real de la pena es vigilar y castigar.

La pena es un ejercicio de poder que no tiene una función reparadora, se trata de una coerción que impone privación de derechos o dolor que no responde a las exigencias de justicia sino que se haya legitimada sólo como medio de prevención de delitos; en este orden, no se castiga para establecer un orden de valores sino para prevenir un daño social. De ahí que, la intimidación, la conminación penal tiene efectos favorables en los sujetos potenciales, en la medida que logran que éstos se comporten conforme a la Ley por el temor a recibir una sanción. Lo positivo de la teoría va más allá del sistema penal hacia la conminación de sanciones éticas y jurídicas, no penales, como también hay un proceso de introspección de normas éticas.

No obstante, la crítica a la prevención general negativa estriba en la lesión a la dignidad del hombre y en la imposibilidad material de dar a conocer a todos los sujetos la legislación penal.

Por otro lado, la prevención general positiva con relación a los fines de la pena es la menos cuestionada por tratarse del reforzamiento de la vigencia del ordenamiento jurídico aunado a la enseñanza de los efectos negativos de la conducta punible. Sin embargo, las categorías jurídicas se extinguirían porque el sistema sería el único bien jurídico realmente protegido.

Desde la perspectiva de la criminalización, la prevención general positiva conlleva un símbolo que se usa para obtener confianza en el sistema, es decir, se cosifica a la persona y se prioriza al sistema, mas no a la persona.

Por su parte, la prevención especial positiva oculta el carácter penoso de la pena sustituyéndolo por medidas y sanciones, reemplazando el estado de derecho por un estado paternalista de policía, clínico o moral. Mientras que, la prevención especial negativa responde a una visión organicista de la sociedad que siempre beneficia a un sector, considera a la pena un bien para el cuerpo, a fin de neutralizar al sujeto.

Actualmente, se pretende un Derecho Penal de culpabilidad donde el juicio de reproche se contraste con la coculpabilidad social y medir el esfuerzo de vulnerabilidad desarrollado por el autor, es decir, se trata de individualizar la pena a partir de un juicio de coculpabilidad social.

Finalmente, todo saber responde a un horizonte delimitado, el deterioro de la forma de la ley, la inflación legislativa conduce a la crisis del derecho penal hacia la informalización del control consecuencia de la implantación del estado burocrático weberiano dentro de las sociedades occidentales. Ante esta realidad, la Política Criminal, la Criminología, la Filosofía Penal y el Derecho Penal tienen frente a sí un inmenso desafío para lograr integrar el *Saber* y el *Poder*, y superar la postmodernidad.

BIBLIOGRAFÍA

ANDENAES, Johannes (1971). *La sanción y la prevención general*. En *La Prevención del Delito: Textos para su Estudio*. Tomo II. Caracas: Ministerio de Justicia, Dirección de Prevención del Delito. pp. 13-46.

BANDURA, A. (1975). *Análisis del aprendizaje social de la agresión*. En *Modificación de Conducta*, editado por A. Bandura y E. Ribes Iñesta. México: Editorial Trillas. pp. 307-347.

GABALDÓN, Luis Gerardo (1987). *Control Social y Criminología*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. Capítulo III.

GIMBERNAT O., Enrique (1983). *¿Tiene Futuro la Dogmática jurídico-penal?* Monografías Jurídicas 29. Editorial TEMIS Librería Bogotá - Colombia. 87 p.

MIR Puig, Santiago (1983). *Problemática de la pena y la seguridad ciudadana*. *Anales Internacionales de Criminología,* 21(2):299-312.

ORTIZ ORTIZ, Serafín (1993). *Los Fines de la Pena*. México: Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República. Cuarta Parte.

RICO, José María (1979). *Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea.* México: Siglo XXI. Capítulo 3.

ZAFFARONI E.R-Alagia A.-Slokar A. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. (Primera Parte), Capítulos V al IX.

¿Golpe de Estado o Vacío de Poder?

Juan RAFAEL PERDOMO*

SUMARIO:

1. Una visión de la historia nacional en la materia.
2. Los sucesos de abril de 2002.
Conclusiones.

Este trabajo rinde homenaje al ilustre jurista venezolano, Doctor Tulio Chiossone. El contenido del mismo es la sentencia que hubiese dictado en el caso de los Altos Oficiales implicados en la solicitud de antejuicio de mérito formulada por el Doctor Julián Isaías Rodríguez Díaz, Fiscal General de la República, pero la recusación intentada, de indudable contenido político más que jurídico, logró separarme del proceso al igual que a mi compañero Magistrado Doctor Omar Alfredo Mora Díaz, Presidente de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, quien compartió íntegramente el texto de la ponencia.

* **Tribunal Supremo de Justicia**, *Sala de Casación Social*, Magistrado Vicepresidente.

1. UNA VISIÓN DE LA HISTORIA NACIONAL EN LA MATERIA

Cabe formular algunas precisiones sobre el tema:

1. En Venezuela el primero que tuvo acceso al poder como consecuencia de un golpe de Estado fue el General Julián Castro.[1] Luego, mediante el mismo mecanismo, arribaron, entre otros: Juan Crisóstomo Falcón, José Tadeo Monagas, José Ruperto Monagas, Antonio Guzmán Blanco, Joaquín Crespo y Cipriano Castro.

2. En el siglo XX, hasta 1935, Venezuela padeció el gobierno del General Juan Vicente Gómez, iniciado en 1908, al ausentarse por razones de salud el Presidente Cipriano Castro, quien viajó al exterior para no regresar al país. Gobernó hasta su muerte el 17 de diciembre de 1935. Lo sucedió en la conducción de la República el General Eleazar López Contreras, especie de puente entre la tiranía de Gómez y el régimen democrático iniciado por el General Isaías Medina Angarita, quien fue depuesto por un mal llamado movimiento revolucionario el 18 de octubre de 1945, cuando un grupo de militares y civiles dirigentes del recién nacido partido Acción Democrática, decidieron romper abruptamente el hilo constitucional bajo el manto militar, que sirvió para derrocar a un demócrata como lo fue el General Isaías Medina Angarita, cuya memoria será imborrable.

[1] Parra Aranguren, Fernando Ignacio, *Antecedentes del Derecho del Trabajo en Venezuela, 1830-1928*, Fondo de Editorial Nacional José Agustín Catalá Editor, Caracas-Venezuela 1999, señala al respecto "Las consecuencias de esta Constitución (1858), fueron desastrosas para la vida institucional de la República: electo Julián Castro, Gobernador de Carabobo, Jefe del Ejército 'Libertador', José Tadeo Monagas, cuando se sintió perdido por el avance de las huestes revolucionarias, presentó, el 15 de marzo de 1858, la renuncia al cargo que desempeñaba. Este sólo hecho es trascendental en nuestra historia política, pues esta revolución de Castro fue la primera que tuvo éxito en el país desde 1830 y abrió la compuerta de la constitucionalidad a la ambición de los caudillos: los batallones de Casas derrocaron a Castro en 1859; los de Echezuría a Gual e impusieron a Páez en 1861; Falcón terminó con la dictadura en 1863; José Tadeo Monagas con Falcón y Bruzual en 1868; Antonio Guzmán Blanco con José Ruperto Monagas en 1870 e impuso su autocracia, y, posteriormente, seguirían proliferándose estas revueltas caudillescas y partidistas hasta nuestros días, excepción hecha de los años de paz, orden y trabajo, mantenidos por el gobierno de los andinos" (pp. 45-46).

3. En 1945, la juventud militar, conjuntamente con el partido Acción Democrática derrocaron al Presidente Isaías Medina Angarita: fue sustituido por una Junta Revolucionaria de Gobierno presidida por Rómulo Betancourt. Los mismos militares terminaron abruptamente el período de Rómulo Gallegos (1948). Durante el mismo se produjo una explosión social de grandes dimensiones que propició el regreso de un "gendarme necesario". El 24 de noviembre de 1948, el ilustre novelista Don Rómulo Gallegos depuesto.

4. Fue reemplazado por una Junta Militar de Gobierno presidida por el Teniente Coronel Carlos Delgado Chalbaud y, luego de su asesinato, por una Junta de Gobierno encabezada por Germán Suárez Flamerich, seguida por el golpe de Estado pacífico (sin armas) que llevó al Coronel, posteriormente General, Marcos Pérez Jiménez a la Presidencia provisional –luego "Constitucional"– de la República, quien la ejerció hasta su derrocamiento, después de varias intentos golpistas, en enero de 1958.

5. Como consecuencia del derrocamiento de Don Rómulo Gallegos por los militares, se inició para el país una hora menguada, como lo fue la dictadura del General Marcos Pérez Jiménez, quien lesionó todos los derechos humanos y los instrumentos internacionales vigentes para el momento: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948; la Conferencia de la OIT (1919).

Basta leer la obra de José Agustín Catalá para tener una visión exacta de los asesinatos, desapariciones, encarcelamientos, torturas, destierros, allanamientos y actos terroristas realizados por el gobierno del General Pérez Jiménez. La historia tendrá que reconocerle a este editor el empeño que ha demostrado al publicar la historia del gobierno que se inició con el derrocamiento de Don Rómulo Gallegos y terminó con la expulsión del General Pérez Jiménez del país.

6. En el derrocamiento del General Pérez Jiménez estuvieron comprometidos militares y civiles. Los primeros habían realizado un gesto para separar al General Pérez Jiménez el día 1° de enero de 1958. Los segundos constituyeron una Junta Patriótica integrada por Fabricio Ojeda,

Guillermo García Ponce y Enrique Aristiguieta Gramcko, quienes venían trabajando en la sombra ayudados por los partidos políticos de la época, aun cuando clandestinos algunos de ellos, Unión Republicana Democrática, Acción Democrática, el Partido Comunista y COPEI, con el objetivo de terminar el gobierno dictatorial establecido en el país. Fue sustituido por una Junta Militar de Gobierno que devino posteriormente Junta de Gobierno, presididas ambas por Wolfgang Larrazábal Ugüeto. La última parte de este período que culmina en 1959, la Junta de Gobierno fue presidida por Edgard Sanabria.

7. Después de estos sucesos –con varios golpes de estado fallidos– comenzó el período, llamado por algunos de Punto Fijo, que culmina –por vía constitucional– con el advenimiento al poder del Teniente Coronel Hugo Chávez Frías en 1999. El 11 de abril del año 2002, se produjo un Golpe de Estado y el Presidente de la República, Teniente Coronel Hugo Chávez Frías, fue secuestrado durante dos días. Pretendió ocupar su lugar un dirigente empresarial, pero el rol del pueblo y de las Fuerzas Armadas no permitió que se consumara la sustitución del Presidente Chávez legítimamente designado en elecciones libres y democráticas. En verdad, el papel de los Altos Oficiales que coordinaron la defensa de la institucionalidad democrática, unido al papel desempeñado por las masas rescataron al Presidente y Venezuela reinició su desempeño democrático.

8. Según la investigación realizada, los militares arriba identificados desconocieron el régimen de gobierno y la autoridad del Presidente Hugo Rafael Chávez Frías "*por contrariar los valores, principios y garantías democráticas y menoscabar los derechos humanos de los venezolanos",* haciendo un llamado a los demás Oficiales Militares a unirse a ellos al señalar *"...en este momento nos dirigimos a los Oficiales, Generales y Almirantes, Oficiales Superiores, Oficiales Subalternos, Suboficiales Profesionales de Carrera, Tropa Profesional y Tropa de Instala, y a todo el personal militar para que unamos esfuerzos y hagamos realidad una Venezuela mejor..."* (Transcripción realizada por TV PRENSA 2002, C.A., al programa especial realizado por VTV el 11 de abril de 2002).

2. LOS SUCESOS DE ABRIL DE 2002

La percepción nacional e internacional de ese proceso consigue en este trabajo elementos valorativos sobre la naturaleza de los hechos ocurridos el 11 de abril de 2002 y los días subsiguientes, sobre los cuales ya existe abundante material escrito de prensa, grabaciones de radio y videos que permiten su valoración. Quienes participaron en dichos acontecimientos alegaron que se trataba de "un vacío de poder". Sostenemos, sin embargo, que fue un movimiento tendente a sustituir la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante un Decreto no sólo carente de fundamento legal, sino contrario a los más elementales principios del Estado de Derecho. El manejo de esa frase "un vacío de Poder", constituyó una ofensa a la inteligencia de los venezolanos.

El General Alfonzo Martínez, dirigente del movimiento militar golpista, en la Audiencia Pública celebrada en el Tribunal Supremo de Justicia el día el 30 de abril de 2003, a una pregunta formulada por el Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, contestó que se trataba de un Golpe de Estado con el cual él no estaba de acuerdo.

Este escrito sostiene la tesis contraria: se trató de un Golpe de Estado que derribó brevemente la constitucionalidad vigente en Venezuela. Sobre esta base argumentamos.

ESTO ES UN GOLPE DE ESTADO

El Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz preguntó:

> General Alfonzo Martínez, usted ha señalado en su intervención, que a partir del 16 de abril del año 2002 ha sido sometido a una especie de hostigamiento con relación a sus funciones como alto oficial. Yo quisiera preguntarle qué actitud tomó usted, inmediatamente que se juramentó como Presidente de la República el señor Pedro Carmona, como el segundo oficial más alto de la Guardia Nacional.

El General Alfonso Martínez contestó:

> Me entero de la asunción, o la presunta asunción al Poder del señor Carmona una vez que el General Lucas Rincón anunció públicamente que el Presidente de la República había renunciado. Es más, en la mañana del día 12 el General Belisario Landiz, mi jefe inmediato y el General Gutiérrez, me mandaron, ni siquiera fueron ellos personalmente, me mandaron por escrito un papel donde ellos renunciaban, avalado por el General Lucas Rincón y se desaparecieron y me dejaron ese muerto a mí, y entonces yo era el segundo de la Fuerza y de paso había dado unas órdenes. Ajá, entonces usted me pregunta lo relacionado con lo otro. Señores, miren, les voy a decir lo siguiente. Yo fui al acto protocolar del doctor Carmona y el oficial que se paró inmediatamente una vez que escuché, porque no tuve nada que ver en la elaboración de los escritos, es más, me molesté sobremanera con el General Efraín Vásquez, porque fuimos en la mañana del día 12 al Palacio de Miraflores, y resulta que el General Efraín Vásquez que se había pronunciado y yo que me, y que habíamos colocado, habíamos colocado el brazo sobre la candela en función de lo que obligatoriamente tuvimos que hacer ese día para evitar una masacre, entonces resulta que cuando llegamos allá al Palacio de Miraflores a nosotros no nos dejaron entrar. Y yo le digo a Efraín, bueno y pero qué es esto, y esa gente allá reunida allá adentro, y por qué esa gente, qué es lo que está haciendo esa gente allá adentro. Pasamos todo el día para tratar de entrar a la oficina donde estaba el señor Carmona, y resulta que después vamos en la tarde a un acto protocolar y leen un acta de instalación**, ese es un Golpe de Estado**. Me ordenaron, usted tiene que quedarse para firmar, yo le digo no señor, se equivocaron conmigo, **yo no he dado Golpe de Estad**o, simple y llanamente hice un pronunciamiento para evitar una masacre, y de ahí me fui inmediatamente a la Comandancia de la Guardia Nacional y reuní a todos los Generales, y les dije, **Señores aquí no hemos dado Golpe de Estado, y resulta que esa acta que están leyendo ahí es un Golpe de Estado.** En la madruga-

> da me fui a la Comandancia del Ejército del día después que leyeron el acta y le dije a Efraín, que ya tenía ahí a un viaje de Generales que estaban en la misma sintonía que yo que, que no avalaban, que no avalaba lo que estaba escrito ahí en esa acta, y le dije, mira Efraín yo no firmo y le dije a Efraín no firmes, ese día en la tarde le dije no firmes, **porque eso es un acta, eso es espuria, eso es un Golpe de Estado...**

LA SENTENCIA PRONUNCIADA: NO HAY MÉRITO PARA EL ENJUICIAMIENTO

Es cierto que la sentencia de la Sala Plena Accidental pronunciada el día 14 de agosto de 2003, cuyo ponente fue el Magistrado Doctor Franklin Arrieche Gutiérrez, Presidente de la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, decidió conforme al numeral 3° del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (la ponencia dice de la Constitución Nacional) y en base en los artículos 377, 379 y 381; 1) que "**NO HAY MÉRITO PARA EL ENJUICIAMIENTO** de los ciudadanos EFRAÍN VÁSQUEZ VELAZCO, HÉCTOR RAMÍREZ PÉREZ, PEDRO PEREIRA OLIVARES y JOSÉ COMISSO URDANETA, solicitado por el Fiscal General de la República ciudadano JULIÁN ISAÍAS RODRÍGUEZ DÍAZ" y 2) declara el **SOBRESEIMIENTO**, según el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal y 3) Como consecuencia de lo anterior se ordena la suspensión de la medidas cautelares decretadas en esta causa.

No obstante lo decidido, no compartimos el criterio anterior, por todas las razones que constan en el escrito que presentamos en esta oportunidad, cuando el Tribunal Supremo de Justicia, ha considerado pertinente publicar las actas, los escritos, la querella, las recusaciones intentadas, así como la sentencia definitiva dictada y antes referida.

SOLICITUD DEL ANTEJUICIO DE MÉRITO

El Doctor Julián Isaías Rodríguez Díaz, el día 24 de mayo de 2002, presentó ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, una querella para que se declarase sí había mérito para el enjuiciamiento de los

ciudadanos Efraín Vásquez Velazco (G. Div. EJ.); Héctor Ramírez Pérez, Vicealmirante (A); Pedro Pereira Olivares (G. D. Ej.) y Daniel Lino José Comisso Urdaneta, Contralmirante (A), por el delito de rebelión previsto en el ordinal 1° del artículo 476 del Código Orgánico de Justicia Militar. Sus argumentaciones constan en la parte narrativa de la querella ya citada y en nuestra ponencia el fundamento probatorio que él argumentó para la solicitud del antejuicio de mérito de los Altos Oficiales ya nombrados. Nos proponemos desarrollar el contenido de la ponencia que sería discutida por los Magistrados, que difiere sustancialmente del razonamiento propuesto por el Magistrado Doctor Franklin Arrieche Gutiérrez, cuya ponencia contó con voto favorable de 11 Magistrados debido a la ausencia de los Magistrados Doctores Omar Mora Díaz y quien suscribe, al ser recusados por al Contralmirante José Lino Comisso Urdaneta. El fallo de la recusación se le encomendó al Magistrado García García de la Sala Constitucional, cuyo veredicto consta en las actas procesales y el cuestionamiento jurídico que se le formuló a dicho texto. Se argumentó que carecía de competencia para decidir la incidencia, puesto que la misma le correspondía al ciudadano Presidente del Tribunal Supremo de Justicia. Pareciera ser que la justicia, en algunos casos tiene mucha política y un poquito de derecho. Al menos es mi opinión.

PRIMERO

La secuencia de los hechos en el presente caso, comienza el 27 de mayo de 2002, cuando se da cuenta en Sala Plena de la existencia de la querella presentada por el ciudadano Fiscal del Ministerio Público. El ciudadano Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, Doctor Iván Rincón, me asignó la ponencia para resolver la querella presentada. Ante tal encomienda me dediqué a elaborar la misma, considerando los elementos de juicio presentes en el proceso.

Me basé en el estudio de la jurisprudencia producida por la Corte Suprema de Justicia, para verificar como había sido el comportamiento de ese Alto Tribunal en casos similares, es decir, en el análisis de la naturaleza jurídica del antejuicio de mérito. Especialmente porque en Venezuela han ocurrido numerosos golpes de Estado y la máxima autoridad judicial del país, ha conocido de ellos (ver notas). Bastaba leer los ar-

chivos jurídicos de este organismo, los cuales conservan fabuloso material jurídico, que permiten el deslinde del referido tema. Por eso hemos creído importante, dedicarle este trabajo al Doctor Tulio Chiossone, por ser un notable investigador, cuya memoria tenemos que resaltar los venezolanos.

En esa búsqueda nos encontramos, en primer lugar, partiendo del caso más reciente, como fue el expediente sustanciado con motivo de la querella interpuesta por el Fiscal General de la República, contra el ciudadano Luis Miquilena, que contradice la jurisprudencia sobre el antejuicio de mérito que había venido sosteniendo la Corte Suprema de Justicia. En efecto, la ponencia elaborada por el distinguido jurista Magistrado, Doctor Alejandro Angulo Fontiveros, de indudable solvencia humana e intelectual, que el Magistrado Franklin José Arrieche Gutiérrez transcribió para fundamentar el mismo caso. Dice el texto en cuestión:

> La Sala estima necesario dejar sentado que de conformidad con la disposición prevista en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal, el antejuicio de mérito es un procedimiento penal especial que, instaurado en virtud de la querella del Fiscal General de la República y conducido por el principio del contradictorio, tiene por objeto declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los altos funcionarios del Estado, a los que se refiere el ordenamiento constitucional de la República; que la normativa acerca del antejuicio de mérito, debe ser interpretada a la luz del nuevo orden constitucional; que la que la querella fiscal debe fundarse en pruebas suficientes, motivo por el cual su instauración debe ser precedida por una actividad de investigación, conducida por el Ministerio Público, durante cuyo desarrollo debe respetarse íntegramente al imputado su derecho constitucional a la defensa, a tenor de la disposición prevista en el artículo 49, ordinal 1° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la forma y condiciones previstas en los artículos 313 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal; y que el juicio sobre la prueba debe constituir el fundamento principal de la determi-

> nación acerca de si hay o no mérito, es decir, acerca de si hay o no lugar a un enjuiciamiento.

En esta misma oportunidad, el Magistrado Jorge Rossell Senhenn, expresó:

> Es por lo anterior, que según mi opinión, el Fiscal General, en vez de plantear el asunto como una pesquisa, a fin de precisar pruebas que indicaran la comisión de ese delito, desvió el propósito y contenido que debe tener una querella y presentó de una vez, una serie de evidencias, precalificando los delitos que se deducían como cometidos.
>
> En realidad el Fiscal General no realizó una investigación preliminar, sino que se fue al fondo del asunto, presentando de una vez parte de aquello que debía ser objeto de la investigación y del juicio, lo cual correspondía hacer una vez que eventualmente se decidiera que había mérito para el enjuiciamiento.
>
> …
>
> Lo anterior desvió lo que debía ser el objeto de la decisión del Tribunal que era pronunciarse si había o no mérito para ordenar abrir la averiguación, y no lo que decidieron: si estaba o no comprobada plenamente la perpetración de los delitos señalados por el Fiscal y si el señor MIQUILENA estaba incurso en ello.
>
> La respuesta correcta es examinar todas estas interrogantes después de una investigación exhaustiva de esas situaciones. La solución acertada era convencerse de que no estábamos juzgando a una persona, sino examinando unos hechos para determinar si ellos indicaban la posible comisión de delitos y que si ética o moralmente tales situaciones o hechos no eran aceptables, esto necesariamente hubiera creado una conexión con el mundo del derecho, y específicamente, con un tipo penal que sancione tal conducta, como la disposición 72 transcrita, puesto que como lo piensa Ronald Dworkin, se debe partir del presupuesto de que el razonamiento moral se caracteriza

> por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a nuestras instituciones.

El ex Magistrado Carlos Escarrá Malavé, Presidente de la Sala Politicoadministrativo del Tribunal Supremo de Justicia, salvó su voto en los términos siguientes:

> Resulta claro, pues, que a la luz de la evolución jurisprudencial, que de manera unánime y pacífica se produjo en Venezuela, antes de esta sentencia, se entendió el antejuicio como una etapa procedimental previa a los juicios, en la que el órgano judicial competente con base a un conjunto de elementos probatorios y/o presuntivos determinaba la procedencia o no del enjuiciamiento de un alto funcionario del Estado.

El ex Magistrado Héctor Peña Torrelles, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, refiriéndose al mismo tema, y al comentar el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal, dice:

> En consecuencia, la labor primera del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, en su carácter de máximo y último intérprete de la Constitución, y encargado de velar por la uniforme interpretación de ésta –tal como lo dispone el artículo 355 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela–, ha debido ser en el sentido de determinar la naturaleza de la querella del Fiscal General de la República; más aún cuando de los términos en que quedaron expuestos los argumentos de las partes, se evidenció una disparidad de criterios, por cuanto a juicio del Fiscal General de la República, la querella es una solicitud de autorización para proceder a investigar a fondo el asunto, relevando al investigado de sus prerrogativas públicas, y en opinión de los defensores del ciudadano Luis Miquilena Hernández, se trata de una acusación formal en la que se imputan una serie de ilícitos al sujeto pasivo del proceso.

Pero el criterio que sostenemos es, que el antejuicio de mérito solicitado debía ser procedente, pues no se requería sino de la existencia de fun-

dados indicios en la comisión del hecho punible y de la responsabilidad de los sujetos requeridos, sin que tal examen constituya un adelanto de opinión sobre el fondo de la cuestión. Por otra parte, la institución del antejuicio de mérito pretende evitar que denuncias contra funcionarios públicos protegidos por el privilegio afecten el ejercicio normal de la función pública y causen a los órganos del Estado un daño mayor que el presuntamente causado por los hechos imputados. En definitiva, es una protección a la función desempeñada y no a la persona en sí misma. El efecto inmediato del antejuicio de mérito consiste en la separación del cargo del imputado. Precisamente la sentencia que resuelve el caso de los Altos Militares sometidos a proceso, se fundamentaba en lo decidido en el caso Luis Miquilena Hernández y no en la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Conviene precisar que el Fiscal General de la República, Doctor Julián Isaías Rodríguez Díaz, argumenta su solicitud en base a los elementos que transcribe la querella, y menciona una trayectoria probatoria, que según su criterio, avalaban el petitorio formulado. En el segundo punto analizamos el material probatorio existente en los autos con el cual era evidente la posibilidad de declarar con lugar la petición del Doctor Julián Isaías Rodríguez Díaz, Fiscal General de la República.

SEGUNDO

DECIDEN DESCONOCER EL ACTUAL RÉGIMEN DE GOBIERNO

Consta del expediente mensaje del Vicealmirante **HÉCTOR RAMÍREZ PÉREZ,** Jefe del Estado Mayor General de la Armada, quien aparece acompañado de los Contralmirantes **DANIEL LINO JOSÉ COMISSO URDANETA** (Jefe de Planificación de la Inspectoría General de la FAN) y **FRANCISCO NORIEGA** (Jefe de Logística del Estado Mayor General de la Armada); los Generales de Brigada de la Guardia Nacional **MARCO FERREIRA TORRES** (Director de la ONIDEX), **OSCAR JOSÉ MÁRQUEZ** (Agregado Militar en Colombia) y **RAMÓN LOZADA** (Jefe de la Guardería del Ambiente); los Generales de Brigada del Ejército **VIDAL RIGOBERTO MARTÍ-**

NEZ (Jefe del Comando Logístico del Ejército) y **HENRY LUGO** (Inspectoría de la FAN). Por el Componente Aviación aparecieron los Generales de Brigada **CLINIO RODRÍGUEZ** y **PEDRO PEREIRA.** El Vicealmirante Ramírez Pérez expresó:

> **EL NACIONAL. ANEXO G:**
>
> ...Hemos decidido dirigirnos al pueblo venezolano para desconocer el actual régimen de gobierno de la autoridad de HUGO CHÁVEZ FRÍAS y del Alto Mando Militar... (Tomado del diario *El Nacional*, Cuerpo D-4, de fecha 13 de abril de 2002, se anexa marcado con la letra "G")
>
> **TV PRENSA 2000 C.A. VIDEO C:**
>
> ...En virtud de los acontecimientos acaecidos en el país en los últimos días, ante el riesgo manifiesto de agravamiento de la conflictividad social y CONSIDERANDO la actitud antidemocrática del ciudadano Presidente de la República y la conducta complaciente e irresponsable del Alto Mando Militar, NOSOTROS, oficiales, generales y almirantes del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional, conforme a lo previsto en los artículos 57 y 350 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, hemos decidido dirigirnos al pueblo venezolano para desconocer el actual régimen de gobierno y, la autoridad de HUGO RAFAEL CHÁVEZ FRÍAS y del Alto Mando Militar, por contrariar los valores, principios y garantías democráticas y menoscabar los derechos humanos de los venezolanos.
>
> La Constitución vigente nos impone en su artículo 328 la obligación de mantener el orden interno y, por lo tanto, evitar más derramamientos de sangre y la destrucción de nuestro pueblo venezolano y de todas sus instituciones. Y esa obligación pasa por la salida pacífica del ciudadano Presidente de la República y sustitución del Alto Mando Militar, para permitir que nuestro país pueda salir de la debacle en la que se encuentra sumido por las desviaciones de la conducta del Jefe del Estado, de los

supremos intereses de la Patria, por pretender someternos a los dictámenes del Castro-Comunismo, por haber provocado el empobrecimiento generalizado, debido a su incapacidad e ineficiencia para gobernar y ejercer el poder, llevando a nuestra población a enfrentamientos que nuestra historia reciente no había conocido, poniendo en peligro nuestra soberanía al negociar contra la guerrilla colombiana, enemiga natural de nuestro país, por la cantidad de bajas que nos ha producido.

Venezolanos, el Presidente de la República ha traicionado la confianza de su pueblo, está masacrando a personas inocentes con francotiradores, para este momentos van 6 muertos y decenas de heridos en Caracas. Está pretendiendo utilizar unidades de nuestro glorioso Ejército para reprimir la marcha cívica que se está llevando a cabo, cuando juró y ha repetido en varias oportunidades, que jamás utilizaría la Fuerza Armada en contra de su pueblo. Esto no lo podemos permitir, no podemos aceptar un tirano en la República de Venezuela: Su permanencia en el cargo amenaza al país con la desintegración.

En este momento, nos dirigimos a los Oficiales Generales y Almirantes, Oficiales Superiores, Oficiales Subalternos, Suboficiales Profesionales de Carrera, Tropa Profesional y Tropa de Instala, y a todo el personal militar para que unamos esfuerzos y hagamos realidad una Venezuela mejor.

Nos enorgullece el papel desempeñado por toda la sociedad civil organizada, que de manera cívica y digna ha contribuido a la creación de conciencia para evitar el derrumbe del sistema democrático y la destrucción de la principal industria del país como es Petróleos de Venezuela, la cual se mantiene firme al no dar ni un paso atrás. Los venezolanos no somos una minoría, ahora el momento exige dar un paso al frente, todos somos venezolanos para que Venezuela merece un mejor porvenir. (Transcripción realizada por TV Prensa 2000 C.A. al programa especial, realizado por VTV, el 11 de abril de 2002, segunda pieza del expediente folio "245", verificado por este Tribunal

> Supremo de Justicia de la grabación de video consignada con la querella, marcada "C").

También consta del expediente que el General de División **EFRAÍN VÁSQUEZ VELAZCO**, en ese entonces Comandante General del Ejército, ese día fijó posición ante los medios televisivos del país, en los siguientes términos

> **EL NUEVO PAÍS. ANEXO H:**
>
> ...**PRIMERO**: Hoy se violaron todos los derechos, todos los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución. **SEGUNDO**: Murieron venezolanos por incapacidad de diálogo del gobierno nacional. **TERCERO**: Todo esto se advirtió al Alto Mando Militar hoy con tiempo y no se tomaron las medidas pertinentes. **CUARTO**: Existen grupos armados llamados bolivarianos que ofenden el nombre del Libertador, que se dedican a pregonar la maldad y utilizan armas, lo que constituye un delito en nuestra Constitución. **QUINTO**: Se han utilizado oficiales de las Fuerzas Armadas Nacionales con fines políticos dentro de los cuarteles. **SEXTO**: Se ha mancillado el honor de las Fuerzas Armadas Nacionales y hemos perdido la identidad de nuestro uniforme. **SÉPTIMO**: Se ha violentado la autoridad del Comandante del Ejército, al recibir órdenes directas un subalterno mío, el Comandante de la Tercera División de Infantería, por parte del señor Presidente de la República, sin tomar en cuenta al Comandante General del Ejército. **OCTAVO**: Esta noche le pedimos perdón al pueblo venezolano por los sucesos acontecidos y donde una fuerza armada, que se supone del pueblo, fue incapaz de cumplir con su cometido. **NOVENO**: Las Fuerzas Armadas Nacionales no son para agredir al pueblo, ni para salir a la calle a combatir a los venezolanos. **DÉCIMO**: Como Comandante General del Ejército, soy el legítimo comandante de todas las tropas de este componente. Les ordeno a todos mis comandantes de batallones, brigadas y divisiones, que son mis fortalezas y de la Patria, que permanezcan en sus unidades, que esto no es un golpe de Es-

> tado, no es una insubordinación, es una posición de solidaridad con todo el pueblo venezolano. **ONCE**: Señor Presidente de la República, le fui leal hasta el final, hasta esta tarde le serví con toda la lealtad del caso que siempre le he manifestado, porque soy un soldado disciplinado y leal, pero los muertos de hoy no se pueden tolerar.
>
> Invoco los artículos 328 y 350 de nuestra Constitución que nos obligan a tomar esta decisión. Señores Generales del Ejército, cumplan con su deber, General ROSENDO, Almirante CUBERO, distinguidos oficiales de nuestras Fuerzas Armadas, yo sé que en estos momentos, ustedes están con nosotros. Fijen su posición. General ANSELMI, Comandante del componente aéreo, por favor sea un digno general comandante de su componente. El señor Inspector General de la Guardia Nacional, General MARTÍNEZ, lo felicito por su actitud tomada en el día de hoy, ya que los militares venezolanos, una vez más, nos sentidos identificados con el pueblo. Y repito, esto no es un acto de insubordinación, esto es un acompañamiento a todo el pueblo venezolano ante un atropello que ha acontecido con todos los venezolanos esta noche. Muchas gracias, señores y señoras... (*El Nuevo País.* p. 3, del 12 de abril de 2002, que se anexa marcado con la letra "H", verificado por este Tribunal Supremo de Justicia de la grabación de video consignada con la querella, marcada "B").

Asimismo consta del expediente el "Acta de Constitución del Gobierno de Transición Democrática y Unidad Nacional", el cual es del tenor siguiente:

ACTA CONSTITUTIVA. PRIMERA PIEZA. FOLIO 123. MIEMBROS DEL GABINETE. 07 MINISTRO DE LA DEFENSA V-A RAMÍREZ PÉREZ

> Artículo 1.- Se designa al ciudadano PEDRO CARMONA ESTANGA, venezolano, mayor de edad, con cédula de identidad Nº 1.262.556, Presidente de la República de Venezuela, quien asume en este acto, y de forma inmediata la jefatura del Esta-

do y del Ejecutivo Nacional por el período establecido en este mismo decreto. El Presidente de la República en Consejo de Ministros queda facultado para dictar los actos de efectos generales que sean necesarios para la mejor ejecución del presente decreto y la consolidación del Gobierno de Transición Democrática.

Artículo 2.- Se restablece el nombre de REPÚBLICA DE VENEZUELA con el cual continuará identificándose nuestra patria desde este mismo instante.

Artículo 3.- Se suspende de sus cargos a los diputados principales y suplentes de la Asamblea Nacional y se convoca la celebración de elecciones legislativas nacionales a más tardar para el mes de Diciembre de 2002 para elegir a los miembros del Poder Legislativo Nacional, el cual tendrá facultades constituyentes para la reforma general de la Constitución de 1999.

Artículo 4.- Se crea un Consejo Consultivo que ejercerá las funciones de órgano de consulta del Presidente de la República: El Consejo Consultivo estará integrado por 35 miembros principales y sus respectivos suplentes, en representación de los diversos sectores de la sociedad democrática venezolana. Los miembros principales podrán separarse provisionalmente de sus cargos sin perder su investidura para ocupar cargos en el Ejecutivo Nacional, Estadal o Municipal y sus faltas temporales o absolutas serán cubiertas por sus suplentes. El Consejo Consultivo elegirá de su seno un Presidente, dos Vicepresidentes, y un Secretario.

El Consejo Consultivo estará integrado por los 35 ciudadanos que se identifiquen en el Decreto Ley que al efecto se dicte.

Artículo 5.- El Presidente de la República de Venezuela, coordinará las políticas de la transición democrática nacional y las demás decisiones adoptadas para garantizarla con los poderes públicos estadales y municipales.

Artículo 6.- Se convocará a elecciones generales nacionales en un lapso que no excederá a 365 días contados a partir de la presente fecha.

El Gobierno de Transición Democrática cesará en sus funciones una vez que el nuevo Presidente electo democráticamente asuma su cargo El Presidente de la República designado en este acto no podrá ser candidato a la Presidencia de la República en dicho proceso electoral.

Artículo 7.- El Presidente de la República en Consejo de Ministros, podrá remover y designar transitoriamente a los titulares de los órganos de los poderes públicos nacionales, estadales y municipales para asegurar la institucionalidad democrática y el adecuado funcionamiento del Estado de derecho, así como los representantes de Venezuela ante los Parlamentos Andino y Latinoamericano.

Artículo 8.- Se decreta la reorganización de los poderes públicos, a los efectos de recuperar su autonomía e independencia y asegurar una transición pacífica y democrática, a cuyo efecto se destituye de sus cargos ilegítimamente ocupados, al Presidente y demás Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, al Fiscal General de la República, al Contralor General de la República, al Defensor del Pueblo y a los miembros del Consejo Nacional Electoral.

El Presidente de la República en Consejo de Ministros, previa consulta con el Consejo Consultivo, designará a la brevedad posible a los ciudadanos que ejercerán transitoriamente esos poderes públicos.

Artículo 9.- Se suspende la vigencia de los 48 decretos con fuerza y valor de Ley, dictados de acuerdo con la Ley Habilitante de 13 de Noviembre de 2000. El Presidente de la República instalará una Comisión Revisora de dichos Decretos Leyes integrada por representantes de los diversos sectores de la sociedad.

> Artículo 10.- Se mantiene en plena vigencia el ordenamiento jurídico, en cuanto no colida con el presente Decreto, ni con las disposiciones generales que dicte el nuevo Gobierno de Transición Democrática.
>
> Así mismo, se mantienen en vigencia todos los compromisos internacionales válidamente asumidos por la República de Venezuela.
>
> Artículo 11.- El Gobierno de Transición Democrática y Unidad Nacional entregará sus poderes y rendirá cuenta de sus gestiones a los órganos del Poder Público que legítimamente se elijan de acuerdo con este Decreto y demás disposiciones constitucionales y legales.
>
> Dado en el Palacio de Miraflores, en la ciudad de Caracas, el día doce del mes de abril de 2002. Año 191 de la Independencia y 142 de la Federación.
>
> L.S. (Folios 130 a 133 de la primera pieza del expediente)

Por otra parte consta del expediente, que mientras se ejecutaba el Plan denominado **"OPERACIÓN RESCATE POR LA DIGNIDAD"**, el General **EFRAÍN VÁZQUEZ VELAZCO**, en su condición de Comandante General del Ejército, en fecha 13 de abril de 2002, realizaba una serie de señalamientos al Decreto constitutivo del Gobierno de Transición, condicionando el apoyo militar a las modificaciones que debían realizarse, con apego a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en ese sentido, expresamente señaló:

> En tal sentido se apoya al gobierno transitorio si se cumplen las siguientes normas:
>
> 1.- Establecimiento de una transición con respeto a la Constitución y las leyes de la República y derechos humanos.
>
> 2.- Revisión y modificación del Decreto del 12 de abril de 2002.
>
> 3.- Restitución de la Asamblea Nacional.

4.- Concertación con las fuerzas vivas de la nación para constituir un Gobierno transitorio y garantizado por la pluralidad y representatividad.

5.- Exhortación a la paz y tranquilidad y que toda acción de Gobierno se efectúe con el máximo respeto a los derechos humanos.

6.- Ratifico como Comandante General del Ejército en todos sus cargos a los integrantes del Alto Mando Militar del Ejército y de sus comandos naturales. La gente que está conmigo seguirá conmigo y yo sólo lo transfiero.

7.- Se ratifica el apoyo a las autoridades e instituciones, así como el apego incondicional a la institucionalidad del componente hacia los valores y bases fundamentales de la organización, como son: la obediencia, la disciplina y la subordinación.

8.- Respeto a las autoridades locales legalmente electas por el pueblo venezolano: locales, regionales, como son los Gobernadores y Alcaldes, que son en estos momentos los representantes en cada Estado y en cada Municipio del país de una votación popular que hubo aquí en Venezuela.

9.- Continuidad de los beneficios sociales al pueblo venezolano, cuyos programas estaban en ejecución. No podemos abandonar al pueblo, los pueblos venezolanos, los de más necesidad debemos seguir con atención los mismos programas que se venían suscitando en este país.

10.- Exigimos la construcción de una sociedad, sin exclusiones, en donde toda demanda o inconformidad se manifieste de forma pacífica, sin armas, con el pleno ejercicio de la libertad dentro del estado de derecho que corresponde a una sociedad democrática.

Queremos mantener la democracia, amamos la democracia y queremos seguir en una democracia.

> 11.- Garantizamos la seguridad, el trato y el respeto al Teniente Coronel HUGO CHÁVEZ FRÍAS y su grupo familiar. Solicitamos la petición del Teniente Coronel HUGO CHÁVEZ FRÍAS de salir del país en forma inmediata.
>
> 12.- Las Fuerzas Armadas Nacionales garantizamos la seguridad de todo el pueblo venezolano. Así mismo, exigimos que se restituyan todos los Poderes Públicos generalmente constituidos en este país, como son el Tribunal Supremo de Justicia, el Ministerio Público, todos los que están en vigencia. Como les digo, esto no fue un Golpe de Estado, nosotros respetamos las instituciones, no queremos violaciones a la Constitución, queremos y apoyamos un gobierno transitorio que respete el derecho a todo lo que siempre hemos tenido. El problema que se suscitó en Venezuela, fue un problema de pérdidas humanas en donde el gobierno central perdió el control y autoridad en un momento determinado.
>
> Muchas gracias y creo que con esto todos ustedes sepan que las Fuerzas Armadas Nacionales en este momento apoyan esta transitoriedad, siempre y cuando se cumpla con la Constitución Nacional del año 99. (Transcripción tomada por TV PRENSA 2000 C.A. del mensaje a la colectividad dado por el General **EFRAÍN VÁZQUEZ VELAZCO,** Comandante General del Ejército el día 15 de abril de 2002, en Globovisión, segunda pieza del expediente, p. 258).

Se observa al folio 123 de la primera pieza del expediente copia de una lista de "Miembros del Gabinete" en la cual aparece:

> 07. Ministro de la Defensa, V/A Héctor Ramírez Pérez.

Consta a los folios 47 y siguientes de la primera pieza del expediente, Acta de Entrevista realizada por las Fiscales Comisionadas por la Fiscalía General de la República, a la ciudadana **MARÍA CRISTINA IGLESIAS DE BATLLE**, quien entre otras declaraciones, contestó:

DECLARACIÓN DE MARÍA CRISTINA IGLESIAS DE BATLLE. FOLIOS 47 AL 51

SEXTA: Diga usted, qué ocurre después que termina la cadena Presidencial. CONTESTÓ: El Presidente se levanta y con un grupo de oficiales del alto mando, se dirige a su Despacho. Nosotros permanecemos dentro del Palacio cerca de su Despacho. Los Oficiales estuvieron reunidos varias horas con el Presidente y al término de las cuales el Presidente solicita que sus Ministros ingresen a su Despacho, estaba todo el gabinete. Llegué retrasada por cuanto estaba en el episodio de los francotiradores que acabo de narrar. Cuando entro al Despacho, el Presidente dice que tenemos un ultimátum; me dice Aristóbulo o Navarro, que al Presidente le dieron las siguientes alternativas: Renunciar a la Presidencia de la República y salir del país o renunciar y ser juzgado en Venezuela; en ese momento el Presidente quiere saber qué pensamos nosotros y todos coincidimos en la necesidad de preservar la vida del Presidente, por lo que su liderazgo representa para Venezuela y la tesis de resistir en el Palacio empieza a cobrar fuerza entre nosotros. El Presidente dijo que él no renunciaba ni abandonaba su cargo y que no aceptaba esa presión a la que lo habían sometido los oficiales que habían conversado con él. Se esperaba en ese momento la llegada de Altos Oficiales vinculados a lo que ya perfilaba como un golpe de Estado. Los ministros le ratificamos al Presidente que tampoco estábamos dispuestos a renunciar, salvo el General Usón, Ministro de Finanzas, quien sí renunció y dijo que se incorporaba al Ejército. Salimos del Despacho y transcurrieron unas horas y nos quedamos cerca; yo estaba en la puerta del despacho presidencial cuando llegaron los generales RAFAEL DAMIÁN BUSTILLOS, CAMACHO KAIRUZ, BARRÁEZ, acompañados de otros altos oficiales, que no reconocí, que fueron los que venían a negociar la renuncia del Presidente y Gabinete Ejecutivo. Cerraron las puertas, y adentro estaban JOSÉ VICENTE RANGEL, GENERAL ROSENDO, RODRÍGUEZ CHACÍN, HURTA-

> DO SUCRE, MAYOR SUÁREZ CHOURIO, y por supuesto el Presidente. Posteriormente salieron Damián (sic) Bustillos, Camacho Kairuz y otros oficiales, menos Barráez. Luego Rodríguez Chacín salió un momento y le dijimos Julio Montes, María Urbaneja y yo, que queríamos entrar y estar con el Presidente; entramos y luego otros miembros del gabinete; en ese momento pudimos ver y oír las presiones a las que estaba siendo sometido el Presidente por quienes solicitaban su renuncia, no recordando (sic) ahora palabras precisas: Por teléfono el Gral. Romel Fuenmayor se comunicaba con el Gral. Hurtado Sucre, quien estaba en la oficina y había sido comisionado por el Presidente para ser interlocutor, este último transmitía lo que telefónicamente decía el General Romel Fuenmayor y decía que le quedaban pocos minutos al Presidente para renunciar y que pronto saldría el Batallón Bolívar y el Ayala del Fuerte Tiuna, iría para tomar el Palacio de Miraflores; en ese momento el Presidente preguntó si había gente en las afueras del Palacio, respondimos Julio Montes y yo, que le habíamos pedido a la gente que se fuera retirando de las inmediaciones del Palacio, para que se protegiera de cualquier eventualidad, pero que todavía quedaba gente que no quería irse de las inmediaciones del Palacio; el Presidente finalmente dijo que él no renunciaba, que él era el Presidente de la República, aunque estuviera preso y que asumieran todos, que lo que se había producido era un golpe de Estado y pidió al General Hurtado Soucre que informara que no atacaran Miraflores. En ese momento, ya se acercaban a detener o secuestrar al Presidente, quien se despidió de todos nosotros, nos abrazó, nos dio la mano, nos dijo que éramos el gobierno legítimo y que así lo asumiéramos, que él también lo asumía de esa manera y todos le reiteramos que tampoco renunciábamos. (Folios 50 al 51).

Consta a los folios 60 y siguientes de la segunda pieza del expediente Acta de Entrevista realizada por las Fiscales Comisionadas por la Fiscalía General de la República, al ciudadano **JOSÉ VICENTE RANGEL VALE**, entonces Ministro de la Defensa, quien entre otras declaraciones, contestó:

DECLARACIÓN DEL CIUDADANO JOSÉ VICENTE RANGEL VALE. MINISTRO DE LA DEFENSA FOLIO 60-61

(...) TERCERA: Usted en su exposición manifestó que habían unos mandos que no obedecían, en tal sentido, ¿a quiénes se refería? CONTESTÓ: Me refería a mandos regulares de la Fuerzas Armadas, los Comandos de Guarnición, que de acuerdo a la información que se le transmitía al Presidente, obedecía a los Generales que estaban en el Fuerte Tiuna operando el golpe. Estos Generales eran, Vásquez Velazco, Lugo Peña, Pereira, Almirante Ramírez, entre los retirados estaba el Almirante Molina, General Guaicaipuro Lameda, General Poggioli, entre otros. CUARTA: ¿Usted manifestó una inquietud de un alzamiento militar de estos generales del Fuerte Tiuna? CONTESTÓ: Habían dado órdenes de tomar las alcabalas del Fuerte Tiuna, se habían dirigido a los Comandantes de las Unidades manifestándoles que había una decisión de las Fuerzas Armadas de tomar el poder, habían girado la misma instrucción al interior del país. Eso fue como a las diez de la noche del día once de abril, lo cual era confirmatorio de informaciones que llegaban también a través de organismos de inteligencia como la DIM y DISIP de que estaba en marcha un golpe de Estado. QUINTA. También dijo en su exposición que llegaban mensajes de que el Presidente Chávez debía renunciar. ¿De dónde llegaban esos mensajes? CONTESTÓ: De los Generales que estaban en el Fuerte Tiuna. (...) OCTAVA: Diga Usted, ¿qué fue lo que motivó la ida del Presidente de la República al Fuerte Tiuna? CONTESTÓ: Se le dio un plazo de quince minutos para que abandonara el Palacio, o de lo contrario los tanques del Batallón Ayala atacarían el Palacio. Ante esta amenaza y tomando en cuenta las numerosas personas que allí estaban, jóvenes, mujeres, él tomó la decisión de que el General Hurtado y el General Rosendo lo trasladaran hasta el Fuerte Tiuna, de acuerdo al planteamiento de los alzados. (Folio 61).

Consta a los folios 67 y siguientes de la segunda pieza del expediente Acta de Entrevista realizada por las Fiscales Comisionadas por la Fis-

calía General de la República, al ciudadano **ISMAEL ELIÉCER HURTADO SOUCRE**, quien entre otras declaraciones, contestó:

> **DECLARACIÓN DEL CIUDADANO ISMAEL ELIÉCER HURTADO SOUCRE. FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. FOLIO 67.**
>
> PRIMERA: ¿Los efectivos militares que se encontraban reunidos en el Fuerte Tiuna, tenían mando sobre las tropas? CONTESTÓ: Claro que no todos, los que pedían la renuncia del Presidente, no tenían comando directo de tropa, es decir, estaban agregados militares, presidentes de empresas como CAVIM, el Inspector del Ejército, oficiales retirados, como el caso de Poggioli, éstos no tienen comando de tropa, también habían oficiales a la espera de cargo, como es el caso del General de Brigada González González. SEGUNDA: ¿No teniendo estas personas mando de tropas, podían los mismos ordenar la salida del Batallón Ayala y el Bolívar para el Palacio de Miraflores, tal como lo refirió en su exposición? CONTESTÓ: El Comandante General del Ejercito, Efraín Vásquez Velazco, sí puede ordenar movilizar la salida de estos Batallones, pues el mismo ejerce mando sobre los Comandantes de Tropa. (Folios 67 y 68).

Consta a los folios 79 y siguientes de la segunda pieza del expediente Acta de Entrevista realizada por las Fiscales Comisionadas por la Fiscalía General de la República, al ciudadano **RAFAEL CIPRIANO MARTÍNEZ MORALES**, Director de Inteligencia Militar, quien entre otras declaraciones, contestó:

> **DECLARACIÓN DEL CIUDADANO RAFAEL CIPRIANO MARTÍNEZ MORALES DIRECTOR DE INTELIGENCIA MILITAR. FOLIO 79 Y SIGUIENTES**
>
> TERCERA: ¿Diga Usted, si dentro de esa responsabilidad de monitoreo de la actividad militar, el organismo a su cargo tuvo conocimiento de algún tipo de reunión donde se planificara todo lo relacionado con lo acontecido los días 11, 12 y 13 de abril de

2002? CONTESTÓ: Desde hace dos (2) años aproximadamente, se tenía conocimiento de reuniones que tenían grupos de oposición para buscar la salida del Presidente Chávez, entre éstos hubo personal militar que realizaba comentarios adversos y luego pronunciamientos en su contra. La salida no era constitucional, ya que el solo hecho de hacer una concentración con más de medio millón de personas era obvio que aun y cuando ahora querían negarlo, que querían llegar pacíficamente al Palacio de Miraflores, yo tengo mi temor que hubiese sido un "arrase" en cuanto a sus instalaciones y con el apreciable número de muertos que hubiese habido. CUARTA: ¿Diga usted quiénes eran los asistentes a las reuniones a que hace referencia en su respuesta anterior? CONTESTÓ: El C/A Carlos Molina Tamayo, posteriormente se fueron agregando, sobre todo en estos últimos tiempos, más civiles y militares, el General González González, General Lugo Peña, periodistas, lbéyise Pacheco, Patricia Poleo; el General Medina Gómez, el Vicealmirante Ramírez Pérez, General (R) Poggioli, Isaac Pérez Recao, General (R) Salazar Montenegro, (por conexión de sus dos hijos, militares también, pues uno de ellos entregó al Teniente Coronel García Plaza, un teléfono celular prepago para que no haya registro de llamadas y así no se conozcan sus vinculaciones con las investigaciones posteriores) y esto se sabe a través de un caso concreto como es el del Teniente Coronel (Ej.) Hebert García Plaza y el Gral. Brigada (Ej.), buscaron crear un mecanismo de conexión con él, a quien quisieron captar, pues es Comandante de una unidad de un gran poder de fuego en el Fuerte de San Juan de los Morros, Batallón Misilístico "Ezequiel Zamora". CUARTA: ¿Diga usted, si a esas reuniones asistieron los militares que en la noche del día 11 de los corrientes, hicieron una serie de pronunciamientos ante los medios de Comunicación Social? CONTESTÓ: Algunos, como el General González González, Poggioli, el Gral. Rommel Fuenmayor León, Gral. Lugo Peña, Coronel Rodríguez Salas; y más cercano a esos días, no puedo precisar la fecha, Vásquez Velazco se reunió con el Vicealmirante Ramírez Pérez.

Consta a los folios 136 y siguientes de la segunda pieza del expediente Acta de Entrevista realizada por las Fiscales Comisionadas por la Fiscalía General de la República, al ciudadano **RAMÓN EMILIO RODRÍGUEZ CHACÍN**, para esa fecha Ministro de Relaciones Interiores, quien entre otras declaraciones, contestó:

> **DECLARACIÓN DEL CIUDADANO RAMÓN EMILIO RODRÍGUEZ CHACÍN. MINISTRO DE RELACIONES INTERIORES. FOLIO 136 Y SIGUIENTES**
>
> PRIMERA: ¿Diga usted si estaba presente cuando los Generales Damián Bustillos, Camacho Kairuz y Barráez, llegaron al Palacio de Miraflores, el día 11 de abril de 2002? CONTESTÓ: Sí estaba. Ellos fueron a Miraflores para presionar al Presidente a que firmara la renuncia. SEGUNDA: ¿Diga usted, si aparte de los Generales nombrados anteriormente, se encontraban otros militares? CONTESTÓ: Sí, estaban otros, entre ellos el General Manuel Rosendo. TERCERA: Diga usted, ¿en qué términos, los Generales mencionados en la primera pregunta le plantearon al Presidente de la República, la renuncia? CONTESTÓ: Ellos plantearon esa solicitud de una manera firme y enérgica, so pena, de atacar militarmente y dar un baño de sangre. El Presidente contestó, que no iba a firmar ninguna renuncia y que ellos asumieran la responsabilidad del golpe de Estado que estaban dando, yo estaba presente cuando el Presidente dijo eso.

Consta de la segunda pieza del expediente, folio 279, transcripción del programa de la emisora VENEVISIÓN, con la periodista Elyangélica, el día 12 de abril de 2002, con los ciudadanos Pedro Carmona Estanga y Efraín Vásquez, entonces Comandante del Ejército. Dicha transcripción es del tenor siguiente:

> **ENTREVISTA A LOS CIUDADANOS PEDRO CARMONA ESTANGA Y EFRAÍN VÁSQUEZ, ENTONCES COMANDANTE DEL EJÉRCITO. VENEVISIÓN.**

PERIODISTA: ELYANGÉLICA. FOLIO 279. TRANSCRIPCIÓN AV TV PRENSA 2000. C.A.

Elyangélica: Sí, Silvia, buenos días. Ya salió de la reunión el General Efraín Vásquez Velazco y va a informar sobre lo que ocurrió en este procedimiento que acaba de hacer.

Muy buenos días, General una noche de larga, infórmenos entonces de la operación que acaban de realizar en la habitación contigua a este lugar.

E.V: Sí, en este momento el teniente coronel Hugo Chávez Frías se encuentra en custodia de la Fuerza Armada Nacional, así mismo asumo la jefatura de la Fuerza Armada Nacional de Venezuela, y dentro de pronto ya verán aquí al doctor Carmona que va a ser el hombre de la parte civil que va a representar a Venezuela en esta etapa de transición.

Elyangélica: ¿Dónde va a ser su sitio de reclusión ahorita del ex presidente?

E.V: Momentáneamente va a ser aquí en el comando del Ejército.

Elyangélica: ¿Ya han arreglado lo que será la conformación del nuevo Alto Mando Militar? Haga usted el anuncio.

EV: Mañana se avisará eso, habrá una rueda de prensa para avisar los cargos de cada quien.

Elyangélica: ¿Está en discusión eso en este momento, o ya se han decidido?

E.V.: Ya está decidido, pero mañana se dará una rueda de prensa para... ya está el doctor Carmona por aquí.

Elyangélica: Sí, en este momento va a conversar con nosotros Pedro Carmona Estanga quien asumirá la voz civil de esta junta. Háblenos usted entonces...

PCE: ¿Ha habido algún anuncio previo..?

Elyangélica: Bueno, el Comandante General del Ejército nos acaba de informar que usted será la voz civil, haga usted el anuncio entonces.

PCE: Cómo no.

Elyangélica: Mientras esperamos por las declaraciones de Pedro Carmona Estanga quien está buscando entre sus documentos este anuncio oficial. Vamos a escucharlo.

PCE: ¿El anuncio?

Elyangélica: Sí, sí.

PCE: Perdóneme un segundito. Hay un punto que clarificar antes de hacer el anuncio. ¿Ya estamos en vivo?

Elyangélica: Sí.

PCE: Un segundo, está faltando el texto del anuncio.

Bueno, yo quisiera dirigirme a Venezuela después de los acontecimientos ocurridos el día de hoy, donde el país se expresó de una manera muy categórica, solicitando la renuncia del presidente de la República Hugo Chávez Frías, y anunciar a la Nación que el presidente Hugo Chávez presentó su renuncia a las funciones de Presidente de la República, y que en consecuencia frente a este hecho se ha decidido que la Fuerza Armada mantenga en custodia al presidente saliente, al presidente Chávez y que se conforme entonces en lo inmediato un gobierno de transición, que por el consenso de fuerzas, tanto en la sociedad civil venezolana como también en el estamento castrense, en las Fuerzas Armadas se me ha pedido que encabece. Yo quiero en estas circunstancias especiales destacar varios hechos fundamentales: en primer lugar, el pesar que embarga

a la Nación por las circunstancias aciagas que significaron derramamiento de sangre, ayer después de los actos, después de la marcha pacífica que se había desarrollado. Y en este sentido el país reclama, con toda justicia, que esos hechos que fueron causados por hordas oficialistas, pues sean enjuiciados, tengan y cobren justicia.

Por otra parte, quisiera indicar que después de estas jornadas en las cuales la sociedad civil realizó un inmenso esfuerzo de promover actitudes de paro, paro nacional, de fuerza y de solicitud de la renuncia, y desde luego que frente a ello hubo una respuesta tan clara, contundente y comprometida de la Fuerza Armada, como la que hoy hemos recibido, la sociedad entonces, venezolana, en pleno, ha llegado a un consenso en torno a una salida, a una salida que supone entonces la necesidad de conformar un gobierno de transición que garantizará el restablecimiento de la democracia por la vía de un proceso electoral en corto plazo, y unos mecanismos que serán anunciados el día de mañana tan pronto se instale el nuevo gobierno transitorio. Es también necesario, en estas primeras palabras, después de jornadas tan intensas, señalar al país, que si algún elemento está presente, es la necesidad de restablecer una visión plural, democrática, cívica y desde luego asegurar el pleno imperio de la Ley, la restitución plena del Estado de Derecho y los compromisos que se asumen de velar porque exista en el país no sólo el imperio de la Ley, sino un funcionamiento de un gobierno que genere confianza y que sea capaz de restablecer la legalidad y asegurar que exista integridad y principios morales que se cumplan de una manera muy estricta. La responsabilidad que hoy se me encomienda, que es una responsabilidad histórica inmensa, la asumo con todo sentido patriótico y de responsabilidad ante la Nación, no es una responsabilidad que he buscado y quiero decirle al país que toda la acción cumplida como representante de la sociedad civil, nunca tuvo como propósito precisamente el de llegar a ocupar estas posiciones. Pero asumo ante el país, ante la historia, esta responsabilidad para contribuir a que haya un éxito pleno en una transición en la cual

la sociedad venezolana debe ser reunificada, reconciliada, después de haber estado sometida a las más profundas fracturas.

Quiero además indicar, que el país tiene que tener confianza sobre la capacidad que habrá con una participación y una visión plural de restablecer los elementos de normalidad y de confianza que son necesarios para un proceso de reconstrucción, no sólo en términos de gobernabilidad sino de reconstrucción institucional que ha sido, sin duda, deteriorada en el curso de los últimos tiempos. **Por otra parte, indicar que seremos inflexibles en propiciar que haya sanciones a quienes hayan contrariado la Constitución y las leyes, o hayan incurrido en prácticas, en vicios contrarios a la moral, a la ética y a las leyes**.

Y por último indicar, que tengo la plena confianza que dentro de los criterios de amplitud que son necesarios para conducir un proceso de transición, que será la garantía de que el país recobre esa confianza, que el país recobre esperanzas, de que sí se puede construir un país mejor, y recobrar condiciones económicas que generen para Venezuela: inversión, posibilidades de empleo, puestos de trabajo como forma para solucionar los graves problemas de la pobreza y de la marginalidad en Venezuela, será entonces ese el camino mejor para restituir entonces la confianza y la credibilidad en las instituciones venezolanas.

Y concluyo, ahora sí, destacando en estas primeras palabras, un agradecimiento, en primer lugar, a las organizaciones empresariales y sindicales que tuvieron a su cargo esta gran batalla: a la Iglesia, a los medios de comunicación, a organizaciones políticas, a la Fuerza Armada, a las Organizaciones No Gubernamentales, que también contribuyeron decididamente esta salida, y anunciarles entonces que el día de mañana, se instalará formalmente el nuevo gobierno transitorio que tengo ahora la encomienda honrosa de presidir, y se anunciarán todos los mecanismos que conformarán la estructura de ese nuevo gobierno. Los anuncios se van a hacer de una manera clara el

día de mañana, habrá que hacerlos ya en la sede del gobierno, que es el Palacio de Miraflores.

Elyangélica: Usted ha hablado de éxito, doctor, en qué va a consistir su éxito, de una forma general; más o menos ofrézcanos una proyección.

PCE: Lo fundamental en este momento es que haya calma, tranquilidad, confianza de que se podrá justamente conducir al país por un derrotero de unas elecciones libres, de unas elecciones que cuenten con los mecanismos electorales que garanticen la probidad, lo intachable de un proceso electoral, y que por esa vía comencemos entonces a transitar por un camino de funcionamiento de las instituciones con gente intachable. Porque lo que sí destaco, señalo, insisto, es que los valores fundamentales de la integridad, de la probidad y del apego a los valores éticos y morales será, sin duda, uno de los propósitos y esfuerzos fundamentales que imprimiré a esa gestión de gobierno; el país quiere que haya ciertamente una lucha efectiva contra la corrupción y contra las desviaciones que han estado presentes durante mucho tiempo en Venezuela.

Elyangélica: ¿Cuánto tiempo cree usted que puede durar su transitoriedad, y qué mensaje le envía, para dentro de unas horas, al pueblo venezolano, que salga a trabajar, que se quede en su casa...?

PCE: Estamos solicitando a los organismos que organizaron el paro nacional, que primero fue de 48 horas y luego se declaró como un paro...

Elyangélica: Primeras palabras del ahora presidente transitorio de este gobierno, vamos a escuchar entonces cuáles van a ser las declaraciones en cuanto a lo ocurrido el día de hoy, los hechos violentos en vista de que este discurso estuvo acompañado de representantes, de personas del Alto Mando.

Elyangélica: ... que pueden salir, que se puede levantar este paro general, que se puede levantar este paro y que no hay temor para salir a la calle otra vez.

EV: Primero, se le aconseja a toda la colectividad que lo que queda hoy en la noche es que permanezca en su casa, con suma tranquilidad, mañana cuando comiencen las actividades cotidianas se les va a girar instrucciones a todos los organismos de seguridad del Estado para que revisen, custodien todas aquellas personas que portan armas ilegalmente en el país, y las decomisen; tenemos información de algunos sitios exactos en Caracas, donde existen armas y ya he ordenado el decomiso de ese armamento con un Fiscal del Ministerio Público.

Elyangélica: General, en este momento ¿hay un mecanismo de seguridad activado, además de lo que usualmente hay en la ciudad? Es decir ¿el Plan Ávila está activado o no está activado? Quisiéramos conocer en este momento qué rol va a jugar la Fuerza Armada fuera de la calle, o en los cuarteles.

EV: En este momento el Plan Ávila fue desactivado, porque no hay motivo de tener el Plan Ávila, porque hay una completa tranquilidad en la colectividad. Este Plan Ávila que fue activado ayer, ordené a todas las unidades del Ejército volvieran a sus cuarteles, no hay elementos de tropa ahorita en las ciudades, la ciudad está bajo la custodia, aquí en Caracas, de la Policía Metropolitana y de las diferentes policías, de las diferentes alcaldías. Sin embargo, las Fuerzas Armadas con sus organismos de inteligencia están monitoreando la ciudad para cualquier intento de brote que se pudiera presentar, que no creo...

Elyangélica: General, ¿cómo podría catalogar la situación ahora, es normal quizás va en vía de que así sea?

EV: Va en vías de así sea, porque todavía hay algunas personas apostadas alrededor de Miraflores, pero yo estoy seguro que cuando comiencen las actividades normales, mañana no

van a estar esas personas, y toda persona que porte arma ilegalmente va a ser detenida en el día de mañana.

Elyangélica: ¿Tiene localizado algunos puntos donde se encuentren estas personas que fueron vistas a través de los videos que ofrecieron los medios de comunicación, que disparaban a mansalva a las personas que estaban marchando por la sociedad civil?

EV: Eso está en investigación, sin embargo, hay unos puntos exactos, casas donde sabemos hay armamento, y ya se le dio instrucciones a los cuerpos de seguridad de Estado para que fueran y decomisaran el armamento, si se fuese a presentar en estos sitios.

Elyangélica: ¿El ex presidente Chávez va a permanecer retenido dentro de las instalaciones militares de Fuerte Tiuna?

EV: Por los momentos sí, hasta que se encuentre un sitio de reclusión más apropiado.

Elyangélica: ¿Podía decidirse otro lugar además de éste, o es posible que se quede en las instalaciones de acá?

EV: No, lo más probable es que vaya para un sitio de reclusión más adecuado que Fuerte Tiuna, porque donde está ahorita es un sitio militar y tenemos que ubicarlo en otra parte.

Elyangélica; ¿Estaríamos hablando de la cárcel de Ramo Verde donde son confinados los oficiales que son sujetos de procesos penales?

EV: Pudiera ser, esa es una decisión que se deberá tomar de acuerdo a la normativa legal de Venezuela.

Elyangélica: General, se habla de juzgar ¿El ya ex presidente Hugo Chávez será juzgado por los asesinatos cometidos en el día de hoy?

EV: Mira, eso compete a los tribunales ordinarios decidir esto.

Elyangélica: General una última pregunta, aun cuando el Alto Mando Militar no está constituido, ¿cuál va a ser, a partir de este momento, la sede administrativa en el comando de la autoridad militar en este gobierno?

EV: Por los momentos va a continuar igual esta semana, hasta que tomemos las decisiones pertinentes y estudiemos y analicemos si podemos volver a la situación que teníamos anteriormente.

Elyangélica: ¿Cuál será el destino, en este momento, del General Belisario, el Vicealmirante Sierraalta y el General Rincón, y el General Anselmi, que han puesto sus cargos a la orden?

EV: Ellos están en su casa, porque ellos en este momento no son parte del Alto Mando Militar.

Elyangélica: ¿Habrá presencia militar mañana General, en la calle?

EV: No hace falta la presencia militar en las calles.

Elyangélica: Muchas gracias al General Efraín Vásquez Velazco, él es el Comandante General del Ejército, ustedes pudieron escuchar las primeras palabras del ahora presidente transitorio, el doctor Pedro Carmona Estanga, quien dijo honrosamente, aceptó la responsabilidad de guiar transitoriamente el país, llamó a la total calma, y agradeció a las personas que acompañaron a la sociedad civil a esta marcha, que además de dejar algunos heridos, también dejó bajas en venezolanos, que fueron bastantes considerables, y creen que fueron el detonante para que el ex Presidente ahora, Hugo Chávez, finalmente tomara la decisión de firmar esa propuesta de Alto Mando Militar que también dejó sus cargos, de renunciar.

¿Tienes algunas preguntas?

> Periodista: No. Muchísimas gracias Elyangélica, nosotros haremos un nuevo contacto contigo cuando tengas más información.
>
> Transcrip.: AV (TV Prensa 2000. C.A.).

Asimismo, consta al folio 341 de la segunda pieza del expediente remitido por la Fiscalía, transcripción de la grabación de la entrevista efectuada al Vicealmirante Bernabé Carrero Cuberos por las Fiscales del Ministerio Público el día 25 de abril de 2002. De dicha transcripción se lee, entre otras menciones, lo siguiente

> **ENTREVISTA AL VICEALMIRANTE BERNABÉ CARRERO CUBEROS. FOLIO 341. SEGUNDA PIEZA**
>
> (...) yo le pregunto a Vásquez Velazco, "mira mijito ¿cómo es esto? ¿Quién manda aquí?". Entonces él me dice: "bueno, mira, vamos a esperar". ¿Y qué vamos a esperar - Y qué vamos a esperar? "Bueno vamos a esperar". Al rato él llama a Ramírez Pérez. Ramírez Pérez estaba en el Ministerio, en el edificio del Ministerio, ustedes saben tras el Comando del Ejército está al lado del Ministerio del antiguo Ministerio de la Defensa, que a partir de hoy vuelve a ser Ministerio de la Defensa, entonces el asunto es que él lo llama, éste llega y de repente llega xxx y Ramírez Pérez, es el subalterno mío y es subalterno comandante del ejército, comandante del ejército y es compañero mío entonces él llega y dice, bueno aquí vamos a hacer.... "yo soy el que da las disposiciones y vamos a poner un Presidente civil"; yo le pregunto a Vásquez Velazco: "mira compadre ¿quién es el que manda aquí?, porque yo no entiendo esto, ¿tú te le estás subordinando a este caballero, qué paso aquí? Entonces me dice: "tranquilo compadre, entonces cuando él dice, hay dos condiciones, tenemos que cumplir una, que el Presidente tiene que ir preso. Entonces yo le pregunto ¿por qué tiene que ir preso el Presidente? No porque él tiene que ir preso y además tú no te metas en eso porque tu no estás en esto. Entonces yo le digo a Vásquez Velazco: "mira viejito yo no me voy a meter en esto, aquí esto está muy raro, yo no

entiendo cómo es que tú te le subordinas a un subalterno, pero yo mejor me paro y me voy", me estoy parando y me agarra por un brazo y me dice no, Carrero se va a quedar conmigo, entonces yo le digo a Alfonso que está al lado derecho mío, mira Alfonsito, porque éste no entendía, porque éste no entendía, porque uno le dice las cosas a éste y no entendía, estaba como ido, mira Alfonsito no estén discutiendo ustedes dos por mí, ustedes son los que tienen el poder y ustedes son los que para mí, los que tienen que mandar, no discutan por mí, porque aquí se va a formar un zaperoco, yo mejor me retiro y ustedes hagan lo que consideren que deben hacer, sin embargo, les volví a repetir: "yo no estoy de acuerdo que el Presidente vaya preso," me fui y me senté por allá, pero yo veía los toros desde la barrera. Ramírez Pérez dijo lo siguiente, y eso para mí es grave, él dijo una cosa que nunca se me olvidará. Hay dos condiciones que me impuso la Sociedad Civil: una que el Presidente tiene que ir preso, yo no me acuerdo cómo fue el orden y la segunda... no la primera el Presidente tiene que ser un civil, esa fue la primera, el Presidente tiene que ser un civil y no va a ver (sic) Junta de Gobierno y la segunda es que el Presidente Chávez tiene que ir preso. Alguien le pregunta ¿y por qué un presidente civil? ¿y por qué esas condiciones? Y entonces él responde: Porque ellos eran los que iban a poner los muertos. Entonces yo digo no puede ser, o sea, éstos sabían que iba a haber muertos, ellos eran los que iban a poner los muertos, no puede ser, porque no es que ellos pusieron los muertos, me explico? No es que ellos pusieron los muertos, es que ellos eran los que iban a poner los muertos, o sea, habría que ver en qué momento fue esa reunión. Entonces, bueno suceden otras cosas, que si voy a buscar al Presidente, porque a todas estas cosas todavía no habían buscado al Presidente, todo el mundo se reúne. Lugo Peña dice, yo soy el que manda aquí, llaman a Pablo Pérez, Pérez el General de División de la Aviación, llega el General Pérez Pérez, le dicen tú tampoco tienes nada que ver en esto, tú estás fuera de esto, el que manda aquí es Pereira, el General de Brigada Pereira, porque Pereira es el que está en esto, porque Lugo Peña es el que

está en esto, total que a Pereira también lo apartaron, Pereira también se queda tranquilo, y le dice a... no Pérez Pérez se queda tranquilo, muy tranquilo, y le dice bueno, yo no tengo ningún problema, si ustedes no me quieren, yo no tengo problema. Pérez Pérez se aparta igual que yo y creo que él se fue, yo no lo volví a ver o estuvo ahí como una media hora más. Pregunta: ¿Quiénes se quedaron entonces?, ¿quiénes se quedaron de los militares? Bueno entonces los militares que mandaban eran Ramírez Pérez, Pereira, Comisso estaba ahí, estaba Molina, no Molina no había llegado, estaba el Almirante Noriega Gutiérrez, que era como el edecán de Ramírez Pérez, o sea, andaba pa' arriba y pa' abajo con él, era como su segundo¨, como la persona que lo apoyaba en todo, pero había otro grupo, a mí me da la impresión de que ahí habían dos grupos haciendo lo mismo, un grupo comandado por Ramírez Pérez y un grupo dirigido por Medina Gómez y por Román Fuenmayor; Román Fuenmayor y Medina Gómez son dos Generales de División del Ejército, porque ellos no hablaban entre sí; Ramírez Pérez mandaba, pero éstos hacían otra cosas, y éstos que hacían otras cosas, como que estaban con González González, el calvo, General de Brigada, bueno, inclusive uno de los que cuando Ramírez Pérez me dice tú no tienes nada que ver con esto, ese General me dice a mí, Almirante, así, Almirante, usted no se meta en esto, entonces la cosa era de mayor, por eso es que yo me escondí no es que me escondí, no es que me escondí me quedé por allá sentado así, ni hablé más, porque yo sabía que iban a traer al Presidente. Este, en eso oigo una conversación de Romel Fuenmayor con Medina Gómez, Romel Fuenmayor recibió una llamada telefónica, le dicen algo, él cuelga y le dice a Medina Gómez, mira la traza del celular del Ministro está bajando por la autopista Caracas La Guaira, ese no sé que cosa se nos va a escapar, entonces le contesta Medina Gómez, no te preocupes que el Aeropuerto lo tenemos bajo control y ese no se va a ir del país, entonces ¿quién llama a Romel Fuenmayor? No sé, o sea, para ese momento yo no sabía quién era, cuando yo hablé con Romel Fuenmayor a posteriori le pregunté; entonces me dice, no mi Almirante, eso es

un, yo soy superior de él, ese es un amigo mío que me llamó y me dijo eso, a sí. No era una planificación para algo, sólo han llamado... es alguien de Telcel, lo han llamado para decirle que la traza del celular, ustedes saben que Telcel le puede seguir el rastro del teléfono. Así que cuando te vayas a escapar no lleves el teléfono. A bueno, entonces este, ahí ese es un indicio para mí de que ellos dos habían planificado algo, porque no puede ser posible que lo llamen de Telcel o no sé quién lo llama para decirle que la traza del teléfono del Ministro está bajando de la carretera Caracas La Guaira, eso quiere decir que todos los teléfonos de nosotros estaban controlados, al menos los del Alto Mando Militar y los Ministros y cosas, entonces pasa eso y de repente alguien dice que, el Presidente dijo que lo busquen, que él se le entrega a Rosendo y al General Hurtado Soucre. Hay otra cosa que no les había dicho, cuando yo digo que voy a ir a la Guardia y a la Infantería de Marina, el General Hurtado dice, yo voy con Carrero, cuando yo salgo, que empiezo a buscar a Hurtado, no lo consigo por ningún lado, porque eso era un zaperoco por Miraflores, entonces ya yo tenía por descontado que Hurtado se había ido, entonces por eso es que yo busco una cola y me voy con otro y me fui directamente para la Guardia, resulta que el General Hurtado se fue primero al Fuerte Tiuna a hablar con Vásquez Velazco, cuando yo voy saliendo de la Guardia va llegando el General Hurtado a la Guardia, ya yo había hablado con éste, total que nosotros nos vinimos y él se quedó. Continúo con lo otro, dicen, no se quién lo dijo, "el Presidente se va a entregar si lo va a buscar Rosendo y el General Hurtado y sé que coordinaron con ellos dos, no sé dónde estaban porque yo no los había visto ahí todavía, la última vez que lo vi fue en la Guardia y bueno una media hora después calculo yo, no sé cuánto tiempo sería, ni sé a qué hora fue, llegó el Presidente con Hurtado y con Rosendo y lo sientan en un mueble de éstos, en una sala que también queda al lado del Despacho del Inspector, creo que es, yo no conozco bien el quinto piso del Ejército, el asunto es que ahí estábamos Rosendo, Hurtado Soucre, este, Comisso, Ramírez Pérez, Vásquez Velazco, el Padre Monseñor Balta-

sar Porras, está el amigo de Baltasar Porras, que siempre anda con él, ah, de paso quiero decirles, una cosa después de esta rueda de prensa de esas preguntas que le hicieron a Vásquez Velazco que nos desviamos, pero uno empieza a ver los toros desde la barrera, yo me acuerdo a que Monseñor Baltasar Porras, todo el mundo lo felicitaba, yo entendía que él formaba parte de la conspiración, porque no puede ser posible que lo va a felicitar a él, o sea, no entiendo eso, sé que a él lo felicitaban los Generales esos González González, el otro, él era como el héroe de la cuestión, bueno regreso. Llegó el Presidente y llega Vásquez Velazco y le dice al Presidente: **"bueno Presidente aquí le traemos la renuncia para que usted firme bueno, si, creo que fue Vásquez Velazco que le estaba leyendo la renuncia, entonces el Presidente dice: "yo no renuncio, si no me dan garantías y las garantías que quiero son seguridad para mi familia, mi entorno, para mí y que me dejen ir con mi familia para Cuba" y por eso fue que dije, dijo él, que quería que estuviera aquí el Monseñor, para garantizar pues que iban a cumplir, éste le contesta: "no, usted no se puede ir, usted queda detenido aquí, usted va a ser juzgado aquí"**; sin embargo, se fueron a deliberar en un salón, se fueron Carmona Estanga, Vásquez Velazco, –a bueno, ya había llegado Carmona Estanga. Pregunta: ¿En qué momento llegó Carmona? Contestó: le voy a decir una cosa, en ese bululú yo vi gente extraña ahí de civil armada, no conocía a ninguno, yo no sabía ni quiénes eran, tampoco pregunté y de repente de un balcón sale Carmona Estanga con ellos que lo protegían, Carmona Estanga estaba, yo no sé si estaba antes que ellos llegaran, no sé si estaban después que ellos llegaron, el asunto es que era un momento, que luego apareció. Entonces cuando están hablando con el Presidente para que renuncie, está Carmona Estanga, bueno se van a deliberar Carmona Estanga, Vásquez Velazco, Alfonso Martínez y Ramírez Pérez, esos cuatro, que me acuerdo que alguien me dijo que yo fuera a dar mis puntos de vista, me paré, y dije: "no es conveniente, que es conveniente que al

> Presidente lo dejen libre" me dijeron: "Almirante no se meta en esto". (...)

Por otra parte, consta de entrevista que le hace la periodista Ibéyise Pacheco a los siguientes oficiales, Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez, Jefe del Estado Mayor de la Armada; General de Brigada, Henry Lugo Peña; Contralmirante Daniel Comisso Urdaneta, y General de Brigada Pedro Pereira Olivares, transcripción hecha por el Tribunal Supremo de Justicia de grabación de video consignada con la querella, marcada "A", lo siguiente:

> **VENEVISIÓN. IBÉYISE PACHECO. ENTREVISTADOS: HÉCTOR RAMÍREZ PÉREZ, HENRY LUGO PEÑA, DANIEL COMISSO URDANETA Y PEDRO PEREIRA OLIVARES. ALTOS OFICIALES. VIDEO A:**
>
> Ibéyise: Quedan con el Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez, Jefe de Estado Mayor de la Armada.
>
> Ramírez Pérez: Buenas noches, muchísimas gracias a todo el pueblo venezolano por esa gran demostración que dieron en el día de hoy, el día de hoy esto no ha sido un golpe Militar, el día de hoy ha sido el mismo pueblo venezolano quienes con su valentía con esa gran solidaridad que tuvimos todos se dirigieron a Miraflores y nosotros los Militares lo único que hicimos fue apoyarlos, evitar un derramamiento de sangre, porque teníamos el control de todas las llamadas telefónicas que hacía el Presidente a cada uno de los Comandantes que estaban en Fuerte Tiuna. A medida que él mandaba, porque había ordenado inclusive salir los tanques, había ordenado que sacaran unos batallones, él estaba llamando porque había dado la orden a la Guardia Nacional, al Destacamento del Regimiento Nº 5 de la Guardia Nacional, que por ningún motivo, utilizando los medios que fuese, ninguno de la marcha debía llegar a Miraflores
>
> Ibéyise: Perdón él estaba propiciando un autogolpe y además derramamiento de sangre.

Ramírez: ya habíamos tenido noticia de nuestro centro de inteligencia que había movilizado ya a un grupo de oficiales, que le coordinan recorrieran todos los Círculos Bolivarianos, ya tenían dirigidos a los Tupamaros, ya habían buscado las armas largas, ya habían colocado algunos francotiradores. Sinceramente nosotros nunca tildamos, nunca nos imaginamos que iban a utilizar las armas; siempre pensamos que esto iba a ser pacífico, porque la demostración que dio el pueblo venezolano, fue una demostración de civismo, fue una marcha alegre, una marcha organizada espontáneamente, porque no se puede decir algo que se planifica, a plena voz, a altas horas de la noche, al día siguiente en la mañana, ya todo el pueblo estaba ahí en las calles. El Presidente cuando da esa orden, entonces nosotros inmediatamente nos vamos a una reunión, cuando nos enteramos que el Presidente comienza a mover a los Círculos Bolivarianos y a sacar las armas que tenían en el 23 de Enero, que ya sabíamos que estaban ahí, los cuerpos de inteligencia nos los informan, entonces tuvimos una emergencia a las 10:00 a.m. para iniciar la parte final de la operación, la parte final, porque todos los oficiales institucionales veníamos pensando que esto no debía continuar.

Ibéyise: ¿Desde hace cuanto ustedes están convencidos de que Chávez no debía continuar en el Gobierno?

Ramírez Pérez: Esto dependiendo de los oficiales. Había muchos que tan pronto ganó Chávez ya habían manifestado su descontento, pero la gran mayoría fuimos, cuando comenzamos a ver, porque él nos hablaba de una revolución que nunca le explicó, ni al pueblo, ni se le explicó tampoco a las Fuerzas Armadas. Él hablaba de un proyecto que no se le explicó al pueblo ni tampoco se le explicó a las Fuerzas Armadas.

Ibéyise: Ahora Vicealmirante, nosotros siempre tuvimos información del descontento entre las Fuerzas Armadas por el modo que el Presidente de la República ejercía su poder, incluso hacia los Militares; sin embargo, nosotros como periodistas de-

cíamos que él no tenía la mayoría y él insistía en que sí contaba con los tanques, contaba con los fusiles y con ello amenazaba al pueblo. Desesperadamente entendíamos que de alguna manera debía probársele al venezolano que eso era mentira. ¿No sienten ustedes que se espero mucho, luego sobre todo de tener muertes en nuestro país?

Ramírez Pérez: Una de las grandes cosas que nos decían todos los oficiales de las Fuerzas Armadas Institucionales, que era, que no debía haber golpe de Estado, era muy práctico y legible, y nos exigían y estaban muy seguros de eso. En muchas partes la sociedad civil nos exigía, qué estamos esperando para dar un golpe, quizás se veía como algo muy fácil y es una costumbre que veíamos en Venezuela, este golpe o esa forma como sacábamos al Presidente, no es una forma tradicionalmente como se sacan los Presidentes en Venezuela; normalmente era un golpe de Estado una operación Militar netamente Militar sin participación, con muy poca participación de la ciudadanía y luego que el Militar daba el golpe, entonces era que se trataba de llamar al pueblo o a los ciudadanos para que se incorporaran a él. En esta oportunidad, en vista que el Presidente fue electo popularmente con una altísima mayoría de los venezolanos, lamentablemente nos engañó, lamentablemente nos traicionó, pero esa traición teníamos que probarla, no era muy fácil decirle a una gran cantidad de venezolanos que creyeron en él y hasta hoy creían en él, que estaban equivocados, entonces eso teníamos que también tratar de salir de esa trinchera, era muy difícil para nosotros las Fuerzas Armadas actuar en esa situación, porque la situación era una masacre, era matar o utilizar a las Fuerzas Armadas para matar a nuestro propio pueblo y eso no era lo que queríamos.

Ibéyise: De alguna manera hoy tenemos el dolor de algunos cuantos muertos, yo quisiera preguntarle, acá al frente al General Henry Lugo Peña, Subinspector del Ejército, hay una angustia en la población, que yo creo que es importante aclarar en este momento. ¿Está bajo control la guarnición de Ca-

racas, la guarnición del interior del país? ¿El ejército tiene el control completo para tranquilizar la ciudadanía?

Lugo Peña: Bueno, muy buenas noches. Yo quiero enfatizar en este momento que nuestro Ejército Venezolano Forjador de Libertades actualmente está claro con la situación del país y en la mayoría de las guarniciones tenemos absoluto control de todos los integrantes de la misma, a fin de garantizar el orden inconstitucional y garantizar así mismo que el Presidente de la República no puede continuar en su cargo, igualmente que...

Ibéyise: Este país lo quiere ver preso a él y a muchos miembros de su gabinete que son responsable de lo que está ocurriendo, General.

Lugo Peña: Realmente yo considero que el Presidente ha violado la Constitución en infinidades de veces y eso amerita de que sea juzgado y que sea sancionado de acuerdo a la Ley. Igualmente, considero que uno de los participantes que tiene más responsabilidad de los muertos de hoy se llama el Alcalde Bernal, ese es un hombre que desde ayer en la televisión oficial ha estado instigando, ha estado atrás de las hordas, mal llamadas bolivarianas, a fin de garantizarle a este nefasto Gobierno el absoluto poder que abusivamente ha tenido en nuestro país. Nosotros los integrantes de las Fuerzas Armadas, aquí reunidos, somos personas Institucionales, en ningún momento por la mente ha pasado dar un Golpe de Estado como tal.

Ibéyise: ¿Y que viene ahora entonces General?

Lugo Peña: Nosotros esperamos que los integrantes de nuestras Fuerzas Armadas, el Alto Mando Militar, se pronuncie y renuncie en compañía del Presidente de la República en sana paz, sin ningún percance, con la finalidad de garantizar a nuestra sociedad el mínimo trauma posible.

Ibéyise: Pero eso incluye al Comandante del Ejército, Efraín Vásquez Velazco, él es miembro del Alto Mando Militar.

Lugo Peña: Es que él actualmente ya se pronunció, pudimos ver hace poco, de que él se pronunció a favor de la salida del Presidente, porque a pesar de que él apoyó un comunicado nefasto pronunciado por el General en Jefe Lucas Rincón, luego de ver los acontecimientos se dio cuenta de que nosotros teníamos razón, porque yo personalmente por teléfono lo llamé y le indiqué: mi General, yo como integrante del Ejército, General de la República, no estoy de acuerdo con lo que está pasando y estoy en estos momentos reunido con la finalidad de hacer lo que hicimos, yo se lo informé a él, tanto a él como al Inspector General del Ejército.

Ibéyise: ¿Qué sabemos del paradero del Ministro de la Defensa José Vicente Rangel, del Ministro de Interior y Justicia Ramón Rodríguez Chacín, por ejemplo?

Lugo Peña: Esos son dos personajes que tienen mucha responsabilidad de lo que está pasando en el país y espero que José Vicente Rangel, como normalmente lo ha afirmado cada vez que lo entrevista, asuma su responsabilidad.

Ibéyise: Él es un mentiroso, le mintió al país constantemente. ¿Por qué vamos a creer en su palabra, no va a asumir la responsabilidad, lo tienen que detener?

Lugo Peña: Bueno, esperemos de que él asuma su responsabilidad por las buenas y si no nosotros, pues tendremos que tomar las acciones de acuerdo a la ley, para que él sea castigado, sabemos que él ya tiene preparada su vivienda en el exterior, muy lujosa, muy confortable, porque él sabía lo que le venía.

Ibéyise: Bueno, yo quisiera que siguiéramos en la ronda. Vamos entonces con el Contralmirante Daniel Comisso Urdaneta: usted fue uno de los que no quiso Chávez confrontarlo hace poco, en lo que fue un tète a tète, ya cuando se veía la crisis dentro de la Fuerza Armada percibiendo la opinión pública, nosotros sentimos que estaba llegando el momento en que el

Presidente estaba evidentemente debilitado ante el sector militar. ¿Qué fue lo que ocurrió en ese momento y si eso aceleró los acontecimientos?

Comisso Urdaneta: Sí, a raíz de la última reunión de almirantes, donde el Comandante General de la Armada abrió un compás para que todos nosotros de una vez por todas expresáramos nuestras disidencias y nuestra opinión en relación a todo lo que venía sucediendo, porque ya había salido el Coronel Soto y el Almirante Carlos Molina Tamayo a la palestra pública. Un grupo de Almirantes nos manifestamos y propiciamos un clima en el cual varios almirantes también tomaron valor y manifestaron sus inconformidades y disidencias con relación a todo lo que venía sucediendo. Particularmente nunca estuve de acuerdo con el Teniente Coronel Hugo Chávez Frías, desde que él ganó las elecciones. Yo estaba de Comandante de la Base Naval y desde aquel momento yo sentí que algo malo venía para Venezuela, yo siempre manifesté mis inquietudes. En esta oportunidad se planteó para hacerla oficialmente en la reunión de almirantes. Luego, de esta reunión el General Lucas Rincón me indicó que motivado a las disidencias que oficiales generales y almirantes habían manifestado en reuniones correspondientes, generales de las Fuerzas Aéreas y almirantes, el Presidente había tomado la decisión de llamar a estos oficiales disidentes y conversar con ellos.

Ibéyise: ¿Lo presionó?

Comisso Urdaneta: No, yo no estuve presente en la entrevista, pero efectivamente fuimos todos juntos a la residencia del Ministro de la Defensa, que se encuentra en el Fuerte Tiuna, que no es la residencia Presidencial, y cuando estábamos allá estábamos tres oficiales generales de las Fuerzas Aéreas y tres oficiales almirantes, el General Lucas Rincón me dijo: Mire, Comisso, a usted no le tocaba hoy, lo llamaremos después. Bueno, hasta el momento el Presidente no me ha llamado, pero

es evidente, el Presidente sabe que yo siempre lo adversé desde el primer momento.

Ibéyise: Ahora era tan obvio la actitud genuflexa de los miembros del Alto Mando Militar, pareciera difícil uno seguirlos a ellos como líderes y, en segundo lugar, terminar viendo que ellos son parte de una complicidad, de un aspecto muy duro que vamos a seguir conversando con todos los demás, pero que quisiera comentar, que es la corrupción militar.

Comisso: La corrupción militar deberá ser investigada hasta la última consecuencia y los responsables deberán pagar y nuestra transparencia y dignidad deberá ser reestablecida, pero en el caso de la Armada era obvio que oficiales que en ese momento les convenía plegarse a los dictámenes de Hugo Chávez, aprovecharon la oportunidad y se pusieron de acuerdo con él en todo; entonces había situaciones que debían ser analizadas por el Estado Mayor General de la Armadam que no fue así. Se cumplían órdenes específicas y directas del Presidente de la República que bypasseaba al Comandante General, que bypasseaba al Jefe de Estado Mayor y de allí resultaron una serie de transformaciones a la Institución, cuya trascendencia vamos a tener ahora que ocuparnos unos cuantos daños para recuperar la condición, tanto de operatividad, como de doctrina, como de administración normal y organización estructural de todas las fuerzas.

Ibéyise: Nosotros sentimos que se conversó mucho, porque de alguna manera buena parte del detonante fue la crisis de Petróleos de Venezuela y los gerentes afectados por todo esto, fundamentalmente la nómina mayor, insisten en que las heridas que se han hecho a Petróleos de Venezuela van hacer muy difíciles de restablecer en el tiempo. ¿En la Fuerza Armada ocurrió lo mismo?

Comisso: En la Fuerza Armada ocurrió lo mismo. Desde hace tres años nosotros estamos sufriendo heridas, pequeñas al prin-

cipio, pero se hicieron cada vez más grandes y más dolorosas, porque estuvimos a punto de romper nuestro sistema doctrinario institucional y tradicional que las cuatro fuerzas siempre han tratado de mantener y cuidar, como lo más preciado de cada una de ellas, y el señor Hugo Chávez Frías en ningún momento respetó eso y lamentablemente el actual Alto Mando Militar y nuestro Alto Mando Naval se plegó a esa situación, sin pensar en la consecuencia que esto iba a traer a la Armada en particular.

Ibéyise: Gracias, yo quisiera preguntar, entonces, ahora, al General de Brigada de la Fuerza Aérea Pedro Pereira Olivares. La Fuerza Aérea y por tratarse incluso con toda esa problemática que ocurrió cuando el nuevo Ministro de la Defensa, que todos hablaron que no era un Ministro realmente, sino un jefe de relaciones públicas y que no tenía ni el respeto ni el liderazgo para ser un Ministro de la Defensa como tal, tomó las instalaciones a bordo de las instalaciones de la Fuerza Aérea, se planteó todo lo que significaba la mudanza en la Fuerza Aérea para Maracay definitivamente, que están en La Carlota, y todo se manejó con tanta ligereza, lo que para siempre era una sede honorable. ¿Ustedes cómo manejaron esa situación, porque siempre se habló que ahí había descontento, pero salvo cuando comenzaron estas expresiones públicas fue muy poco lo que conocimos después?

Pereira Olivares: Bueno, buenas noches. La Comandancia General de la Aviación es un icono de la Fuerza Aérea, definitivamente la llegada del Ministro Rangel causó una desmoralización completa del personal de la Fuerza Aérea, es más, una vez que nos enteramos de que el Comandante General para la época, había ofrecido al Presidente de la República la Comandancia General de la Aviación, no fue en ningún momento esa decisión llevada al cuerpo de Generales de la Fuerza Aérea, sino que posteriormente, o sea, no fue oportuna la información y eso causó un revuelo en la Fuerza Aérea. Definitivamente

los oficiales estaban desmoralizados, porque le habían quitado su Comandancia General.

Ibéyise: ¿La Fuerza Aérea está bajo control ahorita?

Pereira: Está completamente bajo control, todas las bases aéreas están controladas por nosotros, los aviones, helicópteros, aviones de combate de las diferentes bases: Maracaibo, Barquisimeto, Libertador, Sucre, están bajo nuestro control y los Comandantes de unidad tienen instrucciones de no volar ningún tipo de aeronave y mantenerse en las bases aéreas.

Ibéyise: Y en caso, por ejemplo, se supone que el Presidente va a tratar de huir en un avión, ¿cómo van a controlar eso?

Pereira: Bueno, tenemos todo un dispositivo en la base aérea, de manera tal de no permitir de que el Teniente Coronel Hugo Rafael Chávez Frías salga del país y así puedan enjuiciarlo para que pague todo el mal que le ha hecho al pueblo venezolano.

Ibéyise: Que ha sido mucho, ¿qué piensa que se va hacer con el avión presidencial?

Pereira: Bueno, el avión presidencial es definitivamente un avión de la Fuerza Aérea, nosotros posteriormente, pues tenemos que decidir qué hacer con ese avión.

Ibéyise: Además se habló mucho de que especialmente la Fuerza Aérea le habían quitado recursos para comprar ese avión, para la repotenciación de los F-16. ¿Cómo es eso, me lo puede decir brevemente?

Pereira: Afirmativo, hay un gran problema, porque ese avión el costo de los 65 millones, más 8 millones más que se gastaron posteriormente, salieron de los recursos de la Ley Paraguas que era que estaba, era para llevar adelante unos proyectos a la Fuerza Aérea, para repotenciación de aeronaves y para otros, para el apoyo de las horas de vuelo de nuestra Fuerza Aérea.

Asimismo, consta de entrevista realizada por periodistas al General Vásquez Velazco, transcripción hecha por el Tribunal Supremo de Justicia de grabación de video consignada con la querella, marcada "C", lo siguiente:

GENERAL VÁSQUEZ VELAZCO. VIDEO C:

[...] y que le mandara una comisión de enlace para que pudiera hacerse efectivo esto. Yo le mandé dos generales del Ejército, que en estos momentos están conversando esta renuncia del Presidente.

Periodista: Ahora bien, General, tenemos información que en el edificio de Inspectoría las Fuerzas Armadas, se encuentra el General Lucas Rincón acompañado del General Francisco Belisario, quisiéramos saber si usted tiene información al respecto y en ese sentido si ha conversado con el Inspector de las Fuerzas Armadas.

Vásquez: No, no tengo información al respecto, no he podido conversar con el General en Jefe, Rincón Romero en este momento.

Periodista: Con ustedes aquí se encuentran algunas personalidades del ámbito civil. Quisiéramos saber si usted nos puede comentar qué tipo de reuniones están sosteniendo con estas personas.

Vásquez: Estas personas del ámbito civil, que están en estos momentos vinieron a brindar su apoyo completo a este conocimiento institucional de las Fuerzas Armadas, ya cualquier otra cuestión para integrar junta, integrar posiciones de gobierno, ya serán anunciadas posteriormente al público.

Periodista: Es decir, podemos hablar ante el anunció que usted acaba de hacer que virtualmente estaría gestionándose el proceso para constitucionalmente proceder a integrar una Junta de Gobierno.

Vásquez: En efecto, te confirmo lo que dijo el Doctor José Vicente Rangel, que el Presidente de la República quería renunciar y hay una comisión en estos momentos y hablando sobre este asunto.

Periodista: ¿Ustedes saben en dónde se encuentra en este momento el Presidente de la República Hugo Chávez?

Vásquez: Mira, en la Casona, en Miraflores, me dijo el Doctor José Vicente Rangel.

Periodista: ¿Quiénes conforman la comisión?

Vásquez: Fueron dos generales a conversar, esto no quiere decir que estas personas vayan a tener alguna posición de gobierno, sino simplemente fueron a negociar esta renuncia del señor Presidente.

Periodista: ¿Quiénes son estas personas que fueron a negociar esta renuncia?

Vásquez: Mira fueron dos: el General Enrique Medina Gómez y el General Néstor González González.

Periodista: ¿Qué va pasar con el Presidente Chávez, se va del país o va a pagar lo que hizo en Venezuela?

Vásquez : Eso se les informará posteriormente.

Periodista: ¿Qué es lo que esperan ustedes, qué él quede preso o qué se vaya? ¿Quién lo decide, ustedes o él mismo, o el proceso de negociación?

Vásquez: Eso lo decidirá el proceso de negociación que está llevando a cabo en este momento.

Periodista; ¿Podríamos esperar entonces el resultado de esa negociación acá mismo, en la noche?

Vásquez: Sí, en el transcurso de las próximas horas ustedes ya sabrán esta definitiva, y a qué hora el Presidente va a abandonar el país, si es que lo va a abandonar o el resultado de esta negociación.

Periodista: A la llegada a su edificio pudimos observar que los representantes del ámbito Militar: el General Rosendo, Manuel Rosendo y también el General retirado Ismael Eliécer Hurtado Soucre acudieron aquí. Quisiéramos tener en detalles, si se puede, del tipo de conversación que sostuvieron con ustedes.

Vásquez: Sí, ellos vinieron en nombre del señor Presidente a conversar, a negociar, pero ellos se dieron cuenta de la posición que existe en la Fuerzas Armadas, se dieron cuenta del apoyo que le estamos dando a la nación y no solamente con lo que vieron aquí, fue suficiente para llevarle información allá a Miraflores.

Periodista: ¿Y la presencia del General García Carneiro aquí?

Vásquez: García Carneiro es un General de División del Ejercito y está cumpliendo sus funciones ordinarias como cualquier otro militar.

Periodista: Es decir, que el último contacto que ustedes tuvieron antes del anuncio del Ministro de la Defensa con personeros del Gobierno del Presidente Chávez fue con el General Rosendo y con el General Hurtado Soucre.

Vásquez: Sí, el General Rosendo no vino como un personero del Gobierno, porque él no trabaja para el gobierno, Hurtado Soucre sí. Sin embargo, el General Rosendo ha sido de mucha ayuda en el día de hoy en todo este pronunciamiento institucional que ha hecho las Fuerzas Armadas Nacionales.

Periodista: Ahora bien General, quisiéramos saber si usted tiene conocimiento de la ubicación o si ha tenido contacto con el Comandante de la Aviación General Régulo Briceño.

Vásquez: No, desconozco su paradero.

Periodista: ¿Y con el Vicealmirante Jorge Sierralta, Comandante de la Armada?

Vásquez: Tampoco sé donde está. Muchas gracias.

También consta de entrevista realizada por periodistas al General Vásquez Velazco, transcripción hecha por el Tribunal Supremo de Justicia de grabación de video consignada con la querella, marcada "C", lo siguiente:

GENERAL VÁSQUEZ VELAZCO. VIDEO C:

Periodista: De la operación que acaban de realizar en la habitación contigua...

Vásquez: Sí, en este momento el Teniente Coronel Hugo Chávez Frías se encuentra en custodia de la Fuerza Armada Nacional, así mismo asumo la Jefatura de la Fuerza Armada Nacional de Venezuela y dentro de pronto ya verán aquí al Doctor Carmona que va a ser el hombre en la parte civil que va a representar a Venezuela en esta etapa de transición.

Periodista: ¿Dónde va a ser su sitio de reclusión, ahorita del ex presidente?

Vásquez: Momentáneamente va a ser aquí en el Comando del Ejército.

Periodista: ¿Ya han arreglado lo que será la conformación del nuevo Alto Mando Militar? Haga usted oficial el anuncio, por favor.

Vásquez: Mañana se avisará eso, habrá una rueda de prensa, para revisar los cargos de cada quien.

Periodista: Está en discusión eso en este momento, o ya han decidido.

Vásquez: Ya está decidido, pero mañana yo hago la rueda de prensa solamente para esta materia.

Periodista: ¿Pueden levantar este paro general? Hay temor para salir a la calle.

Vásquez: Primero, se le aconseja a toda la colectividad que lo que queda hoy de noche permanezcan en su casa con suma tranquilidad, mañana cuando comiencen las actividades cotidianas serán dadas las instrucciones a todos los organismos de seguridad del Estado, para que revisen, custodien, todas aquellas personas que portan armas ilegalmente en el país y se la decomisen, tenemos información de algunos sitios exactos en Caracas donde existen armas y ya he ordenado el decomiso de este armamento con un Fiscal del Ministerio Público.

Periodista: General, en este momento hay algún mecanismo de seguridad activado, además de los que usualmente hay en la ciudad, es decir, el Plan Ávila está activado o no está activado? quisiéramos que usted nos diga en este momento qué rol ha jugado la Fuerza Armada fuera en la calle o en los Cuarteles.

Vásquez: En este momento el plan Ávila no puede estar activado, no hay motivo de tener el Plan Ávila, hay una completa tranquilidad en la colectividad, este Plan Ávila que yo ayer ordené a todas las unidades del Ejército que volvieran a sus Cuarteles, no hay elemento de tropa ahorita en las ciudades, la ciudad, está bajo la custodia aquí en Caracas de la Policía Metropolitana y de las diferentes policías de las diferentes Alcaldías; sin embargo, las Fuerzas Armadas con organismos de inteligencia están monitoreando la ciudad para cualquier intento de brote que se pueda presentar, que no creo.

Periodista: Ustedes están catalogando la situación ahora, ¿cómo podrían catalogarla es normal o quizá va en vía de que así sea?

Vásquez: Va en vía de que así sea, porque todavía hay algunas personas apostadas alrededor de Miraflores, pero ya estoy

seguro que cuando comiencen las actividades normales mañana no van estar ahí esas personas y toda persona que porte armas ilegalmente va a ser detenida el día de mañana.

Periodista: Tiene localizado quizás algunos puntos donde se encuentren estas personas que fueron vistas a través de los videos que ofrecieron los medios de comunicación, que disparaban a mansalva a las personas que estaban marchando por la sociedad civil.

Vásquez: Eso está en investigación, sin embargo, hay algunos puntos exactos, casas donde sabemos que hay armamentos y ya se le dio instrucciones al cuerpo de seguridad del Estado para que fueran y decomisaran el armamento, si se fuesen a presentar en estos sitios.

Periodista: ¿El ex presidente Chávez va a permanecer detenido dentro de las instalaciones militares del Fuerte Tiuna?

Vásquez: Por los momentos sí, hasta que se encuentre un sitio de reclusión más apropiado.

Periodista: ¿Podría decidirse otro lugar además de éste, o es posible que se quede en las instalaciones de acá?

Vásquez: No, lo más probable es que vaya para un sitio de reclusión más adecuado que el Fuerte Tiuna, pues Fuerte Tiuna es un sitio Militar, debemos colocarlo en otra parte

Periodista: ¿Hablamos de la cárcel de Ramo Verde, donde son confinados los oficiales que son sujetos de procesos penales?

Vásquez: Pudiera ser. Es una decisión que se va a tomar de acuerdo a la normativa legal de Venezuela.

Periodista: Ahora, General, se habla de juzgar el Presidente, ¿el ya ex Presidente Hugo Chávez, será juzgado por los asesinatos cometidos en el día de hoy?

Vásquez: Eso compete a los tribunales ordinarios, decidir esto.

Periodista: General, una última pregunta, aun cuando el Alto Mando Militar no está constituido, ¿Cuál va a ser a partir de este momento la sede administrativa de Comando de la autoridad militar en este momento?

Vásquez: Por los momentos va a continuar igual esta semana, hasta que tomemos las decisiones pertinentes y estudiemos, y analicemos si podemos volver a la situación que teníamos anteriormente.

Periodista: En este momento cuál será el destino en este momento del General Belisario, el Vicealmirante Sierralta, el General Rincón ... ya que ellos han puesto sus cargos a la orden.

Vásquez: Ellos están en su casa, porque ellos en este momento no son parte de este Alto Militar, muchas gracias.

Periodista: ¿Habrá presencia Militar mañana?

Vásquez. No hace falta.

Por otra parte, consta del folio 23 del anexo "E" del expediente iniciado por la Fiscalía General de la Fuerza Armada Nacional, "ACTA DE APREHENSIÓN POR FLAGRANCIA", la cual es del tenor siguiente:

ACTA DE APREHENSIÓN POR FLAGRANCIA. ANEXO E:

En la fecha de hoy, trece (13) de abril del año dos mil dos (2002), siendo aproximadamente a las 20:15 Hrs., nosotros, MAYOR (EJ) JORGE JAVIER PARRA VEGA, C.I. Nº 6.483.186, MAYOR (EJ) JOSÉ LUIS NOVO COSTOYA, C.I. Nº 6.189.341, CAPITÁN (EJ) DAVID GUERRERO NÚÑEZ, C.I. Nº 6.249.288, CAPITÁN (EJ) RAMÓN HILARIO MACHUCA NADALES, C.I Nº 9.890.141, TENIENTE DE FRAGATA JONATHAN LADERA ANDRADE, C.I. Nº

11.409.027, ejerciendo funciones de seguridad del Ministerio de la Defensa y en virtud de la situación irregular que se presentaba en esta sede, por cuanto los mencionados manifestaron que su presencia se debía a que procedían a ocupar cargos para los cuales le había designado el ciudadano PEDRO FRANCISCO CARMONA ESTANGA, y siendo del conocimiento nacional para ese momento lo irregular de las conductas desarrolladas por los mencionados Oficiales, se procedió conforme a lo pautado en el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicable a la Jurisdicción Penal Militar por mandato expreso del artículo 20 y 592 del Código Orgánico de Justicia Militar, a la detención en el Despacho de la Inspectoría General de la Fuerza Armada Nacional, ubicado en el Quinto Piso de su sede, de los siguientes ciudadanos: PEDRO FRANCISCO CARMONA ESTANGA, C.I. Nº 1.262.556, VA. HÉCTOR RAFAEL RAMÍREZ PÉREZ, C.I. Nº 2.814.408, GB (AV) PEDRO ANTONIO PEREIRA OLIVARES, C.I. Nº 4.064.333, CA. DANIEL LINO JOSÉ COMISSO URDANETA, C.I. Nº 3.793.306, CA. CARLOS RAFAEL MOLINA TAMAYO, C.I. Nº 3.806.667 y CNEL. (GN) ISIDRO ECTHAN PÉREZ VILLALOBOS, C.I. Nº 4.842.412, quienes se habrían abrogado cargos públicos en contra de los procedimientos y requisitos exigidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y las Leves de la Nación. Es todo, terminó, se leyó y conformes firman:

LOS APREHENSORES:

(FDO.) MY (EJ) JORGE JAVIER PARRA VEGA

(FDO.) MY (EJ) JOSÉ NOVO COSTOYA

(FDO.) CAP (EJ) DAVID GUERRERO NÚÑEZ

(FDO.) CAP (EJ) RAMÓN HILARIO MACHUCA

(FDO.) TF JONATHAN LADERA ANDRADE

Consta de publicación de prensa (Diario *El Nacional,* 13-4-02, pág. D-4), inserta al "Cuaderno separado Nº 1", anexo a la querella del Fiscal General de la República, marcada "G", fotografía del acto en el cual el Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez leyó la declaración ya transcrita, en el cual se ve acompañado, entre otros oficiales por el General de Brigada de la Aviación Pedro Pereira y por el Contralmirante Daniel Comisso Urdaneta. En el texto de dicha publicación, se lee, además, lo siguiente:

> El jueves, el grupo dio el paso final: aparecer en los medios audiovisuales, pero no en forma individual, como lo hicieron otros tantos oficiales, sino en colectivo, para dar una mayor sensación de fuerza. Sería un riesgo, pues tal y como lo expresaron algunos de los protagonistas, una intervención de esta categoría daría excusas para un proceso por sublevación militar.
>
> La convocatoria para presenciar la filmación fue hecha en forma intempestiva luego del mediodía, sin previo aviso. El mensaje sería transmitido cuanto antes, si era posible en vivo, desde una oficina ubicada en Chacao.

Poco a poco, los oficiales fueron llegando, en pequeños grupos o individualmente. El líder, reconocido por ellos, fue el vicealmirante Héctor Ramírez Pérez, jefe del Estado Mayor de la Armada; además estuvieron los contralmirantes Daniel Comisso y Francisco Noriega; los generales de brigada de la Guardia Nacional, Marco Ferreira, Oscar Márquez y Ramón Losada; los generales de brigada del Ejército, Vidal Rigoberto Martínez (Jefe del Comando Logístico) y Henry Lugo Peña (ex jefe de la Casa Militar), y los generales de brigada de la Aviación Pedro Pereira (comandante general designado) y Clinio Rodríguez. Habían convocado a 25 oficiales.

TERCERO

NATURALEZA JURÍDICA DEL ANTEJUICIO DE MÉRITO Y SUS ALCANCES

La antigua Corte Suprema de Justicia, elaboró importante doctrina que fue resumida en sentencia de la Corte en Pleno el día 19 de mayo de

1998, (antejuicio de mérito del entonces Presidente Rafael Caldera y otros Altos funcionarios) tal como se describe a continuación:

En sentencia de fecha 13 de julio de 1961, la Corte consideró "*que la querella ha de presentarse acompañada de los recaudos y documentos en que se funde*", a fin de poder dictaminar si hay o no mérito para la formación de causa. Señaló, en consecuencia, que:

> ...La circunstancia de no haber presentado el acusador ningún recaudo con su querella hace a ésta por tanto, inadmisible; y agregó: "Es el querellante quien debe aportar, con su escrito de acusación, los recaudos en que la fundamenta, y a la Corte corresponde la facultad, que ejerce cuando lo estima necesario o conveniente, de investigar la veracidad de los recaudos producidos, por todo lo cual la solicitud de que se abra por la Corte la averiguación de los hechos es improcedente", para concluir expresando en su dispositivo que: "...el acusador no produjo con su querella los recaudos probatorios de los hechos alegados, la Corte Suprema de Justicia, procediendo en ejercicio de sus atribuciones legales, la declara inadmisible".

Además del antecedente citado, encontramos que en fecha 10 de octubre de 1979, el Fiscal General de la República, interpuso acusación ante la Corte Suprema de Justicia, contra el ciudadano Diego Arria Salicetti. Este caso fue sentenciado el 20 de noviembre de 1979 y allí se estableció que los requisitos para declarar la procedencia del enjuiciamiento contra los altos funcionarios son: Determinación de que el hecho denunciado tiene relevancia en la esfera de la ilicitud penal y demostración, a través de los documentos que sirven de soporte a la acusación, que ésta es seria y fundada.

Hubo varios criterios sobre el antejuicio de mérito que consideraron diversos aspectos de este proceso, se menciona la verificación de si se ha producido o no la prescripción de la acción penal y si aparecen fundados indicios de culpabilidad contra el funcionario, a fin de que sea procedente la declaratoria de mérito para su enjuiciamiento. Determinó la Corte en la sentencia citada, que la norma constitucional no contiene

ninguna referencia acerca de la temporalidad del delito, el antejuicio de mérito sólo procede como privilegio del funcionario en ejercicio, de alguno de esos altos cargos ya se le impute un delito cometido antes de que haya tomado posesión del mismo o durante su ejercicio.

El 18 de febrero de 1987, la Corte consideró que debía entrar a revisar la ilicitud penal de los hechos denunciados, la vigencia de la acción penal para perseguirlo, esto es, la no prescripción de la acción penal y finalmente que aparezcan fundados indicios de culpabilidad contra el funcionario, a fin de que sea procedente la declaratoria de méritos para su enjuiciamiento. De allí –dice la Corte, en sentencia de fecha 13/2/85– que no resulten pertinentes diligencias, trámites, incidencias o recursos distintos a la naturaleza del antejuicio, a su finalidad y el lapso fijado por la ley para decidirlo, por ser propio del juicio principal, tales como notificación o citación del acusado, intervención del Ministerio Público, promoción de pruebas.

En sentencia posterior, de fecha 6 de marzo de 1985, la Corte estableció que el antejuicio

> debe ceñirse a constatar si los hechos imputados al funcionario caen en la esfera de lo ilícito penal y si los documentos presentados para la justificación de la acusación demuestran que sería fundada. (Caso: José Manzo González).

En sentencia de fecha 17 de marzo de 1987, la Corte consideró el antejuicio de mérito como requisito de procedibilidad para el enjuiciamiento, porque tiene como objeto que la Corte en Pleno, en base a la documentación que se acompañe, constate si los hechos imputados al funcionario son punibles y que ciertamente la acusación está seriamente fundada como para formar causa. (Caso: Vladimir Augusto Gessen Rodríguez).

Asimismo, la Corte ha precisado que la finalidad del juicio es la verificación de la comisión de algún hecho punible y, por esa razón, sancionable por el ordenamiento jurídico venezolano, por lo que, en consecuencia, el antejuicio equivale a una precalificación, a una apreciación que en modo alguno entra al fondo de la cuestión. Tal actividad de la Corte se

limita a analizar los elementos probatorios existentes en los autos con el objeto de establecer la perpetración de algún hecho presuntamente delictivo y la participación en el mismo del funcionario investigado, sin adelantar opinión sobre el fondo del asunto, pues la Corte no actúa, en ese momento, como Tribunal de la causa, sino que se concreta a examinar los recaudos traídos y deducir una precalificación de los hechos, así como las consecuencias de carácter penal, sin penetrar, porque no es su misión, en lo que es materia propia de los Tribunales encargados de conocer y juzgar el asunto. (Sentencia de fecha 18 de enero de 1990. Caso: José Ángel Ciliberto).

En sentencia de fecha 20 de mayo de 1993, la Corte consideró el antejuicio de mérito contra el ciudadano Carlos Andrés Pérez, Presidente de la República, en la cual declaró:

> Se trata de un procedimiento especial en un doble aspecto: En primer lugar, por lo que atañe a los sujetos enjuiciables y en segundo término, por lo que se refiere al procedimiento. En el primer caso, únicamente los Altos Funcionarios están sometidos al Antejuicio de Mérito por ante el más Alto Tribunal de la República. Y en cuanto a las características procedimentales, la Ley ha previsto determinados elementos, entre los cuales se destaca que, dada su finalidad fundamental, el Antejuicio, como su misma denominación lo indica, no constituye un juicio propiamente dicho, sino un pronunciamiento previo a la causa, que cuando se declara con lugar constituye la base para la iniciación del juicio o su prosecución, según las normas aplicables en cada caso. No constituye por ello un indicativo de absolución o de condena, sino una declaratoria acerca de la procedencia o no de la apertura del juicio penal correspondiente.

A continuación, dicha sentencia establece que el Antejuicio de Mérito es un procedimiento preliminar al Juicio Penal y cita anterior sentencia de esta Corte (Sentencia del 25-06-92, caso Antonio Ríos), la cual expresa:

> ...a) El antejuicio no constituye sino una etapa previa al posible enjuiciamiento de aquellos funcionarios respecto a los cuales

> la Ley Fundamental de la República lo consagra como una forma de resguardar el cumplimiento de sus funciones, ya que dicho procedimiento tiene por objeto evitar a los mismos el entorpecimiento producido por la apertura de causas penales posiblemente temerarias o infundadas. En el antejuicio no se dicta propiamente una sentencia de condena, sino que sólo se tiene como fin, eliminar un obstáculo procesal para que un ciudadano comparezca en juicio, donde tendrá oportunidad para acreditar su inocencia.
>
> b) El antejuicio de mérito no debe implicar, en modo alguno, la búsqueda de la comprobación plena del cuerpo del delito ni de la culpabilidad del funcionario en relación con el cual opera dicho procedimiento especial, como si se tratase de un juicio propiamente dicho. Sólo se trata de constatar si los hechos imputados son punibles y si ciertamente la acusación está seriamente fundada como para formar causa. Por consiguiente, no se debe adelantar opinión sobre el fondo del asunto, pues de lo que se trata es de examinar los recaudos y deducir una precalificación de los hechos.
>
> c) El antejuicio de mérito tiene por objeto el análisis y estudio previo de las actas procesales, con el fin de establecer si de la reconstrucción de los hechos que de ellos deriva, emergen presunciones vehementes de la comisión de un hecho punible y de que en la perpetración del mismo se encuentra comprometida la responsabilidad del funcionario...

En sentencia de fecha 10 de agosto de 1993, la Corte, en el caso de antejuicio de mérito contra el ciudadano Jaime Lusinchi, expresó:

> Como quedó anteriormente narrado, el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público provocó, mediante solicitud de antejuicio de mérito, la actuación de la Corte a la que se refiere el artículo 215 de la Constitución de la República y en relación con los hechos punibles que son atribuidos por denuncia y posterior acusación del Ministerio Público contra los ciu-

> dadanos Jaime Lusinchi y Antonio Aranguren. En consecuencia, es necesario que la Corte examine las actas del expediente para concluir si en verdad tienen fundamento o no como para justificar la solicitud que a la Corte hizo el mencionado Tribunal. Para ello debe la Corte determinar si los hechos son o no delictivos, y si existen elementos serios sobre la participación de los mencionados miembros del Congreso.

En sentencia de fecha 3 de marzo de 1998, la Corte en el caso de solicitud de antejuicio de mérito contra el ciudadano Abdón Vivas Terán formuló las siguientes consideraciones:

> Conforme a la jurisprudencia de esta Corte, al conocer en materia de antejuicio de Mérito para el enjuiciamiento de los altos funcionarios señalados en los ordinales 1º y 2º del artículo 215 de la Constitución, debe ceñirse estrictamente a constatar si los hechos imputados caen dentro de la esfera de lo ilícito penal, y si los recaudos que integran el expediente conducen a establecer una clara vinculación entre tales hechos y el funcionario presumiblemente indiciado, a los fines de poder formar criterio acerca de la existencia o no de méritos para el enjuiciamiento.
>
> En tal virtud, no puede este Máximo Tribunal entrar a conocer alegatos como el de la prescripción de la Acción Penal, lo cual supone dar por demostrado el cuerpo del delito, calificarlo y deducir eventuales sanciones, todo lo cual configura presupuestos indispensables para establecer si ha transcurrido o no el lapso previsto en la prescripción, pronunciamientos que solamente pueden hacer los jueces del mérito. Así se declara.

De los antecedentes jurisprudenciales antes resumidos, se observa una evolución que va desde la afirmación de que es facultad discrecional de la Corte ordenar averiguaciones adicionales, tal como lo decidió (sentencia de 13 de julio de 1961) y de que es el querellante quien debe aportar, con su escrito de acusación, los recaudos en que la fundamenta, y a la Corte corresponde la facultad, que ejerce cuando lo estima

necesario o conveniente de investigar la veracidad de los recaudos producidos hasta el criterio sustentado en las posteriores decisiones, el cual consiste, en palabras de la última sentencia reseñada, en que la actividad de la Corte, al decidir el antejuicio de mérito

> debe ceñirse estrictamente a constatar si los hechos imputados caen dentro de la esfera de lo ilícito penal, y si los recaudos que integran el expediente conducen a establecer una clara vinculación entre tales hechos y el funcionario presumiblemente indiciado, a los fines de poder formar criterio acerca de la existencia o no de méritos para el enjuiciamiento. (Sentencia de 3 de marzo de 1998).

En síntesis, para la procedencia del antejuicio de mérito, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales transcritos, es necesario que existan fundados indicios de la comisión de un hecho punible y de la autoría por los imputados, sin que el examen de los autos por el Supremo Tribunal pueda implicar un adelanto de opinión sobre el fondo de la controversia.

En sentencia de fecha 9 de junio de 2002, dictada por este Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena Accidental (Caso: Luis Miquilena Hernández), se estableció el siguiente criterio:

> La Sala estima necesario dejar sentado que, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal, el antejuicio de mérito es un procedimiento penal especial que, instaurado virtud de la querella del Fiscal General de la República y conducido por principio del contradictorio, tiene por objeto declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los altos funcionarios del Estado a los que se refiere el ordenamiento constitucional de la República; que la disciplina normativa acerca del antejuicio de mérito debe ser interpretada a la luz del nuevo orden constitucional; que la querella fiscal debe fundarse en prueba suficiente, motivo por el cual su instauración debe ser precedida por una actividad de investigación, conducida por el Ministerio Público, durante cuyo desarrollo debe respetarse íntegramen-

> te al imputado su derecho constitucional a la defensa, a tenor de la disposición prevista en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la forma y condiciones previstas en los artículos 313 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal; y que el juicio sobre la prueba constituir el fundamento principal de la determinación acerca de si hay o no mérito, es decir, acerca de si hay o no lugar al enjuiciamiento.

Se aprecia una aparente diferencia entre los precedentes criterios que sostenían la necesidad de *fundados indicios* de la comisión de un hecho punible y de su autoría, y la idea citada en último término, *de que la querella fiscal debe fundarse en prueba suficiente.*

Dicha locución –prueba suficiente– debe entenderse en el contexto del procedimiento del cual se trate, pues el antejuicio puede resultar bastante para lo que se necesita la existencia de fundados indicios, en tanto que la prueba suficiente para condenar debe ser más convincente; sin embargo, la sentencia examinada en último término afirma que debió existir la certidumbre de los hechos, "*y esta seguridad únicamente se alcanza cuando hay pruebas concluyentes*", lo cual obliga a un examen más amplio de la cuestión.

Al establecer el artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como atribución del Tribunal Supremo de Justicia, declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la República o quien haga sus veces, del Vicepresidente o Vicepresidenta de la República, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o Fiscala General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, Oficiales u Oficialas Generales y Almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los Jefes o Jefas de misiones diplomáticas de la República, está asegurando que esos Altos Funcionarios, para ser enjuiciados por los Tribunales ordinarios, o por el propio Tribunal Supremo, deban ser previamente sometidos a un antejuicio dirigido a determinar si existen méritos suficientes para proceder al juicio.

Es criterio doctrinario que la necesidad de antejuicio protege a la función y no a la persona del funcionario o empleado público y se dirige a preservar la estabilidad en el desempeño del cargo e impedir que el ejercicio de la función pública se vea menoscabado por los avatares políticos.

En otras palabras, la institución del antejuicio pretende evitar que denuncias con trasfondo político afecten el ejercicio normal de la función pública y causen a los órganos del Estado un daño mayor que el presuntamente causado por los hechos imputados; por consiguiente, al no ser una protección a la persona, sino a la función desempeñada, debe realizarse en cada caso un examen que pondere la gravedad del daño imputado y la amenaza del daño que se causaría a la función, pues el efecto inmediato del antejuicio, además de la continuación del proceso penal, consiste en la separación del cargo desempeñado por el imputado.

La disposición protectora de la función pública, en la Constitución vigente, incluye a una nueva categoría: los Generales y Almirantes de la Fuerza Armada Nacional. Dicha inclusión se justifica por la alta misión encomendada, que consiste, conforme al artículo 328 del Texto Fundamental en garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, cooperar en el mantenimiento del orden interno y participar activamente en el desarrollo nacional.

Con el antejuicio se propuso el legislador constitucional salvaguardar a la Fuerza Armada contra cualquier juzgamiento precipitado de sus oficiales generales y almirantes que se pudiera ordenar en un momento de ofuscación política o de alteración del orden castrense. La prerrogativa está dirigida a la protección de la función ejercida y no a la persona del oficial imputado, pues de lo contrario se trataría de un irritante privilegio, contrario al principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la ley. Las funciones de la Fuerza Armada se ejercen por personas físicas, entre otros, los oficiales generales y almirantes, quienes a diferencia del resto de los altos funcionarios protegidos por la norma constitucional, conservan su carácter de tales, a los efectos de la protección, mientras estén en servicio activo; sin embargo, podrían no estar ejerciendo un concreto mando o cargo en el momento del antejuicio.

En tal caso, al balancear el Tribunal la gravedad del daño imputado y la amenaza del daño que se causaría a la función, tal como quedó expresado, se debe concluir en que la amenaza de daño a la función es menor que en los otros supuestos de protección, pues no existiría la separación de un mando o cargo, actualmente ejercido, que pueda alterar el ejercicio de la función encomendada a la institución armada.

Por otra parte, la averiguación previa del Fiscal General de la República en ningún caso puede constituir plena prueba de los hechos imputados, pues consistirá siempre en entrevistas realizadas a los imputados, con la presencia de sus defensores y bajo la garantía de no verse obligados a declarar contra sí mismos, pero también en entrevistas a testigos sin juramento y otras pruebas respecto a las cuales no ha existido en esta etapa de la averiguación la debida contradicción y el control de parte, y por tanto, sólo constituyen comprobaciones preliminares, de las cuales se podrían derivar –o por el contrario, no emanar– fundados indicios de la comisión de un hecho punible por los imputados, nunca plena prueba.

Asimismo, si el resultado de esta comprobación indiciaria conduce a la procedencia del antejuicio, la motivación del fallo tendrá que ser escueta, por la imposibilidad de adelantar opinión sobre el fondo de la controversia, en tanto que de considerar este Supremo Tribunal que no existen indicios de la existencia del hecho punible o de la autoría por los imputados, podrá fundamentar más profundamente el resultado de su examen, en la sentencia que se dicte, la cual pondrá fin al procedimiento.

Posteriormente en fecha 6 de marzo de 1985, nuevamente el Alto Tribunal expresó que el antejuicio de mérito debe ceñirse a constatar si los hechos imputados al funcionario caen en la esfera de lo ilícito penal y si los documentos presentados para la justificación de la acusación demuestran que no sería fundada (Caso José Manzo González).

En sentencia de fecha 18/01/1990 en el caso de José Ángel Ciliberto, la Corte insistió que había precisado la finalidad del antejuicio de mérito, que no es otra que la verificación de la comisión de algún hecho punible, y por esta razón, sancionable por el ordenamiento jurídico venezolano, por lo que, el antejuicio de mérito equivale a una precalificación, a una

apreciación que en modo alguno entra al fondo de la cuestión. Al examinar ese texto comprendo que se trata de un texto político, mas no jurídico. No obstante lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, sí mantuvo el criterio de que el antejuicio de mérito es simplemente una precalificación para dar lugar al proceso. Por esta razón es que tampoco era admisible la recusación interpuesta. Sin embargo, ella se tramitó y fue declarada procedente, sin ningún soporte jurídico. Esa sentencia insiste en que en tal situación actúa como tribunal de la causa, sino que se concreta a examinar los recaudos traídos y deducir una precalificación de los hechos, así como las consecuencias de carácter penal, sin penetrar, porque no es su misión, en lo que es materia propia de los tribunales encargados de conocer y juzgar el asunto.

Además, en la historia de los antejuicios de mérito, que por cierto han sido muchos, quizá abusivos, se observa que se repite la idea central de que se trata de un procedimiento especial. Véase la sentencia del 20/05/1993, cuando la Corte Suprema conoció del caso del Presidente Carlos Andrés Pérez. Es indudable el acierto de la Corte Suprema cuando expresó:

> Se trata de un procedimiento especial en un doble aspecto: En primer lugar, por lo que atañe a los sujetos enjuiciables y en segundo término, por lo que se refiere al procedimiento. En el primer caso, únicamente los Altos Funcionarios están sometidos al Antejuicio de Mérito por ante el más Alto Tribunal de la República. Y en cuanto a las características procedimentales, la Ley ha previsto determinados elementos, entre los cuales se destaca que dada su finalidad fundamental, el Antejuicio, como su misma denominación lo indica, no constituye un juicio propiamente dicho, sino un pronunciamiento previo a la causa, que cuando se declara con lugar constituye la base para la iniciación del juicio o su prosecución, según las normas aplicables en cada caso. No constituye por ello un indicativo de absolución o de condena, sino una declaratoria acerca de la procedencia o no de la apertura del juicio penal correspondiente.

En la misma tonalidad de la sentencia mencionada, nos vamos a conseguir con un criterio que se sostuvo el 25 de junio de 1992, en el caso del ciudadano Antonio Ríos, dirigente obrero, cuando se dice:

> a) El antejuicio no constituye sino una etapa previa al posible enjuiciamiento de aquellos funcionarios respecto a los cuales la ley fundamental de la República lo consagra como una forma de resguardar el cumplimiento de sus funciones, ya que dicho procedimiento tiene por objeto evitar a los mismos en el entorpecimiento producido por la apertura de causas penales posiblemente temerarias o infundadas. Es decir, no se dicta una sentencia de condena. En verdad mediante un antejuicio de mérito no se pretende condenar a nadie, sino eliminar un obstáculo procesal para que un ciudadano comparezca en juicio. Esto no lo manejó así el recusante, tampoco el Juez que decidió dicha recusación, con el agravante de que ese procedimiento de recusación correspondía decidirlo el Magistrado competente para ello. Pero así ocurrió y la recusación fue declarada con lugar sin fundamento alguno.
>
> b) Además el antejuicio de mérito no debe implicar, en modo alguno, la búsqueda de la comprobación plena del cuerpo del delito ni de la culpabilidad del funcionario cuestionado.
>
> c) El antejuicio de mérito tiene por objeto el análisis y estudio previo de las actas procesales, con el fin de establecer si de la reconstrucción de los hechos emergen presunciones de la comisión de un hecho punible y de que en la perpetración del mismo se encuentra comprometida la responsabilidad del funcionario.

Este mismo criterio se sostuvo en el caso de Jaime Lusinchi el 10 de agosto de 1993, y el decidido el día 3 de marzo de 1998, al establecerse que siempre la Corte debe determinar si los hechos son o no delictivos y si existen elementos sobre la participación de las personas involucradas en el caso.

Lo cierto es, que el antejuicio de mérito solicitado por el Fiscal General de la República, Doctor Julián Isaías Rodríguez Díaz, era procedente, pues existían elementos suficientes para determinar que los hechos en que incurrieron los Altos Oficiales, eran ilícitos penales, los cuales quedaron demostrados en la secuencia probatoria presente en el expedien-

te. Afirmar esto no significaba avanzar opinión sobre el fondo, era simplemente la posibilidad de iniciar una etapa para establecer la responsabilidad o no de los militares involucrados en los sucesos del 11 de abril y días siguientes y si efectivamente de esas pruebas se deducía que estábamos frente al delito de rebelión militar.

Ya transcurrido un año existe material probatorio que comprueba la tesis sostenida en nuestra ponencia. Uno de esos aportes a la verdad procesal lo constituye la investigación de la Asamblea Nacional.

En efecto, ésta por intermedio de la Comisión Parlamentaria Especial para Investigar los Sucesos de Abril de 2002, realizó una investigación que terminó el 2 de julio de 2002. El material elaborado contiene un aspecto teórico sobre el concepto de Golpe de Estado, un análisis jurídico del acta de constitución del gobierno de facto, impuesto por acto de fuerza el 12 de abril de 2002 y una secuencia histórica que se refleja en los materiales recopilados por dicha Comisión. Este Informe de la Asamblea Nacional, así como los textos que aparecen en la obra, completan en forma detallada el conocimiento de cualquier investigación que se inicie sobre los sucesos ocurridos el 11 de abril.

CONCLUSIONES

La conclusión de este trabajo indica:

1) Que el 11 de abril de 2002 se produjo un Golpe de Estado que duró 48 horas. En ese breve tiempo decretó la disolución de todos los Poderes.

2) Los militares cuyas declaraciones constan en las actas, desconocieron el actual régimen de gobierno y la autoridad de Hugo Chávez Frías y del Alto Mando Militar.

3) Las pruebas analizadas consistieron en declaraciones de los Altos Oficiales citados en el texto de la querella.

4) La televisión y el trabajo realizado por los periodistas en las entrevistas, aportaron un material probatorio importante.

Los Tipos Penales en la Legislación Venezolana

María Inmaculada PÉREZ DUPUY*

SUMARIO:

Introducción.

1. **Leyes especiales que contienen tipos penales agrupados según el bien jurídico.**
2. **Creación de tipos penales por el Poder Ejecutivo a través de autorización legislativa.**
3. **La hipertrofia legislativa en materia penal.**
4. **La sanción de leyes penales por la Comisión Legislativa Nacional en el año 2000.**
5. **La paratipicidad en la legislación penal venezolana.**

* **Universidad Santa María**, Abogada, Doctora en Ciencias Penales mención *summa cum laude*, Especialista en Casación, mención *summa cum laude*. Profesora en Pre y Posgrado. **Universidad Central de Venezuela**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho,* Profesora. **Juzgado de Primera Instancia Penal**, Ex Juez. **Corte de Apelaciones Área Metropolitana de Caracas**, Juez Titular. Expositora en varios eventos nacionales e internacionales.

6. La hipertrofia normativa en los delitos contra el orden económico.
Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

En Venezuela la legislación penal presenta como característica que paralelamente al Código Penal se ha desarrollado una legislación penal colateral a través de la sanción de leyes penales especiales o a través de leyes especiales en las que se incriminan conductas cuya respuesta por parte del Estado es la imposición de una pena que afecta la libertad del transgresor.

Las leyes penales especiales cronológicamente se han sancionado en el siguiente orden: 1982 Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público;[1] 1984 Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; 1991 Ley Sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones; 1992 Ley Penal del Ambiente; 1997 Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera; 2000 Ley Sobre Hurto y Robo de Vehículos; 2001 Ley Especial Contra los Delitos Informáticos. En la legislación especial cada día es mayor la tendencia a tipificar conductas y así observamos un enorme catálogo de leyes especiales que contienen un capítulo dedicado a las "Sanciones Penales".

Hemos revisado a la fecha más de 200 textos legales resultando que al lado del Código Penal y el Código Orgánico de Justicia Militar, existe un gran número de textos legales, siete de ellas leyes penales especiales; 74 Leyes especiales que contienen tipos penales; 25 Leyes especiales que contienen cláusulas generales que dejan a salvo la responsabilidad penal conforme al Código Penal o a leyes especiales.

De la revisión efectuada cabe destacar:

1º. La existencia de leyes especiales con tipos penales que tutelan bienes jurídicos diversos.

[1] Derogada por la Ley Contra Corrupción que entró en vigencia recientemente en abril de 2003.

2º. La tendencia del Poder Ejecutivo a legislar en materia penal a través de las leyes habilitantes.

3º. La tendencia a sancionar leyes especiales tomando como criterios de especialidad el objeto material del delito o el sujeto pasivo del mismo.

4º. La sanción por parte de la Comisión Legislativa de una ley penal especial y la reforma del Código Penal.

5º. La existencia de un fenómeno legislativo que ha sido denominado en Colombia por Jorge Nova Pereira como "paratipicidad", habiéndose identificado hasta el momento paratipos en varias leyes especiales.

En el trabajo dedicaremos un capítulo para el examen de cada uno de los anteriores aspectos, con la advertencia al lector que dada la dinámica legislativa, lo aquí afirmado debe relacionarse con el texto legal que esté vigente.

1. LEYES ESPECIALES QUE CONTIENEN TIPOS PENALES AGRUPADOS SEGÚN EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

De la investigación realizada hemos identificado un grueso número de leyes especiales con tipos penales que tutelan bienes jurídicos diversos y con base a tal criterio los hemos agrupado así:

1.1 *DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO*

1. Código de Comercio;

2. Ley de Archivos Nacionales;

3. Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública;

4. Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de Posesión;

5. Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera;

6. Registro Nacional de Hierros y Señales;

7. Ley Sobre Depósito Judicial;

8. Ley Sobre el Derecho de Autor;

9. Ley Sobre el Hurto y Robo de Vehículos;

10. Ley de Venta con Reserva de Dominio;

11. Ley de Venta de Parcelas;

12. Ley Orgánica de Telecomunicaciones;

13. Ley de Propiedad Horizontal;

14. Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural.

15. Ley del Servicio Eléctrico

1.2 *DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO*

1. Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles;

2. Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros;

3. Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras;

4. Ley de Mercado de Capitales;

5. Ley de Regulación de la Emergencia Financiera;

6. Ley que Regula el Subsistema de Salud;

7. Ley que Regula el Subsistema de Pensiones;

8. Ley de Propiedad Industrial;

9. Ley de Protección al Deudor Hipotecario;

10. Ley Sobre Régimen Cambiario;

11. Ley de Protección al Consumidor y al Usuario;

12. Ley del Seguro Social;

13. Ley de Prevención Sobre las Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo;

14. Decreto Sobre la Represión de la Usura.

1.3 *DELITOS CONTRA EL INTRUSISMO*

1. Ley de Abogados;

2. Ley de Ejercicio del Bioanálisis;

3. Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública y su Reglamento;

4. Ley de Ejercicio de la Farmacia;

5. Ley de Ejercicio de la Ingeniería, Arquitectura y Profesiones Afines;

6. Ley de Ejercicio de la Medicina;

7. Ley de Ejercicio de la Odontología;

8. Ley de Ejercicio del Periodismo;

9. Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista;

10. Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración;

11. Ley de Ejercicio de la Medicina Veterinaria;

12. Ley de Ejercicio de la Profesión de Sociología y Antropología;

13. Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Nutrición y Dietética;

14. Ley de la Profesión de Licenciados en Relaciones Industriales y Recursos Humanos.

1.4 *DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA*

1. Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas;

2. Ley de Medicamentos;

3. Ley Sobre Transfusiones y Banco de Sangre;

4. Ley de Inmunizaciones.

1.5 *DELITOS CONTRA LA COSA PÚBLICA*

Ley Contra la Corrupción.

1.6 *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

1. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República;

2. Ley de Registro de Antecedentes Penales;

3. Ley de Conmutación de Penas por Indulto o Extrañamiento del Territorio Nacional.

4. Ley Sobre el Régimen de Comparecencia de Funcionarios Públicos ante la Asamblea Nacional.

1.7 *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*

1. Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales;

2. Ley Orgánica del Poder Judicial;

3. Código Orgánico Procesal Penal;

4. Código de Procedimiento Civil;

5. Ley Orgánica de Hacienda Pública;

6. Ley Orgánica Sobre la Justicia de Paz.

7. Ley Contra la Corrupción.

8. Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas

1.8 *CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA*

1. Código Orgánico Tributario;

2. Ley Orgánica de Aduanas;

3. Ley de Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas.

1.9 *DELITOS CONTRA LA CONSERVACIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS*

1. Ley de Correos;

2. Ley General de Marinas y Actividades Conexas;

3. Ley Sobre los Sistemas Metropolitanos de Transporte;

4. Decreto Sobre Prevención de Incendios.

5. Ley de Aviación Civil.

1.10 *DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE*

1. Ley Forestal de Suelos y Aguas;

2. Ley Penal del Ambiente;

3. Ley de Diversidad Biológica;

4. Ley Sobre Sustancias, Materiales y Desechos Tóxicos.

1.11 *DELITOS CONTRA LAS LIBERTADES*

1. Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones;

2. Ley del Sufragio y Participación Política;

3. Ley Sobre la Privacidad de las Comunicaciones.

1.12 *DELITOS CONTRA LA FAMILIA*

Ley Sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia

1.13 *DELITOS CONTRA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE*

Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente

1.14 *DELITOS CONTRA LOS SISTEMAS QUE UTILIZAN TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN*

Ley Especial Contra los Delitos Informáticos.

1.15 *DELITOS CONTRA EL TRÁFICO ILEGAL*

Ley Sobre Trasplante de Órganos y Otros Materiales Anatómicos

1.16 *ULTRAJES*

Ley de Bandera, Escudo e Himno Nacional

1.17 *ACTIVIDADES DE EXTRANJEROS*

1. Ley de Extranjeros;

2. Ley Sobre Actividades de Extranjeros en el Territorio de Venezuela.

1.18 *SEGURIDAD DE LA NACIÓN*

Ley Orgánica de Seguridad de la Nación.

1.19*DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO*

Ley para el Desarme

De lo anterior resulta que en atención a las categorías del bien jurídico tutelado tenemos el siguiente cuadro en cuanto al número de textos legales.[2]

1. Delitos contra el patrimonio: 15 textos legales.[3]

2. Delitos contra el orden económico: 14 textos legales.[4]

3. Delitos contra el intrusismo: 14 textos legales

4. Delitos contra la salud pública: 4 textos legales

5. Delitos contra la cosa pública: 1 texto legal.[5]

6. Delitos contra la administración pública: 4 textos legales.

7. Delitos contra la administración de justicia: 8 textos legales.[6]

8. Delitos contra la hacienda pública: 3 textos legales.

9. Delitos contra la conservación de los intereses públicos: 5 textos legales.

---

[2] No se han incluido delitos contra la fe pública, por cuanto las leyes especiales que los tipificaban como la Ley Orgánica de Identificación y la Ley del Banco Central de Venezuela al ser reformadas suprimieron las descripciones típicas.

[3] Además en la Ley Contra el Delito Informático se tipifican delitos contra la propiedad.

[4] En la Ley Contra el Delito Informático se incriminan conductas contra el orden económico.

[5] Contiene también delitos contra la Administración de Justicia.

[6] En varias leyes que tipifican delitos contra el orden económico se tipifican conductas que lesionan el bien jurídico de administración de justicia.

10. Delitos contra el medio ambiente: 4 textos legales.

11. Delitos contra las libertades: 3 textos legales.[7]

12. Delitos contra la familia: 1 texto legal.

13. Delitos contra el sistema de Protección del Niño y del Adolescente: 1 texto legal.[8]

14. Delitos contra los sistemas que utilizan tecnologías de información: 1 texto legal.[9]

15. Delitos contra el tráfico ilegal: 1 texto legal.

16. Ultrajes: 1 texto legal**.**

17. Actividades de extranjeros: 2 textos legales.

18. Seguridad de la nación: 1 texto legal.

19. Delitos contra el orden público: 1 texto legal.[10]

2. CREACIÓN DE TIPOS PENALES POR EL PODER EJECUTIVO A TRAVÉS DE AUTORIZACIÓN LEGISLATIVA

La Constitución de la República de Venezuela de 1961 en el artículo 190, ordinal 8º facultaba al Presidente de la República a dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera previa Ley Habilitante conferida por el Congreso.

En ejercicio de esta facultad el Presidente de la República legisló en materia económica y financiera, incluyéndose en algunas leyes tipos penales, a saber:

---

[7] En la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente se tipifican varios ataques al bien jurídico libertad individual.

[8] En esta Ley se tutelan además diversos bienes jurídicos, entre ellos libertad, administración de justicia, orden público, vida, integridad física.

[9] En esta ley se tutelan diversos bienes jurídicos: propiedad, orden económico, privacidad, derechos de niños y adolescentes.

[10] También se encuentran tipos penales que tutelan el orden público en la Ley Orgánica para Protección del Niño y del Adolescente y en la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación.

1. Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros en 1975 (derogada por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1994 sancionada por el Congreso de la República), posteriormente reformada por el Poder Ejecutivo a través de delegación legislativa, incorporándose nuevos tipos penales. (G.O. 5.561 del 28-11-01).

2. Ley de Mercado de Capitales en 1975 (derogada por la Ley de Mercado de Capitales de 1998 sancionada por el Congreso de la República).

3. Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras en 1993, reformada por el Poder Ejecutivo en 2001, creando nuevos tipos penales y reformando los anteriores.

4. Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo en 1993 (derogada por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, emanada del Poder Ejecutivo. (G.O. 5.555 del 13-11-01).

5. Ley Orgánica de Aduanas en 1999.

6. Ley que Regula el Subsistema de Salud en 1999.

7. Ley que Regula el Subsistema de Pensiones en 1999.

8. Ley de Aviación Civil en 2001. *Gaceta Oficial* 5.555 del 13 de noviembre de 2001

Al amparo de la Ley Habilitante de 2001 el Presidente de la República al reformar la Ley Orgánica de Identificación, despenalizó las conductas relativas a la falsificación y uso de cédula de identidad falsa.

Existe también un Decreto denominado Reglamento sobre Prevención de Incendios que al ocasionarse un incendio por el incumplimiento de las normas en él contenidas, prevé la sanción para el delito descrito en el artículo 357 del Código Penal.

La mayoría de las leyes regulan materia financiera y tipifican delitos contra el orden económico, según clasificación que hemos hecho en párrafos anteriores. Observamos que la tipificación de delitos por parte

del Poder Ejecutivo no es un hecho aislado sino que ha tenido lugar en tres momentos: 1975; 1993; 1999 y 2001 de lo que surge una alta tendencia del mismo a invadir la esfera de competencia del poder legislativo a quien está reservado legislar en materia penal.

Al referirnos a la ley como fuente del Derecho Penal, entendemos tal expresión de acuerdo al artículo 202 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: "La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan de manera sistemática las normas relativas a determinadas materias se podrán denominar códigos". Conforme al artículo 156, numeral 32 de la Constitución, es competencia del Poder Público Nacional: la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, **penal**, penitenciaria, de procedimientos. Conforme al artículo 187 *ejusdem*, corresponde a la Asamblea Nacional, legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del poder nacional, ateniéndose al proceso de formación de leyes previsto en el artículo 207 y siguientes de la Constitución. Conforme a lo anterior las normas penales sólo pueden emanar de una ley propia en el sentido arriba establecido dictada por el poder legislativo, no pudiendo el Ejecutivo hacerlo a través de decretos.

Ahora bien, en la Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 236 ordinal 8 se faculta al Presidente de la República, a dictar previa autorización por una Ley Habilitante, decretos con fuerza de ley, sin restringir que esa facultad legislativa se limite a la materia económica y financiera como lo establecía la Constitución de 1961.

Lo anterior ha llevado a algunos a dejar abierta la posibilidad que el Presidente de la República sea habilitado por la Asamblea Nacional para legislar en materia penal. Estimamos que ello no es posible por cuanto violentaría el fundamento democrático representativo del principio de la legalidad.[11]

[11] Ignacio Berdugo en su trabajo *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, expresa que repugna a la conciencia jurídica que la definición de lo que sea delito y de las penas que correspondan, sean facultad del Monarca, del Gobierno o de los Jueces. Pertenece a lo constitutivo del pensamiento moderno que esa facultad corresponda en exclusiva a la Ley, en tanto que expresión democrático-representativa de la voluntad general y de la separación de poderes consustancial al Estado de Derecho. (1999:45)

En criterio de Casal Hernández, la nueva regulación constitucional se traduce en una amenaza a la reserva de ley formal o parlamento que en principio rige en el ámbito de los derechos y libertades, por lo que estima que la previsión constitucional que habilita al Presidente de la República a legislar mediante decretos leyes debe ser sometida a una interpretación restrictiva en "atención al principio democrático y a los criterios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a las condiciones de las leyes que impongan limitaciones a los derechos humanos (*vid.* Opinión Consultiva 0C-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".[12]

Pedro Nikken, igualmente considera que la posibilidad absoluta de habilitación legislativa, sin otro presupuesto que el juicio discrecional, "sin ningún tipo de limitación temporal ni material, ni ejercicio de control parlamentario o judicial, se enfrenta categóricamente con el ejercicio democrático y participativo del gobierno en las vitales materias que, como garantías mínimas a los ciudadanos están resguardadas por la reserva legal".[13]

Estima el citado autor que el asunto, de por sí es delicado, por todo lo que puede implicar la libertad, integridad, seguridad y plenitud de las instituciones democráticas, por lo que en su concepto, tal disposición coloca a la Constitución en conflicto con lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de los órganos que, de acuerdo con el artículo 31 de la misma Constitución, se encuentra constitucionalmente sometida la República, citando la Opinión Consultiva 0C-6/86 del 9 de mayo de 1986, así:

> que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente pre-

[12] Casal Hernández, Jesús María. *Los Derechos Humanos y la Constitución de 1999.*
[13] Nikken Pedro. *Los Derechos Humanos en la Constitución de Venezuela del 30 de Diciembre de 1999.* En la *Constitución de 1999.* p. 349.

> vistos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de leyes.[14]

Tenemos entonces que en Venezuela, cuando el Presidente de la República ha creado tipo penales al legislar en materia económica y financiera, así como en otra materia, se ha violado el principio de la legalidad, y en cuanto a esa amplia delegación legislativa que establece el artículo 236 ordinal 8 de la vigente Constitución, de la que no surge restricción, si el Ejecutivo legisla en materia penal, igualmente se viola el referido principio que es uno de los principales límites en un Estado Social de derecho y democrático para el ejercicio del *ius puniendi.*[15]

---

[14] Nikken Pedro. *Obra citada.* pp. 349-350.

[15] La Sala Constitucional en sentencia de fecha 21 de Noviembre de 2001 declaró la nulidad parcial de la Ley de Régimen Cambiario, y allí estableció "que el principio de la legalidad en materia sancionatoria –invocado por la parte accionante como lesionado–, está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la tipicidad de los delitos, conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre, es decir, que toda conducta que constituya un delito, así como las sanciones correspondientes, deben estar previamente estipuladas en una disposición normativa, general y abstracta (desde el punto de vista formal) que los defina, pues se entiende que tales sanciones afectan o inciden de manera directa e individual sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, por lo que en este caso, no le estaría dado al legislador hacer remisiones "genéricas" para que, mediante un reglamento se establezcan delitos o sanciones relacionados con la Ley de que se trate.

Así, en aras de la seguridad jurídica que debe existir en todo Estado de Derecho, le corresponde a la ley definir todas aquellas conductas que pudieran calificarse como delitos y que por tanto, acarrearían penas y sanciones, tal exigencia se encuentra consagrada en la norma prevista en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución vigente cuando dispone que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y en consecuencia,"(...) 6. [n]inguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes".

La aplicación del principio de la legalidad de los delitos, faltas y las penas no resulta exclusivo del Derecho Penal, sino que se ha sido extendido a las diversas ramas del Derecho, con mayor arraigo en los ilícitos y penas administrativas, por lo que actualmente se habla de postulados del Derecho Sancionatorio; de manera que, resulta necesaria la tipificación legal previa de los hechos calificados como delitos o faltas y la anticipada consagración de la medida sancionatoria que le corresponda, y por ello, no podría una ley contener formulaciones genéricas en materia sancionatoria y dejar en manos del Ejecutivo la determinación de los hechos o conductas ilícitas, pues de esta manera se abre la posibilidad de que, en la medida en que se presenten nuevos supuestos jurídicos, se establezcan hechos posteriores que originen tipos delictivos, en cuyo caso la ley estaría delegando la potestad normativa en materia de tipificación de delitos a futuros actos de contenido normativo, pero de carácter sublegal".

3. LA HIPERTROFIA LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL

El fenómeno legislativo venezolano en materia penal no sólo está caracterizado por existir leyes penales especiales que tutelan bienes jurídicos que ya eran objeto de tutela en un capítulo específico del Libro Segundo del Código Penal, sino que además de existir leyes penales especiales para regular los delitos contra la cosa pública, salud pública, ambiente, se han sancionado leyes especiales en tres formas:

A) Leyes penales especiales que tipifican delitos contra la propiedad en forma ya descrita en el Código Penal, Libro Segundo, Título X y el único elemento diferenciador en algunos casos lo va a ser el objeto material del delito, y en otros lo es además el monto de la pena o la forma como se sancionan las formas imperfectas, tal es el caso de la Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera y Ley Sobre el Hurto y Robo de Vehículos.

Lo anterior lleva a la situación que ante un hurto, por ejemplo, no basta que la cosa hurtada sea mueble para subsumir la conducta en el artículo 453 del Código Penal, sino que hay que verificar si es un animal calificado como ganado o es un vehículo automotor, para subsumir la conducta en alguna de las leyes penales especiales a que hemos hecho referencia.

B) Leyes especiales que tutelan bienes jurídicos ya regulados penalmente en el Código Penal en diversos capítulos, pero que la lesión de los mismos se subsume en la ley especial por referirse ésta a un sujeto pasivo o titular de diversos bienes jurídicos a quien se le brinda una protección especial, tal es el caso de la Ley Sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia y de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Así tenemos:

LEY SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA FAMILIA

Objeto de la ley: Prevenir, controlar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la familia, así como asistir a las víctimas de los hechos de violencia previstos en la Ley (Art. 1)

Sujetos protegidos: La mujer u otro integrante de la familia

Bien jurídico	**Delito**	**Artículo**
Libertad	Amenaza	16
Integridad física y psíquica	Violencia física Violencia psicológica	17 20
Libertad sexual	Acceso carnal violento	18
	Acoso sexual	19

LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

Objeto de la ley: Garantizar a todos los niños y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben brindarle desde el momento de su concepción.

Sujetos protegidos: Niños y Adolescentes

Bien jurídico	Delito	Artículo
Integridad física y psíquica	Tortura	253
	Trato Cruel	254
	Omisión de atención	274
	Suministro de sustancias nocivas	263
Protección al Trabajo	Trabajo forzoso	255
	Admisión o Lucro por Trabajo contraindicado	256
	Admisión o Lucro por Trabajo de Niños Hasta 8 años.	257
Libertad sexual	Explotación Sexual	258
	Abuso sexual a niños	259
	Abuso sexual a adolescente	260
Orden público	Suministro de armas municiones y explosivos	261
	Suministro de fuegos artificiales	262
	Uso de niños o adolescentes para delinquir	264
	Inclusión de niños o adolescentes en grupos criminales	265

Bien jurídico	Delito	Artículo
Libertad individual	Tráfico de niños y adolescentes	266
	Lucro por entrega de niños o adolescentes	267
	Privación ilegítima de libertad	268
	Falta de notificación de la detención	269
Contra el sistema de protección del niño y del adolescente	Desacato a la autoridad	270
	Falso testimonio	271
	Sustracción y retención de niños o adolescentes	272
	Omisión de denuncia	275
Estado civil	Omisión de registro de nacimiento	273

C) Leyes especiales que tutelan bienes jurídicos ya regulados penalmente en el Código Penal en diversos capítulos, pero que la lesión de los mismos se subsume en la ley especial por referirse ésta a un objeto material concreto a quien se le brinda una protección especial, tal es el caso de la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos que regula lo relativo a la protección de los sistemas informáticos.[16]

[16] Del objeto de la ley y de las tipologías que consagra, se observa que el legislador ha considerado como delito informático todo ataque contra los sistemas que utilizan tecnología de información y todo ataque a diversos bienes jurídicos objeto de tutela penal cometidos mediante el uso de dichas tecnologías. El primer grupo de delito se corresponde con el capítulo I del Título II de la Ley, mientras que el segundo grupo de delitos se corresponden con los capítulos II, III, IV y V de la Ley. Lo anterior nos lleva a afirmar que el legislador considera que **los sistemas que utilizan tecnologías de información** son objeto de ataque y también constituyen un medio para cometer delitos. En las descripciones típicas del Capítulo I del Título II de la Ley, el objeto de la acción siempre será un sistema que utilice tecnología de información; los componentes que conforman el sistema; la data o información contenida en el sistema; y en algunos casos será sobre el "documento" que se encuentre incorporado al sistema. Se observa que el objeto sobre el cual se ha de proyectar la acción típica, por corresponderse con un concepto eminentemente técnico, es necesario que el intérprete conozca y maneje los términos. La ley en el Título I, artículo 2 define los términos tecnología de información, sistema, data, información, documento, computador, hardware, firware, software, programa, procesamiento de data, seguridad, virus, tarjeta inteligente, contraseña, mensaje de datos En las descripciones típicas de los Capítulos II al V del Título I

En el artículo 1 de la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos se establece como objeto de la misma la protección integral de los sistemas que utilicen tecnologías de información; la prevención y sanción de los delitos cometidos contra: los sistemas que utilicen tecnologías de información; los componentes de los sistemas; los cometidos mediante el uso de tecnologías de información, en los términos previstos en dicha ley.

Bien jurídico	**Delito**	**Artículo**
Contra los Sistemas que Utilizan Tecnologías de Información	Acceso indebido.	6
	Sabotaje o daño a sistemas.	7
	Sabotaje o daño culposos.	8
	Acceso indebido o sabotaje a sistemas protegidos.	9
	Posesión de equipos o prestación de servicios de sabotaje.	10
	Espionaje informático.	11
	Falsificación de documentos	12

el sistema de tecnología de información no es el objeto de ataque, sino que será el medio del que se vale el agente para atacar otros bienes jurídicos. Así, por ejemplo, en las modalidades de hurto y fraude se "usa la tecnología de información"; en las modalidades de obtención indebida de bienes y servicios se "utiliza indebidamente la tecnología de información" o se "utiliza una tarjeta inteligente". La tarjeta inteligente es un medio para efectuar atentados a la propiedad, según la descripción del artículo 16 de la Ley, pero también puede ser objeto de apropiación, según lo descrito en el artículo 17, siendo realmente lo tutelado el derecho de propiedad sobre la tarjeta, asemejándose la conducta descrita en el artículo 471 del Código Penal Venezolano.

Bien jurídico	**Delito**	**Artículo**
Contra la propiedad	Hurto	13
	Fraude	14
	Obtención indebida de bienes o servicios	15
	Manejo fraudulento de tarjetas inteligentes o instrumentos análogos	16
	Apropiación de tarjetas inteligentes o instrumentos análogos	17
	Provisión indebida de bienes o servicios	18
	Posesión de equipo para falsificaciones	19
Contra la privacidad de las personas y de las comunicaciones	Violación de la privacidad de la data o información de carácter personal	20
	Violación de la privacidad de las comunicaciones	21
	Revelación indebida de data o información de carácter personal	22

Bien jurídico	Delito	Artículo
Contra niños, niñas o adolescentes	Difusión o exhibición Material pornográfico	23
	Exhibición pornográfica de niños o adolescentes	24
Contra el orden económico	Apropiación de propiedad intelectual	25
	Oferta engañosa	26

Lo anteriormente expuesto nos lleva a afirmar que el Código Penal no regula lo relativo a:

1. Los delitos contra la Cosa Pública por estar regulados por la Ley Contra la Corrupción.

2. Los delitos contra la Salud Pública por estar regulados en la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y la Ley de Medicamentos.

3. Los delitos contra el Medio Ambiente por estar regulados éstos por la Ley Penal del Ambiente y otras leyes especiales.

4. Los delitos contra el Orden Económico por estar regulados en diversas leyes especiales.

5. Los delitos contra la propiedad cuando el objeto material sea ganado, por estar regulados por la Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera.

6. Los delitos de hurto y robo cuando el objeto material sea un vehículo automotor por estar regulados por la Ley Sobre Hurto y Robo de Vehículos.

7. Los delitos contra la libertad sexual, libertad individual, vida, integridad física, cuando el sujeto pasivo sea un niño o adolescente, por estar regulados por la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente.

8. Los delitos cuyo objeto material de la acción típica sea un sistema informático o éste sea el medio de comisión de otros delitos, por estar regulados por la Ley Especial Contra Delitos Informáticos.

9. Los delitos contra la Hacienda Pública Nacional por estar regulados por el Código Orgánico Tributario y otras leyes especiales.

Lo antes expuesto nos evidencia que en Venezuela existe un fenómeno de hipertrofia normativa que repercute negativamente en los destinatarios de la norma penal. En lo que respecta al ciudadano lo puede colocar en una situación de desconocimiento de la antijuricidad de la conducta, en lo que respecta al Juez puede cometer errores en caso de desconocer la existencia de la Ley. Por ello, estimamos que todas estas leyes deben ser revisadas por quienes han asumido la importante y difícil tarea de reformar un Código Penal y luego de sistematizarlas, buscarles su encaje en el Código Penal, con lo cual se dará mayor seguridad jurídica al ciudadano en cuanto a las conductas que se reputan indeseables y por ello merecedoras de una pena.

4. LA SANCIÓN DE LEYES PENALES POR LA COMISIÓN LEGISLATIVA NACIONAL DURANTE EL PROCESO DE TRANSICIÓN

La Comisión Legislativa Nacional fue el órgano de transición designado por la Asamblea Nacional Constituyente para ejercer las funciones del Poder Legislativo Nacional, según el Decreto sobre el Régimen Transitorio del Poder Público, el cual en su artículo 6 ordinal 1º establece que le corresponde legislar en las materias de la competencia nacional. Con fundamento en tal disposición en materia penal se sancionó la Ley Sobre el Hurto y Robo de Vehículos y leyes especiales que tienen tipos penales como la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la Ley de Medicamentos. Se procedió además a la reforma parcial del Código Penal en algunos capítulos y para incluir el delito de desaparición forzada de personas.

El acto constituyente indudablemente atribuye la competencia legislativa a la referida Comisión Legislativa Nacional, el problema se plantea en cuanto a la designación de los miembros de tal Comisión, los cuales no son producto de un proceso de elección popular, sino que fueron designados directamente por los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente. Si partimos de la aceptada posición que el principio de la legalidad derivó de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo, admitiendo el ciudadano el paso del estado de naturaleza al estado civil, en virtud de un pacto en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad, participación que tiene lugar por medio del Poder Legislativo, resulta entonces que el principio de la legalidad es una garantía política de que el ciudadano no puede ser sancionado por delitos que no admita el pueblo.[17]

Con fundamento en lo anterior tenemos que al no ser los miembros de la Comisión Legislativa Nacional verdaderos representantes del pueblo por no haber sido designados por éste, no existe la garantía política que representa el principio de la legalidad y por ello sería discutible la posibilidad que pudieran legislar creando nuevos tipos delictivos.

5. LA PARATIPICIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL VENEZOLANA

1. Teoría de la Paratipicidad

La Teoría de la Paratipicidad ha sido elaborada por el autor colombiano Jorge Nova Pereira, quien construyó el vocablo partiendo de la fusión de dos voces diferentes: la preposición "para" que significa proximidad, semejanza y el sustantivo abstracto "tipicidad", considerándolo como una tipicidad paralela y denomina al fenómeno como "tipicidad atípica". La paratipicidad es esencialmente descripción concreta, individual determinada de una conducta humana hecha por el

[17] Mir Puig Santiago, *Derecho Penal Parte General*. (1996:75-76)

legislador que se encuentra asimilada por la propia ley a otra conducta humana así descrita abstractamente por el legislador y la cual se encuentra conminada con una sanción.

Define el paratipo así "descripción casuística de una conducta humana particular hecha por el legislador, la cual se encuentra legalmente asimilada o referida a un tipo penal, pudiendo o no subsumirse en él, y quedando, cuando se aparta de sus presupuestos estructurales, desprovisto de sanción.[18] Los clasifica en: reales, aparentes e híbridos y a su vez en nominados e innominados.[19]

[18] Nova Pereira, Jorge, *La Paratipicidad penal*, (1979:3)

[19] Jorge Nova Pereira en su trabajo *La Paratipicidad Penal,* al referirse a los paratipos aparentes, expresa: "Son descripciones legales de conductas humanas particulares, referidas a un tipo penal al que se adecuan plenamente, con idéntica punibilidad. Por lo mismo, su carácter ilícito se deriva, más que del paratipo mismo, de la figura criminosa que lo subsume. O sea, que tales conductas serían de todos modos delictivas, en el mismo grado y con igual sanción que la hipótesis típica legal, aunque la norma paratípica no lo dijese. Estas figuras sobran, están de más en la ley" . Estima el citado autor que la nomenclatura de aparente obedece a que sus diferencias con el tipo penal respectivo no son reales, sino solamente aparentes, en el grado que satisfacen plenamente sus requisitos esenciales. En el fondo no son sino descripciones casuísticas de hechos ya contemplados de manera amplia en la ley penal. Encuentra la utilidad del paratipo aparente desde el punto de vista de la política criminal, "en la medida en que le recuerdan o advierten al agente que su comportamiento es punible de conformidad con las previsiones del Código Penal, y hasta le señalan expresamente el delito como para que no quede flotando incertidumbre alguna". En cuanto a los paratipos reales señala: "se presentan los paratipos reales como descripciones legales casuísticas de ciertos comportamientos humanos no previstos anteriormente en el estatuto punitivo, y remitidas genéricamente a un tipo legal descrito en éste y del que existen siempre dos o más figuras incriminadoras, en las que de ningún modo encuentran adecuación típica, quedando, por lo mismo, desprovista de sanción" . Considera Nova que los paratipos reales son casos insólitos en la legislación penal y constituyen una gravísima falla de técnica legislativa, pues con ellos se pretende crear delitos sin sanción, lo que considera un contrasentido. Para explicar por qué no es sancionable la conducta descrita en el paratipo señala: "la no punibilidad de tales conductas resulta, pues, de su falta de adecuación típica a la figura criminosa respecto de la cual se hizo genéricamente la remisión, ya sea porque no cubra ninguno de sus elementos estructurales (atipicidad absoluta), o bien porque solamente cubra alguno o algunos de ellos (atipicidad relativa); en ambos casos, la conducta, pese a que el legislador la considera expresamente como delictiva, es, en verdad, atípica, ya que no se adecúa a ningún tipo legal, y el paratipo, en sí mismo, no tiene el carácter de norma incriminadora (que consta de precepto y sanción)". En cuanto a los paratipos híbridos refiere que estas figuran son el resultado de la combinación de las dos anteriores, es decir, que participan de los caracteres de unas soliendo presentarse alternativa o acumulativamente descritos, de manera que sólo una o algunas de las conductas allí previstas se subsumen, en verdad, en un tipo penal; las demás son atípicas. "De ahí la atipicidad parcial de estos paratipos, de que hablamos anteriormente. Dada su naturaleza mixta, ellos son tan importantes para la ciencia del derecho criminal como los reales, y todo cuanto se dijo de éstos anteriormente, es predicable de aquéllos" (1979:48, 51, 59).

De la Teoría de la Paratipicidad expuesta por Jorge Nova Pereira, podemos tomar los siguientes elementos para identificar los paratipos:

1º. Paratipos aparentes: a) descripción casuística; b) remisión a un tipo penal; c) equivalencia de condiciones fácticas; identidad de objeto jurídico e identidad de sanciones con respecto al tipo al cual remite; d) no quedan sin sanción; e) sobran en la legislación.

2º. Paratipos reales: a) Descripción casuística no prevista con anterioridad; b) remisión a un tipo penal; c) falta de equivalencia de condiciones fácticas con respecto al tipo al cual remite; d) quedan sin sanción; e) descripción casuística no prevista con anterioridad; f) remisión a un tipo penal; g) falta de equivalencia de condiciones fácticas con respecto al tipo al cual remite; h) quedan sin sanción;

3°. Paratipos híbridos: a) descripción casuística prevista o no con anterioridad; b) remisión a un tipo penal; c) equivalencia parcial de condiciones fácticas con respecto al tipo al cual remite; d) quedan sin sanción algunas de las conductas descritas

2. Apariencia de paratipos:

En el ordenamiento jurídico venezolano hemos identificado este fenómeno en varias leyes especiales que contienen tipos penales. Igualmente hemos identificado otro tipo de figura que comparte varias de las notas característica de los paratipos aparentes dadas por Jorge Nova, faltándole la remisión al Código Penal o a otra Ley, por cuanto sí contienen la sanción en la descripción.

La Teoría de la Paratipicidad no ha sido suficientemente desarrollada, hemos encontrado referencias a ella en las obras de Reyes Echandía, Fernández Carrasquilla y Bello Rengifo, pero siempre partiendo del planteamiento de Jorge Nova. Chiossone identifica el problema, pero no le da la denominación de paratipicidad. La falta de desarrollo de la Teoría nos impide afirmar o negar el carácter de paratipo de estas figuras.

Las figuras delictivas que hemos identificado y que contienen algunos elementos de la paratipicidad, se caracterizan por: a) son descripciones casuísticas de una conducta ya descrita en el Código Penal o en una Ley Penal especial; b) no hay remisión al Código Penal ni a otra Ley; c) tienen su propia sanción; d) hay identidad de conductas típicas, de la naturaleza del objeto material; del tipo calificado de sujeto activo, pero en la ley especial se hace excesivamente casuístico la concreción del objeto material de delito o la del sujeto activo calificado; e) están demás en la legislación.

Igualmente hemos de señalar que en Venezuela la doctrina y la jurisprudencia cuando se han encontrado ante casos de figuras que pudieran ser constitutivas de un paratipo real o híbrido por hacer remisión al Código Penal u otra Ley, han entendido que tal remisión es a los efectos de la sanción a imponer y no a la descripción típica. En la jurisprudencia de la Sala Penal de la otrora Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de junio de 1994, expediente Nº 28-94 al resolverse un asunto relacionado con la remisión que hacía el artículo 61 de la Ley de Protección del Consumidor de 1992 al delito de usura, estableció que la descripción típica es la prevista en la Ley especial en sus artículos 6 y 61 y que la pena es la prevista en el Decreto Sobre la Represión de la Usura. El Doctor Bello Rengifo, sobre el particular cita trabajo de Jorge de La Rúa "Los delitos contra la confianza en los negocios", siendo para este último la remisión a los efectos de la escala penal.[20] Lo antes expuesto nos lleva a pensar, que según que se adopte una u otra posición, la teoría de la paratipicidad quedará a un lado.

En los textos legales revisados hemos identificado dos leyes que contienen delitos cuya descripción comparte parcialmente los rasgos característicos de la paratipicidad:

1. Ley Penal de Protección de la Actividad Ganadera: la conducta descrita en el artículo 6 de esta Ley, ya está descrita en los artículos 457 y 458 del Código Penal, el único elemento diferenciador lo es el

[20] Bello Rengifo, Carlos Simón. *Ilicitud Penal Colateral* (1988:601).

objeto material del delito "*una o varias cabezas de ganado, que formen o no parte de un rebaño"* y las conductas descritas en el artículo 7, ya están detalladas en el artículo 460 del Código Penal, el único elemento diferenciador lo es el objeto material del delito "*una o varias cabezas de ganado, que formen o no parte de un rebaño"*.

2. Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. La conducta descrita en el artículo 114 de esta Ley se corresponde con la misma descripción típica de la del artículo 66 de la Ley Contra la Corrupción[21] relativo al delito de uso de información privilegiada, el único elemento diferenciador lo es que la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, el sujeto activo es *un funcionario del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU)*. La conducta descrita en el artículo 115 de esta Ley se corresponde con la misma descripción típica de la del artículo 60 de la Ley Contra la Corrupción, relativo al delito de uso de concusión, el único elemento diferenciador lo es que la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, el sujeto activo es *un funcionario del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU)*. Se observa que las figuras de los artículos 114 y 115 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario comparten gran parte de los elementos característicos de los paratipos aparentes, faltándoles la remisión a la Ley Contra la Corrupción para que fuera un verdadero paratipo con respecto a esta Ley.

Estimamos que la regulación casuística en que incurrió el legislador es excesiva por cuanto al estar descritas las conductas en la Ley Contra la Corrupción[22] y referida a todo funcionario público, y siéndolo un funcionario del INDECU, la única función que tendrían los artículos 114 y 115 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, sería como lo apunta Jorge Nova, recordarle a tal categoría en concreto de funcionario público la antijuricidad de la conducta.

[21] Artículo 63 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.
[22] Idéntica situación con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

3. Identificación de los paratipos:

Como señalamos en párrafos precedentes en Venezuela existen leyes que contienen paratipos en la forma apuntada por Jorge Nova en su Teoría sobre la Paratipicidad. Estas figuras ya han sido identificadas con anterioridad por el Dr. Bello Rengifo en su obra "Ilicitud Penal Colateral", publicada en el año 1988.

No pretendemos aquí entrar a examinarlos todos, pero si por lo menos identificarlos e indicar la norma respecto a la cual constituyen un paratipo. Nos permitimos indicarlos en el orden que hemos dado para agrupar los delitos.

3.1 Paratipos en los delitos contra el patrimonio

Código de Comercio[23]

Artículo 370	Constituye un paratipo híbrido con respecto al artículo 464 del Código Penal.
Artículo 395	Constituye un paratipo real con respecto al delito de apropiación indebida calificada previsto en el artículo 470 del Código Penal.
Artículo 922.- El cónyuge, los descendientes y ascendientes, consanguíneos o afines del fallido, que a sabiendas hubieren sustraído u ocultado bienes pertenecientes a la quiebra, sin haber obrado en complicidad con el fallido, serán castigados como reos de hurto.	Constituye un paratipo real con respecto al delito de hurto del Código Penal en las diversas modalidades descritas en los artículos 444 y 455, y podría constituirlo también con respecto a las leyes especiales del Hurto y Robo de Vehículo Automotor y de la Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera.

[23] **Artículo 919.-** Las quiebras culpables y fraudulentas serán castigadas con arreglo al Código Penal. **Artículo 921.-** Serán castigados con las penas de los quebrados fraudulentos: 1º.- Los individuos

Ley de Archivos Nacionales	
Artículo 15. Son nulas las enajenaciones o negociaciones que contravengan esta Ley, quienes efectúen tales negociaciones serán perseguidos conforme a la ley como reos de apropiación fraudulenta.	Constituye un paratipo con relación al delito de apropiación indebida la cual es calificada como fraudulenta, situación que no se corresponde con este delito en el que el traslado patrimonial tiene lugar por el abuso de la confianza, mientras que en el fraude el traslado patrimonial es consecuencia de la inducción en error. No nos imaginamos una apropiación fraudulenta, ni está descrita la figura, por lo que nos aventuramos a afirmar que sería una conducta que quedaría sin sanción y por ello sería un paratipo real.

que, a sabiendas, y en interés del fallido, hayan sustraído en todo o parte de los bienes de éste, muebles, o inmuebles, sin perjuicio de otras disposiciones del Código Penal sobre lo que como agentes principales hayan participado en el hecho. 2º.- Los convencidos de haber presentado fraudulentamente en la quiebra, créditos supuestos en su nombre o por medio de otro; o de haber alterado la naturaleza o fecha del crédito, para anteponerse en la graduación, con perjuicio de otros acreedores, aun cuando esto se verifique antes de la declaración de la quiebra.
3º. Los que comerciando bajo el nombre de otro o con un nombre supuesto, aparezcan culpables de los hechos expresados en el artículo 918. También serán castigados con arreglo al Código Penal y multa que no baje de doscientos bolívares, al comerciante que hubiere estipulado con el fallido u otra persona ventajas particulares por razón de su voto en las deliberaciones de la quiebra o particiones de liquidación amigable, o que de cualquier otro modo se hubiere procurado ventajas a cargo del activo de la quiebra.
Las anteriores descripciones no constituyen paratipos sino los supuestos de hecho para la quiebra culposa y fraudulenta cuya sanción está prevista en los artículos 342 y 343 del Código Penal, ello surge de la interpretación conjunta de estas dos normas con las del artículo 919 del Código de Comercio.

Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social

Artículo 54. El Juez o funcionario público de la Nación, de los Estados, del Distrito Federal o de los Territorios Federales, que tomare u ordenare tomar la propiedad o derechos ajenos sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes, responderá personalmente del valor de la cosa y de los perjuicios que cause, a reserva de ser juzgado conforme a lo establecido en el Código Penal.		Constituye un paratipo aparente con respecto a figuras contenidas en el Código Penal y en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.[24]

Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión

Artículo 16.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de esta Ley, el hipotecante o pignorante que enajene o grave sin el consentimiento del acreedor o como libres bienes gravados, incurrirán en delito y se les aplicará las penas previstas en el artículo 464 del Código Penal. Si el hipotecante o el pignorante fuere una persona jurídica, las penas señaladas se impondrán a las personas que hayan realizado el acto en nombre de aquélla. Los delitos a que		En cuanto a la descripción, a simple vista es un paratipo aparente con respecto al artículo 465 ordinal 6º en lo que respecta a enajenar como libres bienes gravados. En cuanto a enajenar o gravar sin el consentimiento del dueño se subsumiría en el artículo 466 ordinal 1º del Código Penal, pero la pena sería la del artículo 464. Debe destacarse la condición de procedibilidad que se impone

[24] El Doctor Tulio Chiossone, en su Trabajo *Delitos Innominados*, afirma, que la Ley se refiere a los delitos que afectan la propiedad inmobiliaria ajena, tal como usurpaciones o daños, no quedando excluidos otros delitos en los que incurran los funcionarios como consecuencia del desempeño de su función en los procesos de expropiación. (1977:37).

se refiere el presente artículo sólo son enjuiciables a instancia de parte.

Ley Sobre Depósito Judicial **Artículo 39.-** Quien actuare como depositario judicial u ofreciere sus servicios como tal sin estar autorizado en la forma establecida en esta Ley, será castigado con la pena prevista en el artículo 214 del Código Penal, salvo el caso del artículo 35 de esta Ley. Igual pena se impondrá a la persona que se presente como representante o administrador de un depositario judicial, si la persona en nombre de la cual actúa no ha obtenido la autorización correspondiente o le ha sido revocada o si no tuviere el autor del hecho la representación que se atribuye o le hubiere sido revocada.	Constituye un paratipo aparente con respecto al artículo 214 del Código Penal.
Artículo 40.- Cualquiera que, sin ser depositario, se apropie para si o para un tercero, enajene, grave, oculte, destruya o deprecie total o parcialmente cualesquiera bienes a sabiendas de que sobre ellos pesa una medida judicial, será castigado con la pena establecida en el ordinal 6 del artículo 465 del Código Penal.	Constituye un paratipo aparente en lo que respecta al artículo 465 ordinal 6 del Código Penal
Ley sobre venta con reserva de dominio **Artículo 9.-** El comprador no puede realizar actos de disposición sobre la cosa adquirida con reserva de dominio, mientras dure dicha reserva,...	Constituye un paratipo real con respecto al delito de apropiación indebida, supuestos que no quedan configurados con la conducta descrita en el paratipo.[25]

[25] El Doctor Tulio Chiossone estima dudosa la existencia de esta modalidad delictiva dados los términos en que el Código Penal describe el tipo de apropiación indebida. (1976:51).

Queda a salvo la eventual responsabilidad penal del comprador, de acuerdo con el artículo 468 del Código Penal.	
Ley de pesca de perlas[26] **Artículo 21.-** Se declarará ilícito el comercio de perlas sueltas, artificiales o cultivadas. Parágrafo Único.- La venta, como naturales, de perlas cultivadas o artificiales, en cualquier forma que se haga aquélla, queda sujeta a las disposiciones del Código Penal.	Constituye un paratipo aparente con respecto al delito de estafa del artículo 464 del Código Penal
Artículo 43.- Los que encubrieren el fraude o se aprovecharen de él, serán castigados de acuerdo con las disposiciones del Código Penal.	Constituye un paratipo aparente con respecto al delito de encubrimiento del artículo 255 y del delito de receptación del artículo 472, ambos del Código Penal.
Ley penal de protección a la actividad ganadera **Artículo 12.-** Incurrirá en la pena de prisión de tres (3) a cinco (5) años: **3.-** El funcionario público que ordene o ejecute actos, ...	Constituye un paratipo con relación al artículo 69 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.[27]
Ley del Servicio Eléctrico **Artículo 94.** Serán igualmente aplicables a la sustracción de energía mediante conexiones no autorizadas o alteración de equipos de suministro o instrumentos de medición, las disposiciones relativas al hurto, robo	Constituye un paratipo real con respecto al delito de hurto y robo del Código Penal

[26] La Ley de Pesca de Perlas de fecha 14 de Agosto de 1944 fue derogada expresamente por la Ley de Pesca y Acuacultura de fecha 13 de noviembre de 2001, ley emanada del Poder Ejecutivo en virtud de Ley Habilitante.

[27] La conducta no es propiamente paratípica por tener descrita la sanción en el encabezamiento. A los efectos de la adecuación, la misma no puede efectuarse conforme a las descripciones del artículo 69 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

y daños establecidos en el Código Penal, así como las indemnizaciones y resarcimientos que procedan de conformidad con las leyes.

DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO	
Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras	
Artículo 450. Las personas que en el curso de un procedimiento instruido por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras incurran en falso testimonio, serán castigadas conforme a lo previsto en el Código Penal para los delitos contra la Administración de Justicia.	Constituye un paratipo real con respecto al artículo 243 del Código Penal.[28]
Ley de Mercado de Capitales	
Artículo 142. - Las personas que en el curso de una averiguación administrativa rindan declaraciones falsas ante la Comisión Nacional de Valores incurrirán en la misma responsabilidad que lo hiciere ante los Tribunales de Justicia.	Constituye un paratipo con respecto al artículo 243 del Código Penal.[29]
Artículo 143.- Quienes habiendo sido citados para rendir declaraciones en	Constituye un paratipo real con respecto al artículo 239 del Código Penal.[30]

[28] Si la remisión es a la descripción típica del artículo 243 del Código Penal se trata de un paratipo real, por cuanto la norma exige que el falso testimonio sea rendido por un testigo ante un funcionario judicial, no por cualquier persona en un procedimiento administrativo ante un órgano administrativo. Ahora bien, si la remisión es a la escala penal, cede la paratipicidad y se consideraría delictiva la deposición falsa ante la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras en los procedimientos que adelanta la misma como ente encargado de inspeccionar, regular y supervisar las actividades de las empresas que realiza actividades de intermediación, autorizados o no.

[29] La fórmula de la Ley de Mercado de Capitales es diferente al artículo 297 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. En la primera se trata de un paratipo real innominado. Valen las mismas observaciones hechas al comentar la segunda.

[30] Si la remisión es a la descripción típica del artículo 239 del Código Penal, se trata de un paratipo real, por cuanto la norma exige que el llamado sea hecho a una persona en calidad de testigo, experto, médico cirujano por la autoridad judicial y que la negativa a deponer sea ante la misma, no en un procedimiento administrativo ante un órgano administrativo. Ahora bien, si la remisión es a la escala penal, cede la paratipicidad y se consideraría delictiva la negativa a comparecer y a declarar ante la Comisión Nacional de Valores en los procedimientos que instruya la misma.

una averiguación... . serán sancionados de conformidad con lo establecido en el artículo 239 del Código Penal.

Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros[31] **Ley de protección al deudor hipotecario** **Artículo 9.-** La violación al límite de las tasas de interés establecida en los artículos 3º y 16 de esta Ley, configura el delito de usura. Las otras violaciones a esta Ley cometidas por los acreedores hipotecarios serán sancionadas de acuerdo a las disposiciones de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo o de la Ley de Empresa de Seguros y Reaseguros según el caso.[32]	Constituye un paratipo real en cuanto a la remisión a la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras[33]

[31] El artículo 180 de la reformada Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establecía: "Serán penados con prisión de uno (1) a cinco (5) años: a) Quienes en el ejercicio de sus funciones de fiscalización y vigilancia, sean responsables de aprovechamiento ilícito, corrupción o encubrimiento, y las personas que por cuenta de la empresa o en colusión con ella hubieren participado en la infracción". La conducta de aprovechamiento ilícito podría constituir la descrita en el artículo 71, ordinal 2º de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público; corrupción, la del delito de esta denominación previsto en los artículos 65 y 67 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y encubrimiento la de los artículos 255 y siguientes del Código Penal. Ahora bien, si alguien resulta responsable de alguno de estos delitos, se habrá de sancionar por las leyes citadas, y el hecho que el agente sea un empleado de fiscalización en seguros, no puede castigarse por lo que ya fue castigado, pues resultaría violada la garantía prevista en el artículo 49 ordinal 7 de la Constitución de la República de Venezuela.

[32] La Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo fue derogada de manera expresa por la vigente Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

[33] La remisión que hace al delito de usura, entendemos que no es un paratipo, sino que el supuesto de hecho está establecido en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario, donde se fijan unas tasas de mayor porcentaje que las previstas en el Decreto Sobre la Represión de la Usura que reenvía al Código Civil. Aquí podemos afirmar que la remisión es a la pena del delito de Usura, según la escala del referido decreto. En cuanto a la remisión a la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo y Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, estimamos que se trataría de un paratipo real, por cuanto ninguno de los supuestos es encuadrable en los delitos descritos en las referidas leyes.

Artículo 3.- La tasa de interés a pagar por los préstamos hipotecarios protegidos por esta Ley, será de treinta por ciento (30%) anual....

Ley de Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo[34] **Ley de Protección al usuario y al consumidor** **Artículo 70.-** En las operaciones de venta a crédito de bienes o servicios o de financiamiento para tales operaciones, no podrá obtenerse a título de intereses, comisiones o recargos, ninguna cantidad por encima de los máximos que sean fijados por el Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Banco Central de Venezuela, en atención a las condiciones existentes en el mercado financiero nacional; los infractores de esta disposición incurrirán en el delito de usura.	Constituye un paratipo real con respecto al Decreto Legislativo Sobre la Represión de la Usura, toda vez que la Ley del Banco Central de Venezuela sólo autoriza al ente emisor a fijar las tasas activas y pasivas para las empresas que realizan actividades de intermediación financiera conforme a las leyes de la materia.
Ley del Seguro Social	Constituye un paratipo real.[35]

[34] La Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo fue derogada por la vigente Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras. La Ley derogada contenía los mismos tipos penales de la Ley General de Bancos de 1993, excepto el de intermediación financiera ilícita. El artículo 108, establecía que las personas que en el curso de un procedimiento instruido por la Superintendencia, incurran en falso testimonio, serán castigados conforme a lo previsto en el Capítulo IV, Título IV, Libro Segundo del Código Penal, por lo que constituía un paratipo con relación al artículo 243 del Código Penal.

[35] Para el Doctor Tulio Chiossone la omisión de declaración y declaración tardía por parte del patrono al Seguro Social, no tiene sanción penal alguna, porque tales hechos no están previstos como delitos ni como faltas en el Código Penal. En cuanto a la declaración inexacta estima que podría considerarse como un caso de falsedad, resultando difícil precisar la disposición del Código Penal en la cual podría encuadrarse. (1979:71)

Artículo 87.- Toda omisión de declaración, declaración tardía o declaración inexacta por parte de un patrono, además de las sanciones penales correspondientes dará lugar a acciones por responsabilidad contra él....	Constituye un paratipo real.[37]
DELITOS CONTRA EL INTRUSISMO	
Ley de Abogados[36]	
Ley de Ejercicio del Bioanálisis	
Artículo 36.- Incurren en faltas de carácter penal y serán sancionados conforme a la Ley:..	Constituye un paratipo con relación al delito de usurpación de título.[38]

[36] Establece el artículo 74. "Quien sin ser Abogado se anuncie como tal, se atribuya ese carácter o ejerza la abogacía sin llenar los requisitos legales, será castigado con pena de tres a nueve meses de prisión. El enjuiciamiento será de oficio y por ante la jurisdicción ordinaria. En ningún caso se acordará la libertad bajo fianza.
Parágrafo Único: A los efectos de la aplicación de esta sanción se considera el delito como usurpación de funciones públicas.
El Parágrafo Único del artículo 74 de la Ley de Abogados considera que la aplicación de la sanción por ejercicio ilegal de la profesión de Abogado es una usurpación de funciones públicas.
Estimamos que tal señalamiento es inútil, no tiene ningún alcance por cuanto la ley fija los casos de ejercicio ilegal y el tipo tiene sus elementos completos, el hacerlo crea confusiones por cuanto el ejercicio ilegal de una profesión no constituye usurpación de funciones públicas. Con relación al punto, Chiossone señala que se trata de una interpretación auténtica no constitutiva de la usurpación "pues quien ejerce una profesión no tiene funciones públicas" . Obra citada p. 106.

[37] La descripción del artículo 36 constituye un paratipo real por cuanto al indicar que las conductas constituyen faltas y remitir a la Ley. Examinado el catálogo de faltas del Libro Tercero del Código Penal no se subsume en ella ninguno de los supuestos del artículo 36 de la Ley. Los supuestos del artículo 36 tampoco se subsumen en el artículo 215 del Código Penal. Se trata de ejercicio ilícito de profesión que queda sin sanción, resultando bien confusa la redacción del artículo 37.

[38] La Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública no sanciona de manera expresa los actos que constituyen ejercicio ilegal de la profesión. Contiene un paratipo relativo a la usurpación de título para el que no fija sanción, quedando en consecuencia sin pena tales actos que califica de usurpación de títulos. Estimamos que el ejercicio ilegal se puede resolver por el artículo 215 del Código Penal.

Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública

Artículo 5. -Se considera usurpación del título a que se refiere esta Ley, además de los casos previstos en el Código Penal.	Constituye un paratipo real con respecto al artículo 214 del Código Penal.[39]

Ley de Ejercicio de la Farmacia

Artículo 15.- Toda infracción de la presente Ley o de su Reglamento constituye falta sometido a sanción penal.	Los artículos 8 y 30 constituyen un paratipo real con respecto al artículo 214 del Código Penal en cuanto se refiere a la usurpación de título, considerando como tales el empleo por quien no tenga título correspondiente de "términos, leyendas, insignias, dibujos o ideas que lo infieran". Al no poderse subsumir estas conductas en los supuestos de los artículo 214 y 215, quedan las mismas sin sanción.

Ley de Ejercicio de la Ingeniería, Arquitectura y profesiones afines

Artículo 8.- Se considera usurpación de los títulos a que se refiere esta Ley, además de los casos previstos en el Código Penal,... el empleo por personas que no los tengan de términos, leyendas, insignias, dibujos y demás expresiones de las cuales pueda inferirse la idea de ejercicio profesional. Constituirá agravante, a los fines de este artículo, la utilización de medios de publicidad o propaganda.	

La usurpación de títulos será castigada conforme a lo dispuesto en el Código Penal.

[39] La Ley de Ejercicio de la Farmacia contiene una fórmula general en el artículo 15 que estima inconstitucional, dejando de fijar de manera cierta cuáles actos constituyen ejercicio ilegal de la profesión que pudieran ser constitutivos del delito de intrusismo y por ello remite al Código Penal, sin embargo, ha de resolverse el asunto conjuntamente con lo dispuesto en el **Código de Instrucción Médico Forense** que establece: **Artículo 164.-** Nadie podrá ejercer la profesión de farmacéutico sin haber sido examinado por la facultad de Caracas y haber obtenido el correspondiente diploma. **Artículo 165.-** Los farmacéuticos que quieran establecerse en una localidad no podrán hacerlo sin haber presentado el título de que habla el artículo anterior a la Primera Autoridad de Policía del lugar en que fijen su residencia. **Artículo 166.-** Todo individuo que se ocupe en el ejercicio de la farmacia sin haber cumplido lo prescrito en los artículos 164 y 165, será juzgado con arreglo a lo que establece el Código Penal sobre usurpación de títulos y funciones y venta de productos químicos y sustancias medicinales.
Es en el Código de Instrucción Médico Forense donde se encuentra solución al intrusismo en la profesión de farmacéutico que contiene un paratipo real con respecto al artículo 215 del Código Penal que no describe las conductas de "ocuparse del ejercicio de la farmacia", sino los de "arrogarse grados académicos" o "ejercer públicamente actos propios de una facultad" los cuales son distintos. También constituye un paratipo real con respecto al artículo 214 en el que la usurpación de funciones se refiere a las "públicas, civiles o militares". En el Código Penal no está sancionada la simple venta de productos químicos y sustancias medicinales, por lo tanto quedan sin sanción los supuestos del Código de Instrucción Médico Forense.

[40] La Ley en el artículo 26 señala los supuestos de ejercicio ilegal de la profesión.

Los derechos de propiedad intelectual estarán amparados por las disposiciones de la Ley especial sobre la materia.[40]	Constituye un paratipo real con relación al artículo 215 del Código Penal en el que no están descritas las conductas a que se refiere el artículo 63, quedando en consecuencia desprovista de sanción.
Ley de Ejercicio de la Odontología **Artículo 63.-** ~~El uso indebido de~~ diplomas, placas, credenciales, insignias, emblemas, membretes y otros distintivos propios de los profesionales de la odontología o de sus auxiliares, se castigará conforme al artículo 215 del Código Penal.[41]	Constituye un paratipo real con respecto al delito previsto en el artículo 214 y 215 del Código Penal por cuanto el empleo de términos, leyendas, insignias y expresiones en la forma indicada no está prevista en tales normas como conductas punibles.
Ley de Ejercicio de la profesión de Licenciado en Administración **Artículo 6.-** Se considera usurpación de título que acredita esta Ley, además de los casos previstos en el Código Penal, el empleo por persona distinta a la que se contrae esta ley, de términos, leyendas, insignias, y demás expresiones de los cuales	

[41] En el artículo 2 de la Ley se establece quiénes ejercen ilegalmente la odontología, en el artículo 62 se fija una sanción que es pecuniaria.

[42] En esta reciente Ley del 17 de diciembre de 2002 en el artículo 11 se establece: El régimen aplicable a los casos de usurpación del ejercicio profesional será el establecido en el Código Penal y el Código Orgánico Procesal Penal y en el artículo 15 se establece que se consideran sanciones de carácter penal, a los efectos de esta ley, las estipuladas como tales en el Código Penal.

pueda inferirse la idea del ejercicio de la profesión de Licenciado en Administración.

Ley de la Profesión de Licenciados en Relaciones Industriales y Recursos Humanos[42]

	Constituye un paratipo híbrido con respecto al artículo 207 del Código Penal, quedando sin sanción la negligencia, el retardo o la culpa, pudiendo sólo ser exigible lo relativo a la omisión, caso en el cual será un paratipo aparente.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República[43]

CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Ley Orgánica del Poder Judicial

Artículo 81.- Los defensores públicos son responsables conforme al Código Penal, por negligencia, retardo, omisión o culpa en el desempeño de sus funciones.	Constituye un paratipo real con respecto al artículo 207 del Código Penal en el que si bien se subsumen las descripciones del artículo en comentario, se requiere que concurran las condiciones para intentar contra el Juez el recurso de queja, a fin de hacer efectiva la responsabilidad civil, condición no prevista en el paratipo, por ello todo supuesto de denegación de justicia no es punible y habrá caso en que queden desprovistos de sanción.[44]

Código Orgánico Procesal Penal

[43] El artículo 57 de la Ley Orgánica de la Procuraduría contenía un paratipo real, al establecer: El Procurador General, los directores, Adjuntos o Auxiliares, deben hacer valer en los juicios los recursos ordinarios y extraordinarios concebidos por las leyes, sin necesidad de autorización especial... El incumplimiento de esta disposición será sancionado conforme al Código Penal. La ley fue reformada por el Presidente de la República en 2001, reforma que suprimió el paratipo, quedando la anterior norma así: **Artículo 99.** Los funcionarios públicos que incumplan las obligaciones que les establece este Decreto Ley, serán sancionados con multa entre cincuenta y cien Unidades Tributarias (50 y 100 U.T.), de conformidad con el procedimiento sumario previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles y penales que les sean imputables por los daños causados a los derechos, bienes o intereses patrimoniales de la República. La sanción prevista en este artículo será aplicada por el superior jerárquico del funcionario objeto de la misma, a requerimiento motivado del Procurador o Procuradora General de la República. Igual sanción se aplicará al superior jerárquico que no dé cumplimiento a esta medida o la retarde injustificadamente, sin perjuicio de las demás sanciones y procedimientos disciplinarios establecidos en las leyes.

[44] En la Ley Contra la Corrupción se castigan conductas que han sido calificados como ataques al bien jurídico, administración de justicia, entre las que se encuentra la denegación de justicia en el juzgamiento de estos delitos.

Artículo 6º. Obligación de decidir.- Los jueces no podrán abstenerse de decidir so pretexto de silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad en los términos de las leyes, ni retardar indebidamente alguna decisión. Si lo hicieren, incurrirán en denegación de justicia. **Artículo 311. Devolución de objetos**. El Ministerio Público devolverá lo antes posible los objetos recogidos o que se incautaron y que no son imprescindibles para la investigación. No obstante,...	Constituye un paratipo real. En el Código Penal no está previsto el delito de desobediencia a la autoridad, sino el de violencia o resistencia a la autoridad en los artículos 216 y 217.[45]
Las autoridades competentes deberán darle cumplimiento inmediato a la orden que en este sentido impartan el Juez o el Fiscal, so pena de ser enjuiciados por desobediencia a la autoridad, conforme a lo dispuesto en el Código Penal. **Artículo 171. Comparecencia obligatoria.** El testigo, experto o intérprete regularmente citado, que omita, sin legítimo impedimento, comparecer en el lugar, día y hora establecidos, podrá, por decreto del Juez, ser conducido por la fuerza pública a su presencia, quien podrá imponerle una multa del equivalente en bolívares de hasta	Constituye un paratipo aparente con respecto al artículo 239 del Código Penal.
veinte unidades tributarias, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones a que haya lugar según el Código Penal u otras leyes. De ser necesario, el Juez ordenará lo conducente a los fines de garantizar la integridad física del citado.	Constituye un paratipo aparente con respecto al artículo 208 del Código Penal.

[45] En la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 110 se sanciona la obstrucción a las órdenes de Ministerio Público mediante violencia, intimidación o fraude. En la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente se tipifica el delito de desacato a la autoridad, forma delictiva que tutela el sistema de protección del niño y del adolescente.

Artículo 287. Obligación de denunciar. La denuncia es obligatoria:

1. En los particulares, cuando se trate de casos en que la omisión de ella sea sancionable, según disposición del Código Penal o de alguna ley especial;	Constituye un paratipo real con respecto al artículo 207 del Código Penal. **Remisión**: ver comentarios al artículo 6 del Código Orgánico Procesal Penal.

Código de Procedimiento Civil

Artículo 19.- El Juez que se abstuviere de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la Ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, y asimismo, el que retardare ilegalmente dictar alguna providencia, será penado como culpable de denegación de justicia.

Constituye un paratipo con respecto al artículo 243 del Código Penal.

Remisión: ver comentarios al artículo 450 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional

Artículo 176.- La persona que rinda declaraciones falsas al Contralor General de la Nación o cualquier otro funcionario del Departamento de Contraloría, incurrirá en las mismas responsabilidades que el que cometa tales faltas, ante los Tribunales de Justicia; y la Contraloría deberá pedir el enjuiciamiento correspondiente.

Constituye un paratipo con respecto a los delitos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Artículo 140.- Los empleados encargados de la adquisición, custodia, administración, entrega o inversión de bienes nacionales de cualquier género, inclusive materiales, así como del manejo de fondos responden:

1) Por malversación, uso indebido y disposición o entrega sin orden escrita, que deberán conservar, de quien legalmente pueda darla.	Constituye un paratipo con respecto al artículo 141 del Código Penal[46]

ULTRAJES

[46] Bello Rengifo al comentar esta Ley señala que "el artículo fija un paratipo penal por el ultraje o menosprecio a los símbolos patrios, que no guarda exactitud con el artículo 141 del Código Penal". (1988:859)

Ley de Bandera, Escudo e Himno Nacional

Artículo 16.- El que de alguna manera ultraje o menosprecie la Bandera, el Escudo y el Himno de la República, será castigado de conformidad con la Ley.

CONTRA LOS INTERESES PÚBLICOS

Ley de Ferrocarriles[47]

Constituye un paratipo con respecto al artículo 358 del Código Penal[48]

Ley General de Marina y Actividades conexas

Artículo 286. Las acciones y omisiones que constituyan delito o falta y tengan lugar en o con ocasión de la navegación, serán sancionados de acuerdo con el Código Penal o la ley aplicable. Salvo acciones intencionales en caso de abordaje o de cualquier otro accidente de navegación concerniente a un buque de navegación acuática y de tal naturaleza que comprometa la responsabilidad penal o disciplinaria del Capitán, o de cualquier otra persona al servicio del buque, no podrá iniciarse ningún procedimiento penal sino ante las autoridades judiciales o

[47] La Ley de Ferrocarriles en el artículo 20 establecía: "Los que en cualquier forma atentaren contra la seguridad del tránsito ferroviario, serán castigados de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal", tal conducta constituía un paratipo con respecto a los artículos 358 y 360 del Código Penal. La Ley del Sistema de Transporte Ferroviario, (G.O. 37.313 del 30-10-01 derogó la Ley de Ferrocarriles del 2 de agosto de 1957 y estableció la siguiente cláusula general: **Artículo 58.** Las sanciones al incumplimiento de las disposiciones establecidas en este Decreto Ley podrán ser pecuniarias, administrativas o disciplinarias y son independientes de la responsabilidad civil, penal o administrativa que tal incumplimiento pueda generar.

[48] Esta Ley derogó la Ley de Navegación de 1998, que en el artículo 134 establecía: Las acciones u omisiones que constituyan delito o falta y tengan lugar en o con ocasión de la navegación, serán sancionados de acuerdo con el Código Penal o la ley aplicable.

administrativas del Estado cuyo pabellón enarbolaba el buque en el momento del abordaje o del accidente de navegación.	
Reglamento sobre la Prevención de Incendios	
Artículo 38.- Quien por inobservancia de alguna o algunas de las normas del presente Decreto ocasione un incendio, será castigado de acuerdo a la pena prevista en el artículo 357 del Código Penal.	Sin dejar de advertir que esta descripción típica resulta inconstitucional por estar contenida en un Decreto ordinario emanado del Poder Ejecutivo, la misma constituye un paratipo aparente con relación al artículo 357 del Código Penal por cuanto éste prevé el incendio por inobservancia de Reglamentos y la norma en comento lo es.

CONTRA LA FAMILIA	
Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia	
Artículo 18.- Acceso carnal violento. Incurrirá en la misma pena previs-	Constituye una figura especial en el que el supuesto de hecho está en el Código Penal, así como también el relativo a la sanción, todo con relación al artículo 375 que describe el delito de violación. Quizá el objeto de la norma es acabar con la discusión de si la cónyuge podía ser violada por el cónyuge. Si partimos que el artículo 375 del Código Penal no excluye la cónyuge como sujeto pasivo del delito, se tratará entonces el artículo 18 de la Ley en comentario de un paratipo aparente.

ta en el artículo 375 del Código Penal, el que ejecute el hecho allí descrito en perjuicio de su cónyuge o persona con quien haga vida marital.

Esta conducta queda sancionada penalmente en el artículo 132 numeral de la Ley de Ejercicio de la Medicina

CONTRA LA SALUD

Ley de Inmunizaciones[49]

Artículo 24. Todo médico cirujano, Doctor en Ciencias Médicas, Profesional de Enfermería y otro profesional de salud que expida un certificado falso de inmunización o de imposibilidad de ser inmunizado, será sancionado por la autoridad sanitaria competente de acuerdo a lo señalado en la Ley de ejercicio profesional correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad, civil o penal en que pudiere incurrir.

La conducta de entrega no figura en las descripciones del referido Título V, por lo tanto la conducta quedaría sin sanción. La conducta de comercio ya está regulada.

CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

Ley para el desarme

Artículo 13. El que comercie o entregue a otra persona un arma de fuego ilegal, o quien la oculte, será sancionado conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro Segundo del Código Penal

[49] Esta ley derogó a la Ley de Vacuna que tipificaba delitos.

6. LA HIPERTROFIA NORMATIVA EN LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO

Para considerar cuáles leyes debían ser ubicadas en este grupo acudimos a la noción de delito económico y de Derecho Penal Económico. La definición del delito económico ha sido extraída por los autores partiendo desde diversos y disímiles puntos de vista. Un sector de la doctrina lo conceptúa partiendo de la personalidad y ciertas condiciones y cualidades del sujeto activo,[50] otros parten de la naturaleza de las operaciones para concebirlo,[51] mientras otros lo conciben partiendo de las pruebas que se requieren practicar para su comprobación.[52]

[50] Hernández Quintero en su trabajo *Los Delitos en el Estatuto Orgánico Financiero,* cita a Rafael Bielza, quien lo define como "Delitos de gente inteligente, avezada en los negocios, conocedora de las leyes y los reglamentos y de las artimañas para eludir sanciones, influyente por su poder corruptor, y que tiene relaciones mundanas, políticas y con los funcionarios". (1996:57).

[51] García Pablos de Molina, citado por Hernández Quintero concluye que "el delito económico es aparentemente una operación financiera o mercantil, una práctica o procedimientos como otros muchos en el complejo mundo de los negocios. La actividad no es en sí misma llamativa, repugnante, como lo es un homicidio, es neutra y aparentemente lícita. La ilicitud no se constata directamente, porque es necesario derivarla de una confrontación con la norma; normas por otra parte, complejas, muy técnicas, incomprensibles para el no experto, y previos los oportunos dictámenes periciales. El *corpus delicti* –a menudo una cifra, un guarismo, un acuerdo colegiado– nunca produce el rechazo y la desaprobación inmediata del delito convencional. El negocio criminal se inserta en los procesos normales del tráfico jurídico mercantil. Aprovechar la complejidad y tecnificación de éste, para no despertar sospechas. Es bien difícil distinguir un buen negocio de una colosal estafa". (1996:57)

[52] Bello Rengifo refiere el parágrafo 74 de la Ley Alemana de Organización de los Tribunales, la cual para considerar la competencia de las cámaras penal económicas, califica como delitos económicos aquellos que atentan contra la propiedad, en tanto que para la decisión del caso requiere de especiales conocimientos de la vida económica. (1988:157)

[53] Reighi, Esteban, *Derecho Penal Económico Comparado* (1991:321). Bajo esta orientación podemos citar el concepto de Rafael Miranda Gallino, citado por Hernando Hernández Quintero, "El delito financiero, en especial, implica desde luego una estafa en el orden de la buena fe de los negociados y la confianza pública; pero sus consecuencias indirectas son igualmente dañosas, pues retrae capitales que de otro modo se invertirían en actividades honestas, los desvía hacia otros fines, y generalmente va asociado con la defraudación fiscal. Tal incidencia indirecta es, pues, incalculable sobre el mercado de capitales y las finanzas públicas" (1996:58).

Por su parte Hernando Hernández Quintero, considera que es delito económico toda conducta que vulnere o ponga en peligro la intervención del Estado en la economía, trátese de su función de dirección o protección, se erige en delito económico, al igual que los comportamientos mediante los cuales se impide u obstaculiza a los ciudadanos la cabal utilización de los bienes y servicios a que tiene derecho (1996:59).

En cuanto al Derecho Penal Económico, en sentido estricto comprende las normas jurídico-penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía y en sentido estricto delito económico es la infracción que lesiona o pone en peligro esa actividad interventora y reguladora del Estado en la economía.[53]

Para Bello Rengifo la definición del delito económico está en relación con el bien objeto de tutela, y así señala que en el Derecho Penal Económico, ese bien jurídico se puede denominar "orden público económico", en el entendido que existen actividades económicas que tienen por fin la satisfacción de necesidades individuales como tales y que son ejecutadas fundamentalmente por particulares, mientras que hay otras que están dirigidas a la colectividad como tal, habiendo delito económico cuando se transgrede la normativa del Estado destinada a regular la interrelación económica de los particulares, bien sea planificándola o bien sea permitiendo su libre juego, prohibiendo toda obstrucción al mismo y tal transgresión sea de la gravedad necesaria como para considerarla acreedora de sanción penal.[54] Para Tiedemann, citado por Bello, el delito económico comprende la ofensa penal contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía; las transgresiones a los bienes jurídicos supraindividuales o sociales, y los hechos penales clásicos, sin perjuicio de las nuevas formas de ataque.[55]

Las anteriores concepciones, delito económico y Derecho Penal Económico nos ha llevado a considerar dentro de los delitos contra el orden económico, los previstos en las siguientes leyes: Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles; Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras; Ley de Mercado de Capitales; Ley de Regulación de la Emergencia Financiera; Ley que Regula el Subsistema de Salud; Ley que

[54] *Obra citada,* p. 158.
[55] *Obra citada,* p. 158.
[56] El delito de incumplimiento de las obligaciones del fiduciario se encuentra en la actualidad regulado por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras en los artículos 440 al 442.

Regula el Subsistema de Pensiones; Ley de Fideicomiso;[56] Ley de Propiedad Industrial; Ley de Protección al Deudor Hipotecario; Ley Sobre Régimen Cambiario; Ley de Protección al Consumidor y al Usuario; Ley del Seguro Social; Ley de Prevención Sobre las Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo; Decreto Sobre la Represión de la Usura.

Hemos de destacar que entre las leyes que regulan actividades relacionadas con el sector financiero existe un grupo de conductas que se tipifican en una forma muy similar en varias leyes.[57]

Así tenemos:

A) Actividades que realizan determinadas empresas del sector financiero que están sujetas a la inspección, vigilancia y supervisión de un organismo del Estado exigiéndose para su funcionamiento la autorización correspondiente previo cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en la Ley que regula la materia en concreto. Conductas previstas en las siguientes leyes:

– Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (2001), Art. 430.

– Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (2001). Art. 288.

– Ley de Mercado de Capitales (1998). Art. 138 ordinal 8.

– Ley que Regula el Subsistema de Salud (1999) Art. 118 ordinal 2º.

– Ley que Regula el Subsistema de Pensiones (1999). Art. 174 ordinal 2°.

[57] Hemos identificado dos leyes que regulan actividades del orden económico que tipifican conductas que se sancionan en vía administrativa. La primera es la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas que sanciona a quien use tal denominación o sus abreviaturas. La otra es la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro del 27 de Noviembre de 2001, que contiene un elenco de conductas cuya descripción es similar a las utilizadas para la sanción de los delitos previstos en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

B) Operaciones financieras que desvirtúan la función de intermediación que realiza la empresa. Conductas previstas en las siguientes leyes:

– Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (2001), Art. 431.

– Ley que Regula el Subsistema de Salud (1999) Art. 118 ordinal 1º.

– Ley que Regula el Subsistema de Pensiones (1999). Art. 174 ordinal 1°.

C) Conductas que constituyen apropiación o distracción de los recursos de la empresa por parte de los miembros de la junta administradora, directores, administradores o empleados de la misma. Conductas previstas en las siguientes leyes:

– Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (2001), Art. 432.

– Ley de Mercado de Capitales (1998). Art. 139.

– Ley que regula el Subsistema de Salud (1999) Art. 118 ordinal 3º.

– Ley que Regula el Subsistema de Pensiones (1999). Art. 174 ordinal 3°.

D) Conductas que consisten en forjar o emitir documentos de cualquier naturaleza con la finalidad de cometer u ocultar fraudes que lesionen el patrimonio de la empresa que realiza la actividad financiera.

– Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (2001), Art. 433.

– Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (2001). Art. 289.

– Ley que Regula el Subsistema de Pensiones (1999). Art. 174 ordinal 4°.

E) Conductas que consisten en la presentación, entrega, suscripción dolosa de estados financieros o documentos falsos o forjados que no reflejen razonablemente la situación financiera de quien pretende realizar alguna operación con la empresa. Conductas previstas en las siguientes leyes:

– Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (2001), Art. 434.

– Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (2001) Art. 290.

– Ley que Regula el Subsistema de Salud (1999) Art. 118 ordinal 4º.

– Ley que Regula el Subsistema de Pensiones (1999) Art. 174, ordinal 2°.

– Ley de Mercado de Capitales (1998) Art. 138 ordinal 4º.

F) Conductas que consisten en la elaboración, suscripción, autorización, certificación, presentación, publicación de los estados financieros de la empresa que no refleje razonablemente la verdadera situación financiera. Conductas previstas en las siguientes leyes:

– Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (2001), Art. 435.

– Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (2001). Art. 291.

– Ley de Mercado de Capitales (1998). Art. 138 ordinal 1º.

– Ley que Regula el Subsistema de Salud (1999) Art. 119 ordinal 2º.

– Ley que Regula el Subsistema de Pensiones (1999) Art. 174, ordinal 3°.

G) Determinadas obligaciones impuestas a los auditores externos: Conductas previstas en las siguientes leyes:

– Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (2001), Art. 439.

– Ley de Mercado de Capitales (1998). Art. 138 ordinal 2º.

H) Conductas que consisten en la oferta engañosa de algún producto o servicio que ofrece la empresa. Conductas previstas en las siguientes leyes:

– Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (2001), Art. 439.

– Ley de Mercado de Capitales (1998). Art. 138 ordinal 4º.

– Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (2001) Art. 292.

I) Conductas que consisten en falso testimonio con ocasión de las declaraciones rendidas por ante el organismo del Estado que tiene la función de inspección, vigilancia o supervisión de la empresa, imponiéndose como sanción la prevista en el Código Penal para el delito de falso testimonio. Conductas previstas en las siguientes leyes:

– Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (2001), Art. 450.

– Ley de Mercado de Capitales (1998). Art. 142.

– Ley que Regula el Subsistema de Pensiones (1999) Art. 176.

J) Conductas que consisten en valerse de información privilegiada Previstas en las siguientes leyes:

– Ley de Mercado de Capitales (1998). Art. 141.

– Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (1995) Art. 114.

– Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (2001) Art. 444.

Igualmente hemos observado que varias leyes establecen como pena accesoria la inhabilitación por un período de años para desempeñar cargos en las empresas cuyas actividades están reguladas por la especial en concreto, a saber:

– Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (2001) Art. 449.

– Ley de Mercado de Capitales (1998). Art. 142.

Estimamos que la futura reforma del Código Penal contenga un capítulo destinado a regular los delitos que lesionen el orden económico pudiendo integrarse en un mismo tipo delictivo las conductas a que nos hemos referido anteriormente, de manera tal que a medida que el Estado considere que debe intervenir regulando una determinada actividad relacionada con el orden público económico puedan quedar subsumidas las lesiones a esa actividad.

CONCLUSIONES

1º El proceso legislativo en materia penal ha sido excesivo en cuanto al número de leyes con la tendencia a sacar del Código Penal la regulación de determinados bienes jurídicos para ser tutelados a través de leyes especiales en las que se tipifican conductas en forma casuística.

Problema: La tipificación de conductas en leyes especiales en forma casuística de formas delictivas ya descritas en el Código Penal conlleva a los siguientes problemas en cuanto a los destinatarios de la norma:

A) En cuanto al ciudadano que piense que su conducta se regula por el Código Penal, resulte que no es así por existir una ley especial. Ej. si hurtó, piensa que se le va a sancionar por el Código Penal, pero dependiendo de lo que hurto será una u otra ley, bien que sea una cabra o un vehículo automotor. Si cometió un atentado contra la libertad sexual, puede ser el Código Penal, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente o la Ley Sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia. Lo anterior coloca al ciudadano en estado de inseguridad.

B) En cuanto al Juez al momento de aplicar la norma si desconoce la existencia de la ley especial, aplicará indebidamente el Código Penal. Igualmente le hace más difícil la labor de adecuación, porque ante un delito contra la propiedad no le bastará ubicarse en el Título X del Código Penal, sino que tendrá que distinguir el objeto material y según éste aplicará el Código Penal o tendrá que aplicar la Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera, si lo hurtado es ganado; o, la de Hurto y Robo de Vehículos, si lo hurtado es un vehículo, o si el delito se cometió a través de un sistema de tecnología tendrá que aplicar la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos.

En un delito contra la fe pública la situación también se puede complicar, porque si es un Título de Médico deberá aplicar la Ley de Ejercicio de la Medicina, si es una guía de circulación de ganado será le Ley de Protección de Actividad Ganadera; si es un documento para defraudar a un banco será el artículo 433 de la Ley Bancos, y así en todas estas leyes que contemplan estas figuras.

Solución: Regular los delitos únicamente a través del Código Penal y cuando sea necesario crear nuevas formas, reformar parcialmente el Código Penal u ordenar la publicación con los nuevos delitos.

2º. En los delitos contra el orden económico existe una hipertrofia legislativa lo que genera situación de inseguridad para el ciudadano destinatario de la norma penal y puede conducir a equívocos a los operarios de justicia.

Problema: En el Código Penal no están regulados los delitos contra el orden económico, sino que lo está en 16 textos legales, seis de ellas contemplan las mismas formas delictivas, constituyendo como elementos diferenciadores de un tipo de otro, el sujeto activo, el objeto material y/o el perjudicado por lo que constituyen regulaciones casuísticas con sujetos calificados, lo que impide subsumir en la ley una conducta en la que no coincidan estos elementos, y al no poderse subsumir no serían típicos y por ello no sancionable y entonces al advertirse el vacío se sanciona otra Ley.

Solución: En el Código Penal crear el tipo con fórmula general que permita regular todas las posibles conductas que lesionen el bien jurídico en cuestión e impida tener que acudir a la sanción de leyes especiales o a la reforma del Código Penal.

3º. Es fuerte la tendencia del Poder Ejecutivo a legislar en materia penal con lo que viola el principio de legalidad, principal límite en un Estado democrático de derecho.

Problema: Las leyes dictadas por el Poder Ejecutivo que contienen tipos penales están viciadas de inconstitucionalidad y por ello podrían quedar sin sanción.

Solución: Debe consagrarse el principio de la legalidad en el texto del Código Penal admitiéndose como ley penal únicamente aquella sancionada por el poder legislativo elegido democráticamente.

Los tipos penales consagrados en esas leyes que sea necesario mantener deben ser llevados necesariamente al Código Penal para corregir la inconstitucionalidad.

4º. La tipificación de delitos en forma casuística puede conducir a la figura de la paratipicidad, al existir en un número aproximado de 35 leyes la figura de los paratipos se está violentando con ello la función de garantía de los tipos penales relativa a la certeza, por ello el legislador debe ser extremadamente cuidadoso al momento de construir las figuras, de manera tal que los destinatarios de la norma sepan cuál es el comportamiento que se reputa indeseable.

5º. Las leyes penales especiales tienden a aumentar los límites de la pena sin tomar en consideración el bien jurídico tutelado con relación a otros bienes jurídicos fundamentales necesarios para la existencia del sistema, como la vida e integridad física. El nuevo Código Penal debe corregir esta situación perversa acudiendo a la noción del bien jurídico como criterio de medición de la pena.

6º. A los fines de la reforma del Código Penal deben revisarse todas estas leyes y con base al principio de mínima intervención y de lesivi-

dad, seleccionar para ser codificadas de manera sistemática aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos relevantes; selección y sistematización que ha de realizarse con estricta sujeción a los postulados del artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y respetando rigurosamente los límites que se imponen al ejercicio de *ius puniendi* en un Estado democrático y social de derecho y de Justicia.

BIBLIOGRAFÍA:

BELLO RENGIFO, Carlos (1988). *Ilicitud Penal Colateral*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros (1999). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Editorial Praxis. Barcelona. España.

CASAL, Jesús María. *Los Derechos Humanos y la Constitución de 1999*. Sin datos editoriales.

CHIOSSONE, Tulio (1977). *Delitos Innominados*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1999). *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal*. Segunda Edición. Grupo Editorial Leyer. Santafé de Bogotá. Colombia.

HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando (1996). *Los Delitos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santafé de Bogotá Colombia.

MIR PUIG, Santiago (1996). *Derecho Penal Parte General*. Cuarta Edición. Reppertor. Barcelona. España.

NIKKEN, Pedro (2000). *Los Derechos Humanos en la Constitución Venezolana del 30 de Diciembre de 1999*, en: *La Constitución de 1999.* Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos.

NOVA PEREIRA, Jorge (1979). *La Paratipicidad Penal.* Editorial Temis. Bogotá. Colombia.

PINZÓN Jorge (1985). *Sector Financiero y Delincuencia Económica*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

REYES ECHANDÍA, Alfonso (1998). *Obras Completas*. Volumen I. Editorial Temis, S.A. Santafé de Bogotá. Colombia.

REIGHI, Esteban (1991). *Derecho Penal Económico Comparado*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OPUS (1995). Tomo VIII. Ediciones Libra

Consideraciones en Cuanto a las Figuras Delictivas de Secuestro y Desaparición Forzada de Personas bajo la Óptica del Código Penal Venezolano

Carlos Enrique PINTO OTTATI*

SUMARIO:

Introducción

1. **El fundamento.**
2. **El caso venezolano: 2.1** *Concepto*. **2.2** *Naturaleza jurídica*. **2.3** *El tipo rector*. **2.4** *Tiempo y modo de ejecución*. **2.5** *Bienes adicionalmente ofendidos*. **2.6** *Factores alternos de violencia*. **2.7** *El secuestro por alarma*.
3. **Casos especiales: 3.1** *Desaparición forzada por autoridad pública*. **3.2** *Grupos o asociaciones con fines terroristas*. **3.3** *Complicidad especial*. **3.4** *Delito permanente o delito continuado*.

Conclusiones

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Especialista en Derecho Mercantil, mención Contratos y Sociedades (pendiente trabajo de grado). **Universidad Central de Venezuela**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, *Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Profesor Contratado. Abogado en ejercicio.

INTRODUCCIÓN

Si bien hace no mucho ello constituía si se quiere una situación excepcional, o de corte práctico en las zonas fronterizas de la República, para nadie es un secreto que en los últimos años, la "industria" del secuestro se ha encargado de expandirse en forma continua y permanente por todo el territorio nacional, afectando el libre albedrío de cada de los ciudadanos en cuanto al desarrollo de sus diversas actividades.

En tal sentido, el Código Penal, sin dejar el corte meramente positivista el cual lamentablemente lo caracteriza, contiene una serie de postulados, unos de vieja y otros de muy reciente data, que si bien han resuelto parte del problema, en otros aspectos conlleva una serie dificultades de orden técnico y práctico en base a los cuales, ni siquiera juristas, dogmáticos o prácticos, hallan base en la unificación de criterio alguno sobre el particular, llegándose a afirmar de hecho, que el delito de secuestro no ha de considerarse consumado sino cuando el pago se ha efectuado, postulado que además de afectar los elementos más fundamentales en lo que al *iter crimini* se refiere, contraría el tipo delictivo en materia de secuestro, según el ordenamiento jurídico venezolano.

Por otro lado, no obstante el Código Penal sufrió una reforma en el año 2000, no resolvió en forma alguna el serio problema que se desprende acerca de la determinación de los bienes jurídicos protegidos en la figuras de secuestro y desaparición forzada de personas, los cuales si bien se conjugan como pluriofensivos, como la libertad y el elemento económico o patrimonial, prescinde de las lesiones a otros bienes, entre ellos el elemento vida, presente en la esencia de la mayoría de los secuestros.

1. EL FUNDAMENTO

Hasta 1889 no se llegó a prever la figura de secuestro en el ordenamiento jurídico venezolano. En efecto, el Código Penal de 1873 no llegó a prever tipo delictual de similitud alguna en su corolario de disposiciones, sea a título especial o siquiera, en forma incidental. Es hasta 1889 cuando se incorpora al Código Venezolano en el artículo 417 la fórmula del llamado "secuestro extorsivo", denominado comúnmente *ricatto* (res-

cate), del Código Penal de Zanardelli, de 1887 en su artículo 602, el cual establecía que "*Si la extorsión tiene lugar con secuestro de la persona u otro individuo de la familia el delito merecerá pena de trabajos forzados por tiempo no menor de quince años*". No obstante tal *ricatto*, tiene su origen en el desarrollo de costumbres bélicas por las cuales determinados ejércitos o tropas conservaban un derecho adquirido sobre sus enemigos cautivos, a los fines de exigir un determinado precio por su libertad, o bien proceder al canje por prisioneros de las tropas enemigas.

A respecto, el maestro Carrara F. (1944), al ser citado por Antolisei F. (1988), considera que el origen del secuestro proviene de un "uso legítimo guerrero", el cual le denomina "hurto por rescate". – "al desaparecer la bárbara costumbre de matar a los prisioneros de guerra y semibárbara de hacerlos esclavos, se extendió la costumbre de cambiarlos y obtener por ellos un precio por su redención. Tal costumbre dura hasta nuestros días y es reconocida como el ejercicio de un derecho adquirido sobre los enemigos cautivos. Fácil es comprender que bandas feroces llevaran guerras especiales con el solo fin de hacer prisioneros; y los pueblos, que vivían sobre los litorales, durante muchos siglos debieron temer por las incursiones imprevistas de los corsarios que bajaban para hacer botín de cosas y de hombres. Pero incluso tierra adentro se constituyeron bandas de bandoleros dirigidos al ejercicio de esta feroz especulación, y desde los tiempos de Roma, además de recordarse las obras nefastas de los piratas, se recuerdan también las hordas de los ladrones de tierra que hacían profesión de piratas sobre el continente. Modernamente se dio a éstos el nombre de las bandas que practican el rescate".

Tan fuerte era la costumbre de esclavizar al prisionero, que en la obra de Pérez L. (1990), el autor Grocio habla de este derecho en la Antigüedad y el Medioevo. Igualmente Pedesta, al ser citado por Pérez L. (1990), lo precisa así:

> ...el enemigo que se capturaba con vida era sometido a esclavitud o se le daba muerte. En épocas posteriores se le trataba como a un criminal y sólo era devuelto mediante el pago de un

> rescate. Desde el siglo XVIII se consideró que el combatiente enemigo deja de ser un peligro desde que abandona toda resistencia armada y se rinde. Para que no pueda ayudar a su país basta con tenerlo mientras dura la guerra. Exterminar al enemigo, no darle cuartel sería crueldad inútil y contraproducente, pues lucharía sin ceder jamás si no tuviere otra alternativa que la de ser aniquilado. De allí la retención y el trato humanitario para los prisioneros de guerra que se generalizó bien pronto en la práctica y en los tratados.

Bajo la legislación española, en la Ley de Bandidaje y Terrorismo de 1943, refundida en el Decreto del 21 de septiembre de 1960 unificándola con la ley del 02 de marzo de 1960, en lo concerniente al secuestro, señalaba en su artículo 5 lo siguiente: "*Los que secuestraren a alguna persona serán castigados: Primero. Con la pena de muerte si produjeren la muerte, violación de la persona secuestrada, o desaparecida ésta, no dieren razón de su paradero. Segundo, con la pena de reclusión a muerte en los demás casos*". Dicha ley remitía al Código Penal únicamente en aquellos casos en los cuales no se pusiera en peligro la vida y la integridad de la persona secuestrada.

El Código Penal italiano de 1930 previó el delito de secuestro de personas con fines de extorsión o de robo; así, el artículo 630 prevé: *"El que secuestre a una persona con el fin de conseguir para sí o para otros algún provecho injusto, será castigado con reclusión de ocho a quince años y con multa de diez mil a veinte mil liras*". La pena sería de reclusión de doce a dieciocho años, si el culpable consiguiere su intento.

No queda por fuera mencionar el caso de los Estados Unidos de América, en donde las reglas sobre secuestros de niños adquirieron importancia a partir del secuestro del hijo del pionero piloto Chars Lindberg en el Distrito de Hundertown, New Jersey, en el cual lamentablemente se produjeran efectos negativos. Las mismas llegaban a acarrear la pena de muerte para el culpable, aun cuando no se ocasionare la muerte de la víctima. Posteriormente, desde 1934, el delito de secuestro adquirió categoría de crimen federal, siempre y cuando alguna de su etapas se realizara en más de un estado de la Unión.

2. EL CASO VENEZOLANO

No obstante el amplio despliegue de sanciones en cuanto a las manifestaciones de secuestro se refieren, tal institución ha variado sus alcances hacia otras áreas, desde el simple fin económico, pasando por el caso de los menores, la trata y comercio de esclavos, hasta instrumento político de dominación y de subversión de los pueblos. Por ello, veremos que el secuestro –como lo entendemos– no se supedita únicamente al postulado general del artículo 462 del Código Penal, sino que hay otras realidades que han motivado la estructuración de nuevos tipos especiales, que amplían el corolario de posibilidades entre las cuales se halla el hecho de imputar en forma efectiva, eficaz y justa una sanción al culpable.

El tipo rector del secuestro se halla en el artículo 462 del Código Penal venezolano, el cual prevé:

> **Artículo 462.** El que haya secuestrado a una persona, para obtener de ella, o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan un efecto jurídico cualquiera a favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no consiga su intento, será castigado con presidio de diez a veinte años.
>
> Si el secuestro se ejecutare por causar alarma, la pena será de dos a cinco años de presidio.

Como enunciáramos antes, la inclusión del secuestro en la legislación venezolana no se hizo sino hasta el año 1889. A tal evento, la fórmula utilizada por el artículo 417 sardo imponía una pena de presidio abierto de tres a ocho años aunque la tentativa fuere infructuosa, según lo señalaba Mendoza, R. (s/f). En tal sentido, en el año 1915 se alteró la redacción para cambiar a la fórmula de *aun cuando no consiga su intento*, la cual es de mayor amplitud y rige hasta nuestros días.

2.1 *CONCEPTO*

Según señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *secuestrar (del latín sequester {mediador, interventor}, seques-*

trare) es: // retener indebidamente a una persona para exigir dinero por su rescate, o para otros fines // tomar por las armas el mando de un vehículo (avión, barco, etc.) reteniendo a la tripulación y pasaje, a fin de exigir como rescate una suma de dinero o la concesión de ciertas reivindicaciones.

El elemento primordial que conlleva el tipo de secuestro es de por sí una privación ilegítima de libertad, entendida ésta como supresión del libre desenvolvimiento de la persona, mediante actos ejecutados ilegítimamente por individuos, entes o instituciones con o sin la investidura necesaria para ejecutar tales actos.

En el Código Penal, la privación ilegítima de libertad como tipo autónomo se halla prevista en el artículo 175 , el cual dispone que:

> Cualquiera que ilegítimamente haya privado a alguno de su libertad personal será castigado con prisión de quince días a treinta meses;
>
> Si el culpable para cometer el delito o durante su comisión hizo uso de sevicias o engaño, o si lo cometió por espíritu de venganza o lucro, o con el fin o pretexto de su religión, o si secuestró la persona para ponerla al servicio de militar de país extranjero, la prisión será de dos a cuatro años.
>
> Si el delito se ha cometido contra algún ascendiente o cónyuge o contra algún miembro de la Asamblea Nacional; de los Consejos Legislativos de los Estados, contra algún Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, o contra cualquier otro Magistrado Público por razón de sus funciones, o si del hecho ha resultado algún peligro grave para la salud, la persona, o los bienes del agraviado, la pena de prisión será de treinta meses a siete años.
>
> Si el culpable, espontáneamente ha puesto en libertad a la persona, antes de toda diligencia de enjuiciamiento, sin haber conseguido el fin que se proponía ni haberle ocasionado daño alguno la pena será de quince meses a tres años.

Observando el precepto anterior, no es difícil poner en juego ciertas consideraciones que se han hecho, tanto por la doctrina como por los juristas, en lo referente a la figura de secuestro.

2.2 *NATURALEZA JURÍDICA*

En opinión de algunos autores, entre otros, Grisanti H. (1991) el delito de secuestro es un delito permanente en tanto involucra la privación ilegítima de libertad, por determinado lapso, hasta que no se haga efectivo el pago del precio por el rescate del sujeto pasivo. Destaca adicionalmente el referido autor, que se trata de un delito "compuesto" (denominado por nosotros pluriofensivo), vale decir, que la ofensa al bien jurídico libertad lo constituye en un delito de daño, mientras que en lo tocante a la propiedad, es un delito de peligro. A todo evento, como resaltaremos posteriormente con mayor amplitud, si bien tal consideración en la práctica es cierta, no es menos correcto que entre la categoría de aquellos delitos denominados comúnmente permanente habremos de diferenciar entre necesariamente permanentes y eventualmente permanentes, siendo que el delito dependa o no necesariamente de un transcurso considerable de tiempo, o de la exigibilidad de ciertas circunstancias para que sea consumado.

Tal diferenciación la podríamos sujetar, a modo de ejemplo, a lo dispuesto en el artículo 174 del Código Penal, que prevé la reducción a la esclavitud, la cual requiere además de la privación judicial de la libertad, la reducción de la persona a una condición de esclavo u otra semejante demarcada por una relación total o parcial de servidumbre al sujeto activo, hecho protegido por el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como los artículos 6 (prohibición esclavitud y servidumbre) y 7 (derecho a la libertad y seguridad personales) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o "Pacto San José de Costa Rica". Por otro lado, la privación ilegítima de libertad es un delito eventualmente permanente en el entendido, que siempre y en tanto al sujeto pasivo no se someta a una condición de esclavitud, sumisión, servidumbre, sumisión u otra análoga, da lo mismo el transcurso de tiempo que eventualmente se produzca.

2.3 *EL TIPO RECTOR*

Al remitirnos al tipo de secuestro contenido en el encabezado del artículo 462 del Código Penal (llamado por algunos autores "secuestro propio", como Grisanti H. (1991) y por otros, secuestro "con ánimo de lucro" Febres H. (1993), percibimos claramente que el tipo se configura aunque el culpable *"no consiga su intento"*, frase que de hecho trasciende al fin propuesto por el culpable, por efecto de su redacción. Siendo así, habrá de establecer qué elementos en base a un supuesto *iter crímini* de este delito serían o no suficientes para considerarlo como tal o, por el contrario, como una sencilla privación ilegítima de libertad.

La esencia del tipo rector radica, en primer término, en la privación ilegítima de libertad de la víctima. No obstante rige un elemento adicional, un elemento de corte patrimonial o económico, caracterizado por la propiedad, que tal como lo define el artículo 462 se haya constituido por *"dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan un efecto jurídico cualquiera"*. Así las cosas, habrá de determinarse cuándo se considera que se han originado los actos ejecutivos necesarios para la perpetración del delito de secuestro, bajo el Código Penal Venezolano.

2.4 *TIEMPO Y MODO DE EJECUCIÓN*

Ante todo ha de establecers,e en primer lugar, cuál es la naturaleza de los actos que envuelven el secuestro. Como base del principio de consumación de los actos delictivos, bien es sabido que una persona no puede ser condenada por sus pensamientos *(cogitationis poenam nemo partitur),* en tanto no es posible traducir al mundo de la realidad el amplio margen de posibilidades que rigen entre la ideación de un acto su realización efectiva. En base a tales argumentos, la doctrina se esforzó en diferenciar entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Según Antolisei F. (1988) a la fase de ejecución sigue la fase de consumación, la cual se produce cuando se han completado los elementos que constituyen el delito, y más exactamente (llamado precisamente consumativo) en que se produce el último requisito necesario para su existencia.

A los fines de delimitar en tal sentido el campo de la tentativa en base a la punibilidad o no de los actos preparatorios, y el momento a partir del cual habrán de considerarse iniciados los denominados actos ejecutivos, los autores clásicos opinaron que habría de atenderse a la dirección del acto regido por la voluntad del agente. En un primer término, si la dirección del acto es equívoca, es decir, puede conducir así a un delito como a un hecho carente de relevancia, estaremos en presencia de actos preparatorios, (no punibles por el ordenamiento jurídico). En segundo término, si la dirección que rige la acción del agente es unívoca, es decir, no da lugar a dudas sobre la perpetración del hecho, estaremos en presencia de los actos ejecutivos (punibles por el ordenamiento jurídico).

El autor Carrara, citado por Antolisei F. (1988), halló primeramente criterio en base al carácter unívoco de los actos ejecutivos, anteriormente mencionado, mas procedió a abandonar dichas nociones en virtud que a su decir, llevaba a confundir la cuestión de la naturaleza del acto con la naturaleza de la prueba de la intención del agente. Como resultado, el autor antes referido –Carrara– trazó una línea divisoria en base a la esfera de relaciones jurídicas del sujeto pasivo: los actos son preparatorios –afirma él– cuando quedan en la esfera del sujeto activo, y son ejecutivos cuando invaden la esfera del sujeto pasivo. No obstante, tal concepto lleva fatalmente a la indeterminación de qué es lo que podría o no considerarse como la esfera del sujeto pasivo, ya que las posibilidades son ilimitadas, sin mencionar por otro lado que destruiría los postulados fundamentales de cualquier teoría de causalidad aplicable a la práctica.

Tal discrepancia es compartida por Jakobs G. (1995), quien establece: *"se duda sobre si para la penetración en dicha esfera debe añadirse la tipicidad de la continuación"*, y haciendo referencia a los delitos de hurto, homicidio o violación "*.... no constituye presupuesto imprescindible de la tentativa la penetración en una esfera anticipada, como lo ponen de manifiesto los delitos de consumación anticipada, en los que incluso la consumación del suceso puede que se encuentre aun en la esfera del autor...*". Soluciona este problema atendiendo al hecho que lo decisivo en el caso de la tentativa es la

proximidad al tipo de suceso que se representa el autor y no un simple curso causal determinado objetivamente.

Sobre este punto, no hay un criterio unánime, así se puede apreciar en la obra de Antolisei F. (1988). Autores como Manzani y Massaria, consideran que los actos ejecutivos comienzan cuando se ha iniciado la infracción del precepto penal, lo cual debilita su postura en base al hecho de la petición de principio; Battaglini y Alimena, siguen la corriente alemana acerca de la acción típica, la cual define el modelo abstracto, en el mismo sentido que lo define el modelo del legislador. Petrocelli, quien acude a la apreciación propia por el Juez, en base a las reglas de la experiencia acerca de la delimitación de los elementos subjetivos y objetivos que sustentan la ejecución del delito. Mezger, al ser citado por Jescheck H. (1978), aplica el criterio de apreciación del Juez con el de agresión del bien jurídico protegido por la norma; mas no hay criterio unificado sobre el particular. En criterio de quien expone, no obstante la insuficiente redacción que sobre tentativa y frustración trae el Código Penal, en los artículos 80 y 81, compartimos la posición que los actos ejecutivos son unívocos en la medida en que se dirijan en forma fehaciente, sin lugar a dudas y por medios apropiados a la perpetración del ilícito propuesto por el agente.

No obstante las consideraciones anteriores, ¿Desde cuándo comienzan a transcurrir los actos ejecutivos en caso de secuestro? Como expusiéramos antes, el secuestro comporta un elemento adicional a la simple privación ilegítima de libertad de la víctima, el cual es el precio o efecto de rescate por la víctima. En tal sentido, cabe preguntar ¿Si diversos agentes mediando agavillamiento previo (artículo 287 del Código Penal) a la privación ilegítima de libertad del sujeto pasivo y por causas externas no atribuibles a su hecho (como, por ejemplo, la fuga de la víctima) no logran pedir o negociar el precio el rescate, ¿Se debería estar hablando de secuestro en los términos del artículo 462 del Código Penal?.

Si bien el delito de secuestro se considera como un delito de naturaleza permanente, es porque los actos que involucran su desarrollo son de la esencia del tipo, en el entendido que el mismo no admite siquiera el grado de tentativa. Vale decir, para el Código Penal Venezolano el delito

de secuestro consta con actos ejecutivos (no necesariamente consumativos), desde el momento en que se desarrolla una lesión potencial contra los dos principales bienes jurídicos protegidos por la norma, a decir, la libertad de la persona secuestrada y el patrimonio o propiedad que resulta ofendido por efecto del rescate, contemplados en los artículos 44 y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En base a ello, muchos autores consideran éste como un delito esencialmente pluriofensivo (otros autores lo denominan compuesto), en tanto y en cuanto involucra la lesión de más de un bien jurídico. Es por ello que no consideramos correcta la aseveración de algunos autores que afirman que el secuestro se consuma con la simple privación ilegítima de libertad del ofendido. Tal aseveración carece de sentido. Si ello fuera así, todos los casos de privación ilegítima de libertad del artículo 175 del Código Penal que no llegaren a consumarse por efecto de circunstancias ajenas a la voluntad del agente constituirían, *per se,* delito de secuestro y acarrearían una sanción penal diferente por un delito del cual ni siquiera se ha iniciado su ejecución. Si bien en el secuestro la categoría de todos los actos desplegados por el agente son actos consumativos, sea que se produzca o no la liberación a tiempo o de los rehenes o el no pago del rescate por efecto o no de la intervención de los cuerpos policiales y de seguridad del Estado.

En tal sentido, no obstante ser el secuestro una figura que por su naturaleza no admite formas imperfectas de ejecución, se constituirá en delito permanente desde el momento en que pueda individualizarse la puesta en peligro conjunta de los bienes (libertad-propiedad), mediante actos consumativos objetivamente analizados, sea o no que consiga su intento el agente. Tal consideración halla refugio igualmente en el dispositivo del artículo 57 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual, a fin de determinar la competencia por el territorio establece que *"en las causas por delito continuado o permanente el conocimiento corresponderá al Tribunal del lugar en el cual haya cesado la continuidad o permanencia o se haya cometido el último acto conocido del delito"*.

En caso que no se pusieren en juego lesiones contra los bienes jurídicos antes indeterminados, ello dará lugar a la aplicación de otros tipos pena-

les, como lo sería, por efecto de la incorporación del principio de subsidiariedad en materia de concurso aparente de normas penales (Fernández Carrasquilla hacer cita), el dispositivo del artículo 175 del Código Penal sobre privación ilegítima de libertad, o incluso el artículo 268 de la Ley para la Protección del Niño y el Adolescente, sobre Privación Ilegítima de Libertad de Niños y Adolescentes.

2.5 *BIENES ADICIONALMENTE OFENDIDOS*

No cesa de crear gran atractivo el hecho que ni el legislador ni la mayoría de los juristas se hayan dado a la tarea de resolver el problema de la lesión de otros bienes que puedan resultar involucrados en el caso del secuestro, sobre todo la vida, bien que comúnmente entra en juego a la hora de la negociación y pago del precio de los rehenes.

El legislador venezolano no dedica solución específica al problema, en tanto y en cuanto la vida no participa de la naturaleza objetiva del tipo, por un lado; y por el otro, "presumimos", porque no se ha querido entrar en la cálida discusión acerca de lo que ha de considerarse por actos ejecutivos y actos consumativos. El secuestro es un delito, que como expusiéramos, es eventualmente permanente, en tanto y en cuanto se ponga en juego la lesión a los dos bienes jurídicos involucrados en el proceso, es decir, la libertad, y la propiedad. ¿Y la vida qué? Ciertamente, la víctima puede ser compelida mediante el simple uso de amenazas o por espíritu de venganza a permanecer cautiva, a entregar dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan un efecto jurídico cualquiera.

Por otro lado quien realiza un secuestro, si bien conduce a una privación ilegítima de la libertad, sea mediante fraude, engaño o violencias, no pide generalmente un precio por el rescate de la víctima a cambio de su libertad, sino que media amenaza contra la vida de ésta. Tal hecho pareciera ser ignorado a la hora de aplicar la pena al imputado, o de ser considerado a la hora de una futura reforma legislativa. No obstante, cómo podemos apreciar la vida al momento de realizar el secuestro. Es importante aclarar que la figura del secuestro ha sido generalizada básicamente en el artículo 462 del Código Penal Venezolano, pero han surgido otros tipos delictuales que involucran la privación ilegítima de libertad

del sujeto pasivo. Tales son, por ejemplo y como profundizaremos más adelante, el caso de la desaparición forzada de personas (artículo 181-A del Código Penal) y la privación ilegítima de libertad de niños y adolescentes, del artículo 268 de la Ley para la Protección del Niño y del Adolescente.

El elemento "bien jurídico" halla generalmente fundamento en una norma de rango constitucional. Así, por ejemplo, encontramos bienes tales como la vida, (artículo 43 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), la integridad física (artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), la libertad personal (artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el debido proceso (artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el derecho al sufragio (artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el derecho a la educación (artículo 102 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el derecho a la propiedad (artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), entre otros.

A tal evento, compartiendo el criterio de Roxin C. (1997), *la vinculación del derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige que sólo haya punibilidad en caso de lesión de bienes jurídicos sino que es suficiente una puesta en peligro de bienes jurídicos...(SIC)*. No obstante, discrepamos el criterio del autor citado cuando éste indica que el derecho penal sólo es la última de todas las medidas protectoras del orden jurídico, y que ella opera en forma subsidiaria, o como la *última-ratio* al momento de fallar todas las demás medidas jurídico-técnicas de protección del Estado. Tal significación se halla contraria a la idea, por ejemplo, que la lesión directa a un bien jurídico se haya producido en forma inmediata, como es el caso de los llamados delitos de peligro abstracto, en el que la lesión no ha llegado a materializarse en forma efectiva, sino que media la existencia de un riesgo protegido por la norma.

Por otro la lado, hay casos en que si bien la concreción de bienes jurídicos se haya determinado por la norma, se presenta una especie de vacío, el cual en base al principio de proporcionalidad de la norma debe

ser compensado con valores éticos y morales posibles de desarrollar en base a una política criminal efectiva. Ciertas teorías, tales como la de imputación objetiva, Fernández J. (1995), destaca el carácter teleológico-valorativo de la acción del agente con base a la probabilidad de producción de un resultado, frente al carácter lesivo o dañoso de dicho resultado.

Visto lo anterior ¿Cómo se valoran los bienes jurídicos que adicionalmente pueden o no lesionarse durante la ejecución del secuestro? La respuesta se halla delimitada por el contenido del tipo, a cuyo evento es plausible considerar que cualquier elemento consistente en un bien jurídico alterno o circunstancialmente puesto en peligro por la voluntad del agente no entraría a operar bajo el punto de vista legislativo venezolano, sino como una mera agravante genérica, derivado del elemento externo (amenaza, engaño, coacción física o moral) utilizado por el agente.

Hallamos el caso, por ejemplo, que si median amenazas contra la vida o realización de alguna especie de torturas sobre un secuestro del tipo simple (sin presencia de grupos subversivos o terroristas), el legislador no encontrará más salida que la aplicación de las agravantes específicas del artículo 77 del Código Penal, entre otras, las de ensañamiento (ordinales 4º y 8º), o la alevosía, y el abuso de confianza (ordinales 1° y 9º), del referido artículo.

En legislaciones comparadas, como las del Código Penal Colombiano, en el artículo 270 se prevé:

> **Circunstancias de agravación punitiva.** La pena señalada en los artículos anteriores aumentará hasta la mitad si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:
>
> 1°) Si el delito se comete en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis años, mayor de sesenta o en mujer embarazada.
>
> 2°) Si se somete a la víctima a tortura física o moral durante el tiempo que permanezca secuestrada.

> 3°) Si la privación de libertad del secuestrado se prolongare por más de treinta días.
>
> 4°) Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o afín en línea recta en primer grado.
>
> 5°) Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial y/o por razón de sus funciones.
>
> 6°) Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado o con ejecutar acto que implique peligro común. Grave perjuicio a la comunidad o a la salud pública.

2.6 *FACTORES ALTERNOS DE VIOLENCIA*

En los elementos de violencia física, moral y psíquica destacan la tortura y amenaza. En referencia a la tortura, Serrano A. (1999), la destaca como tipo autónomo en el Código Penal español, según el cual:

> **Art. 174.1:** Comete tortura la autoridad o funcionario público que abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. El referido delito acarrea pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave y de uno a tres si no lo es. En los demás casos se impondrá la inhabilitación absoluta del funcionario de ocho a dieciséis años.

Tipo similar se encuentra en la legislación venezolana en el artículo 253 de la Ley para la Protección del Niño y el Adolescente, según la cual:

> **Artículo 253.-** El funcionario que por sí o por otro ejecute contra algún niño o adolescente actos que produzcan graves sufrimientos o dolor, con el propósito de obtener información de la víctima o de un tercero, será penado con prisión de uno a cinco años.
>
> Parágrafo Primero: En la misma pena incurre el que no siendo funcionario público ejecute la tortura por éste determinada.
>
> Parágrafo Segundo: Si resulta una lesión grave o gravísima (Arts. 416 y 417 CPV) la pena será de prisión de dos a ocho años.
>
> Parágrafo Tercero: Si resultare la muerte, la pena será de prisión de quince a treinta años". (Paréntesis nuestros).

La amenaza se halla constituida como tipo autónomo en el artículo 176, tercer aparte del Código Penal Venezolano, el cual dispone "...*El que fuera de los casos indicados y de otros que prevea la ley amenazare a otro con causarle un daño grave e injusto será castigado con Relegación a Colonia Penitenciaria por tiempo de uno a diez meses o arresto de quince días a tres meses, previa la querella del interesado*...". Según ha venido manteniendo un sector de la doctrina, como lo señala Serrano A. (1999) a los fines de hacer una división entre lo que ha de entenderse por amenazas y coacciones; *"la amenaza ha de entenderse siempre como un mal futuro, lo cual de hecho serviría para distinguirlas de la intimidación suponiendo que ésta sea el anuncio de un mal inmediato"*. En lo que respecta al Código Penal Venezolano, sea que se trate de intimidaciones psíquicas, de coacciones físicas o de simples amenazas de muerte, ello no va a trascender de la exposición dada en el tipo, (no hay distinción en el artículo 462 del Código Penal Venezolano), así como de las agravantes a aplicar para cada caso en particular.

2.7 *EL SECUESTRO POR ALARMA*

El artículo 462 del Código de Penal prevé una forma subsidiaria de secuestro circunscrita a unos supuestos "efectos de alarma", el cual reza *"Si el secuestro se ejecutare para causar alarma la pena será*

de dos a cinco años de presidio". Compartiendo el criterio de la mayoría de los autores, el denominado secuestro por causar alarma no es un secuestro como tal, ya que no involucra el pago de un precio, ni el otorgamiento de efecto alguno por el rescate. No se trataría de un delito de secuestro en los términos propios del tipo, sino de una privación ilegítima de libertad *sui generis* de características pluriofensivas, a saber, que atenta contra la libertad personal (artículo 43 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y contra el orden público (artículos 3 y 55 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Para Grisanti A. (1991) el origen de esta figura delictiva radica en una serie de sucesos producidos de 1963 a 1964, y que comienzan en la aprehensión en fecha 24 de agosto de 1963 del futbolista Alfredo D´stefano por un grupo armado, quien lo dejó dos días después en la Embajada de España, así como en la aprehensión por un grupo armado del Coronel estadounidense James Chenault, quien duró en manos de los agentes por espacio de 180 horas, devolviéndolos éstos sin que se fijara precio por su libertad. El resultado fue que los periodistas denominaron comúnmente "secuestro" a tales incidentes, hecho que propició que en la reforma legislativa del año 1964 erradamente se incluyera como un subtipo atenuado del secuestro del artículo 462 del Código Penal.

Como enunciáramos anteriormente, si la determinación del bien jurídico se halla en relación al precepto constitucional, el cual le sirve de fundamento, no tiene sentido alguno que el denominado "secuestro para causar alarma" sea incluido en las disposiciones sobre delitos contra la propiedad, ya que no participa siquiera tangencialmente de los elementos que involucren la puesta en peligro o el daño efectivo de dicho bien jurídico. Por otro lado, la determinación del elemento de la "alarma" es puramente subjetivo en torno a su apreciación, pues puede haber algunos secuestros que causen más alarmas que otros, u otros que simplemente no causen alarma, razón por lo cual consideramos que es de la esencia del tipo la puesta en peligro del bien jurídico "orden público", sea que se haya o no conseguido el efecto de causar alarma en virtud del mal denominado "secuestro".

3. CASOS ESPECIALES

No habiendo una regulación expresa del secuestro para los casos en que la detención involucraba manifestaciones de orden terrorista, los juristas se encontraron en la penosa dificultad de aplicar la figura del secuestro por alarma, auxiliados por la aplicación del delito de Agavillamiento bajo concurso material (artículo 287 del Código Penal) con la diatriba que las penas, siempre que no mediara precio o valor por el rescate, sería sustancialmente menor a la del secuestro propiamente dicho, es decir, de dos a cinco años de presidio en principio. Surgió entonces la necesidad, en base a criterios normativos de orden internacional de establecer una regulación especial sobre el particular.

El artículo 181-A del Código Penal Venezolano establece lo siguiente:

> **Artículo 181-A.** La autoridad pública, sea civil o militar , y cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o a dar información sobre el destino de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio.
>
> Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones desaparezcan forzadamente a una persona mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de este delito será sancionado con pena de doce a dieciocho años de presidio.
>
> El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.
>
> Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea civil o militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.

> La acción penal derivada de este delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluidos el indulto y la amnistía.
>
> Si quienes habiendo participado en actos que constituyan desaparición forzada de personas contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer los casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en dos terceras partes".

La inclusión de este artículo se desarrolla con ocasión de la incorporación en la Carta Magna del año 1999, del artículo 19 que establece la protección de los derechos humanos conforme a los principios de progresividad y no discriminación por el Poder Público con relación a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como de los tratados suscritos y ratificados por la República y demás las leyes que los desarrollaron, por un lado; y por otro, la prohibición para la autoridad pública, sea civil o militar, en el artículo 45 *eiusdem*, de tolerar, bajo cualquier forma, la desaparición forzada de personas. Y señala expresamente *"Los autores o autoras intelectuales y materiales, cómplices y encubridores o encubridoras del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo serán sancionados de conformidad con la ley"*.

De esta manera adquiere especial relevancia lo atinente al concepto de "lesa humanidad". ¿Es acaso el secuestro un delito de lesa humanidad? En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha nueve (09) de diciembre de 2002, con ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando. Exp. 02-2154, estableció lo siguiente:

> ...Delitos de Lesa Humanidad
>
> ...El concepto de crímenes de lesa humanidad data de mediados del siglo XIX. Aunque la primera lista de tales crímenes se elaboró al final de la Primera Guerra Mundial, no quedaron

recogidos en un instrumento internacional hasta que se redactó la Carta del Tribunal de Nuremberg en 1945. Los crímenes de lesa humanidad determinados en esta Carta fueron reconocidos al año siguiente como parte del derecho internacional por la Asamblea General de las Naciones Unidas y se incluyeron en posteriores instrumentos internacionales, como los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda. Fueron definidos por primera vez en un tratado internacional cuando se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998, el cual fue suscrito por Venezuela.

¿Qué distingue los delitos ordinarios de los crímenes de lesa humanidad?

El Estatuto distingue los delitos ordinarios de los crímenes de lesa humanidad respecto de los cuales la Corte tiene competencia, sobre la base de los siguientes criterios:

1) Los actos que constituyen crímenes de lesa humanidad, como el asesinato, tienen que haber sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático. No obstante, el término "ataque" no denota una agresión militar, sino que se puede aplicar a leyes y medidas administrativas como la deportación o el traslado forzoso de población.

2) Deben afectar una población civil. Por lo tanto, quedan excluidos los actos aislados o cometidos de manera dispersa o al azar. La presencia de soldados entre la población civil no basta para privar a ésta de su carácter civil.

3) Su comisión responderá a la política de un Estado o de una organización. Sus ejecutores pueden ser agentes del Estado o personas que actúen a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, como los llamados "escuadrones de la muerte". Dentro de las mencionadas organizaciones se incluye a los grupos rebeldes.

> Dentro de los elementos subjetivos del tipo penal, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no prevé un elemento discriminador *sui generis,* en el sentido de que el ataque o acto dañoso esté dirigido a una población civil por motivos nacionales, políticos, raciales o religiosos, lo cual ha sido confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional, al dictaminar la ausencia de necesidad de un elemento discriminatorio como aspecto esencial de la *mens rea* de la figura de los crímenes de lesa humanidad, así como la irrelevancia de los motivos de su comisión. Sin embargo, este elemento resulta necesario en el caso concreto del delito contemplado en el artículo 7, numeral 1, inciso h, que prevé la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género definido.
>
> También se requiere para su debida subsunción en el tipo, la llamada intencionalidad específica que presupone su comisión con conocimiento de acto o actos contra el bien jurídico protegido, por ejemplo, la vida, la integridad física y moral, de allí que se les atribuya un mayor grado de gravedad moral, es decir, lo que transforma un acto individual en un crimen de lesa humanidad es su inclusión en un marco más amplio de conducta criminal, por lo que resultan irrelevantes los motivos personales que pudieran animar al autor a su consumación.
>
> En fin, se trata de delitos comunes de máxima gravedad que se caracterizan por ser cometidos en forma tendenciosa y premeditada, con el propósito de destruir, total o parcialmente un grupo humano determinado, por razones de cultura, raza, religión, nacionalidad o convicción política. Se reconocen, además, por ser delitos continuos que pueden exteriorizarse en forma masiva...

No obstante la incorporación al ordenamiento jurídico de la Convención para Prevenir, Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando éstos Tengan

Trascendencia Internacional, celebrada en Washington D.C., Estados Unidos de América, el dos (2) de febrero de 1971, no es sino hasta 1998, que se incorporó un instrumento capaz de atender a las necesidades sobre la materia, cual es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado y ratificado en Venezuela mediante *Gaceta Oficial* Nº 5.507 de fecha trece (13) de diciembre del año 2000. En tal sentido, el mismo prevé una serie de conceptos, los cuales son de mucha utilidad a la hora de exponer lo concerniente al secuestro con fines terroristas.

Sobre este aspecto el artículo 7 del referido Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, prevé lo siguiente:

> Crímenes de lesa humanidad
>
> A los del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:..
>
> e) En carcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.
>
> f) Tortura...
>
> h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3 u otros motivos generalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con Crimen de la competencia de la Corte.
>
> i) Desaparición Forzada de Personas; ...
>
> k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física a la salud mental o física...

> A los efectos del párrafo 1.: ...
>
> e) Por tortura se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas...
>
> i) Por desaparición forzada de personas se entenderá la desaparición, aprehensión o secuestro de personas por un Estado o una Organización Política, con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o paradero de esas personas, con intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado...

3.1 *DESAPARICIÓN FORZADA POR AUTORIDAD PÚBLICA*

Como observamos en lo concerniente al encabezado del artículo 181-A del Código Penal, el primer caso de desaparición forzada de personas, no es un secuestro propiamente dicho, es una privación ilegítima de libertad, bajo falta de indicación del paradero sobre la persona desaparecida por la autoridad pública sea civil o militar, lo cual de hecho no reúne los requisitos propios del secuestro, ya que si bien se da una privación ilegítima de libertad no entra en riesgo la propiedad en cuanto a bienes jurídicos ofendidos se refiere. Por otro lado, la desaparición forzada de personas es un delito de resultado, en el entendido que involucra la efectiva privación de libertad; es un delito de daño, en el sentido que impide el ejercicio el libre ejercicio y goce de las garantías constitucionales y legales; y es un delito necesariamente permanente, en el entendido que es necesario el transcurso de un período de tiempo para la consumación del tipo, esto es la negativa a dar información sobre el paradero de la persona desaparecida una vez que ha sido privada ilegítimamente de su libertad.

3.2 *GRUPOS O ASOCIACIONES CON FINES TERRORISTAS*

Mucho se ha dicho acerca de lo que son los "grupos" terroristas insurgentes o subversivos, pero no acerca de lo que es terrorismo. En tal sentido, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española establece lo siguiente: "*...Terrorismo. Denominación por el terror // Sujeción de actos de violencia ejecutados para difundir el terror; y sobre Terror. (del lat. terror-oris.) Miedo muy intenso..//..Denominación dada a los métodos expeditivos de justicia revolucionaria y contrarrevolucionaria ....".* No obstante, aun cuando no está clara la división entre lo que es terrorista, insurgente y subversivo, la normativa internacional al respecto ha sido muy amplia y diversa. No obstante enunciaremos brevemente dos instrumentos concebidos para repeler la práctica internacional del terrorismo: En primer lugar la Convención para Prevenir Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos Contra las Personas y la Extorsión Conexa Cuando éstos tengan Trascendencia Internacional, celebrada en Washington D.C., Estados Unidos de América, el Dos (2) de febrero de 1971, la cual establece

> Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos,
>
> Considerando:
>
> Que la defensa de la libertad y de la justicia y el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana, reconocidos por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, son deberes primordiales de los Estados;
>
> Que la Asamblea General de la Organización, en la Resolución 4 del 30 de junio de 1970, condenó enérgicamente los actos de terrorismo y en especial el secuestro de personas y la extorsión conexa con éste, los que calificó como graves delitos comunes;
>
> Que están ocurriendo con frecuencia actos delictivos contra personas que merecen protección especial de acuerdo con las

normas del derecho internacional y que dichos actos revisten trascendencia internacional por las consecuencias que pueden derivarse para las relaciones entre los Estados;

Que es conveniente adoptar normas que desarrollen progresivamente el derecho internacional en lo que atañe a la cooperación internacional en la prevención y sanción de tales actos;

Que en la aplicación de dichas normas debe mantenerse la institución del asilo y que, igualmente, debe quedar a salvo el principio de no intervención,

Han convenido en los artículos siguientes:

Artículo 1. Los Estados contratantes se obligan a cooperar entre sí, tomando todas las medidas que consideren eficaces de acuerdo con sus respectivas legislaciones, y especialmente las que se establecen en esta Convención, para prevenir y sancionar los actos de terrorismo y en especial el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas a quienes el Estado tiene el deber de extender protección especial conforme al derecho internacional, así como la extorsión conexa con estos delitos.

Artículo 2. Para los efectos de esta Convención, se consideran delitos comunes de trascendencia internacional cualquiera que sea su móvil, el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas a quienes el Estado tiene el deber de extender protección especial conforme al derecho internacional, así como la extorsión conexa con estos delitos.

Artículo 3. Las personas procesadas o sentenciadas por cualquiera de los delitos previstos en el artículo 2 de esta Convención, estarán sujetas a extradición de acuerdo con las disposiciones de los tratados de extradición vigentes entre las partes o, en el caso de los Estados que no condicionan la extradición a la existencia de un tratado, de acuerdo con sus propias leyes.

> En todo caso corresponde exclusivamente al Estado bajo cuya jurisdicción o protección se encuentren dichas personas calificar la naturaleza de los hechos y determinar si las normas de esta Convención les son aplicables...".

Por otro lado, instrumentos más recientes como la *Convención Interamericana contra el Terrorismo*, sancionada el Trigésimo Segundo Periodo Ordinario de Sesiones de la Organización de Estado Americanos, en fecha 03 de junio de 2002, en Bridgetown, Barbados, prevé que:

> La Asamblea General,
>
> ...**TENIENDO EN CUENTA** la resolución RC.23/RES.1/01 rev. 1 corr. 1 Fortalecimiento de la cooperación hemisférica para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo de la Vigésima Tercera Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores del 21 de septiembre del 2001, que encomendó al Consejo Permanente la elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana contra el Terrorismo;
>
> Recordando la Declaración de Lima para Prevenir, Combatir y Eliminar el Terrorismo y el Plan de Acción de Cooperación Hemisférica para Prevenir, Combatir y Eliminar el Terrorismo, adoptado en el marco de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Terrorismo en Lima, Perú, en abril de 1996, así como el Compromiso de Mar del Plata, adoptado en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Terrorismo y el trabajo del Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE);
>
> Considerando que el terrorismo constituye un grave fenómeno delictivo que preocupa profundamente a todos los Estados Miembros, atenta contra la democracia, impide el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, amenaza la seguridad de los Estados, desestabilizando y socavando las bases de toda la sociedad, y afecta seriamente el desarrollo económico y social de los Estados de la región;

...Ha acordado lo siguiente...

Artículo 4. Medidas para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo.

1. Cada Estado Parte, en la medida en que no lo haya hecho, deberá establecer un régimen jurídico y administrativo para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo y para lograr una cooperación internacional efectiva al respecto, la cual deberá incluir:

a) Un amplio régimen interno normativo y de supervisión para los bancos, otras instituciones financieras y otras entidades consideradas particularmente susceptibles de ser utilizadas para financiar actividades terroristas. Este régimen destacará los requisitos relativos a la identificación del cliente, conservación de registros y comunicación de transacciones sospechosas o inusuales.

b) Medidas de detección y vigilancia de movimientos transfronterizos de dinero en efectivo, instrumentos negociables al portador y otros movimientos relevantes de valores. Estas medidas estarán sujetas a salvaguardar para garantizar el debido uso de la información y no deberán impedir el movimiento legítimo de capitales.

c) Medidas que aseguren que las autoridades competentes dedicadas a combatir los delitos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 tengan la capacidad de cooperar e intercambiar información en los niveles nacional e internacional, de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno. Con ese fin, cada Estado Parte deberá establecer y mantener una unidad de inteligencia financiera que sirva como centro nacional para la recopilación, el análisis y la difusión de información relevante sobre lavado de dinero y financiación del terrorismo.

> Cada Estado Parte deberá informar al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos sobre la autoridad designada como su unidad de inteligencia financiera.
>
> 2. Para la aplicación del párrafo 1 del presente artículo, los Estados Parte utilizarán como lineamientos las recomendaciones desarrolladas por las entidades regionales o internacionales especializadas, en particular, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y, cuando sea apropiado, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC) y el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD)...

Una vez definido el sujeto activo calificado como asociaciones destinadas a radicalizar un movimiento político o una creencia particular, mediante la infusión del miedo y el terror, hemos de considerar si es procedente o no en tal caso la figura del Agavillamiento, prevista y sancionada en el artículo 287 del Código Penal. En tal caso, el Agavillamiento siendo un delito formal o de mera conducta no castiga sino la simple asociación ilícita para delinquir en cuanto y en tanto se halle presente una permanencia en lo que a dicha asociación se refiere. Tal consideración sería aplicable al secuestro propiamente dicho, pero en el caso del secuestro con fines terroristas el sujeto se halla calificado, precisamente en función a su determinación como grupo insurgente, subversivo o terrorista, lo cual de hecho descarta cualquier duda al respecto.

Por otro lado, hemos de diferenciar: si el secuestro con fines terroristas es simplemente una ficción más de secuestro o involucra adicionalmente alguna otra lesión contra bienes jurídicos que lo constituyan en delito pluriofensivo. La respuesta se halla delimitada por las propias características del tipo. En efecto, el propio artículo 181-A del Código Penal al referirse a los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, indica que la desaparición forzada de personas puede efectuarse mediante plagio "o" secuestro.

"Plagio", es una palabra latina de origen griego que primitivamente se la tomó como equivalente de lo que es oblicuo o atravesado. En un sentido

más amplio Bernaldo C., citado por Pérez L. (1990) indica que el plagio incluye la trata de mercadería humana para cualquiera de las aplicaciones que ésta pueda recibir, tales como el comercio de mujeres o infantil.

Por ello se llamó plagio a muchas otras conductas equivalentes, ya que según expone Carrara, al ser citado por el referido autor Pérez, la antigua escuela no daba importancia a la clase y al nombre maleficio, indicando al evento que el plagio involucraba la *"...sustracción violenta o fraudulenta de un hombre con ánimo de lucro o venganza..."*. En tal sentido, bajo la óptica que nuestro Código Penal da a la palabra "plagio", vamos a entenderla como la sustracción de libertad a que hace referencia Carrara, en la obra del ya citado autor, sin que medie lesión al patrimonio económico del ofendido, sino quitándole su capacidad de autodeterminación. Así, el referido autor asienta que sobre el particular existen tres clases de plagio: 1) El político, cuando se enlista el súbdito de una nación a enlistarse como militar en país extranjero; 2) El literario, en el que media la especulación para obtener ganancia impropia e indebida en perjuicio de legítimo autor, con los productos del ingenio ajeno; y 3) El plagio civil, conducta constitutiva de privar de su libertad a una persona, lo cual es constitutivo del caso bajo estudio.

Ahora bien el "plagio" a que hace referencia el artículo 181-A del Código Penal, no ha de ser necesariamente por ánimo de venganza, puede ser también con ánimo subversivo, con ánimo de no causar más que un espectro de alarma que por el hecho se determina en función de un supuesto grupo armado o terrorista.

En otro orden de ideas, debemos aclarar si la institución de secuestro comprendida en el artículo 181-A del Código Penal comprende o no la figura de secuestro propiamente dicho, prevista en el artículo 462 *eiusdem*. En tal sentido, nos vemos forzados a contestar afirmativamente, en base a lo siguiente: Si bien el secuestro participa de ser un delito pluriofensivo, la calificación de los agentes variará en la medida en que se definan o no como grupos subversivos, insurgentes o terroristas. Ello se evidencia, en primer lugar, por la estructura del tipo, ya que si bien podrían algunos autores asentar que el artículo 181-A *ibídem* se trata

de un delito compuesto, en el entendido que involucra la aplicación de más de un tipo delictual; otros, por el contrario, como Fernández C. (1995) asentarían que en virtud de existir concurso aparente de leyes penales, operaría la especialidad de la norma, así como el principio de consunción, por el cual una figura delictiva es consumida y abarcada por otra.

En este caso, el secuestro propiamente dicho resulta absorbida por la desaparición forzada de personas mediante plagio o secuestro, del artículo 181-A del Código Penal. En tal sentido, no compartimos la opinión de algunos profesionales del derecho en el entendido que la desaparición forzada de personas por efecto de secuestro no participa de las mismas características materiales que el secuestro propiamente dicho. Todo lo contrario, se trata de los mismos bienes jurídicos puestos en juego, sólo que en virtud de la especialidad de la norma, cambia la calificación del sujeto activo así como de los elementos de modo tiempo lugar y ocasión,

De hecho, consideramos pertinente destacar que aun cuando el artículo 181-A del Código Penal no hace distinción al respecto, para los casos de secuestros con fines terroristas, éstos habrán de tenerse como delitos consumados, aun cuando los agentes no consigan su intento, a cuyo evento no consideramos que ello sea violatorio de lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que impone en forma programática la aplicación de una pena para los hechos que constituyan tentativa de desaparición forzada de personas. Primero, porque no todos los actos que constituyen desaparición forzada de personas se refieren al secuestro; y segundo, porque de considerar lo contrario, la simple tentativa ya entraría a formar parte de lo que objetivamente habría de considerarse como actos consumativos del delito de secuestro, no obstante la diferencia que habría que considerarse para el caso de la aplicación de las penas principales: diez a veinte años de Presidio para el Secuestro del artículo 462 y quince a veinticinco años de presidio para el caso del artículo 181-A, ambos del Código Penal.

3.3 *COMPLICIDAD ESPECIAL*

En cuanto a los cómplices y a los encubridores el artículo 181-A del Código Penal prevé una pena de doce a dieciocho años de presidio, deja

por fuera la aplicación del artículo 255 *eiusdem* con base a la consideración del principio de especialidad de la norma penal. Por otro lado, no consideramos que ello abarque a la persona del auxiliador *sub-secuens*, prevista en el artículo 84 del Código Penal, dado su menor grado de participación en los hechos inculpados.

3.4 *DELITO PERMANENTE O DELITO CONTINUADO*

Llama la atención lo dispuesto en el primer aparte del artículo 181-A del Código Penal, al indicar que *"...El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima..."*. El delito continuado puede verse bajo una doble perspectiva, la primera, como delito único consistente en varias violaciones de una misma disposición legal siempre que estén destinadas a ser actos ejecutivos de una misma resolución lo que resumiría el criterio adoptado por el Código de Zanardelli en su artículo 79 traducido al Código Penal Venezolano en su artículo 99; y la segunda, como bien lo afirma Bettiol, citado por Arteaga A. (1989), como una ficción creada por el legislador, a la cual la disciplina ficticia de hecho único que les es asignada no se corresponde la de un hecho realmente único. Se trata en consecuencia de varias violaciones a la ley penal, que el legislador a los solos efectos de la pena considera como un delito único.

No obstante, la redacción sobre el particular *"se considerará como continuado mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima"*, se presenta algo confusa. Si bien es cierto que pueden haber varias violaciones orientadas a producir como destino único una desaparición forzada de personas, en los términos del 181-A del Código Penal, cabe preguntarse si es acaso posible que una vez determinado el paradero de la víctima, el delito pierda su carácter de continuado para constituirse en violaciones individuales cuyos actos puedan a su vez ser considerados como delitos independientes unos de los otros. Ante todo cabe hacer previamente una diferenciación, mientras que los delitos permanentes en efecto son delitos individuales que por sus especiales circunstancias requieren el transcurso de un lapso para su consumación, los delitos continuados son ficciones jurídicas creadas por el legislador a los fines de la determinación de la pena aplicable.

Si eso es así, cómo puede un delito perder su significación de continuado si ni siquiera se ha establecido su naturaleza como tal. ¿Qué pasaría si, por ejemplo, expusiéramos el caso de una desaparición forzada de personas en la que mediaran elementos de autoridad pública y a la vez de secuestro por grupos subversivos o terroristas? ¿Cuáles serán los actos destinados a producir una misma resolución para el caso que se considere como delito continuado, hasta tanto no se determine el paradero de la víctima? ¿Después de determinado el paradero de la víctima cómo se considerarán las penas a imponer? Es importante destacar que el artículo 181-A del Código Penal no contiene un solo tipo delictual, sino varias hipótesis entre las cuales destacan la privación ilegítima de libertad bajo omisión de paradero, el plagio y el secuestro, lo que haría en principio inaplicable el primer aparte del artículo 181-A *eiusdem*.

Para nosotros el contenido del referido aparte primero no hace más que crear un ambiente de confusión, al punto tal de llegar a concebir el delito *pseudo continuado* que se da en estos casos no se admitiría tentativa, criterio por demás errado, dado que la naturaleza del delito continuado es la realización de varios actos destinados a una misma resolución. Lo que creemos es que el legislador trató de incorporar una solución de *corte meramente procesal*, es decir, que mientras no se establezca el paradero de la víctima, no se podrá iniciar proceso alguno por aquellos actos que independientemente constituyan delito si los mismos se han producido en el curso del delito de desaparición forzada de personas. Una vez determinado el paradero de la víctima, cesará la naturaleza del delito como continuado y recuperará su naturaleza de permanente, según el caso.

CONCLUSIONES

Hemos tratado brevemente de elaborar un bosquejo que pudiera satisfacer las necesidades de muchos colegas en cuanto a las figuras delictivas de secuestro y desaparición forzada de personas, a cuyo evento, hemos de esbozar las siguientes conclusiones:

a) La institución del secuestro no nació como un hecho legislativo individualmente considerado, sino que media en su esencia la evolución del

viejo "derecho de guerra", según el cual los prisioneros de guerra podían ser canjeados por sus enemigos mediante la realización de un pago u obtención de recompensa.

b) El trato humanitario otorgado a los prisioneros de guerra deriva de la crueldad estéril que ocasionaba el asesinato de los prisioneros de guerra, en tanto que si éstos tuvieran conciencia de que habían de ser aniquilados pelearían hasta agotar el último recurso. Por esta razón se concibió la institución del secuestro como una especie de "secuestro extorsivo", que consistía en un plagio no con ánimo de venganza ni en la privación de la facultad de autodeterminación, sino en el plagio entendido como privación de libertad mediante lucro o recompensa.

c) Es por ello que la incorporación del secuestro en los términos expuestos no se hace en Venezuela, sino en el año 1899 en el artículo 602 del Código Penal, el cual recoge la fórmula del antiguo Código Penal de Zanardelli en su artículo 417. La reforma en el Código Penal Venezolano se dio en el año 1915 al establecer la consumación del secuestro, aun cuando el culpable no consiguiere su intento.

d) Con base al punto previo surge la inquietud de analizar la naturaleza de los bienes jurídicos, principal y alternativamente, puestos en peligro por la determinación práctica y objetiva del tipo penal de secuestro contenido en el artículo 462 del Código Penal Venezolano. A tal evento la lesión a los bienes jurídicos determinados por el tipo, tales como, la libertad y la propiedad, se hallan acompañados en la práctica por otros que el ordenamiento jurídico generalmente ignora.

e) En cuanto al delito de desaparición forzada de personas, si bien encuentra sustento en la base constitucional, artículo 45 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sus características no pueden analizarse en forma conjunta, a cuyo evento la disposición del artículo 181-A del Código Penal recoge la interpretación constitucional, en armonía con los principios derivados de acuerdo internacionales sobre la materia. En especial el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

f) En el caso de la desaparición forzada de personas por efecto de secuestro o plagio de asociaciones o grupos subversivos, insurgentes o terroristas, se determina la apreciación del tipo en base a los mismos elementos que constituye el caso de secuestro del artículo 462 del Código Penal, a cuyo evento todos los actos ejecutivos destinados a la perpetración del delito se tendrán como consumativos, aun cuando el autor no consiga su intento, con la única diferencia que radica en la determinación del sujeto activo para los casos de desaparición forzada de personas en el artículo 181-A del Código Penal.

g) La consideración que hace el primer aparte del artículo 181-A del Código Penal acerca de la naturaleza continuada del delito de desaparición forzada de personas hasta tanto se determine el paradero de la víctima obedece a una consideración de orden procesal del legislador y no de la naturaleza del tipo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTOLISEI, F. (1988). *Manual de Derecho Penal.* Parte General. (8ª edición). Bogotá, Editorial Temis.

ARTEGA, A. (1989). *Derecho Penal Venezolano*. Parte General. (5ª edición). Caracas. Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela.

FEBRES, H. (1993). *Curso de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Independencia y Seguridad de la Nación. Delitos contra la Propiedad.* (Tomo I). Caracas: Italgráfica, S.A.

FERNÁNDEZ, J. (1995). *Derecho Penal Fundamental. Introducción al Derecho Penal. Evolución de la Teoría del Delito.* (2ª edición Volumen I). Santafé de Bogotá, Editorial Temis, S.A.

_____: *Derecho Penal Fundamental. Teoría General del Delito y Punibilidad.* (2ª edición Volumen II). Santafé de Bogotá, Editorial Temis, S.A.

GRISANT, A. (1991). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* (3ª Edición. Caracas, Mobil-Libros.

JAKOBS, G. (1995). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Impunidad.* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.

JESCHECK, H. (1978). *Tratado de Derecho Penal.* (Volumen Primero). Barcelona, Bosch.

MENDOZA, J. (s/f). *Curso de Derecho Penal Venezolano. Compendio de Parte Especial.* (Tomos I y II). Caracas: Librería Destino.

PÉREZ, L. (1990). *Derecho Penal.* (2ª edición, Tomo IV). Santafé de Bogotá, Temis, S.A.

ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.* (Tomo I). Madrid, Ediciones Civitas, S.A.

SERRANO, A. (1999). *Derecho Penal. Parte Especial.* Madrid, Dikynson, sl.

Nuevamente Sobre la Prueba en el Procedimiento Criminal Ordinario

Jesús R. QUINTERO P.*

SUMARIO:

1. **Valores políticos y formas procesales determinantes en el juicio criminal.**
2. **El *thema probandi* como materia del proceso o *res qua agitur*.**
3. **El problema de la verdad procesal.**
4. **Acerca de la prueba anticipada.**
5. **Medios de prueba y medios de búsqueda u obtención de la prueba. La investigación.**
6. **Las actas de las pruebas practicadas fuera de la audiencia.**
7. **La prueba en el debate oral y público.**
8. **La valoración de las pruebas.**

* **Universidad Católica Andrés Bello,** Abogado, Profesor en pregrado (1969-1986) y en posgrado. **Universidad Central de Venezuela,** Profesor de Posgrado. **Universidad de Madrid,** Reino de España, Cursos de Posgrado y especialización en Derecho Penal y Criminología. **Academia de Ciencias Políticas y Sociales,** Individuo de Número. Autor de varias obras y artículos especializados.

1. VALORES POLÍTICOS Y FORMAS PROCESALES DETERMINANTES EN EL JUICIO CRIMINAL

El cometido de garantizar la justicia es para el Estado un deber jurídico público material que constituye así mismo el fundamento del derecho procesal.[1] Cuando el Estado asume el deber de garantizar la justicia, el objetivo del proceso penal, según dijo Eberhard Schmidt,[2] sólo puede ser definido por la necesidad del pronunciamiento en cada caso de una sentencia justa con fundamento en la verdad. Este postulado político equivale a la afirmación del principio de la verdad real como fundamento de la justicia penal.

Por otra parte, si sólo hubiera un método o una única vía para la comprobación de la verdad y para la realización de la justicia, el proceso mismo se configuraría siempre y necesariamente, en tal caso, con la forma única de la posibilidad más adaptada o en mayor medida correspondiente a ese método único. La experiencia muestra, sin embargo, que no ocurre así y hay, por consiguiente, discrepancias acerca de cuál pueda ser la forma procesal más apta y más segura para la determinación de la verdad y la justicia por medio de las sentencias judiciales. Los diferentes puntos de vista sustentados al respecto están bajo el influjo, sin embargo, no sólo de la experiencia histórica acerca de los juzgamientos, sino también, y en gran medida, de la consideración de las opiniones políticas y filosóficas relativas a la necesidad y la posibilidad de la efectiva garantía por el poder público de ese objetivo político y a la indispensable limitación de las potestades otorgadas al Estado como medio eficaz para lograrlo. La experiencia histórica muestra, por otra parte, que por la importancia del influjo de lo político en esta determinación, el objetivo del proceso penal está en constante peligro de ser apartado de su finalidad de verdad y de justicia, y de ser empleado, por el contrario, al servicio de objetivos políticos autoritarios.

---

[1] Es preciso señalar, en el mismo sentido indicado en el texto, que el proceso judicial constituye el presupuesto jurídico necesario sin el cual no es posible la determinación de la cuestión de derecho penal que constituye su objeto. A esta determinación necesariamente judicial se refiere el artículo 1 del COPP.

[2] E. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, traducción a la lengua castellana de J. M. Núñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, N° 275.

El medio de la forma judicial de administrar justicia –dijo Schmidt– es desde tiempos inmemoriales la forma procesal.[3] El hecho de que el derecho procesal prescriba formas para el desenvolvimiento de la actividad de la administración de justicia y exija la absoluta observancia de estas formas, encuentra su sentido profundo y su justificación en la experiencia acerca del pernicioso influjo arbitrio de la autoridad y acerca de los peligros que para la libertad entrañan de los juzgamientos desprovistos de formalidades.

De ahí que los principios procesales que rigen el proceso penal sean diversos de los conceptos fundamentales puramente teórico-jurídicos, y que aquéllos provengan en una considerable proporción de las experiencias y aspiraciones políticas sobre las cuales el legislador ha basado los puntos de vista que ha tomado en cuenta para configurar el proceso penal con arreglo a determinadas formas. No se trata en este caso, como se ha dicho, de formas procesales que sean resultado o se originen en reflexiones puramente lógicas, sino principalmente de la concretización de las exigencias de las consideraciones jurídico-políticas que se suponen conducentes al objetivo de la verdad material y la justicia de los juzgamientos.

Al mismo tiempo, según también expresó Schmidt,[4] la necesidad de la independencia judicial,[5] que es el prerrequisito de la administración justicia estatal, resulta del sentido y de la significación misma de la tarea judicial, cuyo carácter está determinado por "la causa de la justicia", constituida a su vez por los valores de verdad y justicia que condicionan la calidad psicológica de la actividad juzgadora judicial. La intención del Juez –dijo Schmidt–[6] se orienta hacia la verdad en la investigación de los hechos, y hacia la justicia en la aplicación del derecho.

---

[3] En este sentido el artículo 257 de la Constitución expresa que "el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia" y ésta, por lo demás, es uno de los valores superiores del orden jurídico.

[4] *Op. Cit.* N° 383.

[5] La potestad del juez de administrar justicia está caracterizada por su independencia y autonomía, conforme a los términos de los artículos 254, 255 y 256 de la Constitución y 4 del Código Orgánico Procesal Penal.

[6] *Op. Cit.* Nº 384.

Pero es necesario hacer notar además, que lo verdaderamente característico del proceso y del resultado característico de la declaración judicial de certeza que del mismo emana, es por una parte su eficacia normativa –*lex specialis*–, y por otra, que su contenido preceptivo se presenta, sin embargo, pese a su carácter normativo, como resultado del conocimiento y no de la mera volición. Como dice Ferrajoli,[7] al tratar de la relación del juicio penal como saber-poder, la oposición entre garantismo y autoritarismo en el derecho penal corresponde, en definitiva, a una alternativa entre dos epistemologías judiciales distintas: entre cognoscitivismo y decisionismo, entre comprobación y valoración, entre prueba e inquisición, entre razón y voluntad, entre verdad y potestad. De ahí que afirme que el juicio penal –como por lo demás toda actividad judicial– es un "saber-poder", es decir, una combinación de conocimiento *(veritas)* y de decisión *(auctoritas)*. En una relación tal que cuanto mayor sea el poder, tanto menor será el saber, y viceversa.[8] "Saber" y "poder" concurren en medida distinta en el juicio, según que las garantías de la libertad y de la verdad, sean más o menos realizables y satisfechas.

La declaración judicial bajo la forma de sentencia es, por otra parte, una creación de la ley, la cual determina su existencia y fija, al mismo tiempo, atendiendo a determinadas consideraciones lógicas y jurídico-políticas, sus límites. La sentencia como declaración judicial de certeza acerca de los hechos no es, por consiguiente, ni un fenómeno natural ni una operación puramente lógica. De ahí que para determinar sus efectos en tanto precepto imperativo, deba ser necesariamente interpretada y que deban serlo también, correlativamente, las leyes que la regulan y atribu-

[7] L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 45.
[8] Explica Ferrajoli en su citada obra, p. 46, que "Existe por lo demás un nexo indisoluble entre el esquema epistemológico de tipo convencionalista y cognoscitivista y el sistema de las garantías penales y procesales: en el sentido de que los vínculos metodológicos asegurados por el primero a la definición y comprobación de la desviación punible como condición de *verdad* corresponde a los límites normativos impuestos por el segundo al abuso potestativo como condición de *validez*. A la inversa, el despotismo penal es siempre fruto del decisionismo, es decir, de la arbitrariedad de los jueces y de los criterios sustanciales subjetivamente considerados por ellos en la identificación de los presupuestos de la pena: tanto si aquélla del carácter indeterminado y/o valorativo de la definición legal de la desviación, como si, en cambio, proviene del carácter incontrolado de su comprobación judicial".

yen a los jueces la potestad de juzgar y definen el modo de formación de su convicción.

Mientras que las partes de un negocio jurídico declarativo o la asamblea que imparta su aprobación a una ley interpretativa –actos que por su naturaleza pertenecen a la misma categoría de los fallos, según dijo Cordero–, ejercen pura y simplemente una potestad o un poder que se concreta en la manifestación de voluntad, el juez está obligado, en cambio, cuando falla, a observar reglas que determinan en gran medida el contenido de la sentencia y también, desde luego, a expresar la argumentación en la cual se fundamenta lo decidido.

En sí misma, además, la sentencia se diferencia tanto del negocio jurídico como de la ley, en que aun cuando estos actos hayan sido regularmente concluidos pueden ser rescindidos, el contrato puede ser resuelto y la ley abrogada; el fallo judicial, por el contrario, es irrevocable al menos por el juez que lo haya pronunciado. Además, mientras el contrato obliga a las partes, que no pueden liberarse de la obligación por su iniciativa unilateral y en virtud de la ley resultan obligados todos los coasociados, la sentencia, en cambio, tiene específicamente un círculo de destinatarios, algunos eventuales y otros necesarios. Los destinatarios eventuales son las personas a quienes corresponde darle cumplimiento a lo decidido, mientras que los destinatarios necesarios son todos los otros jueces, respecto de cada uno de los cuales el fallo constituye un juicio incontrovertible.

La inmutabilidad de la sentencia es su efecto característico, esto es, la "cosa juzgada", atributo natural del fallo judicial que se presenta como el resultado propio y la necesaria consecuencia de la transformación –mediante el proceso– de la materia de la litis *–materia judicis–* de mera incertidumbre jurídica en certeza judicial, de la transformación de la *res iudicanda* en *res iudicata*, metamorfosis que se alcanza por medio de la actividad probatoria propia del proceso judicial y que constituye su objeto.

Mientras la cosa juzgada en materia civil ha sido instituida para garantiza la certeza y la estabilidad de las relaciones patrimoniales, en materia criminal su efecto se concreta en sustraer al ciudadano, encarnación de

los valores éticos en función de los cuales el Estado mismo ha sido instituido, de ulteriores persecuciones por los mismos hechos por los cuales hubiera sido anteriormente juzgado –*ne bis in ídem*–, como lo disponen expresamente el numeral 7 del artículo 49 de la Constitución y los artículos 20 y 21 del Código Orgánico Procesal Penal. El significado último de la cosa juzgada es, de tal modo, el de una específica limitación política a la intervención del Estado en la esfera de los derechos subjetivos individuales, aunque paradójicamente se afirme también en el texto constitucional (artículo 272 de la Constitución) que los fines perseguidos por el proceso penal por medio de la imposición de la pena, son la rehabilitación y la reinserción social del penado, premisas que de ser ciertas conducirían a la conclusión de que la pena sería impuesta en interés de éste y tendría, por consiguiente, una función medicinal o terapéutica.

La limitación política a la intervención del Estado en la esfera de los derechos subjetivos y el instrumento técnico orientado a esa finalidad –esto es, la eficacia preclusiva de la sentencia–, tiene no obstante límites tanto subjetivos como objetivos. Los primeros resultan de la necesaria identidad entre la persona absuelta o condenada por el primer fallo y la que se pretenda someter a nuevo proceso, mientras que los objetivos derivan de la necesaria identidad del hecho objeto o materia tanto de la causa decidida como de la causa pendiente. De estos límites el más problemático, es sin duda, el último,[9] el cual está, por lo demás, estrechamente vinculado con la actividad probatoria desarrollada en el proceso.

Es así como el principio de la verdad real y de la justicia determinan el modo de ser de la administración estatal de la justicia penal y de la forma procesal que le caracteriza. Sin embargo, como se verá, este principio unánimemente reconocido está sometido, en lo que se refiere a sus aplicaciones prácticas, a diversas restricciones

[9] Véase en torno a la definición del hecho mi *Correlación entre acusación y sentencia*, incluido en "Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal. La aplicación efectiva del COPP", Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, pp. 185 y ss.

2. EL *THEMA PROBANDI* COMO MATERIA DEL PROCESO O *RES QUA AGITUR*

La afirmación del principio de la verdad material como fundamento de la actividad del juzgador propuesta por Schmidt, es el mismo concepto que pretende expresar el Título Preliminar del Código Orgánico Procesal Penal. El concepto de Schmidt acerca de los valores de verdad y justicia como condicionantes de la calidad psicológica de la actividad juzgadora judicial, ha pasado en efecto, directamente, de las páginas de su obra a integrar el artículo 13 del Título Preliminar del Código Orgánico Procesal Penal. "El proceso –dice textualmente la ley– debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez al adoptar su decisión".

Si bien el atributo de lo verdadero respecto de determinado juicio histórico supone de ordinario su verificación por medio de la prueba, tal exigencia surge únicamente respecto de los enunciados que no pertenecen al mundo de lo que se considera ciertamente verdadero o falso y, por consiguiente, sólo respecto de los enunciados "probables", esto es, aquellos respecto de los cuales resulta teóricamente posible la confirmación o confutación experimental. Fuera de estos casos la verificación resulta imposible o inútil. Es así respecto de los llamados hechos notorios y de las máximas de la experiencia. Como se ha señalado,[10] cuando se dice que hechos de esa naturaleza no admiten o no exigen ser probados, no se excluye, y por el contrario se presupone, que el relativo juicio histórico sea verificado. Sólo es preciso hacer notar que en tales casos la operación se presenta particularmente fácil y es considerada segura hasta el punto de no consentir el ingreso de la prueba en contrario.

Fuera de los casos excepcionales correspondientes a los hechos notorios y las máximas de la experiencia, todo juicio de hecho debe ser verificado según un procedimiento que toma como punto de partida ciertos objetos sensibles. La tarea de investigar los hechos –explica

[10] F. Cordero, *Procedura Penale*, Giuffrè, 1966, p. 593.

Schmidt, a partir del proceso alemán mixto vigente para la época– consiste en que el juez debe reconstruir una situación objetiva constituida de hechos ya ocurridos que le son absolutamente desconocidos. En esta tarea no puede utilizar a voluntad, como investigador histórico, cualquier posibilidad de conocimiento que se le ofrezca, sino que está obligado a recurrir a los medios judiciales de prueba autorizados por el ordenamiento procesal. Pero estos medios de prueba, como tales, además, no ofrecen ninguna garantía de que las fuentes de conocimiento que proporcionan sean idóneas; el juez debe examinar la seguridad y credibilidad de cada una de ellas. Se cumple el propósito de actuar de acuerdo a la verdad cuando el juez emprende esta tarea "de gran responsabilidad y extraordinariamente difícil", con absoluta serenidad y con calma; sin ninguna presión externa, sin ningún prejuicio; sin dirigir la mirada a nada que se desvíe de la línea del puro conocimiento. La intención de verdad, en cambio, desaparece cuando por presión política sea posible suponer en el juez el deseo de un determinado resultado en la prueba; cuando le sea censurable y sospechosa la utilización de una prueba determinada en un sentido también determinado; y cuando el juez debe contar con que él mismo es políticamente sospechoso.

Lo que resulta válido para la investigación de los hechos –según afirma igualmente Schmidt– corresponde en la misma medida a la aplicación del derecho. Las dificultades conocidas por los juristas, que estriban en la configuración abstracta de los preceptos jurídicos, en la libertad de apreciación que ellos permiten con respecto a las valoraciones, en las lagunas del derecho positivo, y en otros numerosos momentos, deliberadamente o no, son desconocidas por aquellos cuyos intereses están orientados hacia un resultado interpretativo determinado y el resultado de la valoración judicial resulta entonces expuesto a los más severos ataques, cuyos autores raramente se preguntan si al juez no le hubiera sido posible llegar a otro resultado que el obtenido.

Los juicios jurídicos o normativos y las cuestiones de hecho atinentes a la facticidad se presentan, en efecto, en el proceso, inescindiblemente unidos. Cualquier situación fáctica objeto del proceso está formada por "hechos jurídicos", esto es, por acontecimientos a los cuales las normas de derecho atribuyen o imputan otros hechos y situaciones como "con-

secuencia jurídica". De ahí resulta la primera razón de la complejidad del objeto procesal, necesariamente constituido *por situaciones de hecho jurídicamente calificadas*, que sólo metodológicamente admiten la distinción analítica entre *questio facti* y *questio iuris*. A esta complejidad derivada de la naturaleza misma del objeto procesal se agrega la eventual diversidad y la pluralidad misma de las situaciones que son materia del juicio: unidad o diversidad de los autores o partícipes y su respectivo grado de intervención en la producción del resultado; unidad o pluralidad de la acción o del resultado delictivo; las diversas formas de vinculación de los hechos entre sí, como por ejemplo, la relación que existe entre dos delitos cometido uno como medio y otro como fin, o para asegurar por medio del uno el provecho del otro, o cuando la prueba de un delito dependa de la comprobación de otro. La tercera razón de la complejidad del objeto procesal proviene, en cambio, de concretas exigencias del derecho sustantivo o procesal: circunstancias atenuantes o agravantes, imputabilidad, causas de justificación, de no punibilidad, flagrancia, y otras que determinan el surgimiento de cuestiones así mismo complejas, normalmente subordinadas al objeto principal de la litis.

De las disposiciones legales que regulan la configuración del *thema probandi* y consecuente actividad probatoria de las partes en el proceso judicial, parece posible inferir algunos de los principios[11] reguladores de la prueba.

El fundamental principio de la libertad de prueba, por ejemplo, ha sido expresado en el encabezamiento del artículo 198 del Código Orgánico

[11] En *Analíticos Segundos*, 72a 1-7, explica Aristóteles de Estagira: "Llamo anteriores y más conocidas para nosotros a las cosas más cercanas a la sensación, y anteriores y más conocidas sin más a las más lejanas. Las más lejanas son las más universales, y las más cercanas, las singulares: y todas ellas se oponen entre sí. Partir de cosas primeras es partir de *principios* apropiados: en efecto, llamo a la misma cosa *primero* y *principio*. El *principio* es una proposición inmediata de la demostración, y es inmediata aquella respecto a la que no hay otra anterior...". También expresa Aristóteles en *Tópicos*, 101a 36, al referirse a la utilidad de la dialéctica que ésta es útil no sólo para ejercitarse y para las conversaciones, sino también para la filosofía, para las cuestiones primordiales propias de cada conocimiento: "En efecto a partir de lo exclusivo de los principios internos al conocimiento en cuestión, es imposible decir nada sobre ellos mismos, puesto que los principios son primeros con respecto a todas las cosas, y por ello es necesario discurrir en torno a ellos a través de las cosas plausibles concernientes a cada uno de ellos". De allí que quepa afirmar las reglas *primum verum* y *principum est primum*.

Procesal Penal. "Salvo previsión especial en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba, incorporado conforme a las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la ley...".

Resulta evidente, sin embargo, que esta norma legal trata de dos aspectos diferentes de la actividad probatoria que es preciso distinguir. Trata, en primer lugar, de la extensión *thema probandi* y en segundo término, propiamente, enuncia en forma parcial el principio de la libertad de prueba, a cuyo principio haremos referencia más adelante.

Respecto del particular aspecto de la extensión del *thema probandi* es preciso destacar que el proceso penal ha sido instituido como el medio necesario para acreditar por medio de la prueba, principalmente, los hechos hipotéticos constitutivos de la imputación, así como los de las excepciones o defensas, mientras que las pruebas en sí mismas son los instrumentos empleados para verificar la "existencia" de tales hechos. De ahí que el objeto del proceso sea propiamente, como se ha dicho, la resolución de una hipótesis relativa a la realidad jurídica en certidumbre judicial, que requiere, desde luego, tanto la enunciación específica de la hipótesis sujeta a la verificación como la verificación o confutación de ésta por medio de la actividad probatoria.

El artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal dispone que el Ministerio Público, cuando estime que la investigación preliminar proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, presentará la acusación que deberá proponer por escrito ante el Juez de Control. En este caso, el Fiscal tiene la carga de expresar los fundamentos de la pretensión: una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado, así como los fundamentos de la imputación, "con expresión de los elementos de convicción que la motivan". Así mismo, el Ministerio Público debe efectuar "el ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación de su pertinencia y necesidad".

De igual modo, la víctima podrá presentar, para hacerse parte en la causa –en la oportunidad legalmente establecida–, una "acusación particular propia", que en tal caso debe cumplir con los mismos requisitos exigidos por el citado artículo 326 al Ministerio Público. Hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar –a tenor de lo dispuesto en el artículo 328 *eiusdem*– el Fiscal del Ministerio Público, la víctima, "siempre que se haya querellado[12] o haya presentado una acusación particular propia", y el imputado (*rectius*, acusado), podrán realizar por escrito entre otros actos los siguientes: "proponer las pruebas" que podrían ser objeto de estipulación entre las partes;[13] "promover las pruebas" que producirán en el juicio oral, con indicación de su pertinencia y necesidad; y, "ofrecer nuevas pruebas" de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación fiscal.

Sobre la admisión, legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de las pruebas ofrecidas por las partes para el juicio oral, así como sobre las estipulaciones realizadas entre ellas, deberá decidir el Juez de Control terminada la audiencia preliminar en el auto de apertura a juicio.[14]

[12] Nótese que el plazo para que la víctima que se hubiere querellado se adhiera a la acusación fiscal o presente acusación particular propia es de cinco días contados desde la notificación de la convocatoria para la audiencia preliminar, como lo dispone expresamente el artículo 327 del Código Orgánico Procesal Penal. Por otra parte, conforme al artículo 297 *eiusdem*, la querella ha de entenderse desistida cuando el querellante no formule acusación particular propia o no se adhiera a la del fiscal dentro del referido plazo. Entre tanto los actos pautados por el artículo 328 pueden ser cumplidos hasta cinco días antes del vencimiento del plazo para la celebración de la audiencia preliminar. De allí se sigue que existe una real posibilidad de que en la oportunidad prevista en el artículo 328 se haya operado el desistimiento de la querella, con la importante consecuencia del artículo 298 y de la última disposición del artículo 327, así como la subsiguiente responsabilidad por las costas, de donde se sigue que únicamente el querellante que haya presentado acusación particular propia podrá cumplir válidamente los actos en referencia y por consiguiente ofrecer y promover pruebas.

[13] En el caso previsto en el artículo 200 del Código Orgánico Procesal Penal, que se resuelve en un supuesto relativo a la necesidad de la prueba, otras de cuyas hipótesis están explícitamente contempladas en el artículo 198 *eiusdem*, que se refiere a la prueba superflua sobre hechos ya comprobados con pruebas evacuadas y las ofrecidas para acreditar un hecho notorio.

[14] Dejando a salvo el derecho de las partes a promover nuevas pruebas, acerca de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia preliminar, conforme a lo dispuesto en el artículo 343 del Código Orgánico Procesal Penal.

Las partes, el fiscal y el acusador, así como también la defensa, *enuncian*[15] de tal modo los diferentes temas y aducen las pruebas correspondientes a los hechos constitutivos de sus pretensiones, defensas y excepciones. Correlativamente, el artículo 364 del Código Orgánico Procesal Penal dispone que la sentencia que se dicte deberá contener también "la enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio", así como la "determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estime acreditados". Es así como el fallo que se dicte, debe dar cuenta de la cuestión de hecho del proceso, esto es, tanto de la extensión del *thema probandi* como de los hechos que hayan sido efectivamente acreditados por medio de la actividad probatoria.

Las afirmaciones, cuya importancia y necesidad se hacen más evidentes en el procedimiento acusatorio –que se desarrolla en forma de un diálogo entre las partes y el juez–, son, en tanto que actos procesales, técnica y materialmente *enunciados* hipotéticos de las partes dirigidos al planteamiento, determinación y elaboración de la materia de la decisión y son utilizadas por éstas en el proceso, por imperativo de su propio interés, como instrumentos de persuasión para fundamentar en último término peticiones dirigidas a impetrar del juez resoluciones de contenido determinado. Entre la afirmación y la petición media de ordinario la

[15] Explicaba F. Cordero en su citado *Procedura Penale*, p. 590, que desde el punto de vista de su objeto los enunciados de las partes se diferencian según se afirme o se niegue un acontecimiento o se afirme o se niegue el valor jurídico de un acontecer afirmado como real o como posible. En el primer caso se trata de una alegación de hecho y en el segundo de una alegación de derecho. Así mismo –dijo también Cordero– que desde el punto de vista de la actitud o disposición asertiva es posible formular una distinción entre enunciados a título de verdad, de probabilidad o de simple posibilidad. Los del primer tipo contienen implícita la afirmación de la falsedad de cualquier otro incompatible con él; el tercero se autocalifica simplemente como "no demostrablemente falso" y el segundo ocupa una posición intermedia entre los otros dos, determinable en términos puramente cuantitativos. A las tres posiciones argumentales, comenzando por la más cauta para finalizar en la apodíctica, corresponden las figuras de la imputación, de la acusación y de la condena.

aportación de prueba, que permite la verificación de su fundamento.[16] El concepto de "afirmación" está ligado, por consiguiente, al de parte y a su función en orden a la definición del *thema probandi*, mientras que por "prueba" en sentido procesal debe entenderse todo hecho sobre cuyo presupuesto de existencia, el juez, basado en la experiencia o por mandato de una regla legal, afirme o niegue el hecho a probar. Por esta razón afirma Roxin,[17] que probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho.

Es necesario precisar entonces cuáles son "todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso"[18] a los cuales se refiere el citado artículo 198 del Código Orgánico Procesal Penal.

---

[16] En el proceso acusatorio corresponde a las partes no sólo la proposición sino también la producción de la prueba de los hechos constitutivos de cada situación jurídica. Cuando la prueba de un hecho constituye el presupuesto de una situación procesal ventajosa que interesa –como imperativo de su propio interés– a la parte, se dice que ésta tiene la carga de proponer y producir la prueba de ese hecho constitutivo, con lo cual evidentemente se coloca en una posición procesal ventajosa, que no habría obtenido de no haberse desembarazado de ella oportunamente. A esta finalidad última están orientados los actos procesales de parte. La primera categoría que corresponde a estos actos es la de los "actos de obtención", que están constituidos, según la tipología de James Goldschmidt, por las *peticiones*, las *afirmaciones* y las *aportaciones de prueba*, que se realizan en el curso del proceso. A la apreciación de los actos de obtención corresponden los criterios de la admisibilidad y el fundamento. Los actos de obtención de las partes son o no, en este sentido, admisibles y fundados. La admisibilidad se refiere primordialmente a la condición formal del acto. El fundamento, por el contrario, atiende al fondo y se refiere a que los hechos que constituyen su presupuesto, bien sea que éstos deban ser meramente afirmados o también probados, según la naturaleza del acto, sean concluyentes y determinen el nacimiento o la extinción de una situación procesal. Estos criterios de apreciación correspondientes a los actos de obtención de las partes –admisibilidad y fundamento– se aplican, como lo señala la doctrina, no sólo a las peticiones, en cuyo caso resultan más evidente, sino también a las demás categorías de los actos de obtención, como es el caso de las aportaciones de prueba. Los actos de aportación de prueba son admisibles, por ejemplo, cuando el acto de proposición se presenta oportunamente, mientras que su cualidad de actos fundado significa que la prueba deba ser admitida a la producción y al recibimiento, como ocurre cuando se trata de pruebas pertinentes y no superfluas. La producción misma de la prueba puede también ser calificada o no como admisible y como fundada. Así, es inadmisible la producción de una prueba que no deba ser admitida o cuya producción sea ilegal. Es fundada, en cambio, la producción de la prueba, cuando sea convincente, es decir, cuando tenga fuerza probatoria.

[17] C. Roxin, *Derecho Procesal Penal*, traducción al castellano de G. Córdoba y D. R. Pastor de la obra *Strafverfahrensrecht,* 25ª edición, de la obra iniciada y continuada hasta la 8ª edición por E. Kern, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 186.

[18] Señala Roxin en su antes citada obra que mientras que en el proceso civil dominado por el principio dispositivo sólo necesitan ser probados los hechos discutidos, en el proceso penal, como consecuencia del principio de investigación o máxima de la instrucción, rige el principio de que *todos* los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial deben ser probados.

Resumiéndolos podríamos decir que los hechos y circunstancias que han de ser objeto de verificación probatoria son éstos: los hechos constitutivos de la imputación del actor (tipo de imputación), que configuran el tipo objetivo y el subjetivo, los que influyan en su calificación jurídica y en el cambio de calificación, conforme a lo dispuesto en los artículos 350 y 351 Código Orgánico Procesal Penal; los que atañen a la punibilidad y aparecen, por consiguiente, como constitutivos de las causas de justificación y de no punibilidad; los que se refieren a la determinación de la pena, por constituir las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas o específicas; los que atañen a la aplicación de las leyes procesales, como es el caso de los hechos que constituyen la flagrancia o de circunstancias del delito que determinen la aplicación de procedimientos especiales; los hechos que se refieren a la determinación de la responsabilidad civil; y, los hechos, positivos o negativos, constitutivos de excepciones o defensas pertinentes. Lozzi,[19] refiriéndose al *Codice di Procedura Penale* italiano de 1988, explica que los hechos objeto de la prueba forman en realidad tres grupos. El primero constituido por el complejo de los datos históricos integrantes de la imputación, de modo que tratándose de una imputación por homicidio doloso será necesario probar que el imputado, en un determinado tiempo y lugar, con una determinada arma, ha ocasionado la muerte de la víctima y que su comportamiento fue doloso. El segundo grupo de hechos objeto de la prueba es el concerniente a la punibilidad, en el sentido de que la prueba de los elementos y requisitos integrantes del tipo no es suficiente para justificar la punibilidad del imputado si no se prueba, además, la ausencia de causas de justificación y de causas de no punibilidad, así como la capacidad de entender y de querer. En este segundo grupo entran también todos los hechos relativos a la determinación de la pena. Por último, son así mismo objeto de la prueba, como ha sido dicho, los hechos inherentes a la responsabilidad civil derivada del delito.

La carga formal de la prueba, propia del procedimiento acusatorio caracterizado por el principio de la aportación, regula la relación entre las

[19] G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli Editori, Torino, 2ª edizione, 1997, p. 173.

partes y el juez, dispensando a este último de la obligación de informarse de oficio y de practicar las diligencias necesarias para la averiguación de la verdad. En el sistema del Código Orgánico Procesal Penal, largamente influido por el principio dispositivo, la carga formal de la prueba corresponde íntegramente al acusador, toda vez que el sistema de las pruebas se basa en el principio de la presunción de inocencia, expresamente reconocido en el artículo 8 del Título Preliminar del Código Orgánico Procesal Penal, que junto con el principio de la defensa, al cual se refiere el artículo 12 del mismo Código, determina el contenido material del ulterior principio del debido proceso, expresamente reconocido por el artículo 49 de la Constitución. Si el fiscal y el acusador no acreditan en el debate probatorio los hechos constitutivos de la acción deducida, la asignación del *onus probandi* determinará necesariamente la consecuencia de la absolución del acusado.

La influencia determinante del principio dispositivo en el proceso penal venezolano, que se traduce en que corresponde a las partes exclusivamente proporcionar los antecedentes materiales necesarios para el pronunciamiento, tanto en lo que se refiere a la determinación del objeto del proceso, o sea, a la determinación de la extensión del *thema probandi*, como en cuanto se refiere a la obtención de la prueba, dispensa al juez penal, como se ha dicho antes, de toda iniciativa probatoria. El juez en lo penal sólo podrá fundar su fallo en lo que las partes hayan afirmado y probado. Si bien es cierto que los hechos controvertidos deben ser probados, el tribunal no se procura por sí mismo los medios de prueba. El predominio del principio dispositivo y la severa limitación de las iniciativas probatorias del juez penal en el Código Orgánico Procesal Penal significan abierta contradicción con el principio de la verdad real como fundamento de la justicia penal que proclama el artículo 13 del Título Preliminar.

El principio de la verdad real se encuentra además fuertemente limitado por diversos negocios jurídicos procesales que autoriza el Código Orgánico Procesal Penal. Tal es el caso de los llamados acuerdos reparatorios, basados en negocios jurídicos de admisión de los hechos, sobre cuya declaración puede fundamentarse la condena sin necesidad de verificación alguna conforme a lo que disponen los artículos 40, último

aparte, y 41, penúltimo aparte, del citado Código Orgánico Procesal Penal. Lo mismo ocurre en los diversos supuesto de suspensión condicional del proceso, que igualmente se basan en negocios jurídicos de admisión de los hechos, que pueden servir de fundamento a la condena sin verificación probatoria en los casos de incumplimiento de las condiciones, a tenor de lo dispuesto en el artículo 46 *eiusdem*. De igual forma, en el procedimiento especial por admisión de los hechos es posible pronunciar la condena sin la comprobación material de la verdad, como resulta de lo dispuesto en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal.

Aparte del principio de la presunción de inocencia que determina el contenido material de las reglas de distribución de la carga de la prueba, existen otras reglas que regulan así mismo, aspectos jurídico-políticos de la actividad probatoria que se desarrolla en el proceso. El artículo 14 del Código Orgánico Procesal Penal dispone que "el juicio será oral y sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia", el artículo 15 establece que "el juicio oral tendrá lugar en forma pública", el artículo 16 instituye el principio de la "concentración" y el artículo 18 el de la "contradicción". De tales normas de la ley resulta que la adquisición de los elementos de convicción es una actividad jurídicamente regulada, sometida al principio de la legalidad y que las reglas fundamentales que rigen la adquisición de los elementos de convicción lo son: la oralidad, la publicidad, la inmediación, la contradicción y la concentración de los actos.

También ha sido destacado[20] que, una vez individualizado el tema de la prueba, en el proceso penal, mediante la actividad probatoria se reconstruye una verdad puramente procesal que tiene el valor de lo meramente verosímil, puesto que, como ha sido dicho, "si ningún juicio histórico es de tal naturaleza que resulte absolutamente imposible afirmar lo contrario, el concepto de verdad procesal puede obtenerse únicamente a cambio de una determinación cuantitativa de las probabilidades contrarias". El resultado de la prueba no es, en efecto, un *quid* materialmente existente –a diferencia de las huellas o del complejo de los signos signi-

[20] G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, *Cit.*, p. 174.

ficativos recogidos y sometidos a valoración– sino el punto de arribo de una operación intelectual aplicada a estos signos, lo que comporta el valor meramente verosímil de la certeza judicial.

3. EL PROBLEMA DE LA VERDAD PROCESAL

Si el juicio, como ha sido señalado antes, se presenta epistemológicamente como el resultado de una relación característica entre comprobación y valoración, entre verdad y potestad, resulta indispensable la definición y el acotamiento epistemológico de la verdad procesal.

Es posible distinguir diversos conceptos básicos de la verdad. El más extendido y antiguo de ellos es sin duda la concepción semántica de la verdad como "correspondencia". Este concepto fue básicamente formulado por Platón, en boca de Sócrates cuando interpelaba a Hermógenes, al referirse en el Cratilo[21] al discurso verdadero, expresando entonces que "verdadero es el discurso que dice las cosas como son, falso el que las dice como no son ellas". También Aristóteles profesó esta concepción semántica de la verdad y formuló los dos teoremas fundamentales de esta concepción de la verdad. La primera, que la verdad está en el pensamiento o en el lenguaje con que se expresa, y no –entonces– en el ser o en la cosa y, la segunda, consecuencia de la primera, que la medida de la verdad es el ser o la cosa y no el lenguaje o el pensamiento. "Está en lo verdadero –dijo Aristóteles en el Capítulo X del Libro Noveno de la Metafísica– el que cree que realmente está separado lo que está separado, que lo que realmente está unido está unido. Pero está en lo falso el que piensa lo contrario de lo que en circunstancias dadas son o no son las cosas. Por consiguiente, todo lo que se dice es verdadero o falso, porque es preciso que se reflexione sobre lo que se dice. No porque creamos que tú eres blanco eres blanco en efecto, sino porque eres en efecto blanco, y al decir nosotros que lo eres decimos la verdad". Santo Tomás[22] define también la verdad "como la conformidad entre el entendimiento y las cosas". "Hemos dicho –explica– que lo verdadero, según su primera razón,

[21] 385 b.
[22] Suma Teológica, 1 q.16 a.2

está en el entendimiento. Ahora bien, por cuanto las cosas son verdaderas por cuento tienen la forma propia de su naturaleza, es necesario que también el entendimiento, en cuanto cognoscente, sea verdadero por tener la imagen del objeto conocido, que es su forma como cognoscente; y por eso la verdad se define como conformidad entre el entendimiento y las cosas, y de ahí que conocer esta conformidad es conocer la verdad". Hay, como resulta evidente, en concepto clásico de la verdad como correspondencia, una perfecta congruencia o coincidencia entre la "verdad" y el "criterio de verdad".

El concepto clásico de la verdad como "correspondencia" está desde luego implícito en las leyes procesales que derivan del pensamiento ilustrado. Comparten también la doctrina de la correspondencia lógicos modernos como Alfred Tarski, quien explícitamente toma como punto de partida la definición aristotélica. Tarski, parte de la equivalencia: "El enunciado 'la nieve es blanca' es verdadero si (y sólo si) la nieve es blanca", que origina la fórmula "X es verdadero si, y sólo si p", donde "X" está por el nombre metalingüístico de la proposición y "p" por la proposición misma.

Como explica Ferrajoli,[23] si aplicamos esta equivalencia al término "verdadero", tal y como es predicable de la proposición fáctica y de la jurídica –*questio facti* y *questio iuris*, respectivamente– en las que se puede descomponer la proposición jurisdiccional "Ticio ha cometido culpablemente tal hecho denotado por la ley como delito", obtenemos por sustitución las siguientes equivalencias: a) "la proposición 'Ticio ha cometido culpablemente tal hecho' es verdadera si, y sólo si, Ticio ha cometido culpablemente tal hecho", y b) "la proposición 'tal hecho está denotado por la ley como delito' es verdadera si, y sólo si, tal hecho está denotado por la ley como delito", que definen la *verdad fáctica* y la *verdad jurídica* y, en su conjunto, definen la *verdad procesal*, que será verdadera cuando si, y sólo si, es verdadera tanto en uno como en otro sentido.

[23] *Op. Cit.,* p. 48

Tal definición, aparentemente trivial, según de Ferrajoli[24] constituye una redefinición parcial de la noción intuitiva de la verdad como "correspondencia", en que se basan las doctrinas ilustradas de la jurisdicción como "verificación del hecho", ya que la definición tarskiana no se compromete en el asunto metafísico de la existencia de una correspondencia ontológica entre las tesis de las que se predica la verdad y la realidad de la que ellas hablan, sino que se limita dilucidar de manera unívoca y precisa el significado del término "verdadero", como predicado metalingüístico de un enunciado. Se trata de una definición nominal y no real. Esta puntualización permitirá –a juicio del autor citado– esclarecer la diferencia entre la teoría de la verdad como "correspondencia", que es una teoría objetiva del *significado* del término "verdadero" y otras teorías a propósito de la verdad, como la teoría de la "coherencia" y la de la "aceptabilidad justificada", que son, en cambio, teorías subjetivas de los criterios de verdad. Tal teoría de la *verdad procesal*, por consiguiente, no suministra criterio alguno objetivo o realista de aceptación de la verdad, sino que se limita a indicar las condiciones de uso del término "verdadero" cualquiera que sea la epistemología adoptada o rechazada.

Así pues, según afirma Ferrajoli,[25] una vez establecido que el término "verdadero" puede ser empleado sin implicaciones metafísicas en el sentido de "correspondencia", es en realidad posible hablar de investigación judicial como búsqueda de la verdad en torno al hecho y a las normas mencionadas en el proceso y usar los términos verdadero y falso para designar la conformidad o la disconformidad de las proposiciones jurisdiccionales respecto de aquéllos.

Puntualiza también Ferrajoli que la verdad cierta, objetiva o absoluta no representa más que la expresión de un ideal inalcanzable y que afirmar lo contrario, es en realidad una ingenuidad epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley comparten con el realismo gnoseológico vulgar.

[24] *Op. Cit.,* p. 49
[25] *Op. loc. cit.*

Del mismo modo las teorías científicas, aun generalmente compartidas y corroboradas, tampoco pueden ser calificadas de "verdaderas", porque toda teoría científica está destinada a ser superada por otra teoría en contradicción con alguna o algunas de sus tesis, que serán abandonadas algún día como falsas. La verdad de cualquier proposición o argumentación empírica, es siempre una verdad no definitiva, contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencia llevadas a cabo en orden a la cosa de que se habla. De modo que, siempre, cuando se afirma la verdad de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos.

En un sentido restringido la verdad concierne a los enunciados factuales, mediante el recurso a la experiencia y a los hechos. En este sentido, la verdad ha sido considerada por el empirismo lógico como criterio del significado de las proposiciones, hasta el punto que la opinión sustentada por Carnap en el Círculo de Viena declaraba privados de sentido todos los enunciados que no se prestaran a una absoluta verificación empírica. Sin embargo, la posibilidad de una verificación absoluta fue negada por Popper.[26]

Según Popper no existe el procedimiento inductivo y la investigación no tiene como punto de partida observaciones sino problemas. Problemas para cuya resolución es preciso elaborar o avanzar hipótesis que operan como intentos de solución y que, una vez formuladas, deben ser comprobadas extrayendo consecuencias de ellas. Si se cumplen, decimos que la hipótesis de momento se confirma; en cambio, si al menos una de las consecuencias no se cumple, diremos que la hipótesis se ve "falsada" o desmentida.[27] De tal modo, toda teoría para ser comprobada, tie-

[26] K. R. Popper, *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, traducción castellana de Néstor Míguez de la obra *Conjetures and refutations*, Editorial Paidós, 2ª edición, Buenos Aires, 1979, pp. 250 y ss.

[27] En materia judicial se denominaría hipótesis la suposición sobre la cual se basa un razonamiento o juicio. En lo factual se trata de ordinario de un hecho simplemente "afirmado" como real o como posible. Desde el punto de vista lógico sólo son admisibles aquellas hipótesis que puedan ser verificadas o falsadas, según resulten conformes o no a la realidad, es decir, en tanto sean idóneas para devenir de conjeturas a verdades de hecho.

ne que ser falsable, tienen que poder extraerse de ella consecuencias que puedan refutarse o ser falsadas por los hechos. Estos controles, según explica Popper, nunca hallan un final definitivo, dado que por muchas confirmaciones que haya tenido una teoría, nunca es cierta del todo, ya que el próximo control podría desmentirla. Es que como lo hace notar Popper, existe una asimetría lógica entre verificación y falsación. Múltiples o infinitas confirmaciones no convierten en cierta una teoría, mientras que un solo hecho negativo es, en cambio, suficiente para falsarla.

Es así como el concepto de falsación ocupa en la epistemología de Popper una posición notablemente destacada. La verdad objetiva aparece entonces, en la epistemología de Popper, como un modelo o idea que somos incapaces de igualar, pero al cual podemos aproximarnos, siempre que su papel se limite al de "un principio regulativo" que nos permita asegurar que una tesis o una teoría son más plausibles o más aproximativamente verdaderas y por tanto preferibles a otras. "Todo esto vale con mayor razón para la verdad procesal, dice Ferrajoli,[28] que también puede ser concebida como una verdad aproximativa respecto del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia. Este ideal permanece más que nada como un ideal. Pero éste es precisamente su valor: es un principio regulativo o un modelo límite en la jurisdicción, así como la idea de verdad objetiva es un principio objetivo un modelo límite en la ciencia".

La principal diferencia entre la verdad científica y la verdad procesal radica, sin embargo, en las condiciones semánticas y pragmáticas de la verificabilidad y de la verificación procesal, porque las condiciones para asegurar que una tesis judicial es verdadera dependen del modo como esté formado el sistema legal con referencia al cual la verdad procesal es predicable, toda vez que la verificabilidad está en función de las técnicas legislativas y jurisdiccionales normativamente admitidas y practicadas, que coinciden con garantías penales y procesales "en ausencia de las cuales no se puede hablar de verdad en el proceso ni siquiera en sentido aproximado".[29]

[28] *Op. Cit.*, p. 50
[29] L. Ferrajoli, *Op. Cit.* p. 51.

La verdad procesal fáctica, como ha sido señalado,[30] es un tipo particular de verdad histórica, relativa a proposiciones que hablan de hechos pasados, no directamente accesibles como tales a la experiencia de modo que los problemas de su verificación y verificabilidad son más o menos los mismos que se plantean respecto de cualquier proposición que verse sobre el pasado. El hecho escapa a observación directa y se considera sólo a través de las pruebas, que son experiencias de hechos presentes, interpretables como signos de hechos del pasado. "Se puede realmente afirmar –dice también Ferrajoli– que la verdad procesal fáctica, al igual que la verdad histórica, en vez de ser predicable en referencia directa al hecho juzgado, es el resultado de una ilación de los hechos "probados" del pasado con los hechos "probatorios" del presente", que puede ser presentada como una inferencia inductiva que en las premisas lleva la descripción del hecho que se ha de explicar y las pruebas practicadas, además de las generalizaciones habitualmente sobreentendidas sobre la fiabilidad de experiencias análogas, que hacen probables las premisas con propósitos limitados de persuasión. Su valor es, por consiguiente, el de una hipótesis probable en orden a la conexión causal entre el hecho adoptado como probado y el conjunto de los hechos adoptados como probatorios. "Su verdad no está demostrada como lógicamente deducida de premisas, sino sólo probada como lógicamente probable o razonablemente plausible de acuerdo a uno o varios principios de inducción".[31]

En el proceso judicial, sin embargo, a diferencia de otros tipos de investigación, la comprobación jurisdiccional es obligatoria y ha sido dispues-

[30] L. Ferrajoli, *Op. Cit.* p. 51.

[31] Afirma Ferrajoli, aproximándose a la epistemología de Popper, que todas las controversias judiciales fácticas pueden ser concebidas de modo no diferente a las científicas, como disputas entre hipótesis explicativas contradictorias –una que incluye la tesis de la culpabilidad y la otra la de la inocencia del acusado–, pero ambas concordantes con las pruebas recogidas. De modo que la tarea de la investigación judicial, al igual que la de cualquier otro tipo de investigación o explicación, es eliminar el dilema a favor de la hipótesis más simple, dotada de mayor capacidad explicativa y, sobre todo, compatible con el mayor número de pruebas y conocimientos adquiridos con anterioridad. Según Popper, en efecto, el objetivo de la ciencia es obtener teoría cada vez más verosímiles y cercanas a la verdad. La teoría más verosímil (con mayor contenido informativo) es también la teoría menos probable. Si se prefiere la teoría más verosímil, esta es la teoría que posee un mayor contenido informativo. Pero puesto que sí dice más cosas también puede equivocarse más, entonces la teoría más comprobable, es también la hipótesis más improbable.

ta para concluir en un término preciso, de donde si el dilema no puede ser resuelto en tal oportunidad, prevalece la hipótesis más favorable al acusado gracias a una regla jurídica sobre las condiciones de aceptabilidad de la verdad procesal *(in dubio pro reo)*[32] y solamente será posible la confrontación de las hipótesis fácticas formuladas hasta que entre en juego la presunción legal de verdad de la cosa juzgada *(res iudicata pro veritate habemus)*. Además, como ha sido señalado antes, a diferencia de lo que ocurre en cualquier otra actividad cognoscitiva, la verdad es predicable jurisdiccionalmente únicamente a condición de que sean observados los requerimientos del principio de la legalidad procesal que regula el método de investigación y de formación de la verdad procesal, sin perjuicio de la efectividad del principio de la libre apreciación de la prueba, en los términos del artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, a la cual haremos especial referencia luego.

Respecto de la adquisición de los medios de convicción, el Código Orgánico Procesal distingue claramente dos etapas netamente diferenciadas, a la primera la denomina "fase preparatoria" la cual, según dispone expresamente la ley, tiene por objeto "la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación fiscal y la

[32] La cuestión aquí tratada se torna particularmente espinosa cuando el régimen de la apreciación de la prueba es como en nuestro proceso libre. En este caso la certeza de los jueces es necesaria y suficiente para la condena. "Esa convicción, señala Roxin en su citada obra (p. 103), tampoco es reemplazada por la comprobación objetiva de una probabilidad rayana en la seguridad; pues 'así como al juez del hecho no se le puede impedir que saque conclusiones posibles aunque no obligatorias, de determinados hechos, tampoco le puede ser prescrito bajo qué condiciones debe llegar a una consecuencia y a una convicción determinadas". Sin embargo, apunta asimismo Roxin, "se debe postular que la mera certeza subjetiva del juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado". Finalmente, señala Roxin, además, "que por otra parte no es necesaria 'una seguridad absoluta, que excluya obligatoriamente otras posibilidades de desarrollo del hecho' es suficiente 'la certeza personal de los jueces'", con las limitaciones que él mismo menciona. Las dudas sólo posibles teóricamente, dice, no conducen a una absolución. De tales consideraciones acerca de la libre valoración deriva Roxin la conclusión de que "a través de la consideración puramente subjetiva de la formación de la convicción se deja de lado el principio *in dubio pro reo:* puesto que este axioma sólo interviene cuando el juez duda, pierde su acción de protección, si el juez también, en caso de una pequeña probabilidad puede declararse convencido de modo incontrolable".

defensa del imputado". La segunda es precisamente el juicio oral y público, que tendrá lugar cuando se resuelva la apertura a juicio al admitirse la acusación, a los efectos de la evacuación de las pruebas admitidas.

Por otra parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 339 del Código Orgánico Procesal Penal, durante el debate podrán incorporarse al juicio por su lectura: 1. Los testimonios o experticias que se hayan recibido conforme a las reglas de la prueba anticipada, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o experto, cuando sea posible; 2. La prueba documental o de informes, y las actas de reconocimiento, registro o inspección, realizadas conforme a lo previstos en el Código; y, 3. Las actas de las pruebas que se ordene practicar durante el juicio fuera de la sala de audiencias. Dispone expresamente la ley que "cualquier otro elemento de convicción que se incorpore por su lectura al juicio, no tendrá valor alguno, salvo que las partes y el tribunal manifieste expresamente su conformidad con la incorporación...".

Debemos examinar cada uno de estos casos.

4. ACERCA DE LA PRUEBA ANTICIPADA

El artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal dispone que cuando sea necesario practicar un reconocimiento, inspección o experticia,[33]

[33] Nótese que conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 339 del Código Orgánico Procesal Penal "la prueba documental o de informes, y las actas de reconocimiento, registro o inspección", realizadas conforme a las disposiciones del Código pueden ser incorporadas al juicio por su lectura, como hemos indicado antes, por lo que parece contradictorio que para la evacuación de "reconocimientos", "registros" e "inspecciones" pueda recurrirse al instituto de la evacuación de prueba anticipada. En cuanto a la "experticia", es preciso observar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 237 del Código Orgánico Procesal Penal, el Ministerio Público está facultado para ordenar la práctica de experticias, sin que medie control de la prueba por el contradictorio, inclusive la designación de peritos adscritos a los órganos de investigación penal corresponde en esos casos a su superior inmediato, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 238 *eiusdem*. Además, cuando se hubieren emitido informes dudosos insuficientes o contradictorios, "o cuando el Juez o el Ministerio Público lo estimen pertinente, se podrán nombrar uno o más peritos nuevos, de oficio o a petición de parte, para que los examinen, y de ser el caso, los amplíen o repitan". En el caso de la experticia ordenada por el Ministerio Público, sin embargo, el resultado de la pericia no parece que pueda incorporarse al juicio por su lectura, a diferencia de las que hubieren sido evacuadas conforme a las reglas de la prueba anticipada, esto es, con intervención de las partes, por lo que parece una diligencia inútil producto de la improvisada reforma que se hizo al Código en el año 2001.

que por su naturaleza y características deban ser consideradas como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al Juez de Control que lo realice. Si el obstáculo no existiera para la fecha del debate, la persona deberá concurrir a prestar su declaración. El Juez –dice así mismo la ley– practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, incluyendo a la víctima, aunque no se hubiere querellado, quienes tendrán derecho de asistir con las facultades y obligaciones previstas en este Código.

Es evidente que el instituto de la evacuación anticipada de las pruebas es de carácter excepcional y tiene como finalidad de asegurar durante la fase preparatoria del procedimiento ordinario la adquisición de elementos de convicción de difícil obtención en el debate oral y público, garantizándose, sin embargo, mediante la citación de todas las partes, el control de la prueba en el momento de su formación mediante el contradictorio. El instituto opera, desde luego, tanto en interés del Ministerio Público o del querellante, como del imputado.

Su carácter excepcional resulta de las consideraciones pertinentes acerca de que si fuere frecuente la evacuación anticipada de la prueba, la efectiva vigencia del principio de la asunción de la prueba en el debate oral y público se vería seriamente comprometida y la instrucción probatoria previa al debate, propia del procedimiento inquisitivo, resurgiría en esta forma subrepticia.

Por otra parte, la amplitud con que se concede valor probatorio y se permite incorporar por la lectura al juicio el resultado de la fase preparatoria representado por "la prueba documental o de informes, y las actas de reconocimiento, registro o inspección" ha hecho que en la práctica el Ministerio Público recurra rara vez a la evacuación anticipada de la prueba.

Debe señalarse además que las pruebas evacuadas anticipadamente que pueden ser incorporadas al juicio por su lectura y libremente apreciadas por el Tribunal para fundamentar su convicción, obra únicamen-

te frente a los acusados que hayan participado en el acto por sí o por medio de sus defensores.

5. MEDIOS DE PRUEBA Y MEDIOS DE BÚSQUEDA U OBTENCIÓN DE LA PRUEBA. LA INVESTIGACIÓN

El Título VII del Libro Primero del Código Orgánico Procesal Penal se denomina: "Régimen Probatorio". El artículo 197, que encabeza el Capítulo I de dicho Título, dispone que los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones del Código. El Capítulo II de ese mismo Título está dividido en varias secciones. La Sección Primera regula las "inspecciones" bien sea de los lugares, de las cosas o de las personas. La Sección Segunda se refiere al allanamiento, que requiere de la orden escrita del juez de control. La Sección Tercera regula cierto tipo de comprobaciones tales como el levantamiento e identificación de cadáveres, las muertes en accidentes de tránsito, la autopsia y la exhumación de cadáveres, que son de la misma naturaleza de las inspecciones y se diferencian de éstas principalmente por su objeto. Por otra parte, la Sección Cuarta contiene las normas que rigen la "ocupación e interceptación" de correspondencia y comunicaciones, mientras la Sección Quinta se refiere al "testimonio" y a los "reconocimientos" y la Sección Sexta a la "experticia".

En ninguno de estos casos se especifica que haya lugar al control de la prueba mediante la contradicción, aunque el artículo 306 del Código Orgánico Procesal Penal dispone que el Ministerio Público podrá permitir en estos casos la asistencia del imputado, de la víctima y de sus representantes a los actos de investigación, cuando su presencia fuere útil para el esclarecimiento de los hechos y no perjudique el éxito de la investigación o impida una pronta o regular actuación.

El "principio de contradicción", expresamente reconocido en el artículo 18 del Código Orgánico Procesal Penal, que deriva directamente del derecho constitucional a la defensa, adquiere plenitud de sentido sólo cuando se ejerce en el momento de la formación de la prueba. De otro modo, cuando únicamente se permita controvertir sobre pruebas ya

formadas, el fin debate contradictorio se desnaturaliza y adquiere un sentido diverso al que corresponde a su objeto propio. No se trata ciertamente, en los casos que se admite la lectura e incorporación al juicio de pruebas preconstituidas, de contradicción en la formación de la prueba, que es el medio idóneo de garantizar la defensa del acusado, sino a lo sumo se trata de un debate contradictorio sobre una prueba ya formada.

Al permitirse la incorporación al juicio por su lectura de "la prueba documental o de informes, y las actas de reconocimiento, registro o inspección", como lo dispone expresamente el numeral 2 del artículo 339 del Código Orgánico Procesal Penal, está implícita una distinción cargada de ambigüedad que el legislador no declara.[34] Se trata de la pretendida distinción entre medios de prueba y medios de búsqueda de la prueba. En un proceso de partes son éstas las que han de proponer al juez el hecho a representar que será verificado en el contradictorio mediante los instrumentos probatorios que tienen el ya precisado carácter de hechos representativos. Siracusano, a quien cita Lozzi,[35] ha observado que la referida distinción entre medios de prueba y medios de búsqueda de la prueba, está orientada a ocultar o disimular la verdadera distinción que existe entre la prueba formada en el proceso y la prueba preconstituida al proceso. La inspección, el registro, la incautación y la interceptación, son a su juicio, en realidad, pruebas preconstituidas al proceso mismo y no meros medios de búsqueda de prueba, todo lo cual conspira contra el principio acusatorio y contra las exigencias del contradictorio, por medio de la incorporación al juicio de tales evidencias por su lectura.

---

[34] En relación al proyecto preliminar al *Codice di Procedura Penale* italiano de 1988, en el cual la distinción entre medios de prueba y medio de búsqueda de la prueba es manifiesta, la misma se explica de la siguiente manera: "El examen de los testigos y de las partes, los careos, reconocimientos, los experimentos judiciales, el peritaje y los documentos son *medios de prueba*, que se caracterizan por su idoneidad para ofrecer al juez resultados probatorios directamente utilizables para la decisión: son medios destinados a incidir de manera resolutiva sobre la experiencia del juez". Son, por consiguiente, hechos representativos del hecho a probar. En cambio, los medios de búsqueda de la prueba (inspección, registro o búsqueda, incautación e interceptación), "no son de por sí fuentes de convicción, pero hacen posible la obtención de materialidades, huellas o declaraciones dotadas de aptitud probatoria. Son las variables de un procedimiento probatorio que hace de la sorpresa el modo esencial de descubrir cosas o huellas del delito para obtener declaraciones...".

[35] *Op. Cit.,* p. 176.

Parece conveniente referirse a la función y a la estructura de la fase preliminar del proceso penal ordinario.

Su función, como ha sido dicho antes, está determinada en el artículo 280 del Código Orgánico Procesal Penal: La preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que sirvan para fundamentar la acusación y la defensa. Dicho precepto legal debe ser interpretado conjuntamente con los que se contienen en los artículos 283, 281 y 300.

Si el artículo 280 del Código Orgánico Procesal Penal, como hemos indicado, dispone que la función de la fase preparatoria consiste en la "investigación de la verdad", las normas antes citadas se refieren al contenido material de esa actividad.

La actividad de investigación, conforme lo dispone el artículo 283 *eiusdem* consiste en "investigar y hacer constar" la comisión del delito, con las circunstancias que puedan influir en su calificación, las atinentes a la responsabilidad, autoría y participación y el aseguramiento de los objetos activos y pasivos de su perpetración.

Sin embargo, el artículo 281 del Código, impone al Ministerio Público la carga de hacer constar "no sólo los hechos y circunstancias útiles para fundar la inculpación, sino también aquellos otros que sirvan para exculparle". Esta carga de ninguna manera contradice el objeto principal de su actividad. Como quiera que el Ministerio Público debe decidir si la investigación proporciona fundamento serio para el ejercicio de la acción en la oportunidad prevista en el artículo 326 del Código, lo que se concreta en establecer la probabilidad de la hipótesis de condena, no puede dejar de cumplir las verificaciones relativas a hechos y circunstancias favorables al imputado. Además, como ha sido señalado,[36] si la obligatoriedad de la acción penal busca garantizar el principio de la legalidad y el principio de la igualdad, deben entonces evitarse los proce-

[36] G. Lozzi, *Op. Cit.,* p. 286.

sos cuando la pretensión punitiva aparezca infundada, para cuya valoración puede ser indispensable efectuar investigaciones favorables a quien esté siendo investigado. Como explica Cordero[37] "en virtud del artículo 326 [del *Codice di Procedura Penale* italiano] sabemos hacia dónde mira el investigador, esto es, a establecer qué ha ocurrido y qué probabilidades de resultado positivo tiene la acusación en el supuesto debate. Es obvio que explore todo el caso, incluidos los aspectos favorables a la defensa; si los ignora, trabajando a ojos cerrados en el sentido persecutorio, corre el riesgo de una dificultad en el debate o inclusive en la audiencia preliminar; que deba también ver el otro aspecto no es providencialismo inquisitorio, sino precaución elemental". En efecto, el Ministerio Público debe acusar sólo cuando considere probable una condena, en otro caso deberá solicitar el archivo o el sobreseimiento de la causa, conforme a los artículos 315 y 320 del Código Orgánico Procesal Penal.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, recibida la noticia de la comisión de un delito de acción pública, el Ministerio Público debe ordenar el inicio de la investigación y dispondrá que se practiquen las diligencias necesarias para hacer constar las circunstancias de que trata el artículo 283.

En cuanto se refiere a las potestades del Ministerio Público en la fase preparatoria, debemos referirnos a varios numerales del artículo 108 del Código Orgánico Procesal Penal. Corresponde, de acuerdo a la ley, al Ministerio Público: dirigir la investigación de los hechos punibles y la actividad –de investigación– de los órganos de policía de investigaciones para identificar a los autores y partícipes; ordenar y supervisar la actividad de los órganos de policía de investigaciones penales; requerir a organismos públicos y privados calificados la práctica de peritajes o experticias para el esclarecimiento de los hechos; ordenar el aseguramiento de los objetos activos y pasivos de la perpetración de delitos.

Nótese, sin embargo, que pese a las amplias facultades del Ministerio Público, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 del Código Orgánico

[37] F. Cordero, *Procedimiento penal*, traducción de Jorge Guerrero de la 2ª edición de *Procedura Penale*, Editorial Temis, Bogotá, 2000, t. II, p. 146.

Procesal Penal, corresponde a las autoridades de policía de investigaciones penales, bajo la dirección del Ministerio Público, la práctica de las diligencias conducentes a la determinación de los hechos punibles y la identificación de sus autores y partícipes. De ahí que cuando los órganos de policía de investigaciones penales intervienen en la averiguación de los hechos punibles lo hacen en el ejercicio de una potestad propia que le ha sido atribuida por la ley y en forma alguna delegada del Ministerio Público, aun cuando actúen bajo la dirección de éste. Sin embargo, si la noticia de delito es recibida por las autoridades de policía, éstas deben comunicarla al Ministerio Público dentro de las doce horas siguientes y sólo practicarán las diligencias necesarias y urgentes, como lo dispone el artículo 284.

Diversas disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal se refieren, por otra parte, a la estructura formal y material de la fase preparatoria del proceso penal ordinario, veamos:

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 303 del Código Orgánico Procesal Penal, que regula la documentación de las diligencias de investigación practicadas, se dispone que se harán constar en lo posible en una sola acta, con expresión del día en que se efectúan, y la identificación de las personas que proporcionan la información. El acta que se forme deberá expresar el resultado fundamental de los actos realizados y "con la mayor exactitud posible, describirán las circunstancias de utilidad para la investigación".

Dispone la ley así mismo, en el artículo 304, que todos los actos de la investigación serán reservados para los terceros, de modo que sólo el imputado, el defensor, la víctima y, en su caso, los funcionarios de la Defensoría del Pueblo tendrán acceso a la investigación. Todo ello sin perjuicio de la potestad del Ministerio Público de disponer, mediante acta motivada, la reserva total o parcial de las actuaciones por un plazo que no exceda de quince días continuos, cuando la publicidad entorpezca la investigación.

El imputado, las personas a quienes se les haya dado intervención en el proceso conforme a lo establecido en el artículo 306 y el querellante, a

tenor de lo dispuesto en el artículo 295, podrán solicitar al fiscal la práctica de diligencias para el esclarecimiento de los hechos, como lo dispone expresamente el artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal.

Los artículos 313 y 314 del Código se refieren al término de la fase preparatoria. Pasados seis meses desde la individualización del imputado, salvo en los casos de delitos de lesa humanidad, contra la cosa pública, en materia de derechos humanos, crímenes de guerra, narcotráfico y delitos conexos, éste podrá requerir al juez de control la fijación de un plazo prudencial, no menor de treinta días, ni mayor de ciento veinte días para la conclusión de la investigación. El plazo que se otorgue podrá ser prorrogado, y vencida la prórroga el fiscal deberá presentar la acusación o solicitar el sobreseimiento dentro de los treinta días.

La fase preparatoria del proceso, además, conforme a lo dispuesto en el artículo 282 del Código Orgánico Procesal Penal, está sometida al control judicial, en lo que se refiere al cumplimiento de los principios y garantías establecidos en el Código, en la Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

Si bien la ley elude cuidadosamente referirse a "pruebas" durante la fase preparatoria, lo cierto es que, como hemos visto faculta al Ministerio Público para la obtención de determinados medios probatorios durante la fase preparatoria, los cuales podrán ser incorporados cuando se cumplan los supuestos de los artículos 197 y 199 del Código Orgánico Procesal Penal.

Por otra parte cabe señalar que la ley elude cuidadosamente referirse a la prueba durante la fase preparatoria y cuando lo hace tiene un carácter absolutamente excepcional como es el caso del artículo 307 del COPP que se refiere a la prueba anticipada.

Sin embargo, la ley faculta al Ministerio Público para la obtención de determinados medios probatorios durante la fase preparatoria, los cuales podrán ser incorporados cuando se cumplan los supuestos de los artículos 197 y 199 del Código Orgánico Procesal Penal. Conforme al artículo 309 puede requerir informes a particulares y a funcionarios públicos y confor-

me al mismo precepto legal puede "practicar por sí o hacer practicar por funcionarios policiales, cualquier clase de diligencias". Puede practicar o hacer practicar diversas clases de inspecciones, conforme al artículo 202 del Código, tales como registros y allanamientos, levantamientos e identificación de cadáveres, a tenor de lo dispuesto en el artículo 214; ordenar la práctica de autopsias, de acuerdo al artículo 216; y exhumaciones, conforme al artículo 217. Puede así mismo ordenar la incautación de diversos documentos, porque así lo autoriza el artículo 218 y la interceptación de comunicaciones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 219 y, conforme a lo establecido en los artículos 237 y siguientes del Código, puede ordenar la práctica de experticias.

De estas diligencias, conforme a la citada norma del artículo 339 del Código Orgánico Procesal Penal, numeral 2, pueden ser incorporadas por su lectura la prueba documental, los informes, las actas de reconocimiento, registros e inspecciones. Cordero cuando comenta el *Codice di Procedura Penale* italiano hace notar que el sistema acusatorio confía las investigaciones al Ministerio Público, absorbiendo la instrucción el debate. Las pruebas en cambio nacen en el juicio constituidas por los adversarios. De acuerdo a esta doctrina, por lo tanto, las actividades del investigador, sirven para resolver sobre el punto si se ha de obrar o no; pero sin embargo, tales materiales confluyen a las decisiones dictadas durante las investigaciones, como por ejemplo en la adopción de las medidas de coerción personal, señaladamente de la privación judicial preventiva de la libertad, conforme a los artículos 250 y siguientes del Código, o durante la audiencia preliminar, tales como la admisión de la acusación y ordenar la apertura del juicio, adopción de medidas cautelares e inclusive pronunciar la condena en caso de haberse impartido la aprobación a acuerdos reparatorios, basados en la admisión de los hechos, sobre cuya admisión puede fundamentarse la condena sin necesidad de verificación alguna conforme a lo que disponen los artículos 40, último aparte, y 41, penúltimo aparte, del citado Código Orgánico Procesal Penal. Igualmente, en caso de haberse acordado la suspensión condicional del proceso que también se basa en la admisión de los hechos, que puede servir de fundamento a la condena sin más verificación probatoria, en los casos de incumplimiento de las condiciones, a tenor de lo dispuesto en el artículo 46 *eiusdem*. De igual forma, en el procedi-

miento especial por admisión de los hechos es posible pronunciar la condena sin la comprobación material de la verdad, como resulta de lo dispuesto en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal. Además, mediante la incorporación por su lectura, adquieren pleno valor probatorio también en el debate.

6. LAS ACTAS DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS FUERA DE LA AUDIENCIA

La ley permite, asimismo, la incorporación al juicio por su lectura de las actas de las pruebas que se ordenen practicar durante el juicio fuera de la sala de audiencias. El artículo 335 del Código Orgánico Procesal Penal instituye los principios de concentración y continuidad de la audiencia y dispone que el debate podrá ser suspendido por un plazo máximo de diez días continuos sólo en los casos que enumera, entre los cuales destaca el previsto en el numeral 1 que autoriza la suspensión "para resolver una cuestión incidental o practicar algún acto fuera de la sala de audiencias, siempre que no sea posible resolverla o practicarla en el intervalo entre dos secciones". Es así como la suspensión del debate y la práctica de pruebas fuera de la sala de audiencias es del todo excepcional, y desde luego, se justifica la incorporación por su lectura de las actas que se hubieren formado sobre tales actuaciones.

La ley, sin embargo, nada dice acerca de la situación que se plantea cuando por efecto de haberse declarado con lugar un recurso de apelación de la sentencia definitiva con fundamento en los motivos especificados en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 452, se anule la sentencia impugnada y se ordene la celebración de un nuevo juicio oral ante un juez en el mismo circuito judicial, distinto del que la pronunció, conforme a lo dispuesto en el encabezamiento del artículo 457 del Código Orgánico Procesal Penal. En estos casos en que debe repetirse el debate y especialmente cuando se trata de una nulidad pronunciada por falta, contradicción o ilogicidad de la motivación del fallo, pareciera que las pruebas ya evacuadas en el debate pudieran ser incorporadas al juicio por la lectura de las actas correspondientes en el nuevo debate que deba realizarse como consecuencia de la anulación del fallo, todo lo cual se traduce en manifiesta economía procesal y en un medio idóneo de evitar la degradación del debate por su

reiterada repetición, lo cual conduce necesariamente a la impunidad de graves delitos, sin que por otra parte, por haberse dado a las partes la oportunidad de controlar la prueba, se vea menoscabado su derecho a la defensa y al debido proceso.

7. LA PRUEBA EN EL DEBATE ORAL Y PÚBLICO

Como ha sido dicho anteriormente, en el auto de apertura a juicio el juez de control resolverá sobre la admisión de la prueba y sobre las estipulaciones realizadas entre las partes, sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 343 del Código Orgánico Procesal Penal las partes podrán promover nuevas pruebas acerca de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la celebración de la audiencia preliminar. Así mismo, habrá lugar a la promoción y evacuación de nuevas pruebas en los casos de nueva calificación jurídica y de ampliación de la acusación, a los cuales se refieren los artículos 350 y 351 del Código.

Oídas las partes y la declaración del acusado o de los varios acusados en la misma causa, el juez debe proceder a recibir la prueba. En primer lugar, los expertos que deberán responder directamente a las preguntas que le formulen las partes y el tribunal y podrán consultar notas y dictámenes, sin que pueda reemplazarse la declaración por su lectura. Respecto de los peritos, el tribunal podrá disponer que éstos presencien los actos del debate.

Concluido el examen de los peritos, se procederá a llamar a los testigos uno a uno, comenzando por los que haya ofrecido el Ministerio Público, para examinar luego los propuestos por el querellante y continuar con los del acusado. El orden para el examen de los testigos podrá ser alterado, cuando así lo estime conveniente el juez presidente. Los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en el debate, la ley establece expresamente en la última disposición del artículo 355 del Código Orgánico Procesal Penal que “no obstante, el incumplimiento de la incomunicación no impedirá la declaración de testigos, pero el tribunal apreciará esta circunstancia al valorar la prueba”.

El testigo, al igual que el perito, deberá prestar juramento y será interrogado sobre su identidad personal y acerca de las circunstancias generales necesarias para apreciar su informe o deposición y deberá expresar de viva voz el conocimiento que tenga acerca de hecho propuesto como objeto de la prueba. Se permitirá después el interrogatorio directo, en primer lugar por el proponente y luego por las otras partes en el orden que el juez considere conveniente y luego el tribunal podrá interrogar al experto y al testigo.

Es así como el monopolio del poder instructorio del juez ha dejado su lugar a las partes. Son los solicitantes los que examinan los testigos, directamente, es decir, sin intervención del presidente del tribunal, pero el juez presidente moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas sugestivas, capciosas o impertinentes y procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas ni ofensas a la dignidad de las personas. En el interrogatorio de los peritos y testigos por las partes es donde se hace evidente el carácter del *adversary system*. El Código Orgánico Procesal Penal permite en definitiva el examen cruzado de los peritos y testigos.

El interrogatorio se efectúa mediante preguntas concretas referentes a hechos específicos. La prohibición de preguntas sugestivas, que presuponen cosas no dichas, insinuándolas al testigo y de las preguntas capciosas, por medio de las cuales se pretende engañar al deponente, está acompañada por la prohibición de preguntas impertinentes. En cambio las preguntas insidiosas, que pretenden el dominio dialéctico del deponente son y deben ser consideradas válidas y su único límite es el respeto a la dignidad de su persona.

Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate con indicación de su origen y excepcionalmente, previo acuerdo de todas las partes, podrá prescindirse de su lectura íntegra o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenando su lectura o reproducción parcial. Así mismo, los objetos y otros elementos ocupados serán exhibidos en el debate y se exhibirán las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales, podrán ser presentados a los expertos y a los testigos.

Terminada la recepción de las pruebas, las partes expresarán verbalmente sus conclusiones, con derecho a réplica. Corresponde al juez presidente impedir divagaciones, repeticiones e interrupciones. En su caso, se dará la palabra a la víctima y se oirá al acusado que tenga algo que manifestar, con lo cual se da por clausurado el debate y se procede a la deliberación.

8. LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

El artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, antes de la reforma promulgada en noviembre de 2001, disponía textualmente: "Artículo 22. Apreciación de las pruebas. Las pruebas se apreciarán por el tribunal según su libre convicción, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia". En el Código Orgánico Procesal Penal vigente, en cambio, el mismo precepto legal ha sido formulado en los siguientes términos: "Artículo 22. Apreciación de las pruebas. Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia". Así, el Código anteriormente vigente se pretendía basado en el falso credo de la apreciación de la prueba por el juez *"según su libre convicción"*, conforme al tenor literal de la ley. La reforma del citado artículo 22 actualmente vigente, en cambio, se concretó en ordenar que las pruebas debían ser apreciadas por el tribunal *"según la sana crítica"*. El doctor José Luis Tamayo,[38] principal inspirador de la reforma parcial del Código Orgánico Procesal Penal, ante esta fundamental modificación del régimen de apreciación de las pruebas introducida por dicha reforma se limita a comentar: "Se sustituyó del artículo 22 el término de 'libre convicción' por 'sana crítica' para superar las dificultades de interpretación y confusión con la íntima convicción".

Por otra parte, en la misma reforma parcial promulgada en noviembre de 2001, se reformó también el artículo 553 del Código Orgánico Procesal Penal, en términos tales que en la práctica se han suscitado dudas

[38] J. L. Tamayo, *Manual Práctico comentado sobre la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal*, Editorial Thamher, C.A., Caracas, 2002, p. 283.

acerca de la vigencia temporal de la ley procesal.[39] La invocación de tal dispositivo legal, el cual presenta evidentes visos de inconstitucionalidad por cuanto algunas de sus disposiciones contrastan abiertamente con la norma del artículo 24 de la Constitución –cuya norma ordena aplicar incondicionadamente las leyes procesales "desde el momento mismo de entrar en vigencia"– ha llevado a algunos intérpretes a la conclusión de que en los supuesto de aplicación de la ley procesal anteriormente vigente corresponde efectuar la apreciación de la prueba con arreglo a los principios de la libre apreciación de la prueba. Tal interpretación no puede justificarse.

Para determinar con precisión y exactitud lo que debe entenderse propiamente por *"libre convicción"* en el derecho actual, resulta conveniente referirse al *Decret concernant la police de sureté, la justice criminelle et l'etablissement del jurés* de 16 y 29 de septiembre de 1791 de la Asamblea Nacional francesa y al *Code des délits et des peines* aprobado el 3 de Brumario del año IV y muy particularmente a la instrucción que el presidente del Tribunal debía leer al jurado antes de su deliberación una vez concluido el debate. Esta instrucción pone de manifiesto la relación necesaria existente entre el veredicto del jurado y la íntima convicción. Este hecho es revelador. La reforma del artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal por la ley de 14 de noviembre de 2001, se corresponde con la abrogación del instituto del jurado y el veredicto inmotivado que es la expresión más genuina de la íntima convicción.

En efecto, de acuerdo con el artículo 572 del *Code des délits et des peines,* del 3 de Brumario del año IV, el presidente del Tribunal, terminada la evacuación de la prueba, debía en primer lugar, resumir el asunto reduciéndolo a sus términos esenciales, destacando las principales

[39] El artículo 553 del Código Orgánico Procesal Penal dispone en su parte pertinente: *"Artículo 553. Extraactividad. La presente ley se aplicará desde su entrada en vigencia, aun para los procesos que se hallaren en curso y para los hechos punibles cometidos con anterioridad, siempre que sea más favorable al imputado o acusado. En caso contrario, se aplicará el Código anterior. Los actos y hechos cumplidos bajo la vigencia del Código anterior y sus efectos procesales no verificados todavía, se regirán por esta última, a menos que este Código contenga disposiciones más favorables..."*.

pruebas a favor y en contra del acusado y leer luego la siguiente instrucción: "Los jurados deben examinar la acusación, las actas del proceso y todas las otras piezas, a excepción de las declaraciones escritas de los testigos y de las notas escritas de los interrogatorios a los que hubiere sido sometido el acusado ante el oficial de policía, ante el director del jurado y ante el presidente del tribunal criminal. Es sobre estas bases y, particularmente, sobre las deposiciones y los debates que hayan tenido lugar en su presencia, sobre lo que deben fundar su convicción personal: porque es de su convicción personal de lo que aquí se trata; es esta convicción personal lo que la ley les obliga a enunciar y es a esta convicción personal a la que se atienen tanto el acusado como la sociedad. La ley no les pide cuenta de los medios por los cuales se ha formado su convicción, no prescribe en este punto reglas de las cuales deban hacer particularmente depender la plenitud y la suficiencia de las pruebas: ella prescribe el deber de interrogarse a sí mismos, en el silencio y en el recogimiento, y de buscar, en la sinceridad de su conciencia la impresión que han hecho sobre su razón las pruebas presentadas contra el acusado y los medios de defensa. La ley no dice en este punto: "deberán tener por verdadero todo hecho atestiguado por tal o cual número de testigos. Tampoco dice que no se tenga como suficientemente establecida toda prueba que no sea formada de tales actas, de tales piezas, de tantos testigos o de tantos indicios". La ley no les formula más que una pregunta, que comprende todo el alcance de sus deberes: *¿tienen ustedes una íntima convicción?...*".

Esta ordenación del proceso y de la apreciación de la evidencia por el jurado basado en la íntima convicción fue el resultado del influjo ejercido por la opinión radical del joven consejero del parlamento Adrien Duport, manifiesta en los debates que la proposición de tal ordenamiento de la prueba suscitó en la Asamblea. Duport, quien sostenía una concepción extremadamente subjetiva de la convicción de los jurados, se vio secundado en su posición extrema por quienes sostenían la incompatibilidad del sistema de jurados con "la compleja y refinada teoría de las pruebas legales y de la escritura". Las principales objeciones fueron presentadas, sin embargo, por Robespierre, basadas en las garantías individuales, y de ellas resultó la aprobación de normas sobre "examen y admisión de las pruebas", de modo que sólo cuando

tales normas resultaren cumplidas "los jueces podrían condenar, cualquiera que sea su convicción".

De ahí se desprende que el significado que tomó entonces la *intime conviction* debía entenderse principalmente en sentido negativo, esto es, como rechazo al sistema de las pruebas legales. El sistema de la *intime conviction* se vincula de este modo inescindiblemente al jurado, porque sólo respecto de sus miembros se creía poder permitir que se formaran una opinión sin ataduras. A los jueces profesionales, por el contrario, desde tiempos de la Revolución, no era posible ni conveniente confiarles ese instrumento, porque de ese modo se les conferiría, en opinión de los convencionistas, un poder arbitrario.

Fue Feuerbach, sin embargo, en Alemania, quien más combatió la posibilidad de permitir a los jueces profesionales decidir según su libre convicción. Afirmó, en efecto, que de no haber otra alternativa que optar por prescindir de normas probatorias generales prescritas por ley, esto es, el sistema de las pruebas legales, debía adoptarse entonces por necesidad el tribunal de jurado, y si debiera prescindirse de éste, por el contrario, necesariamente habría que crear entonces una teoría general de las pruebas legales.

La consideración según la cual la verdad no podía estar únicamente en la convicción del sujeto que juzga, porque en este caso siempre habría verdad donde hubiere simple convicción, condujo a la afirmación de que la garantía de la verdad puede residir únicamente en la fundamentación o motivación de lo decidido. La verdad –se dijo entonces– no puede residir en la convicción misma porque en tal caso sólo habría que comprobar, en uno mismo o en otros, la convicción para que exista verdad. En cambio, sólo el examen y sopesamiento de los fundamentos y la motivación de lo decidido, pueden conducir por medio de la reflexión y el entendimiento a la verdad.

Por esta razón, dijo F. C. von Savigny en su memoria de 1846, destinada a servir de base a los debates legislativos con ocasión de la revisión de la ordenanza criminal prusiana de 1805: "No se parte aquí del supuesto de que a los jueces haya que encomendarles la decisión sobre la culpa-

bilidad o inocencia, como a los jurados, sin necesidad de rendir cuentas y sin responsabilidad, guiándose sólo por la convicción individual. Muy por el contrario, se presupone con toda propiedad que es esencial e imprescindible que el fallo se motive en los considerandos y que sea posible la revisión de la cuestión por el juez de apelación".

Del hecho de que las reglas de prueba no sean establecidas por la ley de una vez por todas, –dijo también F. C. von Savigny– no se sigue que los jueces estén dispensados, en general, de la obligación de sentenciar conforme a razones y reglas y de tener que rendir cuenta de ello. La diferencia entre jueces con teoría de la prueba y jueces sin ella, consiste única y exclusivamente en el hecho de que en el segundo caso se deja liberado a la discreción del juez mismo hallar y aplicar las reglas de prueba que proporcionan las leyes generales del pensamiento, la experiencia y la psicología.

El principio de la libre apreciación de la prueba conforme a esta concepción no es de manera alguna arbitrario ni está circunscrito a la "íntima convicción" del juzgador. Sufre, por el contrario, la fundamental limitación que resulta de la obligación judicial de fundamentar o motivar su decisión. Sólo la obligación de fundamentar y motivar lo decidido se corresponde lógica y jurídicamente con la libertad de apreciación del Juez. La libertad de apreciación de la prueba no se confiere al juez para que adopte sus decisiones arbitrariamente, sino para darle la posibilidad de determinar la verdad bajo su propia responsabilidad, pero de un modo que sea repetible mentalmente. "El deber de fundamentación –se ha dicho– es una consecuencia esencial (o si se quiere: un límite) de la "libre apreciación" de la prueba, porque la libertad existe solamente frente a normas legales restrictivas de la apreciación, pero no frente al afectado en el sentido de que esté permitida la arbitrariedad. Además, sólo el deber u obligación de fundamentación y de motivación de los fallos judiciales, establecido como principio, conviene a un procedimiento propio de un Estado de derecho. Tal principio resulta expresamente reconocido como tal en el artículo 173 del Código Orgánico Procesal Penal cuando dispone que las decisiones del tribunal serán emitidas mediante sentencia o autos fundados, bajo pena de nulidad y encuentra, por lo demás su concreción, respecto de los autos por los cuales se

resuelva el sobreseimiento, en el artículo 324; respecto del auto de apertura a juicio, en el artículo 331; respecto de la sentencia, en el artículo 364 y, en cuanto a los efectos de la falta, contradicción o ilogicidad manifiesta de la motivación en la sentencia, en los artículos 452 y 457 del Código Orgánico Procesal Penal. Los procesos basados en el sistema de la libre apreciación de la prueba exigen la motivación de la sentencia, que es una garantía constitucional del debido proceso cuyas exigencias únicamente se satisfacen cuando el proceso de convicción se explica en la motivación del fallo.

Con la limitación de la libre apreciación de la prueba, consistente en el deber de fundamentar o motivar lo decidido, está relacionada a su vez la reexaminabilidad de la decisión judicial en el aspecto fáctico. No sólo la apelación tiene por consecuencia que sea posible invalidar una constatación o apreciación cumplida por el juez sobre los hechos, como lo dispone expresamente el numeral 2 del artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal. También la casación en caso de infracción de ley, por falta de aplicación, por indebida aplicación o por errónea interpretación, puede comprobar, haciendo el análisis de los considerandos del fallo accionado, si las constataciones de hecho y las apreciaciones del juez son plausibles, repetibles y, por tanto, si ofrecen adecuado sostén a la sentencia.

En el derecho procesal de nuestro tiempo, la libre apreciación de la prueba se encuentra, por las razones antes indicadas, muy alejada de la llamada "íntima convicción". Así, la ordenanza procesal alemana expresa el principio de la libre valoración de la prueba cuando dispone en el párrafo 261: "sobre el resultado de la recepción de la prueba decide el tribunal según su libre convicción extraída de la totalidad del juicio". Esto significa, explica Roxin en su citada obra, que el juez debe considerar cierto un estado de cosas determinado, sin duda alguna. Y según la jurisprudencia del BGHSt, citada por Roxin y antes referida, la certeza personal así obtenida es indispensable para la condena y también suficiente. La convicción del juez tampoco es reemplazada por una comprobación objetiva de una probabilidad rayana en la seguridad; pues "así como al juez del hecho no se le puede impedir que saque conclusiones posibles, aunque no obligatorias, de determinados hechos, tampoco le

puede ser prescrito bajo qué condiciones debe llegar a una consecuencia y a una convicción determinadas". Pero –comenta asimismo Roxin– por otra parte, se debe postular que la mera certeza subjetiva del juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado. Por tanto el juez no es tan libre en la formación de su convicción como parece enunciar el párrafo 261. Se halla sujeto al menos a las leyes del pensamiento y experiencia.

Importa distinguir la apreciación de las pruebas por el tribunal "según su libre convicción", según lo ordenaba el abrogado artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal anteriormente vigente, de la apreciación de las pruebas "según la sana crítica", como lo ordena la ley vigente.

Como ha sido apuntado *supra*, la apreciación de la prueba según la "libre convicción" es hija de la Revolución y se origina, específicamente, en el artículo 572 del *Code des délits et des peines,* del 3 de Brumario del año IV, en la instrucción que debía leerse conforme a dicha norma a los jurados. De ahí se desprende que el significado que tomó entonces la *intime conviction* debía entenderse principalmente en sentido negativo, esto es, como rechazo al sistema de las pruebas legales. Hemos destacado asimismo, que el sistema de la *intime conviction,* nacido de la libre apreciación de la prueba, por oposición al sistema de la prueba legal, se vincula de este modo al jurado, porque sólo respecto de sus miembros se creía poder permitir que se formaran una opinión sin ataduras.

El sistema de la sana crítica, que según dijo Eduardo Couture[40] es hoy un instrumento propio de la doctrina hispanoamericana, tiene un origen más recoleto. Dijo en su día Francois Gorphe en su conocida obra *La Critique du Témoignage*,[41] haber encontrado en el Código de Procedi-

[40] E. Couture, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, incluido en la obra *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, t. II, pp. 181 y ss.
[41] F. Gorphe, *La Critique du Témoniage*, deuxieme édition, Librairie Dalloz, Paris, 1927.

miento Civil español de 1881 una sabia prescripción: "recomienda siempre a los jueces apreciar el valor de los testigos *"de acuerdo a las reglas de la sana crítica"* y teniendo en cuenta las circunstancias".

Gorphe consideraba que tal prescripción, si fuere aplicada metódicamente, podría mejorar el empirismo y la subjetividad de la simple *"convicción íntima"*, al tiempo que haría inútil una reglamentación complicada de inhabilidades y rechazos de testigos. Couture puntualizará –frente a las afirmaciones de Gorphe– que en realidad el concepto proviene del artículo 137 de la Ley española de Enjuiciamiento Civil de 1855, pero que no fue ésta, sin embargo, la que lo creó, sino que se limitó a utilizar las palabras usadas algún tiempo antes en una simple disposición administrativa. El Reglamento de lo Contencioso ante el Consejo de Estado español utilizó, por primera vez en la historia del derecho procesal, la idea de que la prueba de testigos sería apreciada "según las reglas de la sana crítica".

El punto de partida del sistema de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica es –según explicó Couture– la consideración de que la sentencia no es una mera operación lógica y que, por el contrario, están comprendidas en ella multitud de operaciones de la experiencia jurídica. La operación intelectiva de sentenciar –anotaba– no se agota en el silogismo ni constituye una mera operación inductivo-deductiva. Por otra parte, conforme al principio dispositivo que rige en el proceso penal venezolano, la prueba no es un método de averiguación, sino un modo de controlar las proposiciones de hecho formuladas por las partes. Mediante un sistema de cargas procesales el legislador insta a las partes a demostrar la verdad de sus afirmaciones. No hay averiguación porque la carga de la prueba es, por definición, un imperativo del propio interés del litigante. El legislador compele al litigante a probar bajo la amenaza de no ser creído.

Si bien las reglas de la sana crítica constituyen asimismo, al igual que el silogismo, en sentido formal, una operación lógica, debe aceptarse también que la sentencia no se agota en una pura operación lógica, "sino que responde, además, a una serie de advertencias que forman parte del conocimiento mismo de la vida".

De esta constatación surgen precisamente las ideas de sujeción a la lógica y de máxima de experiencia, entendida como el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio (Stein). De modo que las máximas de experiencia no forman, por consiguiente, parte del material probatorio suministrado al juez por los litigantes. Aun en los casos en que las partes no han suministrado al juez la prueba de un hecho, el juez puede dar por admitido ese hecho si éste forma parte de su experiencia normal de las cosas de la vida. La sana crítica, dijo por eso Couture, no puede desentenderse de los principios lógicos, ni de las reglas de la experiencia. Las reglas de la sana crítica son garantía de idónea reflexión. Y, según Couture, tratando de fijar esta idea en una definición, podríamos decir que las reglas de la sana crítica, son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

Por estas razones, dice Couture no compartir la tesis tradicional de que nuestros sistemas legales se hallan inspirados en el principio de la libre convicción. Considera, por el contrario, "que el concepto de *'libre convicción'* debe ser reservado para ciertos casos en los cuales la ley permite al juez, como ocurre en el jurado criminal, juzgar los hechos sin necesidad de fundamentar racionalmente sus conclusiones, sin servirse de los elementos de convicción que aparecen en el proceso, pudiendo utilizar su saber privado, sin acudir a los medios normales de valoración de la prueba, pudiendo acudir a otros de carácter excepcional". De allí que, a su juicio, los criterios de valoración sean tres claramente diferenciados: a) pruebas legales: imputación anticipada en la norma de una medida de eficacia; b) sana crítica: remisión a criterios de lógica y de experiencia, por acto valorativo del juez; y c) libre convicción: remisión al convencimiento que el juez se forme de los hechos, en casos excepcionales en los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aun contra la prueba de autos.

Consideraciones Sobre la Apropiación Indebida de Primas de Seguros

Juan Carlos RAMÍREZ PAESANO[*]

SUMARIO:

Introducción

1. **La apropiación indebida: Concepto y su calificación penal al aplicarla a la actividad de la intermediación de seguros.**
2. **Implicaciones y consecuencias civiles y administrativas.**

INTRODUCCIÓN

Es pertinente el inicio del tema para puntualizar algunas nociones básicas de la actividad de comercialización de las pólizas de seguros en Venezuela, en la que existe el mercadeo y concreción de contratos con la facilitación de intermediarios o productores de seguros a quienes se les confía el dinero de la prima y pudiera ser sujeto activo de delito.

[*] **Universidad Central de Venezuela,** Abogado, Especialización en Derecho Mercantil, Tesista**. Instituto Universitario de Seguros,** Técnico Superior Universitario en Seguros. **Universidad Nacional Abierta,** Estudios de Administración de Empresas. Autor de artículos difundidos en revistas especializadas. Ejerce en el **Escritorio Jurídico de Seguros Ramírez Paisano.**

El productor de seguros –sea agente exclusivo, corredor o sociedad de corretaje– incurre en delito al no entregar al asegurador, en los lapsos legales, la prima pagada por el asegurado.

La figura del intermediario de seguros está prevista en la vigente Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, publicada el 8 de diciembre de 1994, en la *Gaceta Oficial* Nº 4.865 Extraordinario de fecha 08 de marzo de 1995, la cual será identificada en lo sucesivo como LESYR, en el artículo 132, en los siguientes términos:

> A los fines de esta Ley, se entiende por productores de seguros las personas que dispensan su mediación para la celebración de los contratos de seguros y asesoran a los asegurados y contratantes, quienes se regirán por la presente Ley y supletoriamente por las normas contenidas en el Código de Comercio.

La anterior definición nos refleja dos atributos propios del productor de seguros: El primero, el carácter mercantil de la persona que dispensa su mediación para la celebración del contrato de seguros, cualidad ésta que concuerda con las definiciones establecidas en el Código de Comercio en la Sección IV, del Título II, *De los Agentes y Mediadores de Comercio;* y la segunda característica planteada es la de asesor.

Dentro de las funciones del productor de seguros autorizadas por la Ley está la de realizar el cobro de la prima de seguros y enterarla en la caja del asegurador para que éste asuma el riesgo. En esta fase de formalización del contrato de seguros, pudiera generarse la actuación dolosa del productor y configurarse un delito contra la propiedad, el cual analizaremos a continuación.

La actuación dolosa del productor de seguros obliga a considerar las consecuencias jurídicas de índole civil, en relación a los daños generados al asegurado y a la aseguradora antes y después del siniestro; y consecuencias administrativas, en cuanto a la violación de normas expresamente previstas en la LESYR; y penales, ya que pudiera presentarse una diferencia de criterio sobre la pena aplicable, dependiendo de la calificación del delito y del tipo penal que se le impute al intermediario

que se apodere ilegalmente de una prima de seguros, si tenemos en cuenta que la LESYR prevé una norma que contiene un tipo penal genérico de actuación fraudulenta, frente al tipo penal específico de la Apropiación Indebida, establecida en el Código Penal.

1. LA APROPIACIÓN INDEBIDA: Concepto y su calificación penal al aplicarla a la actividad de la intermediación de seguros

En torno a la definición de la APROPIACIÓN INDEBIDA, debemos iniciar como punto de partida lo prescrito en el Código Penal en el artículo 468:

> El que se haya apropiado en beneficio propio o de otro, alguna cosa ajena que se le hubiere confiado o entregado por cualquier título que comporte la obligación de restituirla o de hacer de ella un uso determinado, será castigado con prisión de tres a dos años, por acusación de la parte agraviada.

Los elementos del delito estarían identificados de la siguiente manera:

Acción. El sujeto activo recibe del pasivo una cosa mueble, por título legítimo que entraña para aquél la obligación de restituirla o de hacer de ella un uso determinado.

Sujeto Activo. Es el tenedor legítimo.

Sujeto Pasivo. Es el propietario de la cosa.[1]

En el caso de la actividad realizada por el productor de seguros, sabemos que la cosa entregada por el asegurado es la prima, que no es más que dinero en efectivo o un cheque para ser enterado en la caja del asegurador, a fin de pagar la póliza.

[1] Hernando Grisanti Aveledo, *Manual de Derecho Penal.* Tercera Edición. MobiLibros. pp. 341 y 342.

Al subsumir la actuación de apoderamiento ilegal de la prima por parte del intermediario al supuesto de hecho de la norma, nos encontramos con la misma consideración doctrinaria que se presenta con la definición del "Contrato de Depósito", prevista en el Código Civil artículo 1.749 y las consideraciones del depósito "Irregular" cuando se trata de dinero o cosas de la misma calidad y cantidad.

En este sentido, si consideramos que el ánimo del legislador es el sostenido en la doctrina como: *"una realidad impersonal o porción de mundo exterior, material o inmaterial, actual o futura, con existencia separada y autónoma, que conforme al criterio en una determinada sociedad, se considerará útil para satisfacer necesidades humanas y que es susceptible de ser objeto de derecho",*[2] podríamos catalogar al dinero, sea efectivo o cheque dentro del concepto de "COSA" y seguir enmarcando la actividad dolosa del intermediario de seguros dentro de este tipo penal al considerar la prima como una especie de las cosas previstas en el tipo penal.

En el desarrollo del análisis, nos encontramos con que el productor de seguros es definido por la LESYR como "DEPOSITARIO DE LAS PRIMAS RECAUDADAS". El artículo 148 de la LESYR, establece:

> Los productores de seguros se consideran depositarios de las primas recaudadas por ellos, hasta tanto las entreguen a la empresa por cuya cuenta haya efectuado el cobro.

Al tener en cuenta que el productor de seguros se considera depositario de la prima recaudada y que además, lo debe ser por un período muy breve, pues existe la previsión reglamentaria de entregar la prima a la aseguradora dentro del día hábil siguiente a la fecha en que se hubiere efectuado el cobro, en caso de los agentes exclusivos; dentro de los cinco (5) días consecutivos siguientes al cobro, si es corredor de seguros y, dentro de los quince (15) días consecutivos siguientes al último

[2] Jose Luis Aguilar Gorrondona. Cosas, Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II. Universidad Católica Andrés Bello. p. 12.

día del mes en que se ha efectuado el cobro, en el caso de tratarse de una Sociedad de Corretaje de Seguros (Reglamento General de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, *Gaceta Oficial* Nº 5.339, de fecha 27/04/1999), considerando adicionalmente, que la prima se le ha confiado en razón de su profesión, industria, comercio, negocio, funciones o servicios, nos inclinamos hacia la calificación del delito.

Efectivamente, el Código Penal en su artículo 470 califica el delito de Apropiación Indebida al referirse:

> Cuando el delito previsto en los artículos precedentes se hubiere cometido sobre objetos confiados o depositados en razón de la profesión, industria, comercio, negocio, funciones o servicios del depositario, o cuando sean por causa de depósito necesario, la pena de prisión será por tiempo de uno a cinco años; y el enjuiciamiento se seguirá de oficio.

Hasta el momento parecería no existir duda alguna en tipificar la actuación delictual de un productor de seguros que se apodere de la prima como una **"APROPIACIÓN INDEBIDA CALIFICADA"**, sin embargo, en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros existe una norma de carácter penal que pudiera aplicarse, en consideración de la especialidad de la Ley, y del principio *indubio por reo*, al prever una pena más favorable.

La LESYR, en su artículo 179, estipula una pena de ARRESTO de tres meses a tres años, para el productor de seguros que haya actuado fraudulentamente en el ejercicio de sus funciones.

En la búsqueda de bibliografía penal nacional autorizada en materia de seguros, en la que se mencione el tipo tratado, encontramos los comentarios del Doctor Hernando Grisanti Aveledo, hechos en la separata de la Revista Derecho y Seguros, editada en las XIII Jornadas "J. M. Domínguez Escobar", en homenaje al XXV Aniversario de la Universidad Centro Occidental "Lisandro Alvarado", hechas en Barquisimeto del 03 al 06 de enero de 1988. El Doctor Grisanti Aveledo presenta como ejemplo del delito de "APROPIACIÓN INDEBIDA CALIFICADA" cuan-

do se tiene a "Un productor de seguros que se adueña de las primas que ha recaudado"[3] y hace un comentario que dilucida la diferencia entre la actuación fraudulenta o de estafa y la apropiación indebida.

Según el Doctor Hernando Grisanti Aveledo, *"La diferencia esencial que media entre la estafa y la apropiación indebida radica en lo siguiente: en la Estafa el dolo (o intención delictiva) es* ***anterior*** *a la tenencia o recepción de la cosa; en cambio, en la apropiación indebida, el dolo es* ***posterior*** *a la tenencia o recepción legítima de la cosa"*.[4]

Hecha esta consideración, no cabe duda para coincidir con el citado autor penalista, en que el hecho de que un productor de seguros se adueñe de las primas que ha recaudado, es una APROPIACIÓN INDEBIDA CALIFICADA, y que la norma prevista en la LESYR, en el artículo 179 literal c), se refiere y es aplicable genéricamente a cualquier otra actuación fraudulenta que realice un productor en ejercicio de sus funciones, pero no debe ser aplicable al hecho del apoderamiento de las primas.

RESPONSABILIDAD PENAL

Como se ha comentado, el delito del apoderamiento ilegítimo de un dinero confiado a un productor para cancelar una póliza de seguros, se enmarca dentro del tipo penal de la apropiación indebida calificada, mereciendo una pena de prisión de uno a cinco años, y el enjuiciamiento seguirá de oficio.

Desde la óptica procesal penal, es necesario determinar al Sujeto Pasivo, amén de que el enjuiciamiento seguirá de oficio.

Sujeto Pasivo: ¿Quién es el propietario de la prima (La Cosa) al momento de verificarse el delito? Evidentemente, que el depositante-asegurable es el propietario de la prima, pero al darla con el mandato de ser

[3-4] Doctor Hernando Grisanti Aveledo, hechos en la separata de la Revista Derecho y Seguros, editada en las XIII Jornadas "J.M. Domínguez Escobar", en homenaje al XXV Aniversario de la Universidad Centro Occidental "Lisandro Alvarado", hechas en Barquisimeto el 03 al 06 de enero de 1988. p 105.

entregada al asegurador, consideramos que la propiedad de la prima es del asegurador al momento en que el intermediario de seguros entrega el recibo otorgado por la aseguradora para que efectúe la cobranza. De este análisis se desprende la cualidad del sujeto pasivo, dependiendo de la circunstancia de hecho y la entrega del recibo emitido por el asegurador. El Reglamento General de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, en su artículo 160 dice: *"Los productores de seguros sólo podrán usar para el cobro de las primas, los recibos emitidos por las aseguradoras"*.

Es tan importante para la calificación del delito de apropiación indebida calificada la figuración del "Recibo de Primas" emitido por el asegurador para la cobranza del dinero, que si no media tal documento en la cobranza, estaríamos en presencia de una posible estafa u otro fraude por parte del sujeto que se apodere ilegalmente del dinero, considerando que es posible que el que cobre la prima pueda estar o no autorizado, por la Superintendencia de Seguros, para actuar como productor de seguros.

2. IMPLICACIONES Y CONSECUENCIAS CIVILES Y ADMINISTRATIVAS

Cuando la Ley considera que el Productor de Seguros es un DEPOSITARIO DE LA PRIMA, es forzoso entrar a analizar las implicaciones, deberes y derechos que representa la figura del depositario dentro del contrato de depósito, civilmente.

El primer análisis nace de la definición legal prevista en el Código Civil en el artículo 1.749, la cual establece: *"El depósito en general es un acto por el cual una persona recibe la cosa ajena con obligación de guardarla y restituirla"*.

Buscando armonizar el contrato de depósito con la actividad del corretaje o intermediación de seguros, nos encontramos que no existe puridad conceptual, dado que hay una mixtura entre el depósito y el mandato. Primero el depósito en general se refiere a cosas no fungibles y la prima se trata de dinero, con lo que estaríamos frente a la figura del depósito irregular. Además, si bien es cierto que en el depósito se prevé la obli-

gación de restituir la cosa al depositante, no es menos cierto que existe una orden legal de entregar la prima al asegurador que desvirtúa el depósito como tal engendrando luego de la tenencia obligaciones propias del mandato.

Desde este punto de vista sería apropiado pensar que el propósito del legislador estaría encaminado a asignarle al productor detentador de las primas de seguros las responsabilidades propias de la OBLIGACIÓN DE GUARDA, más que definirlo como depositario.

Evidentemente que aparte de la obligación de guarda está la de restituir y frente a la pregunta de a quién debe restituirse en caso de que actúe en nombre propio, debe hacérsele a él mismo (1.765 del Código Civil).

Hay determinadas excepciones a la obligación de restituir al mismo depositante:

> a) En caso de haber muerto el depositante, la devolución debe hacerse al heredero. (Art. 1.767 Código Civil).
>
> b) Si después de constituido el depósito, el depositante pierde la capacidad de administrar sus bienes, la restitución debe hacerse a quien tenga la administración de los bienes. (Art. 1.768 Código Civil).
>
> c) Si el depósito fue hecho originalmente por quien era incapaz, la restitución debe hacerse a quien tenga la administración de los bienes del incapaz. (Art. 1.754 Código Civil).
>
> d) Si la persona que hizo el depósito actuó en nombre ajeno, la restitución deberá hacerse a la representada o al nuevo administrador.

La figura más acorde para considerar la actuación del Productor de Seguros, en tanto es detentador de la prima, es la del depositario que al momento del contrato se ha designado a una persona (ASEGURADOR DETERMINADO) para recibir la devolución del depósito.

En definitiva, desde el punto de vista civil el productor está obligado a prestar la diligencia de un buen padre de familia y no la misma diligencia que emplearía si la cosa fuera propia, por existir el ofrecimiento expreso del intermediario de prestar ese servicio. (Artículo 1.757 del Código Civil).

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PRODUCTOR QUE SE APROPIA DE LA PRIMA DE SEGUROS

Considerado por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros como depositario, el Productor de Seguros que se apropie indebidamente de una prima de seguros, confiada para ser entregada a un asegurador, será mayor o menor su responsabilidad civil en función de los daños generados por su actuación. Para ilustrar los momentos en que se pueda catalogar y denunciar la actuación dolosa, consideramos:

– Si la intención y actuación dolosa de apropiarse de la prima se verifica durante el lapso que el Reglamento General de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros autoriza la tenencia de la prima por parte del productor, será difícil la imputación del delito si luego la restituye, hasta tanto no caiga en mora y sea exigible la entrega en caja del asegurador, según el Reglamento. Si esto ocurre y el productor repone el dinero antes del vencimiento del lapso, estaríamos frente a las circunstancias propias del depósito "Irregular" de cosa fungible, que al ser restituida la misma cantidad de dinero antes del vencimiento del lapso no habría aparentemente delito o responsabilidad civil alguna.

– Si la apropiación indebida se materializa y se proyecta fuera del lapso reglamentario para entregar la prima al asegurador, hay que distinguir dos circunstancias para determinar frente a quién hay responsabilidad:

– A) Si el productor ha entregado al asegurado el recibo de prima: Si el asegurado tiene en su poder el recibo de prima suministrado por el asegurador, éste está en la obli-

gación de indemnizar al asegurado en caso de siniestro. Luego, el asegurador tendrá una acción de repetición contra el productor que haya cobrado la prima y no la haya enterado en caja del asegurador hasta por todos los daños causados al asegurador conforme al artículo 1.185 del Código Civil. Lo anterior se deriva del artículo 160, Parágrafo Único del Reglamento General de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. Que reza: *"La entrega a los asegurados de los recibos de primas por los productores de seguros obliga a las empresas de seguros respectivas a cubrir los riesgos…"*.

– Igualmente, si se entregó el recibo al asegurado, pero no se materializó algún siniestro, el productor debe responder por la prima al asegurador, puesto que éste ha asumido técnicamente el riesgo por cuenta del asegurado.

– B) Si el productor no ha entregado al asegurado el recibo de prima suministrado por la aseguradora, la responsabilidad civil será únicamente del productor que, actuando como productor, en su cualidad de autorizado por el Estado, ha defraudado deliberadamente al asegurable.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Desde el punto de vista del derecho administrativo, el productor que se apropie indebidamente de la prima es considerado que ha incumplido un deber impuesto por una norma de carácter administrativo que en este caso la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros estipula la sanción prevista en el artículo 171, el cual prevé unas sanciones graduales que serán impuestas por el Superintendente de Seguros según su prudente arbitrio, que van desde amonestación pública o privada, pasando por multa, hasta la suspensión o revocatoria de la autorización.

El deber administrativo incumplido está previsto en el artículo 148, en el parágrafo segundo *eiusdem,* que dice: *"Los productores de seguros están obligados a cancelar a las empresas de seguros la totalidad de las primas que recauden…"*.

CONCLUSIONES

La presencia de los intermediarios de seguros dentro de la actividad aseguradora es un valor agregado de índole profesional que debe estar orientado a la asesoría del asegurado y al fortalecimiento de la cartera de clientes de los aseguradores por interés mutuo.

Hemos visto que la actuación dolosa de un productor de seguros genera no sólo responsabilidad penal sino también civil y administrativa.

Lo anterior denota la importante y delicado del ejercicio de la intermediación de seguros. Esta realidad sólo debe llamar a la reflexión a los productores de seguros al mejoramiento continuo y al adiestramiento profesional como medida preventiva a la tentación del delito tratado en estas líneas. Además, creemos oportuno apoyar las orientaciones de los proyectos de Reforma de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, hoy discutidos en la Asamblea Nacional en la que se prohíbe la cobranza en dinero en efectivo de las primas, como dispositivo que aminorará la posibilidad de materialización del delito de la APROPIACIÓN INDEBIDA DE PRIMAS DE SEGUROS.

BIBLIOGRAFÍA

GRISANTI AVELEDO, Hernando. *Manual de Derecho Penal.* Tercera Edición. Mobi-Libros.

_____: Hechos en la separata de la Revista Derecho y Seguros, editada en las XIII Jornadas "J. M. Domínguez Escobar", en homenaje al XXV Aniversario de la Universidad Centro Occidental "Lisandro Alvarado", hechas en Barquisimeto del 03 al 06 de enero de 1988.

La Suspensión Condicional del Proceso y las Otras Medidas Alternativas a la Prosecución del Proceso, Previstas en el Código Orgánico Procesal Penal Venezolano

Jesús Enrique RINCÓN RINCÓN*

SUMARIO:

Introducción

1. **Consideraciones generales: 1.1** *Concepto.* **1.2** *Fundamentos, razones y finalidades que justifican la institución de la suspensión condicional del proceso.* **1.3.** *Diferentes sistemas o regímenes de la suspensión condicional del proceso.*

* **La Universidad del Zulia**, Abogado, Doctor en Derecho mención Máxima Calificación, Mención Publicación de la Tesis de Grado. **Universidad de Oxford**, Reino Unido, Diplomado, **Universidad de Buenos Aires**, República Argentina, Especialización en Derecho Penal General, **Universidad de Salamanca**, Reino de España, Especialización en Derecho Penal Especial, **Universidad de Salamanca**, Reino de España, Especialización en Derecho Penal General. **Universidad Rafael Belloso Chacín**, Profesor Asociado. Miembro de la Judicatura desde 1998, actualmente Juez de Control. **Comisión Mixta para la Reforma de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal y de Justicia Militar**, Asesor Permanente *ad honorem*. Autor de monografías difundidas en publicaciones especializadas.

2. **Suspensión condicional del proceso y suspensión condicional de la ejecución de la pena: 2.1** *La institución de la suspensión del juicio a prueba en Argentina ¿Ejemplo a seguir?* **2.2** *El sistema venezolano de la suspensión condicional del proceso antes de la reforma del COPP de noviembre del 2001.* **2.3** *Diferencias entre la suspensión condicional del proceso y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.*
3. **Alcance y límites de la suspensión condicional del proceso y de la suspensión condicional de la ejecución de la pena: 3.1** *La desnaturalización de estas dos instituciones al aplicarlas a los delitos más graves, como en los casos de homicidios intencionales.* **3.2** *El espíritu, el propósito, la razón y la intención del Artículo 14 de la derogada Ley de Beneficios en el Proceso Penal se mantienen vigentes en los artículos 493, 494 y siguientes del COPP.* **3.3** *Beneficios de la aplicación de la suspensión condicional del proceso.*
4. **A modo de conclusión: 4.1** *Resultados de la aplicación de la suspensión condicional del proceso en Venezuela.* **4.2** *Cuadro comparativo de la suspensión condicional del proceso, como estaba en el COPP original y como quedó en la reforma del 2001.*
5. **Las otras medidas alternativas a la prosecución del proceso previstas en el Código Orgánico Procesal Penal: 5.1** *Consideraciones generales.* **5.2** *El principio de oportunidad.* **5.3** *Los acuerdos reparatorios.*

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, muchos juristas han propiciado la implantación de una serie de instituciones, que sirvan como alternativas a la prosecución del proceso penal, y muy especialmente que sustituyan, en lo posible, a la medida de la privación preventiva de la libertad. A esas instituciones se las ha denominado medidas alternativas a la prosecución del proceso. Entre dichas Medidas Alternativas se encuentran: 1. el prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal en los llamados delitos insignificantes, por aplicación del **principio de opor-**

tunidad; 2. la posibilidad de que las partes alcancen **acuerdos reparatorios**, en donde se indemnice adecuadamente a la víctima; 3. la implementación de penas y sanciones no privativas, e incluso no restrictivas de la libertad, como la **realización de trabajos en beneficio de la comunidad**; 4. la imposición de **medidas cautelares sustitutivas** en vez de detenciones preventivas; 5. la aplicación de ciertas **medidas de seguridad y de prevención del delito**; y 6. el **suspender condicionalmente el proceso (y la pena)**, mediante un régimen de libertad vigilada.

Como ya se indicó, entre dichas medidas alternativas se encuentra la Suspensión Condicional del Proceso, también conocida en otros países como Suspensión del Procedimiento a Prueba, Suspensión del Juicio a prueba, Suspensión Condicional de la Persecución Penal, o como *Probation* y *Diversión,* entre otras denominaciones,[1] y fue establecida en el proceso penal venezolano, a través de siete artículos del Código Orgánico Procesal Penal, el cual entró en vigencia plena y total, el día 1º de julio de 1999, resultando modificados estos artículos a raíz de la reciente Reforma de dicho Código publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.558 del 14 de

[1] En realidad son instituciones distintas, ambas provenientes del Derecho Anglosajón, la *probation* es la suspensión de la sentencia, y la *diversión* es la suspensión de la persecución penal. Ver, generalmente, para todas estas instituciones, a Gustavo L. Vitale, *Suspensión del Proceso Penal a Prueba*, Editores del Puerto, Argentina, 1996, 364 pp.; Carlos Edwards, *La Probation en el Código Penal Argentino*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2ª edición actualizada, Argentina, 1997, 274 p.; Leonardo Gabriel Pitlevnik, *La Suspensión del Proceso a Prueba en cuatro resoluciones de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal*, en la obra *NDP Nueva Doctrina Penal*, editores del Puerto, Buenos Aires-Argentina, 1999, p. 181 y ss. Marcelo Castañeda Paz, *Probation: El Desafío de Cambiar la Mentalidad*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, 2000, 229 pp.; Pedro M. Berrizbeitia, *Suspensión Condicional del Proceso*, en la obra *La Vigencia Plena del Nuevo Sistema*, en la celebración de las Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal de la UCAB, Edit. Texto C.A., Caracas, 1999, 329 pp.; Jurgen Baumann y otros, *Proyecto Alternativo sobre Reparación Penal*, edition iuscrim, publicado por Ciedla, Buenos Aires-Argentina, 1998, 198 pp.; Daniel P. Carrera, Jorge de La Rúa, Benigno Rojas Vía y Nilo Batista, en diferentes trabajos sobre *Alternativas a la Pena y a la Privación de la Libertad*, en la obra *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires-Argentina, 1998, p. 563 y ss. Elena Highton, Gladis Álvarez y Carlos Gregorio, *Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal*, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires- Argentina, 1998, 256 pp. Rafael Quintero Moreno, *La Suspensión Condicional del Proceso en la Legislación Penal Venezolana*, en la celebración de las Quintas Jornadas de Derecho Procesal Penal de la UCAB, Edit. Texto C.A., Caracas, 6, 7 y 8 de marzo de 2002, pp. 49 y ss.; José Luis Tamayo Rodríguez, *Manual Práctico Comentado sobre la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal*, Edit. Tamher, Caracas, 2002, 520 pp.

noviembre del año 2001. Estos 7 artículos del COPP original abarcaban desde el 37 hasta el 43, y textualmente señalaban lo siguiente:

> **Artículo 37. Requisitos.** En los casos en que, por la pena establecida para el delito objeto del proceso, sea procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el imputado podrá solicitar al juez de control la suspensión condicional del proceso, siempre que admita el hecho que se le atribuye.
>
> **Artículo 38. Procedimiento.** A los efectos del otorgamiento de la medida el juez oirá al fiscal, al imputado y a la víctima, que haya participado de cualquier manera en el proceso, y resolverá en la misma audiencia. La resolución fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso.
>
> Si la solicitud es denegada, la admisión de los hechos por parte del imputado no podrá considerarse como reconocimiento de su responsabilidad.
>
> **Artículo 39. Condiciones.** El juez fijará el plazo del régimen de prueba, que no podrá ser inferior a dos años ni superior a cinco, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado, entre las siguientes:
>
> 1º Residir en un lugar determinado;
>
> 2º Prohibición de visitar determinados lugares o personas;
>
> 3º Abstenerse de consumir drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas y de abusar de las bebidas alcohólicas;
>
> 4º Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de abstenerse de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas o bebidas alcohólicas;
>
> 5º Comenzar o finalizar la escolaridad básica si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el juez;

6º Prestar servicios o labores a favor del Estado o instituciones de beneficio público;

7º Someterse a un tratamiento médico o psicológico;

8º Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar, en el plazo que el tribunal determine, un oficio, arte o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia;

9º Someterse a la vigilancia que determine el juez;

10º No poseer o portar armas;

11º No conducir vehículos si éste hubiere sido medio de comisión del delito.

Sólo a proposición del imputado, el juez podrá acordar otras condiciones de conductas análogas, cuando estime que resulten convenientes.

Artículo 40. Efectos. Si el imputado cumple las condiciones impuestas, el juez decretará el sobreseimiento de la causa.

Artículo 41. Revocatoria. Si el imputado se aparta, considerablemente y en forma injustificada, de las condiciones que se le impusieron o comete un nuevo hecho punible, el juez oirá al Ministerio Público y al imputado, y decidirá mediante auto razonado acerca de la reanudación del proceso. En el primer caso, en lugar de la revocación el juez puede ampliar el plazo de prueba por un año más.

Artículo 42. Suspensión. El plazo de prueba se suspenderá mientras el imputado esté privado de su libertad por otro proceso. En caso de sentencia absolutoria se computará el tiempo de privación de libertad como cumplimiento de las condiciones. Cuando el imputado esté sometido a otro proceso y goce de libertad, el plazo seguirá su curso, pero no podrá decretarse la extinción de la acción penal sino cuando quede firme la re-

> solución que lo exime de responsabilidad por el nuevo hecho. La revocatoria de la suspensión del proceso no impedirá el pronunciamiento de una sentencia absolutoria, ni la concesión de alguna de las medidas sustitutivas a la privación de libertad cuando fuere procedente.
>
> **Sección Cuarta**
> **Disposición Común**
>
> **Artículo 43. Suspensión de la Prescripción.** Durante el plazo del acuerdo para el cumplimiento de la reparación a que se refiere el artículo 35 y el período de prueba de que trata el artículo 39, quedará en suspenso la prescripción de la acción penal.

Existen variados y distintos sistemas de suspensión a prueba del ejercicio de la acción penal, que algunos llaman criterios o principios de oportunidad reglada o de arbitrio legal, los cuales han tenido una gran acogida en otros países, y se están imponiendo también en los países latinoamericanos, como un sistema más de 'diversión', utilizando "la oportunidad unida a la imposición de ciertas medidas sustitutivas de la pena y favorecedoras de la inserción social del reo".[2]

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 *CONCEPTO*

La institución de la Suspensión Condicional del Proceso es una medida alternativa a la prosecución de un proceso penal, que le permite a los administradores de la justicia, aplicar el principio de oportunidad, al tener la posibilidad de suspender la tramitación del proceso penal, en los casos de delitos leves y bajo ciertas circunstancias. En el derecho penal argentino, tal y como nos señala Gustavo Vitale, la suspensión del proceso penal a prueba "es un supuesto de paralización temporal del ejer-

[2] Vitale, Gustavo. Obra citada, p. 37.

cicio de la pretensión punitiva del Estado, que puede disponerse a pedido de la persona sometida a proceso penal, por el cual se impone a esta última el deber de cumplir con ciertas condiciones durante un período de tiempo, de modo tal que si el imputado cumple satisfactoriamente con ellas se extingue la acción penal, mientras que el trámite procesal continúa su curso en caso de serio e injustificado incumplimiento de esas condiciones".[3]

En el caso venezolano, cuando la Comisión Legislativa del Congreso de Venezuela, se encargó de redactar y presentar el Proyecto original del Código Orgánico Procesal Penal en enero de 1998, insistió en que dicho Código "no constituye de manera alguna copia de ninguno de los códigos, ordenanzas o leyes procesales penales de otros países, que actualmente aplican el sistema acusatorio y oral". Igualmente, en la Exposición de Motivos de dicho Código, también se insiste en: "*El Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal* aprobado por la Comisión Legislativa, no constituye de manera alguna transcripción de ninguno de los códigos, ordenanzas o leyes procesales penales de otros países que actualmente aplican el sistema acusatorio y oral". A pesar de las afirmaciones anteriores, al menos en la parte que se refiere a la Suspensión Condicional del Proceso, que se encontraba establecida en los artículos del 37 al 43, del COPP original, sí era casi una copia de otros Códigos Procesales Penales, especialmente de los de Costa Rica y Guatemala. Y digo casi, porque las diferencias consistían en que al Código venezolano le fueron eliminados aspectos importantes existentes en esos otros códigos, que prácticamente desnaturalizaron la institución y que impidieron, o al menos, dificultaron grandemente, la aplicación eficaz y exitosa de la misma, ocasionando un sentimiento adverso en la población hacia esta medida alternativa, ya que muchos tribunales las estaban otorgando indiscriminadamente, casi para todos los delitos, aun para los más graves, no tomando en cuenta ni la opinión adversa del Ministerio Público, ni la oposición de la víctima, y sin que ni siquiera mediara la justa indemnización o el resarcimiento de esta última, lo que obligó a su reforma en el 2001.

[3] *Ídem*, p. 25.

1.2 *FUNDAMENTOS, RAZONES Y FINALIDADES QUE JUSTIFICAN LA INSTITUCIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO*

La suspensión condicional del proceso tiene finalidades político-criminales, favorecedoras de la reinserción social del imputado. Igualmente, y al menos en otros países, (y en Venezuela desde la reforma del 14-11-01), esta medida está prevista también a favor de la víctima, ya que, se procura reparar y resarcir, en la medida de las posibilidades del imputado, a quien resultó afectado por el delito. También se alega que beneficia a la comunidad en general, ya que intenta resolver los conflictos de una mejor manera y se incrementan las posibilidades de integración a la sociedad de los procesados, evitándole al Estado los gastos e inconvenientes de un juicio y disminuyendo los costos carcelarios.

Reconocidos y respetados autores contemporáneos[4] consideran al sistema judicial tradicional, de irracional e ineficaz, y, sobre todo, de selectivo y dilapidador de los escasos recursos con que cuenta la justicia, recomendando que sólo se deben sancionar a los hechos punibles más graves, (prácticamente los llamados 'delitos intolerables'), y que los delitos de menor importancia social deben ser enfrentados y tratados a través de mecanismos diferentes a la condena penal o al cumplimiento de una pena privativa de libertad. Consideran esos juristas que tiene más lógica que, si se van a quedar unos delitos sin procesar ni castigar, éstos sean los de menor gravedad social y no los de mayor daño.[5] Es decir, que según este orden de pensamiento, hay que darle un sentido más racional a la utilización de los recursos, restringiendo el poder punitivo y represivo del Estado. Al mismo tiempo se piensa y se alega, que se debe prestar mayor atención a la criminalidad cometida por los poderosos, a quienes se considera que hasta ahora han sido, son y probablemente serán, prácticamente invulnerables a la persecución penal.[6] Piensan igualmente que no se debe ser tan intransigente en el control de

[4] Entre ellos Eugenio R. Zaffaroni, citado por Vitale, obra mencionada, p. 32.
[5] Berrizbeitia M., Pedro. Obra mencionada, p. 63.
[6] Edwards, Carlos. Obra mencionada.

la legalidad, sobre todo con los sectores sociales más económicamente desposeídos, considerando que los administradores de la justicia tienen que tomar muy en cuenta, la situación social, política y económica de un país o de un sector de la sociedad. En relación a estos conceptos y a las posiciones que algunos han tomado, estimo que hay que ser muy prudentes al considerarlas, ya que, aun aceptando como cierto, como efectivamente lo es, el hecho de que las políticas económicas de algunos países, son implementadas para beneficio de unos pocos, de una clase privilegiada, sumergiendo en la pobreza a la mayoría de la población, eso en nada puede ni debe de influir, para que los jueces y demás operadores de la justicia, dejen de aplicar las normas legales, ya que lo contrario sería permitir que impere la impunidad, el desorden y el caos. Por ello, no comparto estos criterios y los considero equivocados, ya que una política económica equivocada no se combate y menos aún se soluciona, aplicando una política criminal complaciente y alcahueta con quienes cometen delitos.

En este mismo orden de ideas, algunos consideran imposible que se pueda investigar, y en su caso, penalizar, a cualquier persona que haya cometido un crimen, con independencia de su condición social, económica o política. Concluyen en que no es posible disminuir o acabar con las desigualdades que siempre han imperado y operado en nuestro sistema judicial penal. Por todo ello, es que se insiste en la conveniencia y procedencia de la suspensión condicional del proceso. También tengo mis reservas sobre estos planteamientos, ya que de antemano considera inaplicables principios tan fundamentales como la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, así como la autonomía, independencia e imparcialidad de los Jueces, entre otros.

Fundamentan también esta institución en el principio de la subsidiariedad, que plantea que una pena sólo debe ser legítimamente aplicada, cuando no puede ser sustituida por una medida más eficaz y menos gravosa.[7] A veces, lamentablemente, la única medida eficaz es la priva-

[7] Berrizbeitia, Pedro. Obra mencionada, p. 64.

ción de libertad, especialmente con delincuentes reincidentes, habituales e incorregibles, que los hay, queramos o no reconocerlo.

Para algunos,[8] la suspensión condicional del proceso sería una suerte de adelanto de la suspensión condicional de la pena, prescindiendo de un juicio oral que a la larga podría conducir a ella. De esta suerte, la suspensión condicional del proceso, sería entonces, prácticamente, una suspensión de la ejecución de la pena anticipada que ahorraría esfuerzos al Estado y 'padecimientos' al imputado.[9] Esto sería muy cierto, en tanto y en cuanto, las medidas cumplieran una verdadera función aleccionadora en el responsable de los delitos. La realidad es que en la mayoría de los casos los reos no asimilan ni aprenden la lección, ni aprovechan la oportunidad que les brinda la sociedad a través de esas medidas, y vuelven a reincidir en la perpetración de delitos, a veces, hasta con más brío que antes, precisamente por la existencia de esas dos instituciones y la facilidad de acceder a ellas, a pesar de no merecerlo, lo que deviene en el incremento de la impunidad.

Como ya se observó al principio de este trabajo, la suspensión condicional del proceso, como su nombre lo indica, opera durante la existencia del proceso, especialmente en sus inicios, antes de que se realice el juicio oral y público y se dicte la sentencia, y se asemeja a la *diversión*. En cambio la *Probation* anglosajona, se identifica más con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ya que alcanza vigencia una vez que ésta, la pena, existe, es decir, luego de que se haya producido una sentencia condenatoria firme.

De esta manera, la suspensión condicional del proceso recae sobre quienes son meros imputados, o cuando más, acusados. En otros términos, actuaría a favor de personas contra las cuales todavía no se ha pronunciado una decisión que ordene su procesamiento, o contra quienes sólo se ha decidido que van a ser procesadas, es decir, a favor de ciudadanos que aún se presumen inocentes. En tanto que la suspensión condi-

[8] *Ídem*, p. 65.
[9] *Ibídem*.

cional de la ejecución de la pena beneficia al que por sentencia condenatoria firme, ya ha sido considerado responsable, es decir, culpable de la comisión de un hecho delictivo.

1.3 *DIFERENTES SISTEMAS O REGÍMENES DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO*

Afirma Vitale, que el régimen de suspensión del proceso penal a prueba argentino, se diferencia de otros sistemas, en "que el argentino suspende cualquier tramo del proceso de persecución penal (anterior a la firmeza del antecedente condenatorio). Como se dirá, tal suspensión puede tener lugar desde la declaración indagatoria en la etapa de investigación, y de ahí en adelante, mientras quede actividad jurisdiccional pendiente, ya que, en la medida en que esto último suceda, el imputado podrá evitar– además de un dispendio innecesario de recursos– la condena firme, y con ello, la registración de un antecedente, que es un fin primordial perseguido por la suspensión".[10]

Por otra parte, Cuello Calón y Núñez Barbero señalan que, para la suspensión del pronunciamiento de la condena, "en el sistema inglés, y en la mayoría de los distintos estados americanos", se exige la previa declaración y comprobación de la culpabilidad (*Conviction*).[11]

Todos los sistemas tienen en común que el proceso, en algunas de sus fases, se suspende a prueba. Lo que los diferencia, *inter alia*, es, precisamente, la etapa del proceso en la que resulta admisible la suspensión.[12] También se notan diferencias importantes en relación a cuáles delitos se puede o debe aplicar la suspensión, ya que, a pesar de que la mayoría considera que sólo se pueden aplicar a delitos leves o menores, que algunos incluso catalogan de *bagatela*,[13] otros estiman que no se

[10] Vitale, Gustavo. Obra mencionada, p. 34.
[11] Citados por Vitale, obra mencionada, p. 35.
[12] *Ídem*, p. 34
[13] Ver el Fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal Argentina en el caso Kosuta de 17 de agosto de 1999, incluido en la obra de Marcelo Castañeda Paz, ya antes mencionada, p. 151.

debe limitar la medida a ningún delito, y que se puede aplicar también a los delitos graves. En este último sentido opinan Vitale, Núñez Barbero, Esteban Marino, Mario Montoya y Eugenio Cuello Calón, quienes incluso afirman que, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, la suspensión del proceso a prueba o probation, "es aplicable a todos los delitos",[14] es decir, que, de acuerdo con estos autores, su aplicación es independiente a la gravedad del crimen, aunque admiten que en esos países, existen algunos delitos expresamente excluidos de esta posibilidad, como son la violación y el homicidio. Sin embargo, a pesar de las afirmaciones de esos autores, la gran mayoría de las legislaciones europeas prevén expresamente la aplicación de esta medida como principio de oportunidad limitado sólo para delitos menores y claramente determinados. También hay discusión sobre si es viable o no la aplicación de la suspensión condicional del proceso a personas con antecedentes penales, o si dicha institución debe estar reservada única y exclusivamente para los delincuentes primarios. Considero que algunos de estos autores están confundiendo *la probation* con *la diversión*, es decir, la suspensión condicional del proceso con la suspensión condicional de la pena.

Hay sistemas donde la suspensión funciona u opera desde el inicio del proceso y en cualquier etapa del mismo, hasta antes de dictarse la respectiva sentencia, e incluso hasta la etapa anterior a la ejecución de la pena. En Argentina, donde parte de la doctrina la denomina *Probation,* el Código Penal contempla la suspensión del proceso a prueba, que constituye una especie de híbrido entre la suspensión condicional del proceso y los acuerdos reparatorios, establecidos en la versión original del Código Orgánico Procesal Penal venezolano de 1998, pues entre otras condiciones, se incluye la reparación o el resarcimiento de la víctima. Algo similar se prevé en Costa Rica y Guatemala. En el Proyecto de Código de Procedimiento Penal de Chile se denomina suspensión condicional del procedimiento, pero su admisibilidad se condiciona a que la soliciten conjuntamente el Fiscal y el imputado.[15]

[14] Cuello Calón, Eugenio. *La Moderna Penología*, p. 657. Citado por Vitale, obra mencionada, p. 38.
[15] Berrizbeitia, Pedro. Obra mencionada, p. 64.

A diferencia de lo que se plantea en otros países, como el caso de la Argentina, en Venezuela la suspensión condicional del proceso como estaba en el COPP original detenía totalmente el proceso. Una vez acordada, el fiscal no continúa desarrollando la investigación preliminar. En el proyecto de Código Procesal Penal elaborado para Argentina por el profesor Julio B. J. Maier, de manera expresa se estableció que en caso en que se hubiese acordado la suspensión, el fiscal no estaba exento de efectuar la investigación imprescindible, para asegurar los elementos de prueba necesarios sobre el hecho punible y sus partícipes. La ausencia de esta norma en nuestra legislación (COPP original), trajo como consecuencia, no sólo la paralización absoluta y total del proceso, sino también de la investigación preliminar, lo que imposibilitaba culminar la averiguación. De esta manera, la pérdida de pruebas y evidencias perecederas e irrepetibles, en caso de reanudarse el proceso por incumplimiento del imputado, ya no tendría ningún sentido, por la imposibilidad de culminarlo, quedando finalmente impune el delito, perjudicándose la justicia, la víctima y la colectividad. Sólo el imputado se beneficiaba indebidamente de esta circunstancia. Esta situación, desde todo punto de vista absurda e injusta, fue finalmente corregida con la reforma del 14-11-01, ya que el artículo 46 establece que:

> **Artículo 46. Revocatoria**. Si el imputado incumple en forma injustificada alguna de las condiciones que se le impusieron, o de la investigación que continúe realizando el Ministerio Público, surgen nuevos elementos de convicción que relacionen al imputado con otro u otros delitos, el Juez oirá al Ministerio Público, a la víctima y al imputado, y decidirá mediante auto razonado acerca de las siguientes posibilidades:
>
> 1. La revocación de la medida de suspensión del proceso, y en consecuencia, la reanudación del mismo, procediendo a dictar la sentencia condenatoria, fundamentada en la admisión de los hechos efectuada por el imputado al momento de solicitar la medida;
>
> 2. En lugar de la revocación, el Juez puede, por una sola vez, ampliar el plazo de prueba por un año más, previo informe del

delegado de prueba y oída la opinión favorable del Ministerio Público y de la víctima.

Si el imputado es procesado por la comisión de un nuevo hecho punible, el Juez, una vez admitida la acusación por el nuevo hecho, revocará la suspensión condicional del proceso y resolverá lo pertinente.

En caso de revocatoria de la suspensión condicional del proceso, los pagos y prestaciones efectuados no serán restituidos.

2. LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO Y LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA

2.1 *LA INSTITUCIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA EN ARGENTINA. ¿EJEMPLO A SEGUIR?*

Esta Institución fue introducida en la Legislación Argentina, mediante Ley 24.316, sancionada el 4 de mayo de 1994 y promulgada el día 13 del mismo mes y año, y se hizo con el objeto de "evitar la imposición innecesaria de penas a personas que, habiendo cometido delitos de escasa gravedad, se sometan a los requisitos previstos en dicha norma",[16] circunscribiendo dicha institución para los delitos cuyas penas no superen los tres años de prisión, es decir, para los delitos considerados por algunos como 'insignificantes', 'de lesión mínima', 'faltas de baja potencialidad ofensiva' o los llamados 'delitos de bagatela', todo ello en beneficio del delincuente primario u ocasional, tratando de evitarle la imposición de una pena y su estigmatización, lo que dificultaría su resocialización, sustituyendo la posible pena por una serie de reglas de conducta que procuren su pronta reintegración a la sociedad, lográndose además la justa y adecuada indemnización de la víctima, con la reparación, en la medida de las posibilidades, del daño ocasionado. Con la implantación de esta institución en Argentina, se logra cierto descongestionamiento de la organización judicial.

[16] Ver el Fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina en el caso Kosuta, del 17 de agosto de 1999, transcrito en la obra de Marcelo Castañeda Paz, p. 150.

Sin embargo, numerosos inconvenientes se han presentado en la aplicación práctica de la Suspensión del Juicio a Prueba, ya que, a pesar de la aparente claridad de dicha Ley, la misma ha sido catalogada por la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina, en el caso "Kosuta", como adoleciendo de 'ambigua redacción',[17] ya que, en opinión de ese Alto Tribunal, dicho texto ha generado dos criterios interpretativos distintos, uno amplio y otro restringido, cuestión que fue dilucidada finalmente, mediante decisión mayoritaria (12 votos a favor y uno sólo en contra), tomada por ese Máximo Tribunal Colegiado en el mencionado Caso, en el Fallo Plenario Nº 5 de fecha 17 de Agosto de 1999, llegando a la conclusión de que "se podrá conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, al imputado de un delito de acción pública, reprimido con pena de reclusión o prisión, cuyo máximo no exceda de tres años, siempre que él lo solicitare, ofreciere hacerse cargo de reparar el daño en la medida de lo posible, las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la pena aplicable, y mediase consentimiento fiscal".[18] Sin embargo, no toma en cuenta la opinión de la víctima del delito.

Dicha Decisión de ese Alto Tribunal estuvo en consonancia con el criterio sostenido por otras tres Salas de la Cámara de Casación Penal de Argentina, y, según sus Magistrados, guarda absoluta coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, así como con la letra, el espíritu, propósito, razón e intención del legislador. Estableciendo de esa manera, en relación con la Suspensión del Juicio a Prueba, la siguiente Doctrina Plenaria, que unificó la jurisprudencia de dicha Cámara, y evitó la divergencia de criterios entre las distintas Salas:

> 1º Que la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del Instituto previsto en los artículos 76 bis y siguientes del Código Penal, es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años.

[17] *Ídem*, p. 151.
[18] *Ibídem*, p. 152.

> 2º Que no procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa.
>
> 3º Que la oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio.
>
> 4º Que el querellante tiene legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba, a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos.[19]

Esta decisión ha sido duramente criticada por algunos autores, considerando, entre otras cosas, que "En un país donde el Derecho Penal gira indefectiblemente hacia un sistema puro sobre el sistema mixto vigente, donde luego de la *probation* se instauró el juicio abreviado, y donde todo indica que vamos camino hacia la mediación penal, no puede la Cámara Nacional de Casación Penal, a través de un fallo plenario, detener la corriente ideológica y toda una política nacional tendente a dar un verdadero sentido a las condenas, utilizando viejas teorías represivas que a nada nos han conducido".[20] Sin embargo, aun antes de esa Decisión, la opinión mayoritaria ya consideraba imprescindible y esencial la conformidad fiscal, por ser quien en el juicio oral cumple la función requirente (ejemplo de ello fueron los Fallos en los casos "Asenjo" y "Ponce, Ramón"),[21] y porque, para que sea aplicable la suspensión, la Ley establece expresamente que el máximo de la pena prevista por el delito no puede superar nunca los tres años (ver la decisión en el caso "Dyke, Héctor").[22]

En relación al ofrecimiento de reparación, debe tenerse en cuenta que aunque esto resulte indispensable para acceder al instituto, pudiera no

[19] *Ídem*, pp. 174 y 175.
[20] Castañeda Paz, Marcelo. Obra mencionada, p. 129.
[21] Pitlevnik, Leonardo Gabriel. Obra mencionada, p. 181.
[22] *Ídem*.

ser determinante para su aplicación, ya que puede darse el caso de que la víctima se niegue a recibir algún resarcimiento o indemnización, y, no obstante, considerar el juzgador razonable la petición, excluyéndose por ese motivo la reparación en determinados casos, y permitiendo de todas maneras la suspensión del juicio. Por otro lado, algunos consideran contradictorio e inaceptable, que se imponga algún tipo de pena (medidas o normas de conducta), cuando no se ha requerido para acceder al beneficio de la suspensión a prueba la confesión.

Considero totalmente ajustada a derecho la Decisión de ese Alto Tribunal argentino en el Caso Kosuta, y exageradas y sin fundamento las críticas que se le han hecho. Por otro lado, no es cierto que las tendencias modernas del Derecho Penal giren hacia un sistema penal puro, ya que, para empezar no existe un sistema procesal penal absolutamente puro, aun el más "puro" de los sistemas tiene características de los otros sistemas, así vemos que el Derecho anglosajón no es totalmente oral, ya que se presentan alegaciones por escrito, ni el Sistema inquisitivo está exento de procedimientos orales. Todos los sistemas son en realidad mixtos y eclécticos, y todos tienen instituciones valiosas y que funcionan, por ello, la tendencia es a integrar y conformar un sistema que conjugue lo mejor de cada uno. Durante los últimos años ha habido una inclinación desmesurada a satanizar al sistema inquisitivo, acusándolo de represivo, olvidando algunos que tanto la represión como la sanción son males, pero totalmente necesarios, y, en algunos casos, imprescindibles, y que se deben y se tienen que aplicar, cualquiera sea el sistema que se imponga en un país.

2.2 *EL SISTEMA VENEZOLANO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO ANTES DE LA REFORMA DEL COPP DE NOVIEMBRE DEL 2001*

Como ya antes señalé, no debe confundirse la Suspensión Condicional del Proceso, con la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, ya que son dos instituciones muy distintas. Lamentablemente, nuestros legisladores en el Código original las mezclaron y relacionaron injustificadamente. En Venezuela, hasta la reforma del 14 de noviembre del 2001, la Suspensión Condicional del Proceso se encontraba establecida

en el artículo 37 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal venezolano (COPP), publicado el 23 de enero de 1998 y que entró en vigencia plena el 1° de julio de 1999, el cual disponía que "en los casos en que, por la **pena establecida** para el delito objeto del proceso, sea **procedente** la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, el Imputado podrá solicitar al Juez de Control la Suspensión Condicional del Proceso, siempre que admita el hecho que se le atribuye".[23] (El resaltado es mío). Como es notorio, la redacción de esta norma era bastante confusa, y, para colmo de males, estaba relacionada con una Ley que se consideraba parcialmente derogada, (ahora totalmente derogada), que es la Ley de Beneficios en el Proceso Penal, que regulaba todo lo concerniente al beneficio de Sometimiento a Juicio, del Corte de la Causa en Providencia y de la medida de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, promulgada dicha ley en fecha 9 de Diciembre de 1992, de la cual, aparentemente, sólo estaba de todas maneras vigente, la parte relacionada con la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, esto es, desde el artículo 12 hasta el 22,[24] considerando algunos que, aun esa parte, ni siquiera estaba totalmente vigente.[25]

De acuerdo al análisis e interpretación de las normas que regulan el otorgamiento de esta medida, así como del espíritu, propósito y razón del legislador, contenido en el Informe de la Comisión Legislativa, en la Exposición de Motivos del COPP original y en los Diarios de Debates del Congreso Nacional, es evidente que no era obligatorio para el Juez de Primera Instancia en lo Penal, en función de Juez de Control, el otorgar la medida de la suspensión condicional del proceso, sino que es y era una facultad discrecional y potestativa que éste tiene, y que, por lo tanto, el Juez podía perfectamente negar, por considerarla improcedente, la solicitud de la Suspensión Condicional del Proceso, tal y como ocurre en los otros países que han implementado esta institución.

---

[23] Moreno Brandt, Carlos. *Código Orgánico Procesal Penal*. Livrosca. Caracas. 1998, p. 183.
[24] Villamizar Guerrero, Jorge. *Guía Práctica sobre los Beneficios del Proceso Penal en General*. Universidad de Los Andes. Mérida-Venezuela. 1996, pp. 158-161.
[25] Berrizbeitia, Pedro. Obra mencionada.

Los efectos, en caso de que el Juez le negara al imputado la medida solicitada, eran y son: 1) que la admisión de los hechos que haya efectuado el Imputado no podrá considerarse o tomarse en cuenta como un reconocimiento de su responsabilidad, y 2) que el proceso simplemente continuará, es decir, el Juez ordenará la apertura del juicio oral, decisión esta de ir a juicio que, de acuerdo al artículo 334 del COPP original (actual 331), era y es inapelable, tal y como, tajantemente, se señala en forma expresa en dicho artículo. Lo cual ratifica y confirma que el otorgar o negar la solicitud de la suspensión condicional del proceso es potestativo del Juez de Control, aunque, por supuesto, éste debe razonar, tanto el otorgamiento como la negativa de dicha medida, y eso debe hacerlo luego de oír a todas las partes, incluyendo, por supuesto, a la víctima. No teniendo apelación la negativa por parte del Juez de Control, de otorgar la medida de la suspensión condicional del proceso solicitada por el imputado, ya que el único recurso que éste tenía y todavía tiene ante dicha negativa, es el de Revocación, previsto en los artículos 436 y siguientes del COPP original (actuales 444 y ss.), que en otras legislaciones, como la española, se llama 'de súplica'.[26] Este recurso de Revocación se debe interponer por ante el mismo Juez de Control que negó la suspensión, simplemente para que éste re-examine o reconsidere la negativa, y debe interponerse en la misma Audiencia, en caso de haberse resuelto durante la realización de una Audiencia oral. La decisión que sí tenía apelación por ante la Corte de Apelaciones, (ver el ordinal 6º del artículo 439 del COPP original, actual 447), era la negativa por parte del Juez de Ejecución de otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que es algo muy distinto.

Se evidenciaba del contenido de la norma, que el Juez de Control no podía otorgar la Medida de la suspensión condicional del proceso a espaldas del Fiscal o de la víctima, ya que el Artículo 38 del COPP reformado, expresamente establecía que el Juez **oirá** al Fiscal y a la Víctima, **antes de decidir**. Este Artículo estaba estrechamente relacionado también con el Ordinal 7º del Artículo 117 *ejusdem*, que establecía, y toda-

[26] Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1998, p. 359.

vía establece, que la Víctima debe **"ser oída por el Tribunal antes** de la decisión del Sobreseimiento o de otra que ponga término al Proceso, o que lo **Suspenda Condicionalmente**" (resaltado mío).

Igualmente considero que, aun en el Código original, no era absolutamente obligatorio, sino relativo, que siempre el Juez de Control tenía que decidir de inmediato cuando le solicitaban la suspensión condicional del proceso, ya que, aunque el modificado Artículo 38 establecía que el Juez debía resolver sobre la solicitud de la Suspensión Condicional del Proceso **en la misma Audiencia,** al mismo tiempo también señalaba que el Juez **debía oír al Fiscal y a la víctima que haya participado de cualquier manera en el proceso,** por lo tanto, de no encontrarse presente la Víctima, el Juez debía "suspender" la Audiencia, y "continuarla" al día siguiente, o unos días después, dando tiempo de que tanto el Fiscal como la víctima fueran debidamente notificados e informados, y pudieran exponer lo que consideraran conveniente sobre la Solicitud. Y, al mismo tiempo, cumpliría con la norma, ya que decidiría en la misma Audiencia, aunque no en el mismo día, ya que "reanudaría" la Audiencia suspendida al localizar a la víctima o al Fiscal, según fuera el caso. Esto es y era lo más sano, ya que el Juez no debe precipitarse en tomar ese tipo de decisiones, él debe escuchar tanto a la víctima como al Ministerio Público, antes de decidir si concede o no la suspensión del proceso.

Por otro lado, la medida de Suspensión Condicional del Proceso no sólo no es, ni era, procedente en todos los delitos, sino que fue establecida única y exclusivamente para los delitos leves o menores, por lo tanto, no procede en delitos graves, como por ejemplo, en los delitos de homicidio intencional. En este sentido, es sumamente importante señalar, que el reformado Artículo 37 del COPP original clara y expresamente señalaba, que sólo era procedente la Suspensión Condicional del Proceso, "en los casos en que, por la pena establecida para el delito objeto del proceso, sea procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena", no decía por la "**pena impuesta**", sino por "**la pena establecida para el delito**," y, en el caso del Homicidio intencional, la pena **establecida** en el artículo 407 del Código Penal venezolano, es de DOCE (12) a DIECIOCHO (18) AÑOS DE PRESIDIO, por lo tanto, es evidente que el delito de homicidio intencional estaba totalmente excluido de ese mal

llamado "beneficio", que el Código en realidad denomina **"medida"**. Sin embargo, lo que algunas veces ocurrió, es que, en ocasiones, inexplicablemente, como ya antes advertí, algunos confunden la Suspensión Condicional del Proceso con la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, a pesar de que, evidentemente, son cosas muy distintas.

2.3 *DIFERENCIAS ENTRE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO Y LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA*

En la Suspensión Condicional del Proceso, éste apenas se está iniciando, y el Juez de Control, si lo considera procedente, puede ordenar la suspensión del mencionado proceso, durante un plazo de tiempo que antes era entre 2 a 5 años (ahora es de 1 a 2 años), fijándole al acusado una serie de condiciones que debe cumplir durante el lapso que le establezca. En cambio, en la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, ya se trata de un proceso que culminó totalmente y de una persona a la que se le ha dictado en su contra una sentencia condenatoria, y que la misma ha quedado definitivamente firme. Es decir, es un penado, un condenado, y, si cumple ciertos requisitos establecidos en la Ley, el Juez de Ejecución de Sentencias, puede concederle la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena que se le haya impuesto, recuperando su libertad. El problema se presentaba en vista de que en el ordinal 2º del articulo 14 de la Derogada Ley de Beneficios en el Proceso Penal, que se refería a la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, se exigía que "la pena correspondiente no exceda de OCHO (8) AÑOS", es decir, se hablaba de **"pena correspondiente**" y no de **"pena establecida"**, y se ha creado cierta confusión con estos vocablos, porque generalmente se interpreta como la pena **"correspondiente**" a la pena "**impuesta**",[27] aunque este criterio tampoco es unánime y algunos no lo comparten; y, en base a esa disposición, y a esa interpretación, se otorgaron en algunos casos esos "beneficios", a mi juicio, erróneamente, nada más y nada menos que a los acusados y hasta a los condenados por homicidios intencionales.

[27] Villamizar Guerrero, Jorge. Obra mencionada, p. 158.

La Ley de Beneficios en el Proceso Penal (LBEPP), antes parcialmente derogada (ahora totalmente), ya excluía expresamente a algunos delitos, de la posibilidad del otorgamiento de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, y, por supuesto, y con mayor razón, también estaban excluidos esos delitos de la posibilidad de que se les concediera la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso. Efectivamente, en el ordinal 4º del artículo 14 de la Derogada Ley de Beneficios en el Proceso Penal, se establecía que estaba totalmente excluida la aplicación de la Medida de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, en los Delitos de Violación, Hurto Agravado, Hurto Calificado, Robo Agravado y Secuestro, tipificados en los Artículos 375, 454, 455, 460 y 462, respectivamente, del Código Penal.

Actualmente, el artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), establece una serie de limitaciones a los condenados por ciertos y determinados delitos para poder acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como a otras fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena, exigiéndoles el cumplimiento de, al menos, la mitad de la condena que se les haya impuesto. Dicho artículo señala expresamente lo siguiente:

> **Artículo 493. Limitaciones**. Los condenados por los delitos de homicidio intencional, violación, actos lascivos violentos, secuestro, desaparición forzada de personas, robo en todas sus modalidades, hurto calificado, hurto agravado, narcotráfico y hechos punibles contra el patrimonio público, excepto, en este último caso, cuando el delito no exceda de tres años en su límite superior, sólo podrán optar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, luego de haber estado privados de su libertad por un tiempo no inferior a la mitad de la pena que se le haya impuesto.

Este artículo 493 es la disposición que reemplaza al ordinal 4° del artículo 14 de la derogada Ley de Beneficios en el Proceso Penal.

Por otro lado, en el artículo 494 y siguientes se establecen una serie de requisitos que deben cumplirse para que el Tribunal de Ejecución pueda acordar la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena. Entre las limitaciones más importantes se encuentran: no ser reincidente, que la pena impuesta no exceda de cinco años (o de tres años si la condena fuera producto de la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos), que no se haya admitido en contra del reo otra acusación por la comisión de un nuevo delito, que no le haya sido revocada otra fórmula alternativa de cumplimiento de pena y que disponga de oferta de trabajo.

3. ALCANCE Y LÍMITES DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO Y DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA

3.1 *LA DESNATURALIZACIÓN DE ESTAS DOS INSTITUCIONES AL APLICARLAS A LOS DELITOS MÁS GRAVES, COMO LOS HOMICIDIOS INTENCIONALES*

El legislador de 1992, que sancionó y promulgó la Ley de Beneficios en el Proceso Penal de Venezuela, no mencionó expresamente al Homicidio Intencional, entre los Delitos excluidos totalmente de la posibilidad del otorgamiento de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, simplemente porque ese delito estaba ya claramente excluido en el Ordinal 2º del mismo artículo 14, por el mero hecho de que la pena mínima a imponerse por ese delito no podía ser menor de 12 años, es decir, porque no había forma ni manera de que la condena contra un homicida intencional pudiera llegar a ser menor de 12 años, y mucho menos de 8 años, ya que, como antes se dijo, el mínimo de la pena para ese delito son 12 años de presidio (Art. 407 del Código Penal) y, por lo tanto, en el momento en que se promulgó la Ley de Beneficios en el Proceso Penal, era totalmente innecesario e inoficioso hacer una mención especial del homicidio intencional, por la sencilla razón ya antes expresada, de que para esa época era total y absolutamente imposible imponer una pena de menos de 12 años por ese delito, ya que no se tenía previsto ni remotamente la implementación del Código Orgánico Procesal Penal, que, en su texto original, y hasta el 25 de agosto del 2000, preveía en la institución de la Admisión de los Hechos (Art. 376),

una rebaja hasta de un tercio de la pena aplicable en los casos de homicidio intencional, lo que a su vez permitió (en los homicidios cometidos hasta el 25 de agosto del año 2000, fecha en que fue reformado este artículo), que, en ciertos casos, al admitir los hechos, un homicida pudiera llegar a ser condenado a ocho (8) años de presidio. Y, al obtener esa pena de 8 años, algunos condenados han aprovechado para solicitar, y algunos Jueces han sido muy solícitos para otorgar, la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, decisiones que considero totalmente ilegales, absurdas, injustas y no equitativas.[28]

Esto estuvo sucediendo en Venezuela desde el 1° de julio de 1999, fecha en que entró en vigencia plena el nuevo Código Orgánico Procesal Penal, hasta el 25 de agosto del 2000, fecha en que se modificó por primera vez el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, ya que a pesar de que nuestro Código Penal establece una pena mínima de 12 años para sancionar al homicidio intencional, durante ese período ocurrió que muchos fueron condenados a penas de sólo 8 años de presidio por el delito de Homicidio Intencional. Esto sucedía de la siguiente manera: Un Tribunal de Primera Instancia en lo Penal, no existiendo circunstancias que agravaran aún más el delito de homicidio intencional, tomaba en cuenta la existencia de alguna o algunas de las circunstancias atenuantes establecidas en los 4 ordinales previstos en el artículo 74 del Código Penal, para rebajar la pena desde el término medio (15 años) y llevarla hasta el mínimo (12 años), y luego, adicionalmente, hacerle otra rebaja por la admisión de los hechos, rebaja esta que, de acuerdo al artículo 376 del COPP, puede ser desde un tercio de la pena hasta la mitad de la misma, no pudiendo, en el caso del homicidio intencional, rebajarse la pena más de un tercio, ya que la Ley lo prohibía expresamente, por haber habido violencia contra las personas, quedando la pena en 8 años. La situación grave y lamentable que se presentó durante poco más de un año (hasta el 25-08-00), en el caso del homicidio intencional, es que un Juez podía hacerle al acusado una primera rebaja hasta el mínimo de la pena, es decir, hasta 12 años de presidio, y

[28] Piña Loaiza, Rafael. *Jurisprudencia del Código Orgánico Procesal Penal*. Talleres Litho. Capatárida. Estado Falcón-Venezuela. Septiembre-Octubre de 1999. pp. 42-47.

luego hacerle la rebaja de un tercio de la pena por la admisión de los hechos, quedando finalmente la pena definitiva a imponérsele en ocho (8) años, y con ese tiempo de condena, algunos Jueces de Ejecución de Sentencias, equivocadamente, consideraron que se le podía otorgar al condenado el beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, y, por consiguiente, la inmediata libertad. Mi opinión en este sentido fue y es, que sean cuales sean las rebajas que se le hagan y cualquiera sea la pena que se le imponga, no se debe ni se puede, a través del beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, otorgar la libertad a alguien que intencionalmente haya cometido un homicidio, sin que antes, por lo menos, haya cumplido la mitad de la pena que se le haya impuesto, como acertadamente se estableció en la reforma del COPP de noviembre de 2001. Es necesario reconocer, que la responsabilidad de que esto ocurriera hasta el 25-08-00, fue, fundamentalmente, de los legisladores que lo sancionaron y lo promulgaron en su forma original, el 23 de enero de 1998, ya que las normas eran un tanto ambiguas y existían ciertas lagunas, lo que permitió que algunos se aprovecharan de dicha situación y ocurrieran precedentes indeseables.

Hasta que finalmente se reformó por primera vez el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal (el 25 de agosto del 2000), que le prohibió a los jueces imponer una pena inferior "al límite mínimo de aquella que establece la Ley para el delito correspondiente". Hasta ese momento los jueces de Control, para evitar que se pudieran seguir otorgando libertades indebidas, aprovechando ese vacío o laguna legal, se vieron obligados a utilizar la siguiente estrategia: acostumbraban en sus decisiones tener mucho cuidado al momento de hacer todas las rebajas de penas correspondientes, de manera que la pena que se impusiera en los casos de los homicidios intencionales y demás delitos graves, fuera superior a los ocho (8) años de presidio, así fuera por unos meses, y, de esa forma, obligar a los Jueces de Ejecución de Sentencias, lo quisieran o no, a negar la solicitud del beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena por ser evidentemente improcedente y contraria a la ley, al ser la pena impuesta superior a 8 años. De esta manera, se garantizaba que los homicidas intencionales fueran a la cárcel y permanecieran encarcelados, al menos, hasta que cumplieran los dos tercios de la pena, que es lo menos que se merecen aquellos que cometen

ese aborrecible delito, el más grave de todos los hechos punibles que una persona puede cometer. Esto se estuvo haciendo, por ejemplo, en los casos de homicidio intencional, donde la pena es de 12 a 18 años de presidio, y no existiendo ninguna circunstancia que de acuerdo al artículo 77 del Código Penal, agrave aún más el delito, el Juez de Control, de conformidad con el artículo 37 *ejusdem* que le ordena tomar como punto de partida el término medio de la pena asignada a ese delito, que son 15 años, y, para el caso de que se evidencie la existencia de alguna de las cuatro circunstancias atenuantes establecidas en el artículo 74 *ejusdem*, por ejemplo, ser el imputado mayor de 18 años, pero menor de 21 años, y/o no poseer antecedentes penales, el Juez de Control, en vez de rebajar la pena hasta el mínimo, es decir, hasta 12 años, rebajaba, cuando más, sólo hasta 13 años, y así, cuando hacía la otra rebaja de la pena, por la admisión de los hechos, donde sí estaba obligado el Juez a rebajar la pena en un tercio, por mandato expreso del artículo 376 del COPP (antes de la modificación del 25 de agosto del 2000), la pena quedaba entonces en ocho (8) años y ocho (8) meses de presidio, y así no había duda alguna de que al reo no le correspondía el beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, y el Juez de Ejecución de Sentencias, con toda seguridad y sin otra alternativa posible, tiene que declararlo así.

Esto podía y puede todavía hacerse perfectamente, ya que el artículo 74 del Código Penal venezolano deja la rebaja prevista en sus cuatro ordinales, enteramente a criterio, potestad y discreción del Juez, ya que, lo que sí limita dicho artículo, es que la rebaja no puede exceder del límite inferior de la pena. Este artículo sólo dispone que el Juez debe tomar en cuenta las circunstancias atenuantes para que aplique la pena en menos del término medio, pero no le establece al Juez cuánto debe rebajar, lo que sí le ordena es que no puede "bajar del límite inferior".[29] De tal manera, que queda al exclusivo y prudente arbitrio del Juez, de acuerdo a las circunstancias del caso, si la rebaja es de seis meses, o de un año, o de dos años, hasta el límite inferior, y, en el caso específico del homi-

[29] Ver Arteaga Sánchez, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*. McGraw-Hill. Octava ed. Caracas. pp. 225-228.

cidio intencional, el término medio de la pena son 15 años, y el límite inferior son 12 años; por ello, el Juez perfectamente puede fijar una pena de 14 años, o de 13 años, o de 12 años y seis meses, según su criterio, lo que no puede hacer el Juez es no realizar ninguna rebaja, para el caso de que estén plenamente evidenciadas en actas alguna o algunas de las cuatro circunstancias atenuantes expresamente establecidas en el mencionado artículo 74 del Código Penal, y tampoco puede rebajar a menos del mínimo, es decir, tiene que fijar la pena, en el caso del homicidio intencional, en menos de 15 años, pero no puede bajar a menos de 12 años.

3.2 *EL ESPÍRITU, EL PROPÓSITO, LA RAZÓN Y LA INTENCIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA DEROGADA LEY DE BENEFICIOS EN EL PROCESO PENAL SE MANTIENEN EN LOS ARTÍCULOS 493, 494 Y SIGUIENTES DEL COPP*

El motivo por el cual fueron expresamente excluidos algunos hechos punibles en el ordinal 4º del artículo 14 de la derogada Ley de Beneficios en el Proceso Penal, de la posibilidad de acceder a la Medida de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, específicamente los delitos de violación, hurto agravado, hurto calificado, robo agravado y secuestro, tipificados en los artículos 375, 454, 455, 460 y 462, respectivamente, del Código Penal, era porque dichos delitos, con la única excepción de uno de los dos tipos de secuestros existentes, tienen una pena mínima igual o inferior a 8 años. Así vemos que la pena mínima por el delito de violación es de 5 años, por el hurto agravado es de 2 años, por el hurto calificado es de 4 años (aunque en algunos casos la pena mínima son 6 años), por el robo agravado, llamado también robo a mano armada o atraco, es de 8 años, y, en el caso del secuestro, hay dos posibilidades, que sea un secuestro para obtener un beneficio (secuestro propiamente dicho), en cuyo caso la pena mínima es de 10 años, o que el secuestro se ejecute sólo para causar alarma, donde la pena mínima es de 2 años. Por ello, el espíritu, propósito, razón e intención del legislador de 1992 fue que, bajo ninguna circunstancia, se concediera la Medida de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena en algunos delitos, y hay que resaltar que todos esos delitos son evidentemente menos graves que el homicidio intencional, que es el más grave

de todos los hechos punibles, y que, además, es totalmente irreparable. Por otro lado, el homicidio intencional no era menester mencionarlo en el Ordinal 4° del Artículo 14 de esa derogada Ley, ya que ese delito estaba totalmente excluido en el Ordinal 2º *ejusdem*, que exigía "que la pena correspondiente no exceda los ocho (8) años", sin embargo, cuando apareció la institución de la Admisión de los Hechos, empezaron, erradamente en mi opinión, algunos tribunales a otorgar esa Medida a los condenados por ese delito que se les imponían penas de 8 años o menos.

En consecuencia, está muy claro que el homicidio intencional estaba totalmente excluido de la posibilidad del otorgamiento de ambas medidas (Suspensión de la Pena y Suspensión del Proceso), ya que, por una parte, el derecho es lógico, y por la otra, estaba claramente establecido que dichas Medidas, y sobre todo la de Suspensión Condicional del Proceso, sólo puede ser otorgada en casos de delitos leves y menos graves, y de que los delitos más graves deben estar totalmente excluidos de ese tipo de Medidas. Precisamente por esa razón, es que el legislador expresamente excluyó de la Suspensión Condicional de la Pena a todos los delitos con sanciones que excedieran los ocho años, y, además, para no correr el menor riesgo de que los tribunales fueran a otorgar esas Medidas, a otros delitos donde pudieran llegar a imponerse penas de ocho años o menos, es que claramente excluyó, mencionándolos expresamente al indicar hasta los artículos correspondientes del Código Penal, a los delitos de violación, hurto agravado, hurto calificado, robo agravado y secuestro, pero, por supuesto que el homicidio intencional, delito este aún más grave que todos los antes mencionados, estaba totalmente excluido de esa medida. Pensar lo contrario, sería caer en el absurdo que algunos jueces cometieron, de llegar a negarle la Medida de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena a un condenado a 2 años de prisión por hurto agravado, y otorgársela a un condenado a 8 años de presidio por homicidio intencional. Eso, evidentemente, no fue impartir justicia ni aplicar la Ley. Lo justo era el negarle la Medida a ambos, ya que a ninguno de los dos casos les procedía el beneficio, por prohibición expresa de la Ley, y además, por ser lo correcto, lo conveniente para una adecuada, sana y equitativa política criminal. O lo que hicieron otros jueces, que le otorgaron la medida a todo el mundo, indiscriminadamente, cualquiera fuera el delito.

Además de los delitos expresamente excluidos ya antes mencionados, la derogada Ley de Beneficios en el Proceso Penal, también prohibía el otorgamiento de los beneficios y medidas previstos en dicha ley, "a los procesados o condenados por cualquiera de los delitos tipificados en el Código de Justicia Militar".[30] Así mismo, también establecía serias limitaciones en los casos de "procesados o condenados por delitos tipificados en la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas",[31] ya que señalaba que "sólo serán aplicables en los casos que dicha Ley determine",[32] e igualmente, en los casos de "procesados o condenados por delitos tipificados en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público",[33] donde establecía que "sólo serán concedidos cuando el delito acarree pena de prisión o presidio que no exceda de los dos (2) años en su límite máximo".[34] Estas exclusiones, limitaciones y prohibiciones expresas claramente señalaban que sí existían una serie de delitos a los cuales no se les podía otorgar ninguna de las dos medidas, ni la de suspensión condicional del proceso, ni la de suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Sin embargo, lamentablemente, aprovechándose de la supuesta oscuridad de la Ley, se dictaron decisiones Judiciales donde se otorgaron indebidamente Medidas de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, así como de Suspensión Condicional del Proceso, en ambos delitos, es decir, en los hurtos y en los homicidios, y no sólo en esos delitos, sino también en violaciones, robos a mano armada[35] y en secuestros, pero eso no sólo fue ilegal y contrario a derecho, sino algo aun mucho más grave, no se estaba haciendo justicia, y además, se estaba propiciando la impunidad, y la colectividad, lamentablemente, terminó, en algunos casos, tomando la justicia en sus manos, desencantada de los Tribunales, hastiada de tanto delincuente que está indebidamente en la calle, gracias a éstas y otras medidas y beneficios, que se han otorgado

[30] Artículo 20. Villamizar Guerrero, Jorge. Obra mencionada, p. 160.
[31] *Ídem*, p. 160.
[32] Artículo 21. *Ídem*.
[33] Esta Ley fue derogada por la Ley Contra la Corrupción. *Ídem*, p. 161.
[34] Artículo 22. *Ídem*, p. 161.
[35] Piña Loaiza, Rafael. Obra mencionada, pp. 41-47.

con demasiada ligereza y violando la Ley, exponiendo con esa actitud irresponsable a toda la ciudadanía, a los desmanes de una serie de personas que no merecen que se les otorgue alguna de estas medidas y beneficios, ya que su otorgamiento prácticamente constituye un premio a su muy reprochable conducta.

En relación a la Suspensión Condicional del Proceso, esto sólo ocurrió hasta el 14-11-01, porque tanto los solicitantes de esas medidas, como sus otorgantes han podido fundamentarse en la confusa y ambigua redacción del reformado artículo 37 del COPP, que textualmente decía así:

> Requisitos. En los casos en que, **por la pena establecida para el delito objeto del proceso, sea procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena**, el imputado podrá solicitar al juez de control la suspensión condicional del proceso, siempre que admita el hecho que se le atribuye. (El resaltado es mío)

Es por esa referencia a la "pena establecida para el delito objeto del proceso" y a la abstención de esa norma de mencionar la exclusión de algún delito, que ciertos autores consideraron que el artículo 14 de la derogada Ley de Beneficios en el Proceso Penal, que contenía los requisitos necesarios para poder solicitar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no se aplicaba en su totalidad, sino únicamente en la parte que se refiere "a la pena", esto es, sólo el ordinal 2º de dicho artículo, que señala "que la pena correspondiente no exceda de ocho (8) años". El mismo razonamiento pretendieron aplicar esos autores a la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso, argumentando que la única limitación para otorgar esa medida era el *quantum* de la pena establecida, no estando *a priori* excluido ningún delito, ya que, a su juicio, las excepciones deben ser expresas, y el reformado artículo 37 del COPP original no mencionaba la exclusión de delito alguno. Estoy en total desacuerdo con estos criterios, por todos los argumentos antes expuestos, pero analicemos también ese planteamiento. Para ello, veamos que decía exactamente el texto completo del artículo 14 de la derogada Ley de Beneficios en el Proceso Penal:

> **Artículo 14**.- Para que el Tribunal acuerde la suspensión condicional de la ejecución de la pena se requerirá:
>
> 1º Que el penado no sea reincidente, según certificado emitido por el Ministerio de Justicia;
>
> 2º Que la pena correspondiente no exceda de ocho (8) años;
>
> 3º Que el penado se comprometa a someterse a las condiciones que establezca el Tribunal y a las indicaciones que señale el delegado de prueba;
>
> 4º Que no hubiere sido condenado por la comisión de los delitos de violación, hurto agravado, hurto calificado, robo agravado o secuestro, tipificados en los artículos 375, 454, 455, 460 y 462 del Código Penal.

Como se desprende de su lectura, ese artículo establecía una serie de requisitos *sine qua non,* de obligatorio cumplimiento, para que el penado o condenado pudiera tener el derecho y la posibilidad de solicitar la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena. Sin embargo, como consecuencia de las lagunas legales que existían en el artículo 37 del COPP original, algunos afirmaban que la reincidencia no obstaculizaba el otorgamiento de la Suspensión Condicional del Proceso, así como que tampoco existían categorías de delitos a los cuales no le fuera aplicable esa institución, y que, por lo tanto, era admisible frente a cualquier hecho punible, siempre y cuando la pena privativa de libertad establecida para el delito no fuera superior a los ocho años.[36] Posición contraria sostuvieron otros autores, entre ellos la Doctora Magaly Vásquez González, que consideró que sí estaban vigentes todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 14 de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal.[37] Otra dificultad se presentó al momento de determinar el monto de la pena aplicable, ya que en relación a la suspensión condicio-

[36] Berrizbeitia, Pedro. Obra mencionada, p. 67.
[37] Vázquez González, Magaly. *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano*. UCAB. Caracas. 1999. p. 48.

nal de la ejecución de la pena, no había mayores problemas, porque bastaba con constatar que la sanción establecida en el dispositivo del fallo, es decir, la pena impuesta en la sentencia, no superara los ocho años y que no fuera un delito excluido, pero la situación se complicaba con respecto a la suspensión condicional del proceso, donde no se había dictado sentencia alguna, y donde era necesario verificar el cumplimiento de todos los requisitos y oír a las partes, para determinar la procedencia, aceptación y conveniencia de dicha medida. **Todas estas lagunas e indeterminaciones, supuestas o reales, en relación con la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, fueron totalmente subsanadas con las disposiciones establecidas en los artículos 493, 494 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal, que recogen, mantienen y perfeccionan, el espíritu, propósito, razón e intención del artículo 14 de la derogada Ley de Beneficios en el Proceso Penal, ya comentados *infra* (ver final del punto 3 del Capítulo II).**

Con respecto al momento en que era procedente la solicitud de la suspensión condicional del proceso, es evidente que lo más recomendable era que dicha solicitud se hiciera cuando estuviera totalmente culminada la etapa de investigación y el Ministerio Público hubiera presentado su acusación, es decir, en la etapa intermedia. Sin embargo, no existía ninguna disposición que expresamente impidiera que el imputado hiciera la solicitud durante la etapa preliminar. En teoría, a quien más beneficiaba esperar era al propio imputado, ya que así se podía tener mejor determinado tanto el delito como la pena, sin embargo, había casos en que, por el contrario, podía convenirle no esperar. Por otro lado, en principio, el Juez competente para otorgar la medida de Suspensión Condicional del Proceso era, sin duda, el Juez de Control, esto, en los casos en que se aplicaba el procedimiento ordinario, sin embargo, cuando se aplicaba el procedimiento abreviado, se consideraba que, en ese caso, también era competente el Juez de Juicio que tenía conocimiento de la causa. Esto era, evidentemente, una excepción a la regla, ocasionada por la inexistencia de la etapa preliminar en el juicio abreviado, y era así, a pesar de que ya no se le denominaba imputado sino acusado, y de que el reformado artículo 37 del COPP original (ahora 42) mencionaba Juez de Control, y no obstante lo que señalaba el artículo 121 *ejusdem* (ahora 124).

Tanto la determinación de la duración de la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso como el establecimiento de las reglas de conducta, eran y son decisiones discrecionales y facultativas del Juez de Control (o del Juez de juicio, en los casos en que la causa se ventile por el procedimiento abreviado, bien sea por la pena que tenga asignada el delito o porque se trate de un delito flagrante), el cual podía escoger entre una o varias de las condiciones que se contemplaban en el reformado artículo 39 del Código Orgánico Procesal Penal original (ahora 44). Sin embargo, las condiciones estaban taxativamente enumeradas y mencionadas, y, para determinar e imponer alguna distinta, se requería, por ilógico que pareciera, que la proposición proviniera del propio imputado. Parecía también algo absurdo, el dejar de imponer la condición establecida en el ordinal 9º, del reformado artículo 39 "de someterse a la vigilancia que determine el Juez", ya que, de no acordarla, no sería posible verificar el cumplimiento o no de las otras obligaciones, y, prácticamente, se propiciaba aún más la impunidad de los delitos, como efectivamente ocurría.

Evidentemente que el régimen de prueba conllevaba también, implícitamente, la obligación de no incurrir en nuevos delitos, ya que la comisión de un nuevo hecho delictivo era una de las causales de revocatoria de la Suspensión Condicional del Proceso. Sin embargo, el Código Orgánico Procesal Penal original, antes de la reforma del 14-11-01, sólo establecía que, si se producía un incumplimiento, y éste era considerable e injustificado, el Juez podía revocar la medida u optar por no reanudar el proceso, ya que podía también ampliar el plazo de prueba por un año más. Para resolver, el Juez debía realizar una audiencia oral, en la que el imputado, su defensor y el Fiscal, harían las argumentaciones correspondientes, antes del pronunciamiento del fallo. Textualmente el reformado artículo 41 (ahora 46) decía así: "...el Juez oirá al Ministerio Público y al imputado, y decidirá mediante auto razonado acerca de la reanudación del proceso..." ¿Y la víctima? ¿Es que acaso la víctima no tenía nada que decir en caso de un incumplimiento "considerable e injustificado" de parte del imputado? Yo creo que sí. Considero que aun antes de la Reforma del 2001 la víctima debía ser informada de la realización de la Audiencia, tenía que ser oída por el Juez y su opinión debía ser tomada muy en cuenta, así no lo estableciera expresamente esa norma

felizmente reformada, porque ese era uno de los derechos que ya le confería el reformado artículo 117 *ejusdem* (ahora 120).

Como ya antes indiqué, considero que la negativa del Juez de Control de otorgar la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso no tenía apelación, aun antes de la reforma del 14-11-01, por las siguientes razones: 1º Porque el acceso a esa medida no es un derecho automático que tienen todos los imputados, sino simplemente una medida que podían solicitar; 2º Porque otorgarla o no, es (y era) discrecional y facultativo del Juez, según las circunstancias específicas del caso; 3º Porque el Juez debía oír también a la víctima y al Fiscal del Ministerio Público, quienes podían perfectamente estar en desacuerdo y oponerse al otorgamiento de dicha medida: 4º Porque es falso que se le cause gravamen irreparable al imputado si se niega su solicitud, ya que, de negarse el pedimento, simplemente el caso iba a juicio, donde el imputado no necesariamente tenía que ser condenado, ya que podía perfectamente salir absuelto; 5º Porque a quien sí se le causaba un gravamen irreparable era a la víctima y al propio Estado, al no celebrarse el juicio, e impedir que se procesaran los delitos; 6º Porque se perjudicaban los derechos y garantías de la víctima, sobre todo, en relación a la restitución, reparación e indemnización de las pérdidas, los daños y los perjuicios causados por el delito, ya que la acción civil, de acuerdo al artículo 47 del COPP original (ahora 51, pero que no fue reformado), sólo la puede ejercer la víctima "después que la sentencia penal quede firme". Y, antes de la reforma del 14-11-01, en el caso de que al imputado se le concediera la Suspensión Condicional del Proceso, y cumpliera con las obligaciones impuestas, el Juez lo que decretaba era "el sobreseimiento de la causa" (artículo 40 del Código reformado, actualmente artículo 45), de tal manera, que nunca había una sentencia condenatoria firme, y por ende, perdía la víctima su legítimo derecho a que se le indemnizara. Esto, por supuesto se corrigió con la Reforma del 14-11-01.

3.3 *BENEFICIOS DE LA APLICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO*

El propósito de la institución de la Suspensión Condicional del Proceso, es el de impedir la prosecución de juicios que revistan escasa entidad

penal, evitando así el desgaste jurisdiccional, mediante el sometimiento del imputado a reglas de conducta enderezadas a modificar su comportamiento disvalioso, en procura de su resocialización, omitiendo así un etiquetamiento formal y facilitando la reinserción al grupo social, de quien haya cometido un delito de escasa gravedad, evitando de esta manera las penas cortas cuyo efecto criminógeno parece contraproducente. Mediante la suspensión del proceso a prueba, y con la conformidad y colaboración del imputado, se evita su persecución y la eventual condena si demuestra, durante un plazo razonable, que se puede comportar conforme a Derecho, lográndose así un fin preventivo sin necesidad de la sanción formal y sin que queden antecedentes, provocando el menor daño posible al infractor, al prescindir el Estado de la acción penal.

La Suspensión Condicional del Proceso le da la posibilidad al imputado que comete un delito que no es considerado grave, de reforzar los vínculos con el grupo social, sin arribar a una sentencia condenatoria formal; devuelve el conflicto a sus protagonistas particulares; descargando el sistema judicial; le permite al Estado el abandonar espacios en los que hasta ahora se había propuesto infructuosamente mantener su protagonismo absoluto y excluyente, permitiendo así la actuación de quienes aparecen como damnificado y como autor del daño. Y por sobre todo lo demás, incentiva al imputado, para que mediante su ofrecimiento, tome la iniciativa para solucionar el problema directamente con el afectado.

Es evidente que la suspensión del proceso a prueba, a quien más beneficia, directamente y de forma inmediata, es al imputado, lo que no debe ser, en modo alguno óbice, para que esta institución reciba todo el apoyo posible, ya que, aunque en menor grado, también logra algunos beneficios para la víctima y la sociedad. Lo que sí no debe de ninguna manera permitirse nuevamente, es que se relajen las condiciones de otorgamiento de esa medida, ni que quede impune el incumplimiento de parte del acusado de las obligaciones que se le impongan, ya que no se puede aceptar que la Suspensión Condicional del Proceso se vuelva a convertir en la vía utilizada para eludir la acción de la justicia y propiciar la impunidad.

Debe quedarle muy claro al acusado que el Estado está haciendo una excepción con él al concederle la Medida de la Suspensión Condicional

del Proceso y no enjuiciarlo, que no debe desaprovechar dicha oportunidad, ya que, si lo hace, eso tendrá sus consecuencias, porque, en ese caso, pagará el precio de ser condenado.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN SOBRE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

4.1 *RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO EN VENEZUELA*

La aplicación de la Institución de la Suspensión Condicional del Proceso en Venezuela, antes de la Reforma del COPP de noviembre del 2001, generó muchas críticas, la mayoría de ellas justificadas, que considero se hubieran podido evitar si el modelo que se hubiera implantado en Venezuela desde el principio (1999), hubiera sido análogo al establecido en los Códigos Procesales Penales de Argentina, Costa Rica, Guatemala, y de otros países latinoamericanos. Lo cierto es que, por razones que todavía nadie se explica con total claridad, en Venezuela, aunque se partió de esos modelos, y la mayoría de sus disposiciones eran una copia de esos Códigos, sin embargo, esa institución fue incorporada a nuestra legislación con una serie de innecesarias e inconvenientes modificaciones, que la convirtieron en algo muy ambiguo, impráctico, injusto y particularmente desbalanceado, ya que esa institución, en su forma original, estaba totalmente inclinada a favor del imputado, y, en consecuencia, sólo satisfacía y beneficiaba a los acusados, por lo excesivamente generosa que era con ellos. Por eso, ni remotamente cumplía con las finalidades que se suponía debería de cumplir este tipo de instituciones, y la mayoría de los juristas solicitaron incluso su desaparición. Sin embargo, la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional se decidió acertadamente por su reforma, adecuándola y haciéndola funcional y efectiva.

Así vemos que, mientras en otros países, como en el caso de Argentina, están expresamente excluidos de acceder a esta medida, los imputados que cometan delitos cuya pena máxima supere los tres años, en Venezuela, de alguna manera, directa o indirectamente, se consideraba hasta la Reforma del COPP del 2001, que el límite de la pena para poder otorgar dicha medida era de **ocho años**, al relacionar inadecuadamente

la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso, con el **Beneficio** de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena. Ejemplos de esa distorsión son los siguientes aspectos:

1. Mientras en los otros países se toma como parámetro **la pena en abstracto**, en Venezuela se pretendía tomar como base **la pena en concreto** que se le pudiera aplicar al acusado, de acuerdo al artículo 37 del Código Penal, esto es, **el término medio de la pena**, o, aun peor, en algunos casos se consideraba que se debía tomar en cuenta era **la pena mínima que presumiblemente pudiera llegar a imponérsele** (luego de haber hecho el Juez el máximo de las reducciones de penas posibles, aplicándole todas las circunstancias atenuantes, rebajas de pena por admisiones de hechos, reducciones por delitos imperfectos, etc.). La Reforma solucionó este problema señalando que el delito no puede tener una pena que exceda de tres años en su límite máximo (artículo 42).

2. Mientras en otros países se excluye del otorgamiento de dicha institución a los delitos graves, y sólo se concede para delitos muy leves, de poca monta o de bagatela, en Venezuela se otorgó la Suspensión Condicional del Proceso, aun en los delitos más graves (en robos a mano armada y hasta en homicidios). A estos desmanes también le puso coto la Reforma del 2001, ya que estableció que es única y exclusivamente para delitos leves (artículo 42).

3. Mientras en los demás países es una obligación del imputado el resarcir e indemnizar a la víctima, esto no existía en la institución venezolana, y en los escasísimos casos en que esto ocurrió, fue por propia decisión del imputado, y en la medida en que éste decidió o pudo hacerlo. Esto, a pesar de que, como ya antes se dijo, de conceder la Medida sin que previamente el imputado hubiera indemnizado a la víctima, vulneraba y lesionaba los derechos de la víctima a la indemnización civil a que tenía perfecto derecho, ya que el artículo 47 del COPP original (actualmente 51, el cual no fue modificado) señala que "la acción civil se ejercerá, conforme a las reglas establecidas por este Código, **después que la sentencia penal quede firme**; sin perjuicio del derecho de la víctima de demandar ante la jurisdicción civil" (el resaltado es mío), por lo tanto, luego que se suspendía el proceso por varios años (de 2 a 5), la

sentencia que dictaba el Juez Penal era un Sobreseimiento, no una sentencia condenatoria, por lo tanto, se le violaban a la víctima hasta sus derechos y garantías constitucionales, ya que el último aparte del artículo 30 de la Constitución Nacional establece que **"El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados".** A esta injusticia le puso punto final la Reforma del 2001, ya que ahora la solicitud del acusado deberá contener una oferta de reparación del daño causado por el delito. Dicha oferta podrá consistir en la conciliación con la víctima o en la reparación natural o simbólica del daño causado (1° y 2° aparte del artículo 42).

4. Mientras que en todas partes del mundo la oposición de la víctima y/o del Fiscal del Ministerio Público impiden la concesión de la medida, esto no era así en Venezuela, donde no se tomaba prácticamente en cuenta ni siquiera la opinión del Fiscal, menos aún la de la víctima. A raíz de la Reforma, en caso de existir oposición de la víctima y del Ministerio Público, el Juez deberá negar la petición (2° aparte del artículo 43).

5. Mientras en otros países, a pesar de que se concede la Suspensión Condicional del Proceso, la investigación policial y fiscal no se paraliza, sino que la misma continúa normalmente, agregándole nuevos elementos de convicción a la causa, por lo cual, en caso de que se reanude el proceso, el Ministerio Público y la propia víctima están debida y adecuadamente preparados para proseguir con el proceso, lo que motiva al imputado a cumplir fielmente con las condiciones que se le hayan impuesto. Pues no era así en Venezuela, ya que aquí se paralizaba totalmente tanto el proceso como la investigación. Esto se corrigió en la reforma del 14-11-01, ya que se estableció que el Ministerio Público debe continuar realizando la investigación, porque pueden surgir nuevos elementos que relacionen al imputado con otro u otros delitos, lo cual podría acarrearle la Revocatoria de la Medida y la Sentencia Condenatoria correspondiente (encabezado del artículo 46).

6. El *quantum* de la pena no puede ser el único parámetro que debe analizar el Juez para otorgar la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso, como absurdamente lo daba a entender el reformado artículo 37 del COPP original, era necesario que, como ocurre en otros países,

se analicen minuciosamente todas las circunstancias que rodearon al hecho, los antecedentes del imputado, su conducta predelictual, las opiniones de las víctimas y del Ministerio Público, y, en algunos casos, de especialistas en trastornos psicológicos y de conducta. De manera que se disminuyan las posibilidades de que se permita la concesión de dicha medida, a quien no cumple los requerimientos necesarios, o no lo merezca. Con la Reforma, el Juez verificará que el acusado haya tenido buena conducta predelictual y que no se encuentra sujeto a otra Medida por otro hecho (artículo 42).

7. Mientras que en los demás países no hay la más mínima discusión, de que el otorgamiento o no de la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso, es potestativa y discrecional del Juez, según las circunstancias de cada caso, aquí en Venezuela existían, antes de la reforma del 14-11-01, ciertas dudas al respecto, por la redacción un tanto ambigua de algunas disposiciones, y sobre todo por la infeliz remisión y referencia que hacía el reformado artículo 37 del COPP original a otra Institución totalmente distinta, como es la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena. Este artificial e inconveniente vínculo que se creó entre estas dos instituciones tan distintas y con fines tan diferentes, ocasionó que algunos jueces, equivocadamente, consideraran que era obligatorio para el Juez el otorgar la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso, como sí lo era, lamentablemente, de acuerdo a la derogada Ley de Beneficios en el Proceso Penal, el otorgar el Beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, cuando el reo cumplía con todos los requisitos exigidos. En cambio, a mi juicio, la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso, aun antes de la reforma, podía ser negada a pesar de que el imputado cumpliera con todos los requisitos exigidos, ya que perfectamente podía ocurrir que la víctima no deseara o no aceptara la indemnización o reparación de la cosa, y exigiera que se realizara el juicio. Esa decisión de la víctima debía ser respetada, pero de hecho, lamentablemente, no era así. Por otro lado, como ya antes se mencionó, era y es totalmente falso que se le cause al imputado un gravamen irreparable, al negársele la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso, porque lo único que se le ocasiona es el obligarlo a concurrir a un juicio, en el cual puede incluso hasta salir absuelto, lo cual lógicamente lo beneficiaría más que la propia suspensión del pro-

ceso. En cambio, en caso de obligar a la víctima a aceptar que se suspenda el proceso, eso sí le causa un gravamen irreparable a dicha víctima, quien no podrá jamás obtener justicia y menos la reparación del daño o la lesión. Esto se entiende mejor con un ejemplo: si un ciudadano comete el delito de Ultrajes al Pudor público delante de unos niños, delito este previsto y sancionado en el artículo 382 del Código Penal, sólo se contempla una pena de prisión de tres a quince meses, por lo cual, teóricamente, tiene la posibilidad de solicitar la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso. Más aún, si el delito que comete ese ciudadano es de Actos Lascivos, previsto en el encabezamiento del artículo 379, contra una persona mayor de 12 años y menor de 16 años, la pena es de prisión de seis a dieciocho meses (la pena será doble si el autor del delito es el primero que corrompe a la persona agraviada). También en este segundo caso podría, teóricamente el imputado, solicitar y obtener la Medida de la suspensión condicional del Proceso. Pero qué debería ocurrir si las madres y padres de esos niños se oponen a que se le conceda a ese imputado la Medida de Suspensión Condicional del Proceso, y tampoco aceptan indemnización ni reparación alguna, sino que exigen que se realice el Juicio. En mi opinión, esas víctimas están en su pleno derecho de insistir en que se efectúe el juicio, y eso es lo que en justicia corresponde, lo contrario es beneficiar indebidamente al imputado por encima de las víctimas y de la colectividad, promover la impunidad y propiciar que el imputado continúe cometiendo delitos cada vez más graves, cuando menos nos demos cuenta, se le detendrá por violación u homicidio, todo ello, por no haberlo detenido a tiempo. A partir de la Reforma, quedó definitivamente aclarado este asunto en diferentes parágrafos del artículo 43, ya que se estableció claramente que "A los efectos del otorgamiento **o no** de la medida, el Juez oirá al Fiscal, al imputado y a la víctima..." ; "**y resolverá**, en la misma audiencia,..."; "...y aprobará, **negará** o modificará la oferta de reparación presentada por el imputado..."; "Esta decisión **no tendrá apelación y se ordenará la apertura del juicio oral y público**".

8. En mi opinión, antes de le Reforma del 14 de noviembre del 2001, ya la negativa del Juez de conceder la solicitud de la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso no tenía apelación, (ahora, según el 2° aparte del artículo 43, es aun más evidente que no la tiene), ya que esa

decisión sólo significaba que el Juez de Control había resuelto admitir la acusación y dado la orden de abrir el juicio oral y público, lo cual, aun antes de la reforma, de acuerdo al modificado artículo 334 del COPP original (ahora 331) **era y es una decisión inapelable**. Por lo tanto, siendo inapelable el Auto ordenando la apertura del juicio, no tenía sentido alguno que fuera a tener apelación la negativa de la solicitud de la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso. Además, el reformado artículo 38 *ejusdem* (ahora 43), claramente preveía la posibilidad que el Juez negara la solicitud, teniendo como única consecuencia, que "la admisión de los hechos por parte del imputado no podrá considerarse como reconocimiento de su responsabilidad", y que el proceso siguiera su curso, abriéndose el juicio oral y público. Y esto era así, porque la Suspensión Condicional del Proceso, a diferencia de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, **no era un beneficio ni un derecho ya previamente adquirido por el imputado, sino simplemente una Medida**, que puede ser otorgada o puede ser negada, y cuya negativa no causa gravamen irreparable, por lo tanto no se encuentra entre las Decisiones o Autos recurribles establecidos en el reformado artículo 439 del COPP original (ahora 447).

9. Por otro lado, la "admisión" que hacía el acusado para obtener la Suspensión Condicional del Proceso era prácticamente una burla, ya que no era propiamente una aceptación o admisión de haber cometido el hecho que se le imputaba, y, adicionalmente, no tenía ninguna consecuencia para él, ya que, ni siquiera en caso de incumplimiento grave e injustificado de las condiciones que se le hubieran impuesto, esta "admisión" era tomada en cuenta durante el proceso, si es que éste se reanudaba, ni aun en caso de reincidencia en el cometimiento de algún otro delito. Esto era totalmente absurdo, lo lógico era que su incumplimiento injustificado o el cometimiento de cualquier otro delito, debería de acarrearle una inmediata sentencia condenatoria y su reclusión, equiparando la "admisión de los hechos", a la establecida en el artículo 376 del mismo COPP. Afortunadamente, la Reforma le puso punto final a este serio problema, con una solución por demás justa, equitativa y totalmente ajustada al derecho, al establecer como requisito para solicitar la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso, que el acusado "**admita plenamente el hecho que se le atribuye, aceptando formal-**

mente su responsabilidad en el mismo" (artículo 42), previendo que "**Si el imputado incumple en forma injustificada alguna de las condiciones que se le impusieron**" (encabezado del artículo 46), el Juez podrá **revocar** la Medida "**procediendo a dictar la sentencia condenatoria, fundamentada en la admisión de los hechos efectuada por el imputado al momento de solicitar la medida**" (numeral 1° del artículo 46). Relacionando y asimilando así esta admisión de los hechos, a la ya establecida en el Procedimiento Especial contenido en el artículo 376, al que por cierto se le adicionó un último aparte que establece "En caso de que la sentencia condenatoria sea motivada al incumplimiento por parte del imputado del acuerdo reparatorio, **o de las obligaciones impuestas en la suspensión condicional del proceso**, no se realizará la audiencia prevista en este artículo". Todo lo cual es una novedad muy conveniente, que ocasionará que los acusados que logren obtener la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso, tomen muy en serio esta Institución y se esmeren en el estricto cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que les imponga el Tribunal. Hasta donde yo sé, esta disposición sólo existe en nuestra legislación, pero, seguro estoy que otros países la van a acoger, por ser evidentemente justa y equitativa.

10. La falla principal del modelo venezolano de la Suspensión Condicional del Proceso se encontraba en el trato a la víctima, la cual realmente no era tomada mayormente en cuenta, aunque legalmente había que "oírla", pero no importando realmente lo que pensara, dijera u opinara. Por la manera como quedó redactada esta institución en la versión original de nuestro Código Orgánico Procesal Penal, al imputado le convenía más solicitar la Suspensión Condicional del Proceso que llegar a un acuerdo reparatorio con la víctima, lo cual trajo como consecuencia un perjuicio para el agraviado, que ni siquiera veía reparado el daño que se le había ocasionado, aun cuando esto debería ser lo mínimo que tendría que hacer el acusado, el causante del daño o perjuicio, antes de poder solicitar alguna medida o beneficio procesal. No tenía ningún sentido que no se requiriera la conformidad del Ministerio Público y de la víctima para otorgar esta medida. Esto era algo ilógico. Si la víctima puede oponerse a la suspensión del proceso en los delitos de acción privada, con igual o mayor razón debe poder hacerlo en los delitos de acción pública. Por lo tanto,

considero apropiado lo que se aprobó en la reforma del 14-11-01, que la oposición de la víctima y del Ministerio Público, impiden el otorgamiento de la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso.

De tal manera que, evidentemente, era una situación muy preocupante la que se vivía en Venezuela a raíz de la entrada en vigencia de esta institución, que tenía totalmente insatisfecha a la ciudadanía en general, cuando, de haberse instituido de la manera adecuada, como se aplica en Argentina, Costa Rica, Guatemala y en otros tantos países latinoamericanos, sería muy bien vista por toda la comunidad y cumpliría su verdadera función, pero lo cierto es que se había convertido simple y llanamente en el más claro ejemplo de la total impunidad.

Por otra parte, la subsistencia de la prejudicialidad de la acción penal sobre la civil intentada separadamente, retardaba y generalmente incluso impedía el resarcimiento del daño patrimonial causado por el delito. Nótese que la indefinición que se producía a raíz de la suspensión del proceso, impedía descartar esa prejudicialidad. Esto pierde importancia con la Reforma, ya que la víctima será resarcida de inmediato.

También era igualmente absurdo pretender que, en caso del cometimiento de un nuevo delito por parte del imputado que goce de una Medida de Suspensión Condicional del Proceso, no se pudiera revocar la Suspensión hasta tanto, por sentencia firme, existiera una declaración de certeza sobre la comisión de un nuevo delito. Lo procedente es que, verificado el cometimiento de un nuevo delito por dicho imputado, mediante una Decisión Judicial que Decrete alguna medida, así sea Cautelar (sea ésta Privativa de Libertad o Sustitutiva) en su contra, emanada de algún Tribunal de Control, o en caso de que se admita una nueva Acusación del Ministerio Público, atribuyéndole al imputado la participación en otro delito, cualquiera de esas circunstancias debe ser más que suficiente, para que le sea revocada de inmediato la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso, que se le hubiera otorgado previamente al imputado, y para proceder a dictarle automáticamente una sentencia condenatoria, fundamentada en la admisión de los hechos que realizó el imputado al solicitar dicha Medida. Lo contrario, que era lo que disponía el COPP hasta la reforma

del 14-11-01, era simple y llanamente la consagración de la total impunidad y una burla descarada a la justicia.

Igualmente era indispensable que, al igual que con los acuerdos reparatorios se debía de limitar el número de suspensiones que pueden concedérsele a un imputado, no puede ser que se convierta en una especie de jueguito poco serio, permitiéndose tanto la reincidencia en el delito, como la reincidencia en el otorgamiento de la Medida de Suspensión del Proceso. Cuestión que ya hace tiempo que está sucediendo con los acuerdos reparatorios, aunque con la reforma se le ha puesto cierto freno, habida cuenta de que no se lleva un control y un registro adecuado sobre ellos. Por eso es sumamente importante no precipitarse en la concesión de estas medidas, y, antes de otorgarlas, se debe realizar un exhaustivo estudio del caso, así como garantizar una eficaz y constante supervisión de los beneficiarios de este tipo de medida.

Ha sido una verdadera lástima que esta institución se haya implementado en Venezuela en la forma en que se hizo en el Código original. Estoy totalmente convencido de que con las modificaciones que se le han hecho en la Reforma de noviembre del 2001, y aplicándola restringidamente, como corresponde y como se está haciendo en todos los demás países, será de gran ayuda y utilidad. Además, salta a la vista el abismo que existía entre el espíritu, propósito, razón e intención plasmado en el Proyecto y en la Exposición de Motivos del Código Orgánico Procesal Penal original, con lo que finalmente quedó aprobado en 1998 y se estuvo aplicando hasta la reforma del 2001. Afortunadamente, se ha procedido a corregir sus desviaciones y se ha tomado el camino adecuado, aplicando la institución como debe ser, para que cumpla sus verdaderas finalidades.

4.2 *CUADRO COMPARATIVO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO COMO ESTABA EN EL COPP ORIGINAL Y COMO QUEDÓ EN LA REFORMA DEL 2001*

***** Las letras cursivas y en negritas indican los cambios efectuados

Código del 23 de enero de 1998	**Reforma del 14 de noviembre del 2001**
Sección Tercera **De la Suspensión Condicional del Proceso**	**Sección Tercera** **De la Suspensión Condicional del Proceso**
Artículo 37. Requisitos. En los casos en que, por la pena establecida para el delito objeto del proceso, sea procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el imputado podrá solicitar al juez de control la suspensión condicional del proceso, siempre que admita el hecho que se le atribuye.	**Artículo 42. Requisitos.** En los casos ***de delitos leves, cuya pena no exceda de tres años en su límite máximo***, el imputado podrá solicitar al Juez de control**,** ***o al Juez de juicio si se trata del procedimiento abreviado***, la suspensión condicional del proceso, siempre que admita ***plenamente*** el hecho que se le atribuye, ***aceptando formalmente su responsabilidad en el mismo; se demuestre que ha tenido buena conducta predelictual y no se encuentre sujeto a esta medida por otro hecho. A tal efecto, el Tribunal Supremo de Justicia, a través del órgano del Poder Judicial que designe, llevará un registro automatizado de los ciudadanos a quienes les haya sido suspendido el proceso por otro hecho.*** La solicitud deberá contener una oferta de reparación del daño causado por el delito y el compromiso del imputado de someterse a las condiciones que le fueren impuestas por el tribunal conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de este Código. La oferta podrá consistir en la conciliación con la víctima o en la reparación natural o simbólica del daño causado.

Artículo 38. Procedimiento. A los efectos del otorgamiento de la medida, el juez oirá al fiscal, al imputado y a la víctima, que haya participado de cualquier manera en el proceso, y resolverá en la misma audiencia. La resolución fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso. Si la solicitud es denegada, la admisión de los hechos por parte del imputado no podrá considerarse como reconocimiento de su responsabilidad.	**Artículo 43. Procedimiento**. A los efectos del otorgamiento ***o no*** de la medida, el Juez oirá al Fiscal, al imputado y a la víctima, ***haya participado o no*** en el proceso, y resolverá, en la misma audiencia, ***o a más tardar, dentro de los tres días siguientes, salvo que el imputado estuviere privado de su libertad, en cuyo caso la decisión será dictada en un plazo no mayor de veinticuatro horas.*** **La resolución fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso, y aprobará, negará o modificará la oferta de reparación presentada por el imputado, conforme a criterios de razonabilidad.** En caso de existir oposición de la víctima y del Ministerio Público, el Juez deberá negar la petición. Esta decisión no tendrá apelación y se ordenará la apertura del juicio oral y público. *La suspensión del proceso podrá solicitarse, en cualquier momento, luego de admitida la acusación presentada por el Ministerio Público y hasta antes de acordarse la apertura del juicio oral y público, o, en caso de procedimiento abreviado, una vez presentada la acusación y antes de la apertura del debate.*
Artículo 39. Condiciones. El juez fijará el plazo del régimen de prueba, que no podrá ser inferior a dos años ni superior a cinco, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado, entre las siguientes: 1º Residir en un lugar determinado; 2º Prohibición de visitar determinados lugares o personas;	**Artículo 44**. **Condiciones.** El Juez fijará el plazo del régimen de prueba, que no podrá ser inferior a ***un año*** ni superior a ***dos***, y determinará las condiciones que deberá cumplir el imputado, entre las siguientes: 1. Residir en un lugar determinado; 2. Prohibición de visitar determinados lugares o personas;

3º Abstenerse de consumir drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas y de abusar de las bebidas alcohólicas; 4º Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de abstenerse de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas o bebidas alcohólicas; 5º Comenzar o finalizar la escolaridad básica si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el juez; 6º Prestar servicios o labores en favor del Estado o instituciones de beneficio público; 7º Someterse a ***un*** tratamiento médico o psicológico; 8º Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar, en el plazo que el tribunal determine, un oficio, arte o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia; 9º Someterse a la vigilancia que determine el juez; 10º No poseer o portar armas; 11º No conducir vehículo si éste hubiere sido medio de comisión del delito. Sólo a proposición del imputado, el juez podrá acordar otras condiciones de conductas análogas, cuando estime que resulten convenientes.	3. Abstenerse de consumir drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas y de abusar de las bebidas alcohólicas; 4. Participar en programas especiales de tratamiento**,** con el fin de abstenerse de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas o bebidas alcohólicas; 5. Comenzar o finalizar la escolaridad básica si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el juez; 6. Prestar servicios o labores ***a*** favor del Estado o instituciones de beneficio público; 7. Someterse a tratamiento médico o psicológico; 8. Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar, en el plazo que el tribunal determine, un oficio, arte o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia; 9. No poseer o portar armas; 10. No conducir vehículos, si éste hubiere sido el medio de comisión del delito. ***A proposición del Ministerio Público, de la víctima*** **o** del imputado, el Juez podrá acordar otras condiciones de conducta ***similares***, cuando estime que resulten convenientes. ***En todo caso, el imputado deberá cumplir con la oferta de reparación acordada por el Juez, y*** someterse a la vigilancia que determine ***éste.*** ***El régimen de prueba estará sujeto a control y vigilancia por parte del delegado de prueba que designe el Juez, y en ningún caso, el plazo fijado podrá exceder del término medio de la pena aplicable.***

Artículo 40. Efectos. Si el imputado cumple las condiciones impuestas, el juez decretará el sobreseimiento de la causa.	**Artículo 45. Efectos.** ***Finalizado el plazo o régimen de prueba, el Juez convocará a una audiencia, notificando de la realización de la misma al Ministerio Público, al imputado y a la víctima, y, luego de verificado el total y cabal cumplimiento de todas las obligaciones*** impuestas, decretará el sobreseimiento de la causa.
Artículo 41. Revocatoria. Si el imputado se aparta, considerablemente y en forma injustificada, de las condiciones que se le impusieron o comete un nuevo hecho punible, el juez oirá al Ministerio Público y al imputado, y decidirá mediante auto razonado acerca de la reanudación del proceso. En el primer caso, en lugar de la revocación el juez puede ampliar el plazo de prueba por un año más.	**Artículo 46. Revocatoria.** Si el imputado ***incumple*** en forma injustificada ***alguna*** de las condiciones que se le impusieron, ***o de la investigación que continúe realizando el Ministerio Público, surgen nuevos elementos de convicción que relacionen al imputado con otro u otros delitos***, el Juez oirá al Ministerio Público, ***a la víctima*** y al imputado, y decidirá mediante auto razonado acerca de ***las siguientes posibilidades:*** 1. *La revocación de la medida de suspensión del proceso, y en consecuencia, la reanudación del mismo, procediendo a dictar la sentencia condenatoria, fundamentada en la admisión de los hechos efectuada por el imputado al momento de solicitar la medida;* 2. *En lugar de la revocación, el Juez puede, por una sola vez, ampliar el plazo de prueba por un año más, previo informe del delegado de prueba y oída la opinión favorable del Ministerio Público y de la víctima.* ***Si el imputado es procesado por la comisión de un nuevo hecho punible, el Juez, una vez admitida la acusación por el nuevo hecho, revocará la suspensión condicional del proceso y resolverá lo pertinente.*** ***En caso de revocatoria de la suspensión condicional del proceso, los pagos y prestaciones efectuados no serán restituidos***

Artículo 42. Suspensión. El plazo de prueba se suspenderá mientras el imputado esté privado de su libertad por otro proceso. En caso de sentencia absolutoria se computará el tiempo de privación de libertad como cumplimiento de las condiciones. Cuando el imputado esté sometido a otro proceso y goce de libertad, el plazo seguirá su curso, pero no podrá decretarse la extinción de la acción penal sino cuando quede firme la resolución que lo exime de responsabilidad por el nuevo hecho. La revocatoria de la suspensión del proceso no impedirá el pronunciamiento de una sentencia absolutoria, ni la concesión de alguna de las medidas sustitutivas a la privación de libertad cuando fuere procedente.	**ARTÍCULO DEROGADO**
Sección Cuarta **Disposición Común**	**Sección Cuarta** **Disposición Común**
Artículo 43. Suspensión de la Prescripción. Durante el plazo del acuerdo para el cumplimiento de la reparación a que se refiere el artículo 35 y el período de prueba de que trata el artículo 39, quedará en suspenso la prescripción de la acción penal.	**Artículo 47. Suspensión de la Prescripción.** Durante el plazo del acuerdo para el cumplimiento de la reparación a que se refiere el artículo ***41*** y el período de prueba de que trata el artículo ***44***, quedará en suspenso la prescripción de la acción penal.

5. BREVE ANÁLISIS SOBRE LAS OTRAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PROSECUCIÓN DEL PROCESO PREVISTAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

5.1 *CONSIDERACIONES GENERALES*

Además de la Suspensión Condicional del Proceso, existen en el Código Orgánico Procesal venezolano otras medidas alternativas a la prosecución del proceso, como son **el Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios**. Algunos también consideran a la Admisión de los Hechos como una medida alternativa, opinión que no comparto, ya que no es estrictamente hablando una medida alternativa a la prosecución del proceso, sino más bien una institución que le procura un beneficio de reducción de pena a una persona ya formalmente acusada, a cambio de su confesión, normalmente en la Fase o Etapa Preliminar del proceso (en la Audiencia Preliminar), o antes del Debate en los casos de Procedimiento Abreviado, evitándose así la realización del juicio oral y público, generalmente cuando las pruebas en contra del acusado son abrumadoras y, por consiguiente, muy altas las posibilidades de una sentencia condenatoria en su contra, como finalmente ocurre dada la admisión de los hechos realizada por el acusado, culminando el proceso con dicha sentencia. Es decir, el proceso se acorta, ya que no se realiza la etapa del debate, pero no se evita, ya que finaliza como debe terminar todo proceso, con una sentencia definitiva, en esos casos, lógicamente, de condena. De tal manera que, evidentemente, no es la Admisión de los Hechos realmente una Medida Alternativa a la Prosecución del Proceso.

Por ello, es necesario ratificar que todas las medidas alternativas son medidas excepcionales, ya que, en Venezuela, por mandato del artículo 11° del Código Orgánico Procesal Penal, que se refiere a la Titularidad de la Acción Penal, se dispone que **"La acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, quien está obligado a ejercerla, salvo las excepciones legales"** (el resaltado es nuestro). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 24 *ejusdem,* que sobre el ejercicio de la acción penal textualmente dice: **"La acción penal deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, salvo que sólo pueda ejercerse por la víctima o a su requerimiento"**. También el

artículo 108 *ejusdem* que enumera las atribuciones del Ministerio Público, prevé 18 disposiciones que dejan claramente establecido que es a ese organismo a quien le corresponde, entre otras funciones: **el dirigir la investigación de los hechos punibles y la actividad de los órganos de policía de investigaciones penales** para establecer la identidad de los autores y partícipes; **el ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de investigaciones** en lo que se refiere a la adquisición y conservación de los elementos de convicción; **el formular la acusación y ampliarla**, cuando haya lugar, y solicitar la aplicación de la penalidad correspondiente; **el ordenar el archivo de los recaudos**, mediante resolución fundada, cuando no existan elementos suficientes para proseguir la investigación; **el solicitar autorización al Juez de Control para prescindir o suspender el ejercicio de la acción penal**; **el solicitar, cuando corresponda, el sobreseimiento de la causa o la absolución del imputado**; **el requerir del tribunal competente las medidas cautelares y de coerción personal que resulten pertinentes;** y otras 11 atribuciones más.

Queda por lo tanto muy claro, que la regla es la persecución penal de cualquier conducta que esté tipificada como delito en alguna norma legal, y la excepción a esa regla es que se solicite y se conceda una Medida Alternativa a dicha Prosecución. Esto de ninguna manera significa una represión injustificada, sino la simple aplicación de una política criminal racional y de las disposiciones vigentes, que entienden que el proceso penal no puede ser visto como algo exclusivamente hecho a conveniencia del imputado o del acusado, para proteger y defender sus intereses, derechos y garantías, sino que también está previsto para la defensa y protección de los fines del Estado, de la comunidad, de la sociedad y de la víctima, así como de sus intereses colectivos e individuales. Tanto derecho tiene el imputado o acusado a que se le realice un juicio justo, un debido proceso, como lo tiene la víctima y el propio Estado, por lo tanto, en principio, cuando a una persona se le sindica de haber cometido un delito, inmediatamente operan una serie de derechos, principios y garantías previstos y consagrados en la Constitución y demás leyes de la República, que lo protegen y le aseguran un proceso ajustado a esas normas constitucionales y legales que le son aplicables. Pues bien, exactamente de la misma manera, también se ponen en

acción otra serie de derechos, principios y garantías del mismo rango y valor, que salvaguardan a las víctimas y a la sociedad en general. No pueden estar los derechos de los imputados por encima de los derechos de las víctimas, ni viceversa, ya que todos los ciudadanos somos exactamente iguales ante la Ley. Por ello, es necesario ser muy cuidadoso, extremadamente cauteloso, al solicitar y al conceder alguna medida alternativa a la prosecución del proceso, y por ello es imprescindible oír, antes de decidir, la opinión de la víctima y del Ministerio Público.

Precisamente, en la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional para la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal, designada en marzo del 2001, y de la cual formo parte como Asesor Permanente *Ad-honorem*, junto con otros distinguidos juristas, se discutió profundamente la necesidad de equilibrar las Medidas Alternativas a la Prosecución del Proceso, ya que era notorio y evidente que dichas medidas, sobre todo la suspensión condicional del proceso, no cumplían adecuadamente su función, ya que estaban demasiado inclinadas a favor y beneficio del imputado o acusado, en perjuicio de la víctima, la cual se encontraba relegada y no era tomada realmente en cuenta, propiciando una escandalosa impunidad en los delitos, por lo que se hacía perentorio y necesario la reforma de esas instituciones, para nivelar los distintos intereses, tanto del imputado como de la víctima y el propio Estado. No hay duda, como lo manifiesta el Doctor José Luis Tamayo, que la implementación en Venezuela del sistema acusatorio, que consagra loables garantías y principios procesales ha traído beneficios, pero "una serie de disposiciones harto flexibles y permisivas en favor de los derechos del imputado y en grosero desmedro de la víctima", entre las que menciona a las Medidas Alternativas a la Prosecución del Proceso, "por su amplitud y elasticidad convierten al COPP en la legislación procesal penal más indulgente de toda América Latina", lo que ha dado como resultado "la más absoluta y total impunidad, y, por ende, el aumento sostenido de la delincuencia, en toda clase de delitos, hasta extremos francamente intolerables".[38] Finalmente, en la Reforma del COPP publicada en la *Gaceta Oficial*

[38] Tamayo Rodríguez, José Luis. *Proposiciones para Reformar el Código Orgánico Procesal Penal*. Monografía presentada a la consideración de la Asamblea Nacional. Ediciones de la Asamblea Nacional. Caracas. 2001, p. xvi.

N° 5.558 del 14 de noviembre del 2001, se logró el equilibrio entre las partes.

5.2 *EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD*

El artículo 37 del COPP, establece que el Fiscal del Ministerio Público puede **solicitar autorización** al Juez de Control "para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho", única y exclusivamente en los cuatro supuestos expresamente establecidos en dicho artículo 37, ya que, como lo señala el Doctor Fernando M. Fernández, esta facultad del Ministerio Público está "rigurosamente limitada, por lo que no puede prescindirse del ejercicio de la acción penal si no es en los casos especificados y bajo las condiciones legalmente exigidas".[39]

Algunos consideran que el hecho de que el Fiscal requiera necesariamente la autorización del Juez de Control para no perseguir penalmente a alguien, "es contrario a la naturaleza y esencia del sistema acusatorio, ya que en el acusatorio puro el Ministerio Público es quien decide libremente si acusa o no".[40] La realidad es que no existe un sistema acusatorio totalmente "puro", como tampoco existe un sistema inquisitivo exento de ningún elemento acusatorio, ejemplo de ello, en el caso de los primeros, es el sistema americano (anglosajón y acusatorio adversativo) y de los segundos, el sistema francés (continental e inquisitivo). La fiscalización y supervisión del Juez de Control es absolutamente conveniente, para evitar excesos e injusticias, máxime tratándose de situaciones excepcionales.

La existencia misma de esta institución, denominada en el COPP "Principio de Oportunidad", pero que, como algunos autores indican, es realmente una especie de "dispensa de acusar",[41] ha sido cuestionada y

---

[39] Fernández, Fernando M. *Manual de Derecho Procesal Penal*. McGraw-Hill. Caracas. 1999, p. 122.
[40] Pérez Sarmiento, Eric L. *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. 3ª Ed. Vadell Hermanos. Valencia-Caracas. 2000, p. 114.
[41] *Ídem*, p. 115.

rechazada por algunos doctrinarios, "por considerar que desnaturaliza la esencia misma del derecho penal, pues si el legislador establece delitos de bagatela es porque esa es la connotación que la sociedad confiere a tales conductas; de lo contrario, lo mejor sería que se despenalizaran para siempre".[42] Criterio que comparto, sobre todo porque lo que para algunos puede ser una "bagatela" o una tontería, para otros puede ser algo importante, y hasta grave, así vemos que hay personas que le dan mucha relevancia, como debe ser, a ciertos valores, como es el caso del honor, de la reputación, el prestigio, el buen nombre, y, ante un ataque contra esos bienes responden con una acusación por difamación, injuria, etc., sin embargo, otras personas no le dan mayor o ninguna importancia a esos valores. Por ello, es indispensable que las leyes tomen en cuenta y respeten la decisión de la víctima.

El Principio de Oportunidad sufrió pocas modificaciones en la Reforma del COPP del 14 de noviembre del 2001, aunque algunas son de cierta significación, entre las cuales destacan las siguientes: En el numeral 1 del reformado artículo 31 (ahora 37) se restringió su aplicación a delitos cuya pena máxima no exceda los tres años de privación de libertad (antes eran 4 años). Se eliminó también la absurda referencia a la institución de la Suspensión Condicional de la Pena que contenía el numeral 4 del mencionado artículo 31 (ahora 37), que causaba confusión. Se adicionó la necesidad de que el Juez, antes de decidir sobre la solicitud Fiscal, procure oír a la víctima, lo cual es altamente positivo y justo. Se racionalizó el supuesto especial del antiguo artículo 33 (ahora 39) para otorgarle al "colaborador eficaz" o "informante arrepentido", una sustancial rebaja de pena (a la mitad), sin llegar a la inmunidad total, pero garantizándole su integridad física.

5.3 *LOS ACUERDOS REPARATORIOS*

Los Acuerdos Reparatorios sí fueron objeto de sustanciales cambios, todos ellos necesarios, convenientes y reclamados por la ciudadanía, ya

[42] Montero Aroca, Juan. *Principios del Proceso Penal*, citado por Pérez Sarmiento, obra mencionada, p. 114.

que se estaban cometiendo muchos abusos y se había perdido el control de esta institución. La más importante de las modificaciones fue la que estableció que cuando el acuerdo reparatorio "se efectúe después que el Fiscal del Ministerio Público haya presentado la acusación, y ésta haya sido admitida, se requerirá que el imputado, en la audiencia preliminar, o antes de la apertura del debate, si se trata de un procedimiento abreviado, **admita los hechos objeto de la acusación**". Esto, con el objeto de que, en caso de incumplimiento de lo acordado por parte del imputado, el Juez reanude el proceso que se encontraba suspendido, pero únicamente para dictarle la correspondiente sentencia condenatoria, habida cuenta de la Admisión de los hechos realizada por el acusado, y conforme al Procedimiento establecido en el artículo 376 *ejusdem*, "**sin la rebaja de pena establecida en el mismo**". Esta es una disposición parecida a la establecida para la Suspensión Condicional del Proceso, que obligará a los acusados a tomar muy en serio a los acuerdos reparatorios que realicen. El requerimiento de la admisión de los hechos no aplica en los casos en que el acuerdo reparatorio se efectúe antes de que la acusación sea admitida.

Otras modificaciones que se le hicieron fueron las siguientes: Se eliminó la posibilidad de que se aprueben acuerdos reparatorios en los casos de delitos culposos, si la víctima no es una persona sino el Estado (Ej. delitos de salvaguarda o contra el ambiente); se prohibió totalmente la realización de un nuevo acuerdo reparatorio, si no han transcurrido por lo menos tres años del cumplimiento de un acuerdo anterior; se redujo el plazo para cumplir el acuerdo a tres meses, por lo tanto, sólo durante ese lapso podrá estar suspendido el proceso; y se dispuso que se llevará un Registro automatizado de los ciudadanos a quienes les hayan sido aprobados acuerdos reparatorios y la fecha de su realización, para detectar anteriores acuerdos y si éstos han sido efectivamente cumplidos, de manera de evitar abusos.

Se mantuvo la limitación de que el imputado y la víctima sólo pueden llegar a celebrar acuerdos reparatorios, y el Juez a permitirlos y aprobarlos, en los casos de que "1. El hecho punible recaiga exclusivamente sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial; o 2. Cuando se trate de delitos culposos contra las personas, que no hayan ocasiona-

do la muerte o afectado en forma permanente y grave la integridad física de las personas". Obligando y responsabilizando al Juez de verificar "que efectivamente se está en presencia de un hecho punible de los antes señalados", "que quienes concurran al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos", así como de notificar al Ministerio Público a cargo de la investigación "para que emita su opinión previa a la aprobación del acuerdo" (artículo 40). Con todo ello, se pretende que no se desnaturalice esta institución y que la misma cumpla realmente con su finalidad, sin llegar a mercantilizar el Derecho Penal.

BIBLIOGRAFÍA

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*. Editorial McGraw Hill Interamericana de Venezuela, S.A. Octava Edición. Caracas-Venezuela. 1997. 323 pp. Igualmente la novena edición. Año 2001.

BAUMANN, Jürgen y otros. *Proyecto alternativo sobre reparación penal*. Edition iuscrim. Publicado por CIEDLA. Buenos Aires-Argentina. 1998. 198 p.

BERRIZBEITIA, Pedro M. *Suspensión Condicional del Proceso*, parte de la obra *La vigencia plena del nuevo sistema*, en la celebración de las Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal de la UCAB. Caracas. 1999. 329 pp. (de la 63 a la 84).

BINDER, Alberto. *Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal*. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2000. 463 p.

CARRERA, Daniel, De La RÚA, Jorge, ROJAS VÍA, Benigno, BATISTA, Nilo. *Alternativas a la Pena y a la Privación de la Libertad*, parte de la obra *Teorías Actuales en el Derecho Penal*. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1998. 686 pp. (de la 561 a la 609).

CASTAÑEDA PAZ, Marcelo. *Probation. El Desafío de Cambiar la Mentalidad*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires-Argentina. 2000. 229 pp.

Código Orgánico Procesal Penal (COPP), publicado en la *Gaceta Oficial* Número 5.208 del 23 de enero de 1998. Reformado en fecha 25 de agosto del 2000 y el 14 de noviembre del 2001.

CÓRDOBA PALACIOS, Franklin de J. *Terminación Anticipada del Proceso Penal*. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín-Bogotá. 1999. 144 pp.

EDWARDS, Carlos. *La Probation en el Código Penal Argentino*. Marcos Lerner Editora Córdoba. 2ª Edición Actualizada. Argentina. 1997. 274 pp.

FERNÁNDEZ, Fernando M. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial McGraw-Hill Interamericana de Venezuela. S.A. Caracas-Venezuela. 1999. 328 pp.

GARCÍA VITOR, Enrique Ulises. *La Insignificancia en el Derecho Penal. Los delitos de bagatela*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2000, 102 pp.

HIGHTON, Elena, ÁLVAREZ, Gladis, GREGORIO, Carlos. *Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal*. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 256 pp.

MOJICA MONSALVO, Danilo A. *Manual de Beneficios en el Proceso Penal Venezolano*. Vadell Hermanos editores. Valencia-Caracas. 1996. 362 pp.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia (España). 1997. 191 pp.

MORAIS DE GUERRERO, María G. *La Pena: Su Ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal*. Vadell Hermanos editores. Valencia-Caracas. 1999. 151 pp.

MORENO BRANDT, Carlos E. *Código Orgánico Procesal Penal, Guía Practica*. Editorial Livrosca. Caracas-Venezuela. 1998. 351 pp.

PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. Vadell Hermanos Editores. Valencia-Venezuela-Caracas. 1998. 437 pp. Igualmente, la 3ª Edición. Año 2000. 596 pp.

PITLEVNIK, Leonardo Gabriel. *La Suspensión del Proceso a Prueba en cuatro resoluciones de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal*, en la obra *NDP Nueva Doctrina Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires-Argentina. Año 1999. 396 pp. (de la 181 a la 206)

PIÑA LOAIZA, Rafael. *Jurisprudencia del Código Orgánico Procesal Penal*. Año 1 - Volumen 2. Septiembre-Octubre. Año 1999. Editorial Buchivacoa. Caracas-Venezuela. 321 pp.

QUINTERO MORENO, Rafael. *La Suspensión Condicional del Proceso en la Legislación Penal Venezolana*, en la obra *La Segunda Reforma al COPP*, en la celebración de las Quintas Jornadas de Derecho Procesal Penal de la UCAB, del 6 al 8 de marzo de 2002. Ed. Texto. 2002. 261 pp. (de la 49 a la 71).

SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad*. Editorial Colex. Año 2000. Madrid. España. 494 pp.

TAMAYO RODRÍGUEZ, José Luis. *Proposiciones para Reformar el Código Orgánico Procesal Penal*. Monografía presentada a la consideración de la Asamblea Nacional. Ediciones de la Asamblea Nacional. Caracas. 2001. 113 pp.

TAMAYO RODRÍGUEZ, José Luis. *Manual Práctico Comentado sobre la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal*. Ed. Tamher. Caracas. 2002. 520 pp.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly. *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano. Las Instituciones Básicas del Código Orgánico Procesal Penal*. UCAB y UCAT. Caracas. 1999. 245 pp.

VITALE, Gustavo L. *Suspensión del Proceso Penal a Prueba*. Editores del Puerto. Argentina. 1996. p. 364.

VILLAMIZAR GUERRERO, Jorge. *Guía Practica sobre los Beneficios del Proceso Penal en General*. Universidad de Los Andes. Mérida-Venezuela. 1996. p. 177.

Presupuestos Procesales en el Proceso Penal

Rodrigo RIVERA MORALES[*]

SUMARIO:

1. **Consideraciones teóricas.**
2. **Los presupuestos procesales en particular: 2.1** *Jurisdicción y competencia.* **2.2** *Imputación objetiva penal.* **2.3** *Perseguibilidad del imputado penal.* **2.4** *Prohibición legal de intentar la acción propuesta.* **2.5** *No cumplir los requisitos de procedibilidad.* **2.6** *Caducidad y prescripción de la acción penal.* **2.7** *Falta de requisitos formales para intentar la acusación.* **2.8** *La cosa juzgada.* **2.8** *La extinción de la acción penal.*

INTRODUCCIÓN

Se ha considerado necesario hacer algunas afirmaciones teóricas en torno al significado de presupuesto procesal, debido a la importancia

[*] **Universidad Católica del Táchira,** Profesor. *Instituto de Derecho Procesal Colombo-Venezolano,* Presidente. *Instituto Colombiano de Derecho Procesal-Capítulo San Cristóbal,* Presidente. Autor de varios obras en Derecho. Maestría en Planificación y Desarrollo Regional. Especialización en Metodología de la Investigación. Diplomado en Derecho Constitucional Comparado. Diplomado en Derecho Procesal Civil. Curso de postgrado en Derecho Constitucional. Especialización en Derecho Procesal Civil.

que tiene para el debido proceso, la administración de justicia, la organización judicial y el control social sobre la función jurisdiccional y los resultados del proceso. Entre las críticas que se le han hecho a la administración de justicia está el inmenso derroche procesal que hacen los órganos y las partes, por ello es imprescindible que se haga una depuración desde el inicio.

1. CONSIDERACIONES TEÓRICAS

Es importante mirar con detenimiento el tema de los presupuestos procesales en el proceso penal, pues, no son aplicables del todo los conceptos del proceso civil. En el primero está en juego la libertad y está en actuación la función punitiva del Estado, a través del Ministerio Público y los órganos de investigación penal; mientras que el segundo, se trata de conflictos de interés particular, por lo general de carácter patrimonial que no afectan la esencia de la libertad. Así tenemos, por ejemplo, que en el civil la capacidad para ser parte puede ser la persona natural o jurídica, mientras que en el proceso penal sólo podrán ser partes las personas naturales. En materia penal no hay derechos subjetivos, pues no existe una relación jurídica material entre víctima y victimario; el agraviado no es titular de un derecho subjetivo, pues ha sido asumida por el Estado; en el proceso civil, las partes sí tienen derechos subjetivos. Esto, por supuesto, condiciona el tratamiento de las categorías procesales.[1]

Siguiendo a Oderigo,[2] quien expone que hoy la doctrina se puede resumir en dos posiciones, a saber: a) la corriente *maximalista*, que sostiene que la relación procesal se constituye cuando se dan las condiciones exigidas por la ley para que el juez pueda resolver sobre el fondo planteado en el proceso. Se asume la posición que expresaba Chiovenda,[3] quien afirmaba que los presupuestos procesales son las condiciones requeridas para que pueda dictarse una resolución sobre el fondo del asunto; b) la corriente *minimalista*, según la cual la relación procesal se

[1] Montero Aroca, Juan. *Principios del Proceso Penal.* p. 21.
[2] Oderigo, Mario. *Derecho Procesal Penal.* Tomo I, p. 46.
[3] Chiovenda, J. *Ob. Cit.* tomo I, p. 126.

forma cuando se dan las condiciones necesarias para que el juez pueda dictar resoluciones de cualquier naturaleza, es decir, aun cuando no vayan al fondo del asunto.

De todas formas es importante resaltar que no deben confundirse los diversos presupuestos que son requeridos en el proceso. Recordemos la distinción que hace el maestro Devis Echandía,[4] puesto que hay diversos tipos de presupuestos, así: presupuesto de la existencia del proceso, presupuesto de la acción, presupuesto de la sentencia favorable y los que se denominan presupuestos de los actos procesales en particular, es decir, los requisitos de existencia de ese acto en particular, por ejemplo, los requisitos de existencia de la inspección son: debe ser practicada por el Juez, éste debe actuar en ejercicio del cargo, debe practicarse sobre hechos. No puede realizarse sobre cosas que no existen.

En nuestro criterio no existen, en sentido estricto, con relación a los presupuestos procesales del proceso muchas diferencias entre el proceso civil y el penal, dado que el proceso, es uno solo. Las diferencias, son más que todo, especificidades de cada uno de ellos. De suerte que los conceptos generales estudiados en materia civil acerca de los presupuestos son válidos en el proceso penal. Debe aclararse que en este sentido se asume como proceso en el momento que se da inicio a la constitución de la relación procesal. Entonces, sin dudas, son presupuestos procesales en el proceso penal los siguientes: a) jurisdicción, b) competencia, c) capacidad para ser parte, d) capacidad para comparecer en proceso, e) acusación en forma con imputación objetiva y f) caducidad o prescripción de la acción penal. Es frecuente que se confundan los presupuestos procesales del proceso con los presupuestos de la sentencia condenatoria, que serían: a) prueba de los hechos delictuosos que se debaten, b) que esos hechos sean los imputados en la acusación, c) la prueba de la responsabilidad del imputado y d) que no existan circunstancias exonerativas de responsabilidad o de inimputabilidad. Otro sector de la doctrina los denomina condiciones objetivas de punibilidad, que son referidos al derecho material.

[4] Devis Echandía, H. *Tratado de Derecho Procesal*. Tomo I, pp. 428 y ss.

Los presupuestos procesales son requisitos que tienen que cumplirse para iniciar el proceso. Por esto, es importante hacer la distinción de los sistemas inquisitivo y acusatorio. Pues, el inquisitivo tiene una fase sumarial en la cual interviene el órgano jurisdiccional obrando por razón del oficio, de tal manera que él recoge la prueba, la practica, interroga a los testigos y al procesado, y finalmente la evalúa para declarar que ha obtenido o no el conocimiento y el convencimiento; si lo hay se hace la formulación de cargos, que no es propiamente una acusación en el sentido técnico, iniciándose la fase del plenario. El inquisitivo es un proceso sin partes y aun sin sujetos procesales. En ambas fases del inquisitivo (sumario y plenario) el imputado está sometido a la actividad punitiva del Estado y le son afectados sus derechos de libertad y defensa. Por supuesto que el sistema inquisitivo como lo expresó acertadamente Montesquieu[5] es "atentatorio para la seguridad del individuo frente al Estado". Por el contrario, el proceso acusatorio es un proceso de parte, controvertido, en donde hay un titular de la acción penal y con el ejercicio de ella se excita la decisión del órgano jurisdiccional, por lo que hay un verdadero proceso que se inicia con la constitución de la relación procesal mediante la acusación. Por supuesto, que hay una fase de investigación y si hay sospechoso o investigado éstos tienen pleno derecho a participar (declarando con asistencia jurídica, conociendo lo que hay en su contra, indicando pruebas, etc.).

Si bien es válido que para proceder en la fase del plenario en el sistema inquisitivo deben tomarse en cuenta los presupuestos procesales, no deja de tener dificultades, pues la concentración de funciones procesales en el juez: instructoria, acusatoria, defensiva y juzgadora, compromete seriamente la pureza procesal del proceso y la imparcialidad, ya que esa concentración lo convierte en "amo y señor del proceso".[6] Mientras que en el sistema acusatorio sí puede darse una tarea saneadora del proceso, bien en la fase investigativa, bien en el momento que el Ministerio Público ejercita la acción penal y acude al órgano jurisdiccional.

[5] Morales Marín, Gustavo. *Proceso y Sistemas de Juzgamiento Penal.* p. 142.
[6] *Ibídem*. p. 137.

Repasando traeremos la conceptualización que hacen los maestros Couture y Véscovi acerca de los presupuestos procesales. Couture[7] los define "como aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal". Por su parte, Véscovi[8] los define como "los requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida". Argumentaba el distinguido jurista que el juez tiene la obligación de examinar, también, las cuestiones relativas al proceso mismo, su propia actuación, es decir, debe apreciar el presente, el movimiento de la jurisdicción, y es precisamente en esa posición cuando debe considerar los presupuestos procesales. Estos contenidos son admitidos para el proceso penal. El maestro alemán Roxin[9] dice que presupuestos en sentido amplio, son las circunstancias de las que depende la admisibilidad de todo el procedimiento o una parte considerable de él (p. ej., competencia del tribunal, jurisdicción, etc.).

De manera que verificar los presupuestos procesales es mirar si existen los requisitos necesarios para que haya un proceso válido (por supuesto dentro del sistema acusatorio). Así tenemos, que llevar una causa penal por un juez que no tenga competencia, no tiene validez; o que se siga un proceso penal sobre la base de un no-delito, es decir, sobre un hecho no tipificado como delito en ley preexistente. No obstante, advertimos de nuevo, al igual que en el proceso civil, que no deben confundirse las causales de nulidad con los presupuestos procesales. Tomemos el caso de la competencia, es, indudablemente, un presupuesto procesal, pero la falta de competencia se constituye en causal de nulidad, por ejemplo, en Colombia en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal se contempla como causal de nulidad la falta de competencia del funcionario judicial. Así, pues, en la práctica y en la teoría se mantiene una especie de yuxtaposición conceptual en los términos presupuestos procesales, excepciones y nulidades.

Repetimos, junto con el criterio de Quintero y Prieto,[10] que si bien no existe unidad doctrinaria en torno a la conceptualización de "presupues-

[7] Couture, E. *Ob. Cit.,* p. 102.
[8] Véscovi, E. *Ob. Cit.,* p. 80.
[9] Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal.* p. 165.
[10] Quintero, B. y Prieto, E. p. 324.

tos procesales", debe tenerse presente que la ausencia de aqueéllos es un vicio grave que afecta derechos fundamentales, haciendo irregular el proceso e impide decisión al fondo en los marcos del debido proceso.

En la legislación penal venezolana los presupuestos procesales tienen que ser apreciados desde la fase preparatoria, si el Fiscal del Ministerio Público pasa por alto el defecto, las partes podrán oponerse a la persecución penal mediante la oposición de excepciones de previo y especial pronunciamiento, tal como se dispone en el artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), las cuales, también, pueden ser opuestas en las demás fases del proceso. En ellas están contenidas verdaderas excepciones y los presupuestos procesales, los cuales, estos últimos son: falta de jurisdicción (Ord. 2º), incompetencia del tribunal (Ord. 3º), ausencia de imputación objetiva penal (los hechos base de la acusación no revisten carácter penal (Ord. 4º literal "c"), prohibición legal de intentar la acción propuesta (Ord. 4º, literal "d"), incumplimiento de los requisitos de procedibilidad para intentar la acción (Ord. 4º, literal "e"), falta de capacidad del imputado (Ord. 4º, literal "g"), caducidad de la acción penal (Ord. 4º, literal "h"), falta de requisitos formales para intentar la acusación (Ord. 4º, literal "i"), la cosa juzgada (Ord. 4º, literal "a") y la extinción de la acción penal (Ord. 5º). Los listados los consideramos como los requisitos necesarios para que se constituya válidamente el proceso penal; además, son perceptibles directamente por el juez, pudiendo declararlos de oficio.

Siguiendo la doctrina europea consideramos que un aspecto fundamental que debe ser purgado *ab-initio*, es la determinación del objeto del proceso. Montero Aroca[11] expresa que a pesar de la gran relevancia jurídica que tiene el objeto del proceso penal debe reconocerse la confusión que existe en torno al mismo. Vale manifestar que se ha entendido por objeto del procedimiento penal, en sentido amplio, la determinación si el imputado ha cometido acciones punibles y cuáles son las consecuencias jurídicas que le deben ser impuestas por esa conducta. En un

[11] Montero Aroca, Juan. *Principios del Proceso Penal.* p. 111.

sentido restringido, se refiere "únicamente al hecho descriptivo en la acusación de la persona acusada, esto es, sólo al objeto del procedimiento judicial".[12] Esta determinación del objeto del proceso es esencial para el ejercicio del derecho de defensa y la preservación de las garantías procesales, y que se pueda realizar un proceso válido y justo.

La doctrina ha señalado que la determinación precisa del objeto en el proceso penal, cumple diversas finalidades o funciones, a saber: designa el objeto de la litis pendencia, demarca los límites de la investigación y sentencia y define la extensión de la cosa juzgada.[13] Además de estas que son las más importantes, hay otras, pues, sólo determinando correctamente la fijación del objeto del proceso penal pueden resolverse los problemas de jurisdicción y competencia, de procedimiento adecuado, de identificación de la víctima y victimario, lo que servirá para determinar el presupuesto de la legitimación, la aplicación de la conexión y acumulación. Esto no excluye que en un mismo procedimiento pueda existir una pluralidad de objetos procesales, tal como un delito que implique pluralidad de hechos; por ejemplo, se comete un homicidio, con porte ilícito de arma o arma proveniente de hurto, además se roba objetos o bienes a la víctima; lo importante es que sean determinados cada uno de ellos como un objeto procesal independiente.

Puede considerarse como el presupuesto básico en el proceso penal la determinación del objeto y por medio de él se hace posible la determinación de los otros presupuestos. Limpiar el proceso desde el inicio evita procesos y reposiciones inútiles. Es, pues, de suma importancia la aplicación del principio de saneamiento, con el cual el juez puede evitar y subsanar las omisiones e irregularidades que se presenten durante el desarrollo del proceso, desde su inicio, con el fin de que lo pueda sustanciar válidamente y concluir en sentencia de mérito. Debe entenderse que los presupuestos procesales son revisables y exigibles de oficio por el juez en virtud de estar vinculados a la validez del proceso. De manera que si el juez encuentra algún vicio en la acusación planteada debe rechazarla.

---

[12] Roxin, Claus. *Ob. Cit.* p. 159.
[13] *Cfr*. Montero Aroca, J. *Ob. Cit*. pp. 112-113. Roxin, C. *Ob. Cit*. p. 160.

2. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES EN PARTICULAR

2.1 *JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA*

En procesal penal se puede hablar con propiedad de la llamada "*garantía jurisdiccional"*, la cual contiene un doble componente, a saber: a) la pena sólo se impone por los tribunales, b) la pena que se impone por los tribunales es exclusivamente mediante el proceso. Pues, la penalización es de exclusiva reserva judicial. Ahora, bien cualquier tribunal no puede aplicar penas, debe tener jurisdicción y competencia.

Conforme a la Constitución nacional, la jurisdicción ordinaria contiene la materia civil, penal, tránsito, familia, agraria, protección del niño y adolescente y laboral, sin importar que algunas de esas materias se ventilen por tribunales especiales propios. En este sentido, podía decirse que hay una jurisdicción ordinaria penal.[14]

Entonces, se podría definir la jurisdicción ordinaria penal, desde el punto de vista orgánico, como el conjunto de tribunales que tiene atribuido el conocimiento y decisión de los conflictos derivados de la comisión, presunta o real, de hechos punibles; y desde el punto de vista material, como la facultad atribuida a determinados tribunales de aplicar el derecho penal sustantivo a conflictos particulares.[15] Es decir, es la facultad de ejercer la función punitiva mediante un proceso.

La jurisdicción penal en Venezuela se ejerce únicamente por los tribunales de lo penal, salvo los delitos militares (para personas con cualidad

[14] Véscovi, E. *Ob. Cit.* p. 104. El autor comenta que algunos doctrinarios consideran a la jurisdicción penal como de naturaleza diferente (Florian, Fenech, Manzini, etc.). El es partidario de la tesis de la unidad de ambas disciplinas, esto es, de la identidad a pesar de sus particularidades (Carnelutti, Alcalá Zamora, Devis Echandía, etc.), dice que puede hablarse de una tercera posición que admite cierta "unidad", pero que ambos tienen diferente objeto y finalidad (Claria Olmedo). Afirma Véscovi, que el objeto de paz e imposición del derecho es el mismo, e inclusive la estructura que caracteriza la función jurisdiccional es la misma y, como en todos los procesos, es ella la que garantiza los derechos subjetivos comprometidos en el proceso penal (como en los demás).

[15] Pérez Sarmiento, Eric. *Ob. Cit.,* p. 117.

de militares) que tienen una jurisdicción propia: la penal-militar, consagrada en el artículo 261 constitucional. Conforme al artículo 253 *ejusdem*, dispone que a los órganos del Poder Judicial les compete la administración de justicia y establece óomo está constituido el sistema de justicia, lo que significa que ninguna otra autoridad u órgano del Estado puede juzgar, mucho menos penalmente que es de estricta reserva legal y judicial (artículos 49, ordinal 6º y 44, ordinal 1º constitucionales). En el Código Orgánico Procesal Penal se consagra lo relativo a la jurisdicción penal en los artículos 2, 7, 54 y 55.

La falta de jurisdicción surge cuando el órgano no tiene potestad o legitimidad para juzgar. Esto es, que el órgano no puede conocer de la causa. Esto ocurre cuando la causa debe ser decidida por otra jurisdicción. Bien sea porque el asunto concreto sometido a su conocimiento debe ser practicado por un tribunal extranjero, o porque el conocimiento corresponde a la Administración Pública (ver artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, o el asunto debe ser tramitado en las otras jurisdicciones que reconoce la Constitución nacional (jurisdicción indígena, jurisdicción penal militar, etc.).[Juris]

La falta de jurisdicción, conforme dispone el artículo 55 del COPP, de los tribunales venezolanos, será declarada a instancia de parte. Pérez

[Juris] Casación Penal. CSJ. Sent. 30-06-78. (Conflicto. Tribunal militar o penal): "…cuando una jurisdicción tiene atribuida expresamente el conocimiento de determinado delito o contravención, el fuero militar sólo prevalece asistido de motivos reales de competencia, cuales representan el fuero militar, el servicio y el lugar de comisión tal como prevé el citado ordinal 3º del artículo 123 del código de justicia Militar. Es menester, por tanto, examinar si en el presente caso concurre o no alguna de las circunstancias de excepción contempladas en la última disposición legal anteriormente enunciada. El juez promovente del conflicto invoca dos razones para declinar la competencia de conocer: la primera, que las armas utilizadas para la perpetración del delito de homicidio son de las calificadas por la Ley de Armas y Explosivos como "armas de guerra", y la segunda, que hasta tanto no esté claramente establecida la pertenencia y procedencia de dichas armas de guerra, se presume la comisión de una infracción militar. En cuanto a la primera razón, en ninguna de las disposiciones del Código de Justicia Militar se define como infracción militar el hecho punible cometido por medio de una arma calificada como de guerra por la Ley sobre Armas y Explosivos, por esta única circunstancia. Y en cuanto a la segunda, no se debe concluir que hasta tanto no esté establecida la pertenencia y procedencia de dichas armas de guerra, se presume la comisión de una infracción militar. De consiguiente, el juez competente para continuar conociendo de la averiguación a que se refieren las presentes actuaciones es el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del estado Falcón. (**Nota:** las normas constitucionales hoy día son mas precisas con relación a las garantías procesales).

Sarmiento[16] expresa que en razón del carácter imperativo y oficialista del proceso penal, la falta de jurisdicción raramente es tratada como facultad de oficio de los tribunales, sino como mero alegato de parte interesada. No compartimos esa idea, pues, el efecto de su falta conduce necesariamente a la violación del derecho de defensa, por cuanto, si juzga, el juez de hecho se está atribuyendo funciones extrañas a las que la ley le ha señalado. La Constitución nacional consagra el derecho al juez natural (artículo 49, ordinal 4º), entendiéndose por éste el que corresponda conocer el asunto conforme a su naturaleza y a la cualidad de la persona juzgada, lo cual es asumido en el COPP en el artículo 7. Entonces, por ejemplo, no puede un tribunal penal militar conocer de delitos comunes cometidos por civiles, e incluso por militares, pues carece de jurisdicción.[Juris] El tribunal, si advierte que carece de jurisdicción debe declararla de oficio, sin esperar que la aleguen las partes. Puede suceder que las partes por error de derecho o ignorancia no la aleguen y se construya un proceso inválido, que puede ser anulado porque el juzgado carecía de jurisdicción. En otras legislaciones, como por ejemplo, en el Código de Procedimiento Penal de Colombia, la falta de competencia es causa de nulidad (artículo 306) y faculta al funcionario judicial para que decrete la nulidad de lo actuado y reponga desde que se presentó la causal (artículo 307). La doctrina y la jurisprudencia están contestes que la falta de jurisdicción o el acto del no-juez, tienen como correctivo la inexistencia.

Como se ha venido comentando, en la legislación nacional, no hay una norma que autorice expresamente la declaración de oficio. Recuérdese que la falta de jurisdicción es la "*inexistencia de poder para juzgar*" Por ello, sí puede ser decretada conforme lo expresa el artículo 195 del COPP, fundamentándose en el artículo 49, ordinal 4º constitucional que ordena el juez natural, que prevalece sobre la legislación ordinaria en

[16] Pérez Sarmiento, Eric. *Ob. Cit.,* p. 119.

[Juris] Casación. Sala de Casación Penal, Sentencia Nº 438 del 05 /04 /2000: La jurisdicción militar, como lo ha señalado en reiterada jurisprudencia este Tribunal Supremo de Justicia, es de excepción y no pueden ser sometidos a ella sino las personas y los delitos que expresamente señala la ley, de acuerdo con las previsiones del artículo 123 del Código Orgánico de Justicia Militar." Tomado página www.tsj.gov.ve

virtud de la supremacía constitucional. Véase que el legislador se somete al mandato constitucional al consagrar en el artículo 7 del COPP el principio del juez natural. Los actos procesales realizados por el órgano carente de jurisdicción, es una contravención a normas constitucionales, tratados internacionales y a normas del mismo COPP. La jurisdicción es esencial para el juzgamiento, y su violación afecta el debido proceso y el derecho de defensa, violentando normas constitucionales, por lo que no caben dudas que el juez podrá decretarla de oficio (artículo 334 constitucional).[*]

Siguiendo a Binder,[17] se afirma que hay que tener en cuenta que lo jurisdiccional tiene un contenido sustantivo que no proviene de una naturaleza particular de ese carácter, pues la jurisdicción la construye el pueblo soberano establecido como poder constituyente, y que se plasma en la Constitución. Está contenida en la Constitución política de un país la asignación de la jurisdicción. Las atribuciones jurisdiccionales, pues, están determinadas por las normas de superior jerarquía dentro de un Estado: tanto la Constitución como los pactos internacionales a los que cada país se haya adherido.

[*] **NOTA:** El ilustre tratadista Pérez Sarmiento (*Ob. Cit.,*, p. 122) nos dice: "La declaración del legislador en el sentido de que la declaración de falta de jurisdicción deba realizarse a instancia de parte, es cónsona con la naturaleza acusatoria del procedimiento, pues la iniciativa de la persecución, por lo que al Estado venezolano corresponde al Ministerio Público, y corresponde al imputado o a la víctima todo alegato en contrario". El hecho que hayan principios en el sistema acusatorio, que son más de carácter o reglas técnicas, no significa que puedan violarse los derechos y garantías constitucionales. La jurisdicción, como función de juzgamiento, es esencial para la tutela efectiva de los derechos, de manera que su violación causa indefensión y transgrede normas constitucionales. Véase que en Alemania, el tribunal tiene que verificar de oficio su *competencia material* en cada estadio del procedimiento (tomado de Roxin, C. *Ob. Cit.* pp. 166). Aquí es aplicable el razonamiento si puede los menos por qué no lo más. Siguiendo los lineamientos clásicos, la competencia como "medida de la jurisdicción" o mejor como "delimitación de atribuciones entre los diversos oficios", en el sentido que es la aptitud legal de ejercer dicha función en determinado asunto, vale decir, que se puede tener jurisdicción y carecer de competencia (Ej. El juez de control tiene "jurisdicción penal ordinaria!", pero no tiene competencia para realizar el juicio); mientras que lo contrario no es posible, es decir, si no se tiene jurisdicción no se tiene competencia en ese asunto (Ej. El juez militar no tiene jurisdicción para juzgar civiles en delitos comunes, no podrá juzgar a Pedro por el delito de homicidio).

[17] Binder, Alberto. *Ob. Cit.,* p. 316.

Con relación a **la competencia**, como se reseñó en el Capítulo Tercero, es la parte de jurisdicción de los diversos órganos jurisdiccionales y, a la vez, la aptitud para juzgar determinados asuntos.[18] En sentido contrario o negativo, debe entenderse por *falta de competencia* o la llamada "*incompetencia"*, la imposibilidad de juzgar ciertos asuntos en virtud que les falta dicha aptitud, puesto que la función ha sido atribuida a otro u otros órganos de la jurisdicción. La competencia, por regla general, se define como imperativa y el quebrantamiento de sus reglas se corrige con nulidad absoluta y es insubsanable. Debe advertirse que en materia civil, excepcionalmente, puede ser confiada a la autonomía privada, pero en materia penal no hay posibilidad de disposición de la competencia.

La competencia se distribuye entre los diversos órganos jurisdiccionales atendiendo a los criterios, objetivos, subjetivos y funcionales. La *objetiva* se determina por el objeto del proceso o materia, la *subjetiva* atiende al criterio de las personas involucradas como partes en el proceso y a los juzgadores concretos (por ejemplo: cuando el delito se comete por un menor, o un agente diplomático, un diputado, etc., o en razón de la relación de las partes con el juzgador, o en razón de la cualidad del juzgador –nombramiento– categoría). La *funcional* toma en consideración el grado como la etapa procesal en la que se desenvuelve, es decir, por un lado la determinación de función específica dentro del proceso (en el COPP, juez de control –Arts. 64, 106, 282 y 532–; juez de juicio –Arts. 106 y 532 en correspondencia con los Arts. 64 y 65–; juez de ejecución –Arts. 64, 106, 479 y 532)–; por otro lado, la determinación de quien debe hacer el primer examen del litigio, y a quién el examen que le sucede[19] (en el COPP, Corte de apelaciones –Arts. 106, 447 y 453, Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia– Arts. 459, 464, 465 y 466).

Sobre la base de los factores de competencia se determinan los indicadores de competencia: a) por razón de la materia (COPP Arts. 64 y 65);

[18] Cfr. Rocco, Ugo. *Ob. Cit.* tomo I , p. 42. Véscovi, E. *Ob. Cit.* p. 134.
[19] *Cfr.* Véscovi, E. *Ob. Cit.* pp. 134-135. Pérez Sarmiento, E. *Ob. Cit.* pp. 123- 135.

nótese los jueces de control y ejecución son competentes en toda clase de delitos, sin graduaciones de ninguna clase, sólo podrán entrar en conflicto con los tribunales militares y con los de menores; con relación a los tribunales de juicios, los conflictos se refieren básicamente a cómo se debe formar el tribunal: unipersonal, mixto o por jurado; b) por razón del territorio, se siguen las reglas establecidas en los artículos 57 al 63 en correspondencia con los artículos 105, 530, 531 y 532 del COPP; c) en razón de la investidura de la persona, se determina una competencia especial, la cual se consagra en el artículo 266 ordinal 3º constitucional.

La falta de competencia o incompetencia puede ser atacada, bien *por cuestión de previo pronunciamiento* acorde con el artículo 28 del COPP, o *de oficio*, sea por razón del territorio conforme lo dispone el artículo 61 *ejusdem* o por razón de la materia según lo establece el artículo 67.

En cuanto a los efectos de la declaratoria de incompetencia, depende en razón de qué se haya declarado. Así tenemos, en caso de la incompetencia por territorio acorde con el artículo 62 del COPP no acarrea la nulidad de los actos procesales que se hayan realizado antes de que ésta haya sido pronunciada. Entendible, por cuanto el proceso penal es de interés público y si hay actos procesales con el debido proceso no hay afectación del derecho de defensa; es claro que la competencia territorial obedece a la favorabilidad para la averiguación y el enjuiciamiento que el proceso se desarrolle en el lugar de ocurrencia de los hechos. Declarada la inapetencia, el Tribunal no podrá actuar más y sus actos posteriores serán nulos. En los casos de incompetencia por la materia, los efectos son de nulidad, tal como se establece en el artículo 69 *ejusdem*, salvo aquellos que no pueden ser repetidos. La competencia por razón de la materia es de orden público y cualquier violación acarrea la nulidad, salvo, como lo indica la norma citada, en aquellos casos de actos irrepetibles, por ejemplo, una inspección judicial y que se hayan borrado las huellas o marcas.

2.2 *IMPUTACIÓN OBJETIVA PENAL*

Para que se dé el proceso penal es imprescindible la determinación del objeto. En ausencia de éste, no puede constituirse. Tomando la defini-

ción de Pérez Sarmiento,[20] que objeto del proceso es el conjunto de hechos atribuidos a determinadas personas dentro de un proceso penal, apreciados con relación a un momento concreto del proceso en cuestión, a fin de deducir consecuencias dentro de ese mismo proceso o en otro, se extrae que deben haber unos hechos imputados y unas personas a las que se atribuyen. Esto es lo que significa la imputación objetiva.

Los hechos imputados tienen que ser punibles. Como expresa Roxin[21] debe existir la perseguibilidad del hecho concreto. Nuestra Constitución, tal como lo expresamos en el Capítulo Primero, en el artículo 49 en el ordinal 6º, establece, entre otras garantías, la de un derecho penal de acto, esto es, que sólo podemos ser juzgados por actos u omisiones que estén previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. Pues, constitucionalmente somos responsables por actos definidos previamente en la ley, lo que supone que actos no definidos o tipificados en la ley no pueden ser imputados en el proceso penal. Mientras, si están definidos y tipificados en la ley, ni la responsabilidad, ni el grado de ésta pueden edificarse sobre puntos de partida distintos a ellos. Sólo la realización de un acto u omisión de acto previamente definido por la ley determina un grado de responsabilidad.[22] Hay una reserva legal estatuida por la Constitución en cuanto a la materia penal, ya que no podrá tipificarse como delito lo que no esté contemplado de tal forma en ley preexistente.

Pero no todo acto, por más que esté tipificado como delito, puede ser imputado en el proceso, pues, si tales hechos han sido juzgados en otro proceso con las mismas personas y existe sentencia firme, deben ser excluidos de un nuevo juzgamiento en acatamiento del dispositivo constitucional establecido en el artículo 49 ordinal 7º que se conoce como *non bis in ídem*, pudiendo ser aducida como una cuestión de previo pronunciamiento acorde lo estipulado en al artículo 28, ordinal 4º, literal "a". Allí está presente la intangibilidad de la cosa juzgada. También puede

[20] Pérez Sarmiento, E. *Ob. Cit.* p. 222.
[21] Roxin, Claus. *Ob. Cit.,* p. 176.
[22] Gómez López, Jesús O. *Culpabilidad e Inculpabilidad. Derecho Penal y Derechos Humanos.* p. 97.

ocurrir que los hechos que se estén imputando ya se están juzgando en otro proceso, por lo cual se podrá alegar la litispendencia.[23]

El hecho debe estar claramente definido, pues, como se señaló inicialmente, éste brinda las bases para la competencia, sirve para establecer los límites de la investigación, del proceso y de la sentencia, permite la defensa, precisa la procedencia de la litis pendencia[Juris] y determina el contenido de la cosa juzgada. No debe confundirse con la calificación jurídica de la conducta realizadora de los hechos. Lo que debe precisarse es esa conducta que realizó el acto que esté tipificado como delito. Por ejemplo, PEDRO el día 6 de abril de 1999 en el estacionamiento del Hotel América, le colocó el revólver en el pecho a LUIS y le arrebató el maletín que cargaba, el cual contenía la suma de tres millones de bolívares. Pedro salió corriendo y cuando salía del estacionamiento le disparó con el revólver a LUIS, hiriéndolo en la pierna. Debe advertirse que si el objeto del proceso ha sido definido, mediante la acusación y la apertura a juicio, no se podrá variar en perjuicio del imputado agregando nuevos hechos, pues causaría indefensión.

---

[23] Roxin, Claus. *Ob. Cit.* p. 167.

[Juris.] Casación Penal. CSJ. Sent. 27-10-1978. (Conflicto: Dos juicios a una misma persona): Ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, cursa juicio contra el procesado RDJ, por imputársele la presunta comisión del delito de hurto calificado; mientras que ante el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico cursa otro proceso en contra del mismo RDJ y CRT, por atribuírseles la perpetración del delito de tenencia de estupefacientes. … *omissis.* En el caso de autos, es indudable que se trata de delitos conexos, por virtud de lo establecido en el enunciado artículo 28, numeral 5º, del Código Adjetivo. También es de observar que los dos hechos punibles averiguados tienen asignada igual pena, ya que el delito de hurto calificado, previsto en el artículo 455 del Código Penal, está sancionado con pena de cuatro a ocho años de prisión; a la vez que el delito de detentación y tráfico de estupefacientes, a que se contrae el encabezamiento y numeral 1º del artículo 367 del mismo Código sustantivo, es castigado también con pena de cuatro a ocho años de prisión. Luego, por aplicación de lo dispuesto en el enunciado ordinal 2º del artículo 29 del CEC, el tribunal competente para conocer los dos juicios seguidos al procesado RDJ es el primero que comenzó la averiguación. En consecuencia , como fue el Juzgado Segundo de Instrucción de la Circunscripción Judicial del estado Monagas y Territorio Federal Delta Amacuro el primero que comenzó la causa, por delegación presunta del Juez Primero de Primera Instancia en lo Penal de la expresada Circunscripción Judicial, es éste el competente para conocer de los dos juicios seguidos al tantas veces mencionado RDJ. Así se declara. Tomado de Jurisprudencia Casación Penal. Publicación Consejo de la Judicatura y el Instituto de Ciencia Penales y Criminológicas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV. Caracas, 1979. pp. 20-22.

Tiene que haber una acusación la cual debe tener las exigencias establecidas en el artículo 326 del COPP; y un auto de apertura el cual debe contener lo señalado en el artículo 331 del COPP, todo ello conforma el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para que se dé un proceso justo. Esa acusación y ese auto de apertura deben estar dirigidos contra una persona plenamente identificada. Una condición de procedibilidad en el sistema acusatorio para que haya juicio y sentencia definitiva es la formulación de la acusación por el Ministerio Público, para ello debe definir claramente el hecho perseguido y la persona imputada.[24] Ello constituye una garantía, pues, el imputado debe ser notificado de la imputación en su contra y deberá defenderse de los hechos, pruebas y petitorio contenidos en la acusación y de lo contenido en el auto de apertura.

Esto significa que la actuación en el proceso debe estar sometida a esos hechos fijados en la acusación y que se recogen en el auto de apertura, si aparecen hechos nuevos o circunstancias desconocidas vinculados al hecho que se juzga, que pudieran constituirse en factores agravantes, deberá declarar la nulidad de lo actuado en lo que se refiere a la acusación y auto de apertura, debiéndose reponer al estado de investigación, para que se definan claramente esos hechos nuevos o circunstancias y el Ministerio Público explane nueva acusación.[25] Caso contrario se estaría violando el derecho de defensa y los principios de la imparcialidad e igualdad de las partes.

La imputación objetiva, en conclusión, consiste en la determinación de los hechos que configuran una conducta tipificada como delito, en ley preexistente, imputándosele como realizados a una persona, plenamente identificada, mediante acusación formal ante el tribunal competente.[26] Por eso, es un presupuesto procesal; el tribunal sin acusación, sin

[24] *Cfr.* Morales Marín, Gustavo. *Ob. Cit.,* p. 117. Cfr, Pérez Sarmiento, E. *Ob. Cit.,* p. 231.
[25] Roxin, Claus. *Ob. Cit.,* p. 359.
[26] Zaffaroni, Eugenio Raúl. Derecho Penal: parte general. p. 444. Dice el maestro Zaffaroni que la confesión reinante en torno del alcance de la expresión *imputación objetiva* (y teoría de ésta) obedece a que en algún momento de la discusión parece olvidarse que nadie puede negar que hay serios *problemas de imputación* que son problemas de tipicidad objetiva que con ese u otro nombre, no pueden dejarse de lado y que, por cierto, no tienen solución unívoca. En general, si bien la pregunta central de la imputación objetiva reside en determinar cuándo un resultado puede cargarse a alguien como obra suya, no faltan quienes sostienen que es un tema propio del ámbito de la acción.

imputación objetiva no puede darle curso a un proceso. El juez no dará curso a una causa si no hay este presupuesto procesal.[Juris]

En esta hipótesis, de la imputación objetiva como presupuesto, debe incluirse los hechos que hayan sido declarados bajo amnistía legal, pues cesaría la persecución de penal de aquéllos, y por tanto no podrían servir como base legal para imputarlos a la persona. Es claro que los hechos deben estar cobijados bajo todos los supuestos en la amnistía legal

2.3 *PERSEGUIBILIDAD DEL IMPUTADO PENAL*

La acusación tiene que ser dirigida contra una persona determinada, concreta, identificada; por supuesto, se advierte que en el sistema acusatorio el derecho de defensa nace desde que la persona es sospechosa y desde ese momento tiene derecho a la defensa, porque como dice Carrara[27] sería inhumano que se llevara a cabo una investigación acerca de la culpabilidad de un individuo, y que al proclamarlo culpable se le sometiera a castigo, sin haberlo llamado a tomar parte en el proceso.

El imputado es la persona contra quien se ejerce la acción penal. El COPP, en el artículo 124, lo define como a la persona quien se le señala como autor o partícipe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal conforme lo establece el código. De esta definición, por supuesto, de la estructura general del modelo procesal penal venezolano en subordinación a las normas constitucionales, se extraen diversas consideraciones, a saber:

En primer lugar, el *imputado es persona*. La persona humana es en su esencia digna y tiende permanentemente a la perfección creando un

---

[Juris] Casación. Sala de Casación Penal, Sentencia Nº 1449 del 08 /11 /2000: "La imputación de hechos es una figura que se distingue de la formulación de cargos porque en aquélla el Fiscal del Ministerio Público le atribuye al imputado la comisión de un hecho determinado e indica las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ese hecho ocurrió; mientras que la formulación de cargos es la adecuación de ese hecho al tipo descrito en la ley como punible". Tomado www.tsj.gov.ve

[27] Carrara, Francisco. *Programa de Derecho Criminal.* p. 288. Tomado de Morao Rosas, Justo Ramón. *El nuevo proceso penal y los derechos humanos.* p. 138.

hábitat que le permita su realización material y espiritual. Se concibe al hombre como un ser por hacer que tiene una dimensión social y una dimensión individual, en el que concurren su materialidad corpórea y su espíritu. Desde el vientre materno, conforme a la doctrina católica, es un ser sujeto de derechos y exige el respeto de su vida y libertad.[28] La mayoría de teorías jurídicas y las legislaciones modernas han avanzado en función del reconocimiento del respeto a la dignidad de la persona humana. Casi todas las constituciones, acogiéndose a las declaraciones, tratados y pactos sobre los derechos humanos, consagran el respeto de la dignidad humana en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico nacional. En materia penal, con relación a la perseguibilidad de la persona, hay dos conceptos básicos: culpabilidad e imputabilidad. Estos son dos presupuestos penales para ejercer acción contra una persona concreta. La carencia de ellos hace insostenible la acción penal.

La culpabilidad reposa en el concepto del hombre como persona, o sea, como sujeto que tiene capacidad para decidir la conducta que debe seguir, esto es, que es capaz o libre de autodeterminación.[29] No puede concebirse que haya culpabilidad si no hay libertad para el acto, es decir, que el ser humano actúe conscientemente en la realización del hecho punible, pues, de lo contrario falta esa autodeterminación. Si se concibe culpabilidad para un sujeto incapaz de autodeterminación de su voluntad y acción, sería tanto como responsabilizar sobre procesos objetivos o causales y no por actos,[*] lo cual sería contrario a la concepción constitucional de la imputación penal por acto (Art. 49, Ord. 6).

---

[28] *Cfr.* Maritain, Jacques. *Humanismo Integral.* Librería Nuevo Orden, Caracas, 1966. Mounier, Emmanuell. *Manifiesto al servicio del personalismo.* Edic. Taurus. Madrid, 1965. De Chardin, Teilhard El fenómeno humano. Edic. Taurus. Madrid, 1965.

[29] Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Ob. Cit.,* pp. 641-642.

[*] **NOTA**: En el derecho penal sustantivo, moderno hay una corriente que argumenta que no se puede separar la voluntad de su contenido (el fin), dando origen a la corriente finalista de la conducta. La conducta del hombre está dirigida al logro de un fin determinado; en penal la intención debe dirigirse a un objetivo. Como señalamos en el Capítulo Segundo, el hecho o acto procesal que genera efectos jurídicos debe contener dos elementos: el cognoscitivo y el volitivo, que es propiamente el querer hacer el acto. Zaffaroni, E. R. *Ob. Cit.,* p. 64. En sus versiones más puras, el derecho penal de acto concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar y, por lo tanto, retribuirle el mal en la medida de la culpabilidad (de la autonomía de la voluntad con que actuó).

Por otro lado, la concepción del "hombre como persona", significa que todos los hombres, sin exclusión de ninguna naturaleza, incluyendo los que han delinquido, tienen el derecho de ser tratados como personas. En nuestra Constitución se consagra en el artículo 19 la garantía a toda persona sin discriminación el respeto a sus derechos, el cual dice:

> El Estado garantizará a **toda persona,** conforme al principio de la progresividad y **sin discriminación alguna** (negrillas nuestras), 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.

A esto hay que agregar que en los tratados y acuerdos internacionales válidos para la república, existen normas que resguardan a los infractores, estableciendo que por esa condición no pierden sus derechos fundamentales y por tanto tienen los mismos derechos que cualquier otro ser humano no-infractor.[L.C.] El COPP en el artículo 10 recoge el principio de respeto a la persona humana.

La concepción imperante en la constitución del hombre como persona humana digna, en materia penal debe vincularse con el concepto de autodeterminación, es decir, que el hombre sea capaz de actuar conscientemente en sus relaciones personales y sociales, en el sentido que puede escoger entre las diversas opciones que tiene. Por supuesto, debe entenderse que esa autodeterminación tiene límites, pues allí concurren muchos factores. Lo importante es que fuera de las motivaciones o impulsos que determinan o limitan la autodeterminación, en penal debe referirse a que el hombre en esa situación tenía capacidad de dominar racionalmente el proceso de autodeterminación, y si no se esforzó pudiendo hacerlo, hay fundamento para su responsabilidad. Así vemos que si el hombre actuó coaccionado, bajo la amenaza, temor cierto, no pue-

---

[L.C.] *Cfr.* Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Cfr.* Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

de imputársele como producto de la autodeterminación, pues no ha concurrido la voluntad y la intención.[30] Nuestra legislación penal exime de culpabilidad en tales casos, según lo establecen los artículos 61 y 62 del Código Penal.*

En el derecho penal no se sanciona exclusivamente por la realización de acto típico y antijurídico; requiere además, que el autor sea culpable por la ejecución del hecho, situación que sólo ocurre cuando el autor ha tenido facultad de actuar conforme a la norma. Cuando concurren circunstancias individuales y sociales que limitan la autodeterminación del autor de tal manera que cualquier individuo hubiese actuado de igual manera, no surge la culpabilidad, pues dadas esas limitaciones concretas se dice "*que no le era exigible otra conducta"*;[31] por tanto, la exigibilidad de una conducta adecuada a derecho es el punto central de la culpabilidad.

Expresaba el maestro Cuello Calón,[32] que si la culpabilidad es exigibilidad de la conducta a las normas, cuando hay condiciones para obrar conforme al deber, es claro que sólo podemos exigir determinado comportamiento si se está en capacidad de cumplir la exigencia. Es necesario para determinar la culpabilidad que el sujeto autor del hecho punible haya actuado con capacidad para comprender que la acción ejecutada estaba prohibida por la ley, así como el poder de autodeterminarse según su comprensión, es decir, tener poder de dominar su conducta y su autodeterminación. Quien no tiene la comprensión para entender los valores, no se puede esperar que se comporte conforme a los valores establecidos y exigidos por el derecho. Resumiendo, para ser culpable el autor tiene que ser capaz de comprender la criminalidad de su acción

[30] Chiossone, Tulio. *Teoría del hecho punible.* pp. 70-71.

[*] **NOTA:** El jurista venezolano Mendoza Troconis, J. R. nos enseña que "la voluntad criminal, constituida por la conciencia de querer y por la conciencia de obrar, traducidas en una conducta externa (acción), es el dolo, que significa la intención encaminada al delito, conciencia del hecho criminoso que se iba cometer. Tomado de Longa, J. Comentarios al Código Penal Venezolano. p. 140.

[31] *Cfr*. Zaffaroni, E. R. *Ob. Cit.,* p. 484. Gómez López, G. O. *Ob. Cit.,* pp. 295-296.

[32] Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal: parte general.* Tomo I, p. 414.

y capaz de dirigir la conducta según su comprensión; la falta de esta capacidad elimina la culpabilidad.[33] Si hay comprensión y dominio se dirá que hay imputabilidad, caso contrario hay inimputabilidad.[*]

Debe entenderse, entonces, por imputabilidad la capacidad psíquica para comprender valores jurídicos y sociales, y para dirigir la conducta conforme la comprensión. Es una capacidad mental e intelectual de la persona que le posibilita actuar libremente conforme a los valores sociales y normativos. En el Código Penal Venezolano, en los artículos 61 y 62, se excluye la ausencia de intención de realizar el hecho que constituye el delito y cuando se ejecuta el acto hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o la libertad de sus actos. Nótese que el elemento definitorio de la imputabilidad es la capacidad de comprender lo que se hace, poder discernir sobre la licitud o ilicitud de la acción que se ejecuta.

Se puede deducir, entonces, que la imputabilidad es un presupuesto de culpabilidad, esto es, para ser definida una persona como culpable debe ser un sujeto imputable, si no el autor de un hecho punible, al carecer de imputabilidad, no podrá ser declarado culpable;[34] por supuesto, mucho menos podrá ser castigado con pena. Esto nos conduce a determinar que la imputabilidad, como presupuesto procesal referente a la perseguibilidad del acusado, debe estar claramente determinada; si el sujeto es inimputable, no podrá darse lugar al proceso.

De lo expuesto vemos que la perseguibilidad gira en torno a la persona humana. De tal manera que será procedente cuando:

---

[33] Gómez López, J. O. *Ob. Cit.,* p. 379.

[*] **NOTA:** El sicario que por dinero ejecuta la acción, obra en conciencia y tienen dominio de su voluntad. Planifica la acción, hace seguimiento de la víctima, busca el lugar propicio para no ser identificado. Otro es el caso por ejemplo del caso conocido como "*el comegente"*, asesinaba a otros porque entendía que así se lo exigía Dios y se los comía, no tenía noción que su acción era criminal y no tenía dominio de su voluntad ni podía comprender los valores jurídicos y los efectos de su acción.

[34] Jiménez de Asúa, L. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo V., p. 85. Soler, S. *Derecho Penal.* Tomo II p. 37 y ss.

a) Que el acusado esté vivo; si está muerto no existe la personalidad y no puede ser imputado porque se extingue la acción penal. En el artículo 48 ordinal 1º del COPP se prevé como causa de extinción de la acción penal la muerte del imputado.

b) Tiene que recaer en persona capaz. La capacidad no se toma en el sentido civil, es decir, que tenga capacidad de obrar en proceso, sino que la persona sea capaz para que pueda asistir y tomar conocimiento de la acusación en la vista, poderse defender y llevar de forma conveniente la misma. En este sentido, toda persona mayor de edad y civilmente hábil puede ser imputado en el proceso penal. Es persona mayor de edad los mayores de 18 años; son hábiles las personas sobre las que no pesa interdicción. En caso de menores se aplicará lo dispuesto en el artículo 76 del COPP, debiendo conocer el sistema penal de responsabilidad del adolescente cuando el menor tenga edad comprendida entre 12 y menos 18 años conforme al artículo 531 de Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), si se trata de un niño sólo se aplicarán medidas de protección acordes al artículo 532 *ejusdem*. En los casos de trastorno mental del imputado deberá aplicarse el artículo 128, si es el caso declararse la incapacidad aplicándose lo dispuesto en el artículo 62 del Código Penal, debe tenerse en cuenta, que en última instancia lo determinante es que el imputado puede comprender con suficiencia sus derechos y los mecanismos para ejercer una defensa efectiva. Véase que en el sentido civil un incapaz puede estar en juicio a través de representante legal; en materia penal no, el imputado debe estar en capacidad de entender sus derechos y cómo ejercer la defensa. Si durante el proceso proviene el trastorno mental, el tribunal sobreseerá el proceso *provisionalmente;*[35] en el COPP se prevé está situación en el citado artículo 128.

[35] Roxin, Claus. *Ob. Cit.* p. 169. Cfr. Pérez Sarmiento, E. *Ob. Cit.,* p. 449.

En el artículo 28 se dispone que incluso en la fase preparatoria, ante el juez de control, y en las demás fases del proceso ante el tribunal competente, las partes pueden oponerse a la persecución penal porque falte la capacidad del imputado. En nuestro parecer el Ministerio Público y el juez deben revisar la capacidad del imputado, porque si resulta la incapacidad y se promueve la acción, se estaría actuando ilegalmente y transgrediendo principios constitucionales. Puede imaginarse que se esté juzgando una persona que sufre de trastornos mentales permanentes, que no fue capaz de autodeterminarse y comprender los valores sociales y jurídicos ni dominar su voluntad, ahora mucho menos podrá comprender las consecuencias jurídicas de su acto, ni sus derechos ni tampoco los mecanismos de defensa. Estará en total indefensión y constituye una violación al principio de respeto de la dignidad humana.

2.4 *PROHIBICIÓN LEGAL DE INTENTAR LA ACCIÓN PROPUESTA*

En el Código de Enjuiciamiento Criminal (1962) derogado por el COPP, la prohibición legal de intentar la acción propuesta estaba concebida como excepción de inadmisibilidad, tal como se establecía en el artículo 228 del referido código criminal. En el COPP, en el capítulo de los obstáculos al ejercicio de la acción penal, se establece como cuestión de previo pronunciamiento en el artículo 28, ordinal 4º, literal "d". Entendemos que algunas de ellas son verdaderas causas de inadmisibilidad, por ejemplo la cosa juzgada, la prohibición legal de intentar la acción propuesta, etc., por lo que no comprendemos cómo se le da un tratamiento igual, con relación al efecto, con otras causales de las que sí se puede derivar sobreseimiento.

Expone Pérez Sarmiento[36] que las prohibiciones legales de intentar la acción propuesta pueden desglosarse en dos tipos: objetivas y subjetivas. Las primeras, son aquellas en las que la prohibición recae sobre determinados hechos; en tanto que las segundas, son las que prohíben procesar a ciertos sujetos por su cualidad personal.

[36] Pérez Sarmiento, E. *Ob. Cit.,* p. 447.

Con relación a los primeros –los de tipo objetivo– sucede cuando el hecho era considerado punible por cuanto constituía una conducta antijurídica, pero en virtud de una ley o norma jurídica fue despenalizado, bien en razón de los hechos o de las personas. En razón de los hechos, una ley deroga esas normas relativas a esos hechos y tales aparecen despenalizados. En razón de las personas, hay una declaración de amnistía (artículo 104 del Código Penal) por determinados hechos y con relación a un tiempo determinado; por ejemplo, se da amnistía a los que participaron en los hechos de rebelión del xxx de xxx de 2000. No hay en estos casos despenalización de los hechos, porque si vuelven a realizarlos esas u otras personas incurren en conducta antijurídica y sus hechos son perseguibles. La amnistía es facultad de la Asamblea Nacional conforme al literal 5º artículo 187 constitucional.[37] Puede incluirse en este aspecto *el perdón del ofendido en causas de acción privada*, pues, si bien está tipificado el hecho como delito, sólo se procederá a instancia de parte, pudiendo desistir de la acción propuesta o renunciar a la acción penal, lo cual producen la extinción de aquélla, todo ello conforme a los artículos 26 y 27 del COPP.

Con respecto a los segundos, el legislador ha querido sustraer de persecución penal a determinadas personas, a pesar de que esa conducta o hecho realizado configura el delito descrito en norma determinada. Específicamente la ley no da acción para perseguirlo y castigarlo, o prohíbe expresamente adelantar diligencias para ejercer la acción respectiva.[38] Expresa el maestro Borjas[39] que una acción de prohibido ejercicio no es propiamente una acción, es natural por consiguiente que no se entre a la sustanciación del juicio plenario para comprobar en el debate probatorio la verdad de la expresada acción, ni se dicte fallo definitivo sobre tal extremo, si el procesado comprueba previamente los motivos de inexistencia de tales acciones. Efectivamente, para qué ha-

[37] Bertrand Perdomo, Andrés. *Diccionario Jurídico*. Edic. Tacarigua. Caracas, 1982. Define la amnistía como la medida legislativa que suprime los efectos y las sanciones de ciertos delitos. Quita el carácter punible de determinados hechos.
[38] Chiossone, Tulio. *Ob. Cit.,* p. 188.
[39] Borjas, A. *Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal*. Tomo II. p. 90.

cer derroche procesal si desde el inicio puede descartarse que no es procedente. Entre los casos que se tienen en la legislación nacional están: a) No hay delito de difamación o injuria cometidos en estrados ante el juez, ni ofensas, en los escritos o palabras durante un juicio, que realicen las partes, conforme lo establece expresamente el artículo 449 del Código Penal; en caso de acción debe ser rechazada *in limine litis*; b) Igualmente en ciertos delitos contra la propiedad como el hurto, la estafa, la apropiación indebida, el aprovechamiento de cosas provenientes de delito, de los daños a cosas muebles o inmuebles privadas, estragos en fundo ajeno, muerte o daño a animales ajenos, no se promoverá en contra del que haya cometido algunos de esos delitos en perjuicio del cónyuge no separado legalmente, o en perjuicio de un pariente o afín en línea ascendente; del padre o la madre adoptivos, o del hijo adoptivo; o en perjuicio de un hermano o hermana que viva bajo el mismo techo que el culpable, todo ello contemplado en el artículo 483 del Código Penal; c) Las que tienen que ver sobre cierta cualidad de sujetos que gozan de inmunidad absoluta de jurisdicción como los diplomáticos y los jefes de estado extranjeros; así como respecto a los inimputables por razón de la edad, como son los menores de doce años.

Frecuentemente se comenten algunas confusiones en el uso de esta excepción. No debe confundirse la prohibición de la ley de intentar la acción como en los casos que expusimos con la no punibilidad del hecho, hay casos de no punibilidad *ex lege* en atención a las personas, como es el caso que no hay delito de encubrimiento cuando el encubridor es un pariente cercano. Tal como lo define el artículo 258 del Código Penal que dice: "No es punible el encubridor de sus parientes cercanos"; también, cuando esa no punibilidad sea el resultado de ciertas circunstancias que excluyen la responsabilidad penal del autor del hecho, es decir, en el hecho concurren circunstancias especiales que permiten declarar al autor del hecho punible exento de responsabilidad criminal.[40] En el primer caso es procedente rechazar la acción por la

[40] Borjas, A. *Ob. Cit.* Tomo II. p. 91. Cfr. Chiossone, T. *Ob. Cit.* p. 189. En la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, normalmente esas circunstancias que configuraban la *no punibilidad* se tenía que demostrar en la fase del plenario, raras veces los jueces accedían a buscar los elementos probatorios que probasen los hechos eximentes alegados, ello constituía una violación a los derechos humanos, pues, los efectos de la cárcel eran irreparables. Especialmente, esa impropia forma de proceder afectaba a las personas de escasos recursos.

causal que se estudia. En el segundo caso, la no punibilidad por circunstancias especiales, se ha sostenido que constituyen defensa de fondo y deberá probarse en el debate, como es los casos de legítima defensa, en cumplimiento de un deber, obediencia legítima, estado de necesidad, que son las hipótesis contempladas en el artículo 65 del Código Penal; o caso de omisión impedido por causa legítima como lo dispone el artículo 73 *ejusdem*; los testigos incursos en falso testimonio, cuando no se les ha debido tomar declaración según lo establece el artículo 244 *ejusdem*; el individuo que cometa homicidio o lesiones en defensa de sus bienes en las circunstancias estipuladas en el artículo 425 *ejusdem*. No obstante, el Ministerio Público sobre esa base puede solicitar el sobreseimiento acorde con el artículo 320 del COPP.

Compartimos el criterio que existiendo una declaración expresa del legislador, en los artículos mencionados 65, 73, 244, 258 y 428 de no punibilidad, aun cuando no haya proclamación expresa del legislador de no existir acción o de no admitirla, puede declararse *in limine* tal circunstancia. Pues, el Ministerio Público en su fase de investigación podrá comprobar las circunstancias que exigidas para la no punibilidad y conforme al artículo 318 ordinal 2º, pedir ante el Juez de Control el sobreseimiento como lo señalamos *ut supra*, pero deberá seguirse el trámite exigido en el artículo 323 del COPP.

2.5 *INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD*

Se entiende por requisitos de procedibilidad los elementos o actividades previas al proceso que deben cumplirse. Por ejemplo en el Código de Procedimiento Civil Uruguayo,[L.C.] se establece como condición de procedibilidad la conciliación.

Los casos que se encuentran en la legislación nacional son con relación al juzgamiento de altos funcionarios y los delitos de requerimiento de la

[L.C.] Artículo 293.1 Antes de iniciar cualquier proceso deberá pedirse audiencia para intentar la conciliación con el futuro demandado el que será citado en su domicilio (artículos 24 a 38 del Código Civil).

víctima. En efecto, con respecto al **primero**, el artículo 36 del COPP dispone que hasta tanto no haya la declaratoria previa de haber mérito para el enjuiciamiento no podrán realizarse contra el funcionario investigado actos que impliquen persecución personal. Esta norma es acato a la disposición constitucional contenida en el artículo 266 ordinal 3º, que estatuye la atribución del Tribunal Supremo de Justicia de declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de altos funcionarios. Con relación al **segundo**, conforme al artículo 25 COPP, se requiere para los delitos que la ley establece como de instancia privada el ejercicio de la acción por parte de la víctima, salvo en los casos de personas entredichas o inhabilitadas que bastará con la simple denuncia ante el Ministerio Público, por la víctima o sus representantes.

2.6 *CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL*

Estas dos figuras jurídicas tienen su aplicación como obstáculo procesal en la perseguibilidad[41] del hecho delictivo. La caducidad y la prescripción tienen diferencias concretas que los particularizan; la caducidad está definida por un lapso fatal para el ejercicio de la acción, mientras que la prescripción se produce por el transcurso del tiempo; en la caducidad no se interrumpe su lapso fatal, mientras que en la prescripción los hechos pueden interrumpir el período de tiempo y dan inicio a otro. La caducidad se refiere a un lapso que da la ley para ejercitar la acción; la prescripción se refiere a la adquisición de un derecho o extinción de una obligación por el transcurso del tiempo sin ejercitarlo.[42] Borjas[43] argumentaba que en lo criminal la prescripción de la acción penal se rige por disposiciones diferentes de las que atañen a la prescripción liberativa, por ello el legislador en penal no hace la distinción de caducidad y prescripción.

La caducidad es la pérdida de una situación objetiva activa que se verifica por la inobservancia de una determinada conducta impuesta por una norma para la conservación de tal situación cuando ya se goza de

[41] Zaffaroni, E. R. *Ob. Cit.,* p. 859.
[42] Chiossone, Tulio. *Ob. Cit.,* p. 183. *Cfr*: Mélich Orsini, J. *Ob. Cit.* pp. 11-13.
[43] Borjas, A. *Ob. Cit.,* tomo II. p. 85.

ella o, en caso contrario, si no se la tenía, para la adquisición de tal situación.[44] Hay caducidad, por ejemplo, según lo establece el artículo 280 del Código Penal, con relación a los delitos de violación, actos lascivos y seducción, cuando ha transcurrido un año desde el día que se cometió el hecho o desde el día en que tuvo conocimiento de él la persona que pueda querellarse en representación de la agraviada, y no se ejerció la acción penal correspondiente; por ello la norma dice que "la querella no es admisible si ha transcurrido un año…".

La prescripción es una causa de extinción de la acción penal y de la pena, y se rige por principios de derecho penal sustantivo. Aunque la prescripción en materia penal tiene semejantes fundamentos a la prescripción extintiva civil, no obstante, desde le punto de vista procesal ofrece marcadas discrepancias. En efecto, en materia civil constituye una defensa que el juez no puede suplir de oficio; mientras que en materia penal, al estar prescrita la acción penal, el tribunal no debe admitir la acción y puede declararla de oficio. La prescripción en materia penal se puede alegar como un presupuesto procesal o cuestión de previo pronunciamiento, mientras que en materia civil es siempre una defensa de fondo, porque el transcurso del tiempo legalmente necesario para realizar la prescripción liberativa es una presunción *juris* de la consumación de ésta, contra la cuales procedente la prueba en contrario, pues, pueden existir hechos que demuestren la interrupción de ella.[45] Para establecer la prescripción de la acción penal, y para que prospere ésta, es necesario atenerse al artículo 109 del Código Penal que determina el momento en que empieza a correr el lapso de prescripción para las diversas formas del delito (hechos punibles consumados, intentos o fracasados, continuados o permanentes), y también a la regla sobre la suspensión o interrupción de la prescripción extintiva. Véase en el final del artículo 110 del Código Penal, que en caso de concurrencia de varias personas en un hecho punible, la interrupción de la prescripción para uno solo de los participantes la interrumpe para todos.

[44] Mélich Orsini, J. *Ob. Cit.,* pp. 159-160.
[45] Borjas, A. *Ob. Cit.,* tomo II. p. 85.

2.7 *FALTA DE REQUISITOS FORMALES PARA INTENTAR LA ACUSACIÓN*

Este presupuesto está contenido en el COPP, en el artículo 28, ordinal 4º literal "i", tipificando la ausencia de requisitos formales en la acusación fiscal, la acusación propia de la víctima o la acusación privada como causal de oposición a la persecución penal. Requiere como condición que no se hayan corregido en la oportunidad establecida en los artículos 330 en el ordinal 1º y 412 *ejusdem*.

Estipula el artículo 326 del COPP los elementos, que debe contener la acusación del Ministerio Público, y la acusación propia (artículo 120 ordinal 4º) o la acusación privada deberán contener lo exigido en el artículo 401.

Esos requisitos exigidos como formalidades de la acusación son imprescindibles. La identificación del imputado tiene que estar claramente definida, no puede haber dudas acerca de él, pues, es tanto como acusar al azar. Imagínense que una acusación diga: Acusamos al que está detenido y que hoy está presente en la sala, y que dice llamarse Pedro…; allí no hay identificación de ninguna naturaleza. Debe establecer una relación clara y detallada del hecho punible que se atribuye al imputado. Debe concluirse que si no hay claridad en cuanto a estos elementos es porque existen carencias en la investigación que perjudican la aprehensión del asunto y evidencian dudas. Ello impide concretar la acusación y satisfacer los requisitos formales exigidos por ley.[46]

La doctrina divide esos defectos en materiales y sustanciales. Los defectos materiales son aquellos que no inciden en los derechos de las partes, si no que tienen que ver con la forma externa del acto, tales como: error en el nombre o apellidos, en la cédula de identidad, en la fecha de nacimiento, omisión de la mención del defensor y su domicilio, etc., los cuales pueden ser subsanados en la audiencia preliminar (artículo 330 ordinal 1º) o en el acto de conciliación conforme reza el artículo

[46] Pérez Sarmiento, E. p. 452.

412 COPP. Los defectos sustanciales que tienen que ver con la esencia del proceso y su omisión o vicios si afectan los derechos de las partes, tales como: la imprecisión de los hechos atribuidos al acusado, la ausencia de congruencia o nexo de causalidad entre la conducta del imputado y el delito que se le atribuye, etc. Son elementos indispensables para determinar si hay la perseguibilidad del hecho o de la persona que se acusa, si están confusos o indefinidos deberán ser subsanados en la forma exigida por la ley, pues, si no se hace en el plazo concedido por el tribunal, deberá desecharse la acusación, ya que sus vicios u omisiones afectan principios fundamentales como: presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, la tipificación del delito, la penalidad de acto y el debido proceso.

2.8 *LA COSA JUZGADA*

Señalamos en el capítulo anterior que Rocco[47] decía que se concibe por cosa juzgada "la fuerza o la eficacia obligatoria inherente a la materia de decisión judicial contenida en la sentencia". La cosa juzgada es lo ya conocido y decidido. La cosa juzgada, en principio, impide que haya un nuevo proceso, es decir, la cosa juzgada significa que ya se realizó un proceso sobre ese asunto y hubo sentencia de mérito. En este sentido, ella da seguridad y estabilidad a las decisiones, ya que obstaculiza un nuevo planteamiento sobre el asunto que ya fue discutido. Devis Echandía[48] y Chiovenda[49] coinciden en expresar que la cosa juzgada es un efecto especial que la ley le asigna a las sentencias, estampándole las características de inmutabilidad, definitividad e indiscutibilidad.

En materia penal debe recordarse que por mandato constitucional nadie puede ser juzgado por el mismo hecho punible por el cual lo hubiera sido anteriormente (artículo 49 ordinal 7º. Es la consagración del principio *non bis in ídem*.[*] La cosa juzgada es una presunción *legis,* como ya lo expusimos, cuyas características están descritas en el aparte único ar-

[47] Rocco, Ugo. *Ob. Cit.,* tomo II, p. 314.
[48] Devis Echandía, H. *Compendio de Procesal civil.* Tomo I, p. 403.
[49] Chiovenda, J. *Ob. Cit.,* tomo II, p.p. 412-413.
[*] **NOTA:** es el mismo aforismo latino *bis in ídem non judicatur.*

tículo del artículo 1.395 del Código Civil. La fuerza de la cosa atribuida a todo fallo firme se descompone en dos resultados: uno positivo, la fuerza ejecutoria, o sea la *actio judicati*; y otro negativo, o sea la *exceptio rei judicati*. Borjas[50] dice que el primero tiene por objeto hacer proceder a la ejecución del fallo; el segundo, impedir que se pueda instaurar un nuevo procedimiento que, por el mismo delito, persiga la imposición del castigo correspondiente a una misma persona.

En lo penal se requiere, al igual que en lo civil, para que pueda oponerse la cosa juzgada, que los hechos perseguidos sean los mismos (la ejecución corresponda a circunstancias de lugar, modo y tiempo idénticas), que la imputación objetiva sea la misma (tipo delictivo) y que sea contra las mismas personas ya juzgadas y con tal carácter. Debe entenderse que el beneficio en materia penal de la cosa juzgada ampara al imputado, pues, no es menester que sea el mismo acusador.[51] Entonces, para que pueda ser considerada la pretensión como cosa juzgada en un nuevo proceso tiene que ser la misma, en el entendido que haya exacta coincidencia de sus elementos esenciales: "*eadem res, eadem personarum, eadem causam petendi",* o sea, las mismas cosas, las mismas personas y la misma causa. Debe haber: Identidad de objeto, identidad de causa, identidad de partes.[52]

El maestro Borjas[53] a quien no se puede dejar de mencionar en cuestiones procesales penales porque fue el único autor en su época que trabajó sistemáticamente el enjuiciamiento criminal, revisó la doctrina italiana y la alemana, y elaboró sus propios criterios, decía que la cosa juzgada, con relación a su causa, no se refería a la acción penal genérica, pública

[50] Borjas, A. *Ob. Cit.,* tomo II. pp. 86-87.
[51] *Ídem*. Expone el ilustre jurista que en el caso del acusador el fiscal del Ministerio Público actúa como representante de la vindicta pública, única y verdadera parte acusadora. Y la acción penal privada, sea quien fuere el que la intente, no podrá serlo de modo válido sino por alguno de los agraviados, caso de haber varios, quien la ejercerá por sí como ejercitante de la única acción penal nacido del delito de que se trate, por ser imposible que haya más de un acusador en el juicio.
[52] Cuenca, Héctor. *La cosa juzgada en el derecho civil venezolano.* p. 138.
[53] Borjas, A. *Ob. Cit.,* tomo II. p. 87.

o privada, que se ejerce en cada caso, sino que ella está referida a la que nace en cada delito o caso y argumentaba:

> Conviene advertir que si el mismo delincuente ha agraviado u ofendido a diversas personas por la continuación o repetición del delito, el daño infligido a cada una de ellas constituye un hecho distinto, y habrá, por lo tanto, diversidad de actos delictivos y de personas, aun cuando esos hechos estén unidos por vínculos de conexidad; por lo cual, sentenciado el proceso relativo a una de las víctimas, esa sentencia no tiene fuerza de cosa juzgada en los procesos que se siguiesen con ocasión al daño ocasionado a las demás. Si un ladrón, por ejemplo, a quien se persigue para capturarlo, hace disparos contra sus perseguidores, hiriendo a uno de ellos y dándole muerte a otro, habrá incurrido en tres delitos diferentes, y la sentencia que recaiga en el proceso por *robo*, en el cual no rehicieron cargos al reo por *homicidio* ni por *lesiones,* no podría oponerse como cosa juzgada en los juicios incoados por estos delitos, ni viceversa.

2.9 *LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL*

La extinción de la acción penal impide el desarrollo del proceso y si se ha producido antes de él no puede dar procedencia al mismo. La extinción de la acción penal figura como causal de previo pronunciamiento en el artículo 28 ordinal 5º del COPP. Sus formas de presentarse están establecidas en el artículo 48 *ejusdem*.

Se puede observar que existen variadas formas de extinguirse la acción penal, unas que corresponden propiamente al proceso atinentes a la relación de las partes (3º, 4º y 6º), otro por disposiciones legales (2º), otra por cuestiones naturales y principio de perseguibilidad (1º) y otros, básicamente de naturaleza procesal (5º y 8º).

Los casos de muerte del imputado, la amnistía, el pago máximo de multa, tienen que ser demostrados ante el juez, pues, pueden ocurrir simulaciones o falsificaciones, que pueden afectar los intereses de la sociedad

y de la víctima. Las decisiones del tribunal de sobreseimiento o negación son apelables.[Juris]

Cuando hay desistimiento o abandono de la acusación privada, en los delios de instancia privada, se produce una falta absoluta del titular de la acción penal, por tanto deberá producirse el sobreseimiento de la causa. El artículo 416 del COPP regula el desistimiento y el abandono. Así tenemos que si el acusador privado deja de instar el empuje procesal por más de veinte días hábiles contados a partir de la última petición o reclamación escrita que se hubiere presentado al juez, salvo que por los estados del proceso, ya no se necesite la expresión de voluntad del acusado. La decisión del juez debe ser fundada, pudiendo ser de oficio o a petición de parte.

Con relación al pago de la multa, compartimos el criterio de Pérez Sarmiento[54] que no es una verdadera causa de sobreseimiento, sino que constituye el cumplimiento de la pena impuesta y por tanto se agota los resultados de la acción. El requisito indispensable es que el imputado pague el máximo de la pena pecuniaria. Ahora bien, dado que ese agotamiento se produce en forma anticipada y libre del imputado, entonces es procedente el sobreseimiento formal. La solicitud es impugnable si la víctima y el fiscal estiman que el delito no es de los que sólo merecen pena pecuniaria.[Juris]

[Juris] Casación. Sala de Casación Penal, Sentencia Nº 1492 del 21 /11/ 2000: "si bien el Código Orgánico Procesal Penal le da derecho a la víctima de ejercer recurso contra la sentencia que declara el sobreseimiento, no es menos cierto, que este ejercicio está supeditado a que el Fiscal, dentro del proceso penal, haya recurrido. Por lo tanto el ejercicio del recurso por parte de la víctima tiene carácter accesorio respecto de aquel que en su oportunidad ejerza el Fiscal del Ministerio Público, quien por ley tiene asignada la titularidad de la acción penal en los delitos de acción pública,..."

[54] Pérez Sarmiento, E. *Ob. Cit.,* p. 454.

[Juris.] Casación. Sala de Casación Penal, Sentencia Nº 0013 del 24/ 01/ 2001: "la víctima podrá impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiera intervenido en el proceso, siempre que el Fiscal del Ministerio Público haya recurrido. De lo anterior se desprende que en el nuevo proceso penal, si bien es cierto que el Código Orgánico Procesal Penal le confiere a la víctima derechos, facultades y vías de participación en el nuevo proceso, no es menos cierto que, respecto al modo de impugnar la decisiones, queda condicionado su ejercicio a que el fiscal también haya recurrido". Tomado página www.tsj.gov.ve

En la hipótesis de acuerdos reparatorios se toma en cuenta la procedencia que está prevista en el artículo 40 del COPP. En esa norma se establecen variados requisitos que pueden dar origen a nulidad del acto, por ejemplo: a) debe abarcar los delitos señalados por la norma; b) los participantes en el acuerdo deben haber prestado su consentimiento en forma libre y en pleno conocimiento de sus derechos; c) notificación previa al Fiscal del Ministerio Público; y d) si hay acusación por parte del Ministerio Público el imputado debe admitir los hechos.

El acuerdo reparatorio es de carácter individual, pues si hay varios imputados puede ser concretado por alguno o todos pero sólo extinguirá la acción respecto de los imputados que hayan acordado y continuará contra los que no hayan concurrido al acuerdo. Lo mismo sucede con las víctimas, si son varias podrán acordar alguna o todas, por tanto podrán suscribirse tantos acuerdos como víctimas existan.

Finalmente, con relación a **los presupuestos procesales** que se han analizado, si bien en algunos aspectos son comunes a instituciones del proceso civil, debe verse que existe un criterio más restringido, pues, la persecución del delito es de interés social. Esto no excluye que auxiliarmente tenga que mirarse la doctrina civil. No obstante, debe señalarse, que en nuestro Código Procesal Penal hay confusión entre los conceptos de excepciones y los presupuestos procesales. Pueden notar que en el artículo 28 en una mezcla se tratan presupuestos y excepciones. En este sentido, compartimos plenamente el criterio del maestro uruguayo Véscovi,[55] quien dice:

> En nuestros códigos procesales penales existe la misma confusión, denunciada más de un siglo atrás por Bolow, entre las excepciones y los presupuestos procesales del proceso civil.
>
> En el proceso penal se habla de excepciones, pero también se mencionan las llamadas *cuestiones previas y de previo pronunciamiento*, usándose terminología diversa (a veces, res-

[55] Véscovi, E. *Ob. Cit.,* p. 85.

pondiendo a conceptos distintos, y en ocasiones, no) cuando en realidad se trata de verdaderos presupuestos procesales.

Puede estudiarse que lo analizado, en este trabajo, como "presupuestos procesales" que están incluidos en el artículo 28 COPP como *cuestiones de previo pronunciamiento*, se tratan de verdaderos presupuestos procesales, que si no se controlan, impiden el juzgamiento. Este control debe hacerlo el Ministerio Público, en la primera fase o fase de investigación, pues, el *enjuiciamiento sólo debe ser sufrido* por el imputado cuando existan elementos suficientes que deben ser necesariamente determinados antes de la apertura a proceso. El juicio sólo debe ser realizado cuando razonablemente se haya llegado a la constatación, no de que va a obtenerse una sentencia condenatoria, pero sí de que existen indicios suficientes de que el hecho existió, de que es delictivo y de que el autor es imputado.[56] Si el Ministerio Público no realiza esa actividad de control y formula la acusación el juez debe verificar si están satisfechos los presupuestos procesales. Debe entenderse que cuando se expresa que el procedimiento de investigación prepara el juicio, no significa que la preparación sólo se refiere a la acusación, sino que el señalado como sospechoso puede iniciar su defensa y preparar todos los elementos para ella, en este sentido podrá acudir al juez de control y formular, según nuestro código, las cuestiones de previo pronunciamiento.

Nos resulta, arbitrario y violatorio del debido proceso y, en general, de las garantías procesales que no haya una verificación del cumplimiento de los presupuestos procesales. Este control debe ser realizado de oficio por el juez, si el fiscal del Ministerio Público no las ha verificado y no están satisfechos los presupuestos procesales, por ejemplo, no hay competencia o hay falta de jurisdicción o no es perseguible el hecho, el juez debe declararlo de oficio. Debe tenerse en cuenta que está en juego el respeto a la dignidad de la persona humana y la libertad, por lo que no puede someterse a la persona a juicios inútiles o escarnio público cuando es posible corregir los vicios *ab-initio*.

[56] Montero Aroca, J. *Ob. Cit.,* pp. 61-62. "Los actos de investigación de la primera fase han de servir para determinar si la segunda fase en realidad es posible, es decir, si concurren suficientes elementos para que una persona llegue a ser sometida al verdadero juicio".

Visión Histórica de la Teoría de la Transgresión

Julio RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA*

SUMARIO:

Introducción
1. **Transgresión**
2. **La función de la pena en el nuevo Derecho transgresional.**
3. **La unidad ontológica de la transgresión.**
4. **La acción y la tipicidad en la teoría de la transgresión.**
5. **Lecciones de una obra por terminar.**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. Ex Profesor. **Instituto Independiente de Investigaciones Filosóficas**, Touluse, Francia, Maestría en Filosofía. **Universidad de Salamanca**, Reino de España, Curso de Doctorado en Derecho. **Universidad de Harvard**, Mass., Estados Unidos de Norte América, Maestría en Administración Pública y Gerencia en Países en Vías de Desarrollo. **Universidad de New York,** N.Y., Estados Unidos de Norte América, Certificado de Estudios Avanzados en Administración de Empresas, **Instituto de Estudios Superiores de Administración**, Programa Avanzado de Gerencia PAG III, Profesor Invitado. **La Universidad del Zulia** y **Universidad de Los Andes**, Profesor Invitado. **Banco Hipotecario, Banco Mercantil, C.A**.,Gerente.

INTRODUCCIÓN

El tema de la transgresión ocupó un lugar de primera línea en el pensamiento penal del Doctor Tulio Chiossone. En su momento –incluso en su incorporación académica en la cual presentó su concepto de transgresión– las críticas a favor y en contra ocuparon a algunas de las mentes más dotadas de la disciplina penal.

Don Luis Jiménez de Asúa (el último discípulo aventajado de Von Liszt) calificado por autores como Enrique Ginbernat como el autor de mayor conocimiento penal, logró acumular en buena parte del siglo XX y juzgó la tesis sobre la transgresión como un esfuerzo vano por tratar de llamar transgresional a lo que todos conocían como penal. Sobre la teoría de Chiossone incluso se escribió una tesis doctoral en la cual[1] se comentaba el poco valor que la teoría tenía para la ciencia penal y sus relaciones con una teoría jusnaturalista del derecho.

Cuando revisamos todo este material, a la luz del tiempo transcurrido y bajo la serenidad que nos permite el análisis histórico, no podemos dejar de quedar sorprendidos por la constancia de la idea en el pensamiento de Chiossone. En una oportunidad el gran filósofo alemán Heidegger –el cual se había alejado tiempo atrás de sus creencias católicas– fue visto en una iglesia en actitud piadosa; siendo requerido sobre ello, expresó que en un lugar en el cual se había rezado tanto debía estar presente la divinidad.[2] Lo mismo se puede decir del maestro Chiossone sobre el derecho

[1] De hecho el *Estudio Crítico de la Idea del Derecho Transgresional* de José Lubin Maldonado (1956) fue citado por Chiossone en los siguientes términos: "En este estudio el autor discrepa totalmente de mi tesis. En un libro de 156 nutridas p. s y con la extensa bibliografía, sostiene que estoy en un error. Al final de su trabajo expresa "Por mi parte, la conclusión es que el trabajo del Doctor Chiossone como justificación de sus tesis sobre la existencia del Derecho Transgresional, es una especulación completamente imaginativa, una como síntesis prodigiosa de la situación del hombre ante el problema del bien, y del mal, bastante sugestiva y expuesta con alto vuelo, pero que aplicada al derecho resulta desprovista de todo valor científico".
Ver *El Derecho y transgresión*, Caracas, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 21 y 22.

[2] La cita textual es de: "Max Müller cuenta como Heidegger durante los paseos, cuando entraba en las iglesias y capillas tomaba agua bendita y hacía una genuflexión. Una vez preguntó si no era eso una incongruencia, pues él se había distanciado de los dogmas de la iglesia. A lo que Heidegger respondió: "Hay que pensar históricamente y donde tanto se ha rezado, allí está cerca lo divino es una forma totalmente particular". Ver Rüdiger Safranski. Martín Heidegger y su Tiempo, Barcelona Tiempo de Memoria Tus quets Editores, Año 2000, p. 494.

penal. Alguien que meditó tanto sobre el tema, alguna razón ha debido tener para sugerir una teoría que –en el análisis detallado– ofrece elementos que van más allá de una mera proposición de cambio de nombre de la disciplina que nos ocupa. Por otra parte, el siglo XX fue rico en proposiciones de esta naturaleza, sobre todo por motivos tales como: La definición de derecho penal no incluida a las medidas de seguridad y el término penal era restrictivo de una realidad más amplia como era la del fenómeno criminal. Este último hecho cobró especial importancia con el desarrollo y fortalecimiento de la criminología como disciplina autónoma y producto derivado del positivismo. No por ello la escuela clásica deja de mantener vigencia –al menos a través del derecho positivo– con su enraizamiento en la trilogía clásica de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. El finalismo le dio un nuevo sentido a la dogmática penal al tratar de sustituir a la teoría natural del acto y de la causalidad por una teoría de la finalidad que lograba extraer al dolo de la culpabilidad e incluirlo en la tipicidad. Los problemas derivados de los delitos culposos frente a los dolosos ocuparon una gran parte del tiempo de Welzel y los finalistas que lo sucedieron.[3] Sin lugar a dudas estábamos presenciando un desarrollo penal profundamente enraizado en la filosofía. De hecho Welzel reacciona contra el neokantismo con una afirmación que pone sobre el tapete la necesidad de volver a una epistemología objetivista frente al subjetivismo metodológico de los juristas neokantianos. En pocas palabras, no ha de terminarse el objeto según el método sino el método según el objeto. La autonomía de las ciencias del espíritu frente a las naturales no se basa para Welzel en lo distinto del método sino más bien del objeto o de la manera de ver diferenciadamente (distintos aspectos) del objeto común. En la bibliografía hispanoamericana no tiene paralelo la brillante presentación que en su lección inaugural del año 1953-54 en la Universidad de Valencia hizo José Arturo Rodríguez Muñoz. Probablemente él marcó el camino de entendimiento de muchos de nuestros autores en el tema del finalismo.[4]

[3] En plenitud las consecuencias del finalismo en la teoría del delito se empezaron a ver en 1939 en el artículo de Welzel, Studien Zum System Des Strafrechts. Sobre esta materia ver S. Mir Puig, Introducción a las Bases del Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1976, pp. 245 y ss.
[4] Ver Mir Puig, *Ob. Cit.,* pp. 252 y 253.

En este ambiente de la dogmática penal se movió el Doctor Chiossone.

Fue testigo de un siglo que recogió las enseñanzas de Von Liszt, magistralmente reflejadas en la enciclopédica obra de Jiménez de Asúa[5] hasta las discusiones del finalismo. Todo este procesó pasó por la consolidación de la criminología como fruto del positivismo y la notable influencia de la sociología y la sicología en el campo de las ciencias penales. El positivismo filosófico se reflejó en Alemania en su positivismo jurídico más que en su positivismo naturalista como sucedió en Italia con la Escuela Positiva Italiana. En Alemania el positivismo dio lugar al nacimiento de la llamada moderna dogmática penal (Binding, Von Liszt, Beling). El siglo pasado que dio a luz a la dogmática ya citada, también la cuestionó hasta el punto de poner en duda su sentido hacia el futuro.

Sobre este tema señaló en 1976 Enrique Ginbernat: "En un auténtico Estado Social y de Derecho, la dogmática es como hemos visto, un instrumento imprescindible para mantener el derecho penal bajo control, para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídicas. La idea penal más avanzada es, sólo eso: una idea. Para realizarla es necesario formularla legalmente; esta formulación y su interpretación será tanto más perfecta cuanto más desarrollada y segura sea el aparato dogmático de que se dispone.[6]

No podemos juzgar adecuadamente el pensamiento de Chiossone sino en el contexto de un siglo que tuvo un desarrollo jurídico penal sin precedentes en épocas anteriores. Sólo la obra de Jiménez de Asúa puso en conocimiento de los autores de habla hispana un material que hasta entonces, no había tenido tales características de erudición, independientemente de las posturas vivenciales de su autor. Chiossone en ese afán de acumular información y transmitirla en sus clases y obras penales tuvo acceso a materiales extremadamente valiosos. Con un afán de

[5] El tratado de Derecho Penal de Jiménez de Asúa constó de VII volúmenes el último de los cuales fue publicado luego de muerto el profesor español. La magistral obra consta de 7.000 p., la cual la hace única e irrepetible en las ciencias penales.
[6] Ginbernat Ordeig, Enrique. *Estudios de Derecho Penal,* Madrid, Civitas, 1976, p. 81.

enseñar similar al de José Rafael Mendoza, el Doctor Chiossone trató de reflejar en su obra el inmenso caudal humanista que poseía. La gran ventaja de un análisis histórico es que nos permite ver hacia atrás –con las limitaciones que el no poder validar con el autor supone cualquier análisis de este tipo– la intuición fundamental que reposa detrás de una teoría como la transgresión. Como volver a las raíces más profundas del acto transgresional, tratando de suprimir las formulaciones formales que se traducen en las definiciones delictuales; y lo que es más importante como romper ese binomio histórico profundo entre los delitos y las penas. De alguna manera el Doctor Chiossone trató de ver esa relación de una forma distinta al ser ontológico que había tenido hasta ese momento.

Nuestros comentarios no son críticos en el sentido de exponer una tesis alternativa. Todo lo contrario, quisiéramos poner de relieve en su contexto su valor penal y tratar de descubrir en la intuición a la que hemos hecho referencia las motivaciones y los elementos que nos permitan seguir adelante en el desarrollo de la disciplina a la cual Tulio Chiossone dedicó lo mejor de su capacidad intelectual, esfuerzo honesto y dotado de una extrema humildad profesional que constituye un ejemplo digno de imitar por las generaciones futuras.

Pocas autores han dado cabida en su obra a las críticas más agudas y en algunos casos hirientes.

Rescatar la teoría de la transgresión como la entendió don Tulio no debería ser un mero virtuosismo histórico-penal sino más bien el impulso generador de un volver a reflexionar sobre las ideas que generaron tal concepto. Al menos sus discípulos podríamos, emulando a Radbruch, decir sobre su maestro: "Hace treinta años cuando Liszt parecía muerto y sin posibilidades de resucitar, preguntaba Radbruch, presintiendo algo posible; ¿Pero soportará ese espíritu inquieto yacer tranquilamente en la tumba bajo la losa de la fama histórica con la que se le ha cubierto cuidadosamente? ¿No resucitará de nuevo un día sin que nos demos cuenta y se paseará entre nosotros con influencia viva?".[7]

[7] Roxin, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal,* Madrid, Reus, 1976, p. 38.

1. LA TRANSGRESIÓN

La teoría de la transgresión es expuesta por el Doctor Chiossone en su discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en 1954. En dicho discurso mencionó: "Cuando se estudian las fuentes del derecho, o sea, su origen, se dice comúnmente que entre ellas están las costumbres, la ley, los actos de autoridad, etc., pero se ha omitido incluir la transgresión humana, como fuente primordial del derecho". Más adelante añade: "que la transgresión humana origina la existencia de las reglas jurídicas. Porque lo que llamamos derecho no es otra cosa que la consagración de un principio para contrarrestar el antiderecho creado por la transgresión".[8] Del enunciado anterior podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.- El término transgresión no es utilizado para separar la función penal de la función de buen gobierno, en el sentido clásico expresado por autores como Carrara para diferenciar los delitos de las transgresiones.[9]

2.- La transgresión es percibida por el autor como una alteración "de la idea de armonía fundamental expresada en el conjunto biológico y psíquico de la vida". Alteración se refiere a invasión, la cual descompone el orden establecido. Chiossone lo representó en más de una oportunidad de forma expresa a través de gráficos que mostraban cómo círculos interactuaban para ilustrar este fenómeno de invasión.[10]

3.- La transgresión es fuente de derecho. En tal sentido, es una situación preexistente a la formulación jurídica formal. Don Tulio lo dijo expresamente: "La transgresión crea el derecho estático y el dinámico o,

---

[8] Chiossone, Tulio. *Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,* Caracas, Boletín de la Academia, Tomo XVIII, 1954, Nº 4, p. 9.

[9] Carrara, Francisco, *Programa del Curso de Derecho Criminal.* Tomo Primero Parte General. Volumen I, Madrid Reus, 1922, p. 12

[10] Ver Chiossone, Tulio. *Principios Generales para una Teoría de la Transgresión.* Temas Procesales, Penales, Caracas, Universidad Central de Venezuela Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1977, p. 192. Igualmente en:
Chiossone, Tulio. El Derecho y la Transgresión. Caracas, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1975, p. 172 y ss.

en otras palabras, la transgresión de las normas éticas de un grupo humano da origen al derecho escrito, bien a la regla advertiva (advertencia punitiva), bien a la regla previsiva o prohibitiva".[11]

4.- El derecho es percibido por Chiossone como la consagración de un principio para reaccionar frente al "anti-derecho creado por la transgresión". La expresión anti-derecho pudiera parecer contradictoria al llevarnos a una situación formal que es posterior a la transgresión del status ético-jurídico. Si queremos ser justos con el autor, lo jurídico para él reviste elementos muy por encima del derecho formal. Así dice: "Lo jurídico, o sea lo recto como expresión de convivencia, es la ecuación fundamental que representa el contenido armónico de la vida y del espíritu".[12] En el mismo discurso de incorporación expresó: "Pudiera afirmarse que no hay una sola obra literaria desde la epopeya hasta el poema lírico, desde el drama hasta la novela, cuyos argumentos fundamentales no se realicen tomando como punto de partida la transgresión de lo ético o lo jurídico".[13]

No podemos dejar de indicar como lo expresó Edgard Sanabria en el discurso de contestación a Chiossone por su incorporación académica que: "Más de uno alegará que, en el orden esencial, por lo menos, de no existir el precepto no puede darse la transgresión, vale decir, que ésta es efecto y no causa del primero; que ella se produce no sólo en lo jurídico sino también en lo moral, por lo que abarca campo mayor que el del derecho, el ético. Y, en consecuencia, que sería una inadecuada la denominación de derecho transgresional".[14]

La duda del Doctor Sanabria tiene su origen en la utilización que el Doctor Chiossone hace de la transgresión, tanto para referirla a un estado pre jurídico como a lo que pudiéramos calificar una situación en la cual existe una forma jurídica por más sencilla que sea. Los siguientes párrafos ilustran nuestro comentario: "He afirmado que la transgresión

[11] Chiossone, Tulio. *Principios Generales para una Teoría de la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 177.
[12] Chiossone, Tulio. *Discurso de Incorporación, Ob. Cit.,* p. 10.
[13] Chiossone, Tulio. *Discurso de Incorporación, Ob. Cit.,* p. 14.
[14] Chiossone, Tulio. *Discurso de Incorporación, Ob. Cit.,* p. 33.

crea el derecho estático y el dinámico o, en otras palabras, la transgresión de las normas éticas de un grupo humano da origen al derecho escrito, bien a la regla advertiva (advertencia punitiva), bien a la regla previsiva o prohibitiva". En párrafos posteriores señala: "Si aceptamos que el derecho es una proporción natural y racional de hombre a hombre, según el pensamiento de Dante, debemos suponer entonces un momento de equilibrio jurídico establecido por esa proporción. Este equilibrio ideal lo suponemos existente dentro de un grupo humano regido por las leyes, que son la expresión tangible del derecho. Supongamos igualmente un estado de equilibrio ético (pre jurídico), o sea, un estado en que el status de ese grupo humano no ha sido transgredido por una acción humana lesiva".[15]

Al final pareciera que el autor que venimos comentando hace coincidir la transgresión del status ético-jurídico con la norma. En efecto, contradiciendo la tesis de Carlos Binding citado por Jiménez de Asúa y Jorge Sosa Chacín, dice: "Sostengo que la Ley penal es el producto de transgresión del status ético-jurídico (norma). La Ley penal es un precepto que establece una advertencia, y por ello la he denominado regla advertiva (aunque el adjetivo no está en el Diccionario de la Academia, sostengo que está bien formado y puede incluirse). Es una advertencia punitiva si el delincuente realiza un acto, representado en un hecho, que he llamado tipo transgresión, y ese hecho o tipo coincide con la figura o descripción legal que impone una pena, ha transgredido la regla advertiva y no la norma, ha transgredido la advertencia legislativa punitiva, y ha creado la dinámica jurídica para la valoración de la acción en el campo del derecho".[16] La afirmación anterior que el autor puso sobre la mesa para diferenciarse de Binding en el sentido de que el delincuente no infringía las leyes sino que más bien llenaba con su conducta la fórmula legal no diferenció en el fondo a Chiossone del maestro alemán. En efecto, la conceptualización que Don Tulio manifestó de la norma (citada en párrafos anteriores) lo acerca al concepto de Binding de que

[15] Chiossone, Tulio. *Principios Generales para una Teoría de la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 177 y 178.
[16] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* pp. 11 y 12.

la norma es como algo que se encuentra por detrás y por encima de la Ley misma. Dicha tesis se encuentra de alguna manera presente en la diferenciación entre antijuridad material y formal, propuesta por Von Liszt. Igualmente en la diferenciación de las normas de derecho y las normas de cultura propuestas por Max Ernesto Mayer. Sólo fue bajo la influencia de Kelsen que todo el impulso jus-filosófico por dar un sustrato paralegal se diluyó por momentos.[17] Chiossone no estaba lejos de los conceptos a los cuales hemos hecho referencia, y que Santiago Mir Puig lo aclara con estas palabras al comentar la obra de Mayer: "La norma deduce de la Ley penal sino que, viceversa, la Ley penal presupone una norma previa de la que parte".[18]

En los conceptos desarrollados por Chiossone aparece el de transgresión como factor disociador de la armonía existente en la sociedad. En sus propias palabras señala: "La bondad del mundo se tuerce con la transgresión. Cuando ésta se produce, crea un estado de desequilibrio que a su vez inicia la lucha para su restablecimiento".[19] El concepto pudiera resultar mecanicista. No es nuevo, la que pasa es que en sociedades con mentalidad formada en el *ius romanun Tabulae Duodecim* hasta el *Hábeas Iuris* Civiles de Justiniano, parece forzado volver a los conceptos primitivos del derecho como garante de estabilidad. Al respecto es valioso el comentario del historiador español Joaquín Sanmartín Ascaso. "Para las sociedades arcaicas, y vista desde su propia y peculiar perspectiva, la amenaza más peligrosa para la convivencia social no es la desigualdad, sino el desorden. Tal desorden se produce cuando las fuerzas se desequilibran".[20]

Unida a esta idea del desequilibrio está en Chiossone el concepto de que el ilícito (que no es necesaria o solamente penal) es generado por la transgresión de lo que él llama el acervo biosíquico del individuo. Adi-

[17] Ver Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y El Delito,* Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1967, pp. 83 y 84.
[18] Mir Puig, Santiago. *Ob. Cit.,* p. 35.
[19] Chiossone, Tulio. *Discurso de Incorporación, Ob. Cit.,* p. 13.
[20] Sanmartín, Joaquín. *Códigos Legales de Tradición Babilónica,* Barcelona, Troha, 1999, p. 35 y ss.

cionalmente añade: "Tenemos que aceptar también que en el grupo social (clan, tribu, nación) se forma un status ético-jurídico integrado por ese acervo biosíquico de los componentes del grupo, o sea, un clima de reacción contra los actos dañosos. Ese status representa la norma de vida social y política del grupo. Esto, integrado por una serie de conceptos que responden a una reacción colectiva contra lo que atente contra la vida individual, contra la posesión de bienes, transformada en propiedad, contra la lesión a la integridad física y a la integridad moral, a la constitución política del grupo, etc...".[21]

El texto anterior merece los siguientes comentarios:

El concepto de norma expresado por Chiossone tiene mucho más implicaciones que el de mera norma jurídica. En alguna parte de su obra identifica la transgresión de la norma con la del status. [22]

Sin embargo, en el propio lenguaje de Chiossone –en este caso respondiendo a los alegatos del Doctor Sanabria ya mencionados– dice: "que la transgresión como fuente del derecho positivo incide fundamentalmente sobre el status ético-jurídico para crear lo que he llamado regla advertiva. Olvidó (Sanabria) la tesis de San Pablo, en una de sus memorables cartas, de que hay pecado sin ley, y también con ley escrita.[23] No puede Chiossone hablar de otra cosa que la "norma" que inspira la ley penal. En palabras de Mayer, que trató de sociologizar las construcciones de Binding, estamos hablando de normas de cultura. Para este autor las normas de cultura son mandatos y prohibiciones que usa la sociedad para imponer a los ciudadanos comportamientos acordes con los intereses de la misma. Para Mayer, tras cada ley penal hay cultura dictada por la sociedad.

Viendo la enumeración que realiza Chiossone de cómo está integrado el status (conceptos que responde a una reacción colectiva contra lo que

[21] Chiossone, Tulio. *Principios Generales para una Teoría de la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 179.
[22] Chiossone, Tulio, *Teoría del Hecho Punible*. Caracas, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1984, p. 11.
[23] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 21.

atente contra la vida individual, etc.) no podemos dejar de pensar en la formulación que hace Welzel de los valores del acto para diferenciarlo de los valores materiales. El siguiente párrafo es esclarecedor sobre este concepto: "Sólo asegurando los elementales valores sociales de acción se puede lograr una protección de los bienes jurídicos realmente duradera y eficaz. Mediante esta amplia función ético-social del Derecho Penal se garantiza de modo más profundo y enérgico la protección de bienes. Los valores de acto, como la fidelidad, la obediencia, el respeto por la persona, etc., son de más largo aliento y de visión más amplia que la mera protección de bienes. Ellos no miran al presente o al mañana, sino a lo permanente". Más adelante añade: "La misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares".[24]

En otro orden de ideas, la cita de San Pablo no puede referirse a otra cosa que al concepto de la falta en la filosofía moral. Maritain la define mencionando sus cuatro elementos fundamentales, a saber: Acto exterior implicado en la falta (la teoría del acto, ya sea entendido dentro de las tesis causalistas o finalistas); la culpabilidad, que no es otra cosa que el querer mismo en el acto malo; el grado de responsabilidad sicológica; y en último lugar se peca (en el dominio moral) contra el todo concreto de que forma parte el agente libre. En este último sentido Maritain distingue tres categorías: pecado contra el universo de la sociedad, o de la *vita civilis*; pecado contra el universo del ser, o de la creación y pecado contra el todo trascendente.[25]

Detrás de la tesis de Chiossone subyace la protección de ese status ético-jurídico cuya transgresión crea el derecho positivo. El contenido exacto del "status" es definido de forma ejemplificativa por Chiossone. En la misma definición se encuentran elementos del derecho natural que no pueden ser obviados. En nuestra percepción ellos dominan la tesis más que análisis sociológicos que se fundamenten en la preserva-

[24] Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán,* Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 14 y 15.
[25] Maritain, Jacques. *Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral,* Buenos Aires, Club de Lectores, 1981, p. 206 y ss.

ción de una sociedad. De cualquier forma ambos son valiosos para entender el concepto fundamental que subyace detrás de toda ley penal.

2. LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL NUEVO DERECHO TRANSGRESIONAL

En la introducción del presente trabajo afirmamos que la tesis de Chiossone no podía limitarse a un mero cambio de nombre de la disciplina que nos ocupa. De hecho algunos habían cuestionado la expresión debido al contenido que esta rama jurídica adquirió con el llamado sistema dualista (penas y medidas de seguridad), cuyo antecedente histórico más sólido se encuentra de acuerdo con Gonzalo Rodríguez M. en el anteproyecto de Código Penal Suizo de 1893, obra de Stoos.[26]

En algunos autores la discusión va más allá de la diferenciación entre penas y medidas de seguridad. El siguiente párrafo de S. Mir Puig en el cual se expresa la opinión de Maurach es ilustrativo. "Para Maurach, pues, los términos "Derecho Penal" aluden a la necesidad que toda pena se halle prevista por la ley, a diferencia de la expresión "Derecho criminal", que remite a un concepto prejurídico –previo a la ley– de crimen. Hasta tal punto que, obsolutizando los términos del razonamiento, llega a concluir que "en este cambio terminológico de derecho criminal a derecho penal se agita el principio rector que ha dominado el derecho penal del siglo XIX y que, tras su provisional desentronización durante la época del totalitarismo, ha ocupado de nuevo el lugar que le corresponde: el principio *nulla poena sine lege.*

El punto de vista de Maurach –continúa señalando Mir Puig– no convence. En primer lugar, porque tanto en Alemania como fuera de ella, no es exacto ni que la expresión Derecho Penal aparezca sólo con las ideas de la ilustración, ni que la aparición del principio *nulla poena sine lege* fuera acompañada del abandono del título "Derecho Criminal". En segundo lugar y, sobre todo, porque no es cierto que "Derecho Penal" exprese mayor vinculación a la Ley que Derecho Criminal".[27] No pa-

[26] Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho Penal Parte General,* Madrid, Editorial Civitas, 1977, p. 17.
[27] Mir Puig. S. *Ob. Cit.,* p. 20 y 21.

reciera fácil tratar de separar al delito de la pena o transgresión. Lo cierto es que en formulaciones tan antiguas como la de Vicente Vizcaíno Pérez (citado por Francisco Tomás y Valiente) se dice: "Esta voz delito es genérica y comprende toda acción, hecho o palabra ejecutada o dicha por hombre sano y cabal de juicio, con dolosa intención y malicia, prohibida baxo de alguna pena por ley no revocada, el cual no se puede disculpar con alguna razón o motivo justo".[28] La obra de Vizcaíno se remonta a 1797, como referencia histórica podemos indicar que Beccaria escribió "De los Delitos y de las Penas" entre 1763 y 1764. En la conclusión de dicho libro expresa: "Para que cada pena no sea una violencia de uno de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes".[29]

Para Chiossone: "Derecho Penal es lo mismo que Derecho de la Pena, y esta expresión es errónea por antitética. El calificativo penal no puede modificar al sustantivo derecho sin desfigurarlo. La pena es una consecuencia de orden social, es un medio de coacción. Ayer tuvo el carácter de intimidante y destructora; hoy, es profiláctica y curativa. El tratado o estudio de las penas es independiente del derecho. Desde un punto de vista histórico-descriptivo, estas ciencias se denominarán Penografía; desde un punto de vista analítico y discriminativo, se denominará Penología; y si se estudia la mecánica de su ejecución, o sea, la parte dinámica y humana de ella, habrá de llamarse Penotécnica. El concepto de Derecho Penal –objetivamente considerado, además de impropio– sólo abarcaría un aspecto unilateral del punto de vista que se quiere expresar. Calificar al derecho con el adjetivo penal es designar con un concepto específico o parcial toda una rama fundamental del Derecho como un fenómeno humano y como especulación científica", y más adelante añade: "Por consiguiente, la noción de Derecho Penal, hasta ahora sostenida por las escuelas, no es exacta. No hay un Derecho Penal, sino un

[28] Tomás y Valiente, Francisco. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta,* Madrid, Tecnos, 1969, p. 209.
[29] Beccaria, César. *De los Delitos y de las Penas (Introducción y Notas de Francisco Tomás y Valiente)*. Madrid, Aguilar, 1969, p. 188.

Derecho Transgresional".[30] En el discurso de incorporación comenta Chiossone: "No aspiro a crear una nueva orientación jurídico-penal, sino a dar al derecho llamado hasta ahora penal, un contenido más amplio basado en el concepto genérico de la transgresional en la naturaleza y en la vida, y no en el tipo creado y definido en el ordenamiento primitivo".[31] Del análisis de Chiossone surge la idea de definir al "derecho penal" realmente por su esencia con lo cual el elemento debe desaparecer no por no tener relación con la transgresión –que indudablemente la tiene– sino más bien por no definir la esencia misma de la disciplina que comentamos. La discusión viene dada no por la desaparición de la pena sino por la subordinación de la misma al hecho producido; en otras palabras, al acto transgresor. La historia del derecho nos muestra cómo la asociación delito-pena no es –al menos históricamente– consustancial. En las sociedades más antiguas, como la babilónica, las leyes apodícticas en estado puro no suelen tener una secuela penal expresa, agotándose en la mera prohibición; sólo en algunos casos –como en el Código de Hamurabi 37– se añade una coletilla adicional, "pero si alguien ...." para explicitar el castigo de la infracción".[32] El tema es, repito, no eliminar la pena pero sí considerarla como una consecuencia de "orden social" supeditada a la función que quiera atribuírsele desde el punto de vista filosófico, que si la desprendemos totalmente del efecto "moral" que el mismo cumple sobre el autor de la acción reprobada, correremos el riesgo de introducirnos en un universo en el cual impere el abuso contra los derechos básicos de la persona. No se puede ver como lo señalan algunos autores como un simple medio de organización de la conducta social. El párrafo de John Rawls que citamos a continuación es un ejemplo en este sentido: "A tyrant night change laws whitout notice, and punish (if that is the right word) his subjects accordingly, because he takes pleasure in seeing how long it takes them to figure out what the new rules are from observing the penalties he inflicts. But these rules would not be a legal system, since they not serve to organize

[30] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 26.
[31] Chiossone, Tulio. *Discurso de Incorporación, Ob. Cit.,* p. 20.
[32] Ver De Joaquín de Sanmartín. *Ob. Cit.,* p. 46.

social behavior buy providing a basis for legitimate expectation".[33] En otro orden de ideas, no era ajeno Chiossone a la discusión planteada originalmente por Von Liszt cuando expresó que: "El Derecho Penal es la infranqueable barrera de la política criminal". La frase mencionada pone de relieve las dos realidades esenciales del derecho penal: La necesidad de elaborar y ordenar de forma sistemático-conceptual los presupuestos del delito frente al tratamiento que debe darse al delincuente. En otras palabras, el derecho como ciencia social frente al derecho como ciencia jurídica. En este contexto la pena y su manejo se configuran con un grado de autonomía que cobra fuerza no por una elaboración lógico-abstracta sino más bien por el análisis de la realidad de acuerdo con los fundamentos empíricos que nos proporcionan el tratamiento del delincuente. Al final del día se trata de proteger los derechos del individuo frente al Estado con una ciencia que según Von Liszt "debe ser, y seguir siendo, la ciencia propiamente sistemática, pues sólo la ordenación de los conocimientos en el sistema garantiza aquel dominio sobre todas las particularidades, seguro y siempre dispuesto, sin el cual la aplicación del derecho es siempre un diletantismo, abandonada al ocaso y a la arbitrariedad".[34] Pero la otra cara de la relación planteada puede llevarnos –como en el caso de Roxin– a dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho Penal. Para este autor la dogmática de la teoría de la culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político- criminal por la teoría de los fines de la pena.[35]

¿En qué contribuye esta concepción político-criminal de la pena en las tesis de Chiossone? Ingenuamente podríamos pensar en una dogmática penal que relegue la pena a consideraciones político-criminales. Con lo cual podríamos –al menos– acercarnos a la intuición de Chiossone sobre la pena. La respuesta no parece sencilla, ya que la misma no afecta la esencia del derecho transgresional, no obstante admitir el propio au-

[33] Rawls, John. *A Theory of Justice,* Cambridge, 1971, p. 238.
[34] Roxin, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal,* Barcelona, Bosch, 1972, pp. 17 y 18.
[35] Roxin, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.* Barcelona, Bosch, *Ob. Cit.,* p. s 67 y ss.

tor el carácter profiláctico y curativo de la pena. Sobre este último elemento (curativo) no puede dejar de señalarse la necesidad moral de que el delincuente que ha obrado libremente pueda de la misma forma asumir su proceso de rehabilitación. Tal como lo dice Maurach: "Hoy se reconoce de modo unánime que *al ius puniendi* le han sido trazado unos límites por la dignidad humana y por una firme relación entre culpa y castigo, que no pueden ser sobrepasados por la objetivación del poder penal. El Derecho Penal material sin poner en peligro su contenido ético".[36] El carácter general preventivo que la política criminal le atribuyó a la pena se puede resumir en la frase de Radbruch: "La pena es una amarga necesidad". La frase puede tener elementos de realidad, pero el mismo autor que acabamos de citar volvió al iusnaturalismo cuando en sus últimos años insistió que todo lo que va en contra la justicia no tiene naturaleza jurídica".[37]

Volviendo a Chiossone nos encontramos que en el fondo la pena no define, ni desvirtúa la transgresión. Un ejemplo interesante es el que nos da sobre los delitos políticos. En efecto, señala: "Los que se levantan en armas para derrocar un gobierno legítimamente constituido o elegido, y logran su propósito, su acto no recibe ninguna clase de sanción, porque el Derecho Penal queda suplantado por el nuevo poder. Para el derecho transgresional, que nada tiene que ver con la sanción, ya que hemos sostenido que esta es una expresión de poder público, aquel acto es una transgresión a la norma fundamental y, por lo tanto, tiene para él todo su valor jurídico. La transgresión existe *per se*, y aunque la pena no puede aplicarse porque los organismos del Estado están imposibilitados, porque carecen de la fuerza o coacción para imponerla, no obstante, las diversas manifestaciones de la vida social que han sufrido profundo desequilibrio, tienden a recuperar el orden violado".[38] Del texto anterior se infiere que la sanción o la eficiencia en la aplicación de la misma en nada afecta a la naturaleza del acto como contrario a la norma (esta-

[36] Fontan Balestra, Carlos. *Derecho Penal Introducción y Parte General,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998. p. 83.
[37] Ver Landecho Velasco y Molina Blázquez. *Derecho Penal Español Parte General,* Madrid, Tecnos, 2.000, p. 97 y ss.
[38] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 150.

mos hablando de una regla de convivencia moral y social). La conclusión es que esta transgresión afecta al orden jurídico, pero más que lo requiere de un "restablecimiento social" que hace que todo vuelva a recuperar el orden violado. En su tesis son imposibles los desequilibrios permanentes. Sucede lo mismo que cuando después de un terremoto los bloques terrestres vuelven a su posición original.

Para don Tulio la pena deriva de la transgresión. El Estado no es otra cosa que la expresión de fuerza colectiva; y permanentemente vamos a presenciar la lucha del mismo contra el ser humano. En los equilibrios de esa relación está la mayor suma o menor suma de estabilidad posible para una sociedad. En un contexto más cerrado cuál sería la función del "penalismo" o de lo penal para Chiossone. Pareciera que el autor se acercará a las llamadas teorías de la defensa social que al final se apoyan en una concepción –como ya indicamos– político-criminal de la pena.

En este sentido señala: "Hemos superado ya la etapa del subjetivismo infructuoso. El "penalismo se transforma paulatinamente, abandonando el concepto de venganza social o familiar, en un sistema defensivo que no tiene por objeto dar satisfacción a un ente abstracto denominado vindicta pública, sino defender la sociedad integral de los efectos nocivos de la transgresión humana".[39]

3. LA UNIDAD ONTOLÓGICA DE LA TRANSGRESIÓN

Una teoría de la transgresión que pudiera dar una explicación de por qué el hombre decide pasar los límites del status ético-jurídico de una sociedad sería insuficiente si se limitara a aquellos actos que en apariencia pueden impedir la convivencia social. En otras palabras, la transgresión va más allá del ilícito penal para abarcar todo tipo de actos lesivos, independientemente de que los mismos hayan sido categorizados como ilícitos penales. Es, a todas luces, evidente que la transgresión se refiere a la violación de un derecho que no puede limitarse a la con-

[39] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 95.

sideración exclusiva de lo ilícito penal y lo ilícito civil. La transgresión es contra las leyes naturales y las sociales; tratar de negar esto para acercarnos a una teoría supuestamente más científica no es otra cosa que desconocer el profundo significado de las leyes naturales en el obrar recto del hombre.

En el caso que nos ocupa, Chiossone planteó la unidad en términos de la relación civil y penal. En este aspecto citó a Merkel "pero es particularmente a Merkel a quien se debe el concepto de la unidad existente entre la transgresión de carácter civil y la de carácter penal. Para no citar un punto fundamental de su pensamiento en este sentido, transcribo su definición de la transgresión" "Una discordia entre la voluntad individual imputable y la voluntad objetivada en la norma jurídica. Sin embargo, este excelente autor da carácter subsidiario a la acción penal".[40]

Por supuesto que el paso siguiente de Chiossone, una vez que define la unidad, es tratar de extraer de la misma a las transgresiones relevantes para el derecho penal. Es un esfuerzo similar al realizado por Beling en 1906 con su monografía sobre la Teoría del Delito en la cual añadió a los elementos del delito de Von Liszt a la tipicidad. Es decir, no basta un antijurídico civil o mercantil para que haya delito. En este sentido indica Chiossone: "El hecho punible, que es un ilícito, ha tomado forma material en una reacción individual y colectiva primero, y después, es una regla legal, expresión del derecho. De la necesidad de fijar un equilibrio jurídico surgió la regla o principio expresado en la fórmula latina *nullun delictum nulla poena sine lege,* o sea, que este principio, que más se toca con el derecho político que con el derecho penal es una medida preestablecida que indica los hechos dañosos punibles de los que no lo son".[41]

En otra de sus obras trata de delimitar el concepto de derecho transgresional frente a la ley penal, pero no usando los conceptos de acuerdo con las formulaciones de Binding.

[40] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 29.
[41] Chiossone, Tulio. *Principios Generales para una Teoría de la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 180.

Al respecto indica "Debemos advertir aquí, y queremos hacerlo en varias oportunidades en estas páginas, que al sustituir el concepto de Derecho Penal por el Derecho Transgresional, queda en pie la denominación de la ley penal en cuanto a norma que determina la punibilidad por la transgresión de la propia norma o de determinado orden jurídico. También queremos decir que en este trabajo que nos hemos propuesto desarrollar, hacemos figurar la transgresión como un aspecto de la conducta humana frente a la juricidad establecida en determinado grupo social, y que es distinto de la entidad llamado "hecho punible" y distinto de la penalidad".[42]

Como se indicó, la transgresión es una acción humana que por supuesto está vinculada con su actor (aspecto de la conducta humana); y que se coloca frente a la juridicidad de un grupo social. La dificultad es determinar si esa juridicidad viene dada solamente por el grupo o tiene fundamentos superiores. Lo cierto es que, como en el caso de las normas de cultura de Mayer, dejó intacta a la ley penal formal la que por cierto establece qué hechos son punibles. La dificultad en la interpretación de Chiossone pudiera estar en interpretar en un momento determinado si se refiere usando la precisión de Binding o Mayer a la transgresión de la ley o de la norma. En el siguiente párrafo es obvio que se refiere a la ley penal: "El concepto de transgresión es demasiado relativo para aplicar principios genéricos. Lo que hoy es monstruoso delito, mañana puede ser algo muy lícito, y viceversa. La ley debe obrar siempre en el presente".[43]

Si lo vemos desde el punto de vista del transgresor la explicación nos luce más clarificadora. "Transgresor es el individuo que viola cualquier norma social. Delincuente es aquel que además de violar el contenido normativo de una ley, se hace transgresor frente a los organismos del Estado que tienen una facultad para imponer una pena. Todo delincuente es un transgresor. Pero un transgresor no es siempre un delincuente. En las relaciones humanas sólo un pequeño porcentaje de transgresiones están calificadas y tipificadas; el mayor porcentaje de ellas, sin consecuencias punibles, integra la maraña de la vida social".[44]

---

[42] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 33.
[43] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 41.
[44] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 60.

Este particular enfoque del delincuente transgresor pareciera acercarnos a la llamada escuela de Kiel. La misma constituyó un breve paréntesis en la evolución de la teoría general del delito, ya que centró su atención más en el autor que en el delito mismo. Por razones políticas – la escuela de Kiel, llamada también sintética, se apoyaba en la fenomenología de Husserl y la necesidad de volver al método intuitivo– tuvo una limitada influencia en el pensamiento penal. La politización de sus conclusiones jurídicas fue asociada con el régimen nazi con la cual se perdió una brillante oportunidad de introducir la intuición en los excesos analíticos de las llamadas escuelas clásicas.

Como ya indicamos, en el concepto de unidad de la transgresión desbordó a su autor en lo que se refiere a una consideración formal de la ley penal. Lo cierto es que si algo debemos al finalismo de Welzel es volver sobre las raíces éticas en las cuales se debe fundar el derecho penal. Landecho y Molina lo expresan acertadamente con estas palabras: "Su intento es, por tanto, el dar una verdadera fundamentación ético-social, iusnaturalista, al derecho, en reacción al tiempo nazi y a los abusos a que el dictador había llegado, utilizando no sólo a los juristas de la escuela de Kiel, sino también a los de formación neokantiana de la escuela clásica. Esto se cristaliza sobre todo en tres puntos: La concepción personal de la acción, la responsabilidad del hombre por sus decisiones libres; y el pensamiento retribucionista como fin de la pena".[45]

4. LA ACCIÓN Y LA TIPICIDAD EN LA TEORÍA DE LA TRANSGRESIÓN

Como ya lo hemos mencionado en el presente estudio, la transgresión para Chiossone no es un mero cambio de nombre en la disciplina que nos ocupa. Existe una serie de aspectos vinculados con una teoría general (en este caso, la transgresión) que merecieron la consideración del autor que comentamos. Con las limitaciones que implica un trabajo de esta naturaleza quisiéramos en esta parte referirnos a algunos de ellos. Para Chiossone la transgresión de la norma o de la ley se realiza

[45] Landaecho y Molina. *Derecho Penal Español, Ob. Cit.,* p. 183.

mediante un acto, e incluso llega a afirmar que "negar a la omisión el carácter de acto humano, sería negar que existen transgresiones por omisión".[46]

El acto humano (la acción) crea modificaciones en el mundo material. El autor lo expresa así: "Toda transgresión se produce mecánicamente, porque el individuo que realiza antiderecho, o sea, el acto ilícito, no lo hace con la intención inmediata de violar la norma, sino con la intención inmediata de ejecutar determinado hecho punible, o sea, la regla advertiva".[47]

En otra parte de su obra indica: "La transgresión es como queda dicho imputable, por efecto de la causalidad física", y más adelante nos da un ejemplo altamente esclarecedor de su posición: "La muerte de una persona configura el homicidio independientemente del elemento subjetivo que determinó la acción. Basta con que sea una persona humana la que realice el acto (única capaz de acción penalmente eficaz) previsto como hecho punible, para que la transgresión se produzca e incluye el acto como hecho histórico con consecuencias jurídicas".[48]

No podía el Doctor Chiossone haber escapado a la discusión de las teorías de la acción. Un análisis muy minucioso de toda su obra jurídico-penal pudiera ser esclarecedor sobre este punto. No es el objeto de este estudio. No obstante, del análisis de la obra relacionada con la transgresión podemos observar un análisis –al menos en lo relativo a la acción– que tiene muchos vínculos con la escuela clásica y por ende con la teoría causal de la acción. Si quisiéramos dejar el análisis más exhaustivo para un futuro deberíamos utilizar la metodología planteada por Maihofer en su tesis sobre "El concepto de acción en el sistema del delito" (1953). En dicha tesis sostiene cuatro funciones que debe cumplir todo concepto de acción:

[46] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 127.
[47] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 34.
[48] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 14.

1. Función de clasificación:

Esta función pide que el concepto de acción contenga las cuatro clases de conductas humanas que puedan darse y que sean relevantes para el derecho penal (actividad con o sin resultado; pasividad con o sin resultado; acciones dolosas y acciones culposas).

2. Función de límite:

El concepto de acción debe dejar fuera todo aquello que no interese al derecho penal como por ejemplo los eventos producidos por las fuerzas de la naturaleza sin intervención del hombre.

3. Función de base:

El concepto de acción debe incluir todo lo que pueda ser relevante para el derecho para montar sobre él los juicios de valor de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

4. Función de enlace:

El concepto de acción debe ser neutro, en el sentido de que no debe adelantar las valoraciones jurídicas que comienzan con la tipicidad y continúan con la antijuricidad y la culpabilidad.[49]

El ejemplo del homicidio que mencionamos en párrafos anteriores da la idea de que para Chiossone la culpabilidad (al igual que cualquier juicio) no forma parte de la acción. En este punto está muy cerca de la escuela clásica de Von Liszt y de los neoclásicos.

En un párrafo esclarecedor nos dice: "toda transgresión, ya sea realizada conscientemente (delito intencional), ya sea realizada inconscientemente (delito initencional), o simplemente sea realizada por conducta imprudente, imperita, o desobediente (delito culposo), tiene su existencia independientemente de la calificación que reciba el acto humano cuando se le clasifique en relación con el estado psíquico del sujeto

[49] Ver Landaecho y Molina. *Derecho Penal Español, Ob. Cit.,* pp. 194 y ss.

activo del hecho punible".[50] De los párrafos anteriores se puede vislumbrar la posición esencial del autor con respecto a la teoría de la acción. Sin embargo, la conclusión no puede ser general con cada una de las instituciones penales. A modo de ejemplo, una de la críticas que se ha hecho a la teoría causal (clásica) de la acción es que al no incluir el concepto de intencionalidad sino hasta la culpabilidad se hace prácticamente imposible tipificar en los casos de delito en grado de tentativa. Para Chiossone (que pudiéramos calificar de causalista) "dentro de nuestra tesis, la transgresión, no existiría la tentativa".[51] Otro de los temas a los cuales quisiéramos referirnos es la tipicidad.

Ya vimos que Beling (1906) al introducir en la definición del delito el principio de la legalidad dio vida al concepto de la tipicidad, que no es otra cosa que lo penalmente antijurídico. Así el delito pasa a ser una acción típica, antijurídica, culpable y sometida a una adecuada sanción penal. Al igual que en Liszt, el único elemento subjetivo es la culpabilidad. Por lo tanto, la acción es neutra e igualmente la tipicidad, ya que esta última lo que hace es describir de modo puramente externo la acción que se quiere castigar. Para R. Maurach (citado por Guillermo Sauer): "La tipificación de las normas singulares del injusto en los tipos penales es la función de más importancia en el derecho penal. El moderno derecho penal del actual estado de derecho es esencialmente un derecho penal vinculado a los tipos. El tipo es, de una parte, la delimitación del poder punitivo del Estado (función de garantía); de otro lado, el fundamento del delito (función fundamental).[52] Para Chiossone existe una separación entre el "tipo de transgresión y el tipo legal". En efecto señala: "Aunque prefiero hablar de figuras punibles y no de tipos, voy a emplear esta palabra en la distinción que hago entre tipo transgresión y tipo legal. El tipo de transgresión es la figura jurídica exteriorizada en la acción u omisión humana; el tipo o figura legal es la descrita en la ley, y está compuesta por elementos materiales y elementos subjetivos, expreso sobreentendidos. La coincidencia de las dos figuras, o sea, la superposición o ensamblaje de

[50] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 34.
[51] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 164.
[52] Sauer, Guillermo. *Derecho Penal. Parte General,* Barcelona, Bosch, 1956, p. 113.

ellas, integra el hecho, que sí está sancionando con una pena, denominamos hechos punible. Cuando alguien realiza una acción que ensambla o encuadra dentro de la descripción de la figura legal, se produce instantáneamente la transgresión de la advertencia punitiva".[53]

En otras de sus obras adelanta la siguiente idea: "La dinámica jurídica tiene su expresión en el proceso, y es en éste en donde se establece la existencia del hecho calificado en la Ley como punible, o sea, la adecuación del tipo de transgresión, o sea, el producto de la acción, con todos su caracteres objetivos o elementos materiales, al tipo legal, o sea, la descripción que el legislador hace de la figura jurídica. Junto con esta adecuación se inicia también la adecuación de los elementos subjetivos al tipo transgresión, que en su conjunto integran el delito o la falta. Si falta la primera adecuación, no hay hecho punible, pero si falta la segunda, el hecho punible subsiste porque la transgresión lo ha perfilado y le ha dado existencia imborrable en el tiempo y en el espacio, la transgresión ha creado la dinámica jurídica".[54]

De los textos anteriores resulta que hay dos tipos: el transgresional y el legal. Lo cierto es que resulta difícil entender el transgresional, ya que por la definición que hemos visto de tipicidad nos estamos refiriendo a un catálogo de actividades (conductas) que el legislador consideró capaces de originar responsabilidad penal. En cierta forma el concepto de legalidad históricamente está unido al de tipicidad. Con respecto a la adecuación de los elementos subjetivos, pareciera que está hablando más en el contexto del proceso que en el de los elementos subjetivos del injusto. Por otra parte, no podría producirse para Don Tulio la transgresión de la advertencia punitiva si la acción (conducta) no encuadra dentro de la descripción de la figura legal. No obstante, lo que acabamos de señalar la dualidad de los "tipos" persiste porque de lo contrario la transgresión no sería otra cosa que la violación de las conductas típicas señaladas por el legislador. En la intuición de Chiossone está presente la

[53] Chiossone, Tulio. *El Derecho Transgresional, Ob. Cit.,* p. 119.
[54] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 19.

importancia de dar un adecuado tratamiento al problema del tipo. Pudiera haberlo evadido y de hecho lo hizo cuando en párrafos anteriores –que citábamos– mencionaba que prefería hablar de figuras punibles y no de tipos. En una frase que en nuestra opinión es conclusiva señala: "No aspiro crear una nueva orientación jurídico-penal, sino a dar al derecho llamado hasta ahora penal, un contenido más amplio basado en el concepto genérico de lo transgresional en la naturaleza y en la vida, y no en el hecho tipo creado y definido en el ordenamiento punitivo". [55]

La frase usa el término tipo en su contexto técnico, no puede ser de otra manera, con lo cual está ahondando en uno de los problemas centrales del derecho penal a saber el de cómo acercar el tipo abstracto legal al tipo concreto de la vida de las situaciones fácticas. Sauer lo expresó en los siguientes términos: "El arte del legislador consiste en hallar el término "justo", exacto. Si el tipo está demasiado cerca del injusto abstracto, pierde más fácilmente aplicabilidad (puesto que abarca las cosas más diversas), practicabilidad, claridad y cognoscibilidad. Si está demasiado cerca de la vida, no cubre nuevamente, de modo satisfactorio, la criminalidad concreta y conduce a lagunas en el ordenamiento jurídico".[56]

Chiossone que debió conocer a la perfección la obra de Mezger y la importancia del tipo en cuanto a sus posibilidades para una ordenación de la parte especial del derecho penal no podía ignorar el tema. Lo afrontó de la única forma posible para ser coherente con su teoría. Las aplicaciones prácticas no son fáciles de dilucidar en una construcción teórica que sólo abarca algunos aspectos del tema.

5. LECCIONES DE UNA OBRA POR TERMINAR

Preferimos hablar de última parte por cuanto conclusiones es difícil extraer de un trabajo que pretende despertar interés no sólo en una teoría

[55] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 20.
[56] Sauer, Guillermo. *Ob. Cit.,* pp. 111 y 112.

sino también –lo que es más importante– la intuición de Chiossone con respecto a un tema al cual dedicó un importante tiempo de su trabajo como penalista. Hemos tratado de ubicar nuestras reflexiones usando un material que debió ser conocido por el autor. En la obra de Chiossone no es común las citas textuales, lo cual puede dificultar un estudio sobre las fuentes. "En el derecho y la transgresión" el autor señala expresamente: "Queremos evitar en lo posible, citas de autores, pues además de no ser este el método del libro, queremos decir lo que pensamos. Si estamos equivocados, no faltará un amigo y compañero que nos muestre el error. Y si nos convence con mucho gusto rectificamos".[57]

Pareciera obvio que en una época en la cual se pone en duda la dogmática jurídica y cada vez menos se estudia la parte general del derecho penal, las opiniones de Chiossone tienen un valor de reflexión. No podemos en duda la importancia que la criminología y la política criminal han tenido en el tratamiento del delincuente lo que cuestionamos es la carencia de una dogmática que al final del día puede ser el único freno para evitar los abusos en la interpretación y aplicación del derecho. No queremos decir con esto que la dogmática sea un remedio por sí sola. Lo cierto es que como ciencia neutra puede interpretar tanto como una ley "buena" como una "abusiva" desde el punto de vista moral.

Todas las absolutizaciones en las ciencias son perniciosas, pero cuando en las mismas se prescinde del juicio moral podemos prestarnos a los mayores abusos. Sin querer convertirnos en parte de esa vieja discusión entre Chiossone y el doctor José Lubin pensamos que la peor de las críticas de este último sobre la obra de Chiossone está en las siguientes líneas: "una como síntesis prodigiosa de la situación del bien y del mal".[58]

En un país como el nuestro donde una de las grandes tareas del futuro es una ley penal adecuada sería erróneo empezar a hacerla –tal como

[57] Chiossone, Tulio. *El Derecho y la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 37.
[58] Chiossone, Tulio. *Principios Generales para una Teoría de la Transgresión, Ob. Cit.,* p. 190.

se comenta en la opinión pública– sin tener una concepción que le dé unidad a la parte general de la ley. En este aspecto la opinión de Chiossone es valiosa. No le atribuimos el haber elaborado un cuerpo teórico que cubriera todos los aspectos de la disciplina penal. Pero sí existen un cuerpo de ideas –muchas producto de su época– que tratan de dar respuesta a temas vitales para el dogmático penal.

Entre estos temas claves tenemos:

1.- El equilibro jurídico y la transgresión el cual plantea el tema de un derecho subjetivo que es parte de la propia personalidad humana.

La transgresión no es una violación de una regla sino más bien un atentado contra el anhelo de conservación patrimonial del individuo o del grupo.

2.- La transgresión general el concepto de lo ilícito. La transgresión del acervo biosíquico del individuo produce un ilícito que tiene las siguientes notas: unidad, puede o no configurar hechos punibles; no tiene como esencia a la punibilidad y no se restablece con la pena.

3.- La transgresión de la norma o status sirve de fundamentación al derecho llamado penal. Para Don Tulio los hechos punibles son creaciones legales que tienen una relación fundamental (existencial) con la transgresión de valores éticos.

En nuestra opinión la discusión puede ser de enorme valor en lo relativo a los procesos de criminalización y descriminalización.

4.- El delincuente cuando realiza un acto "típico" transgrede la regla advertiva y no la norma. La violación de la advertencia crea la dinámica jurídica que permite valorar la atención y aplicarle una pena.

5.- Lo imputable no es la persona sino el hecho. La transgresión es imputable siempre por efecto de la causalidad física (el dolo no forma parte del tipo).

6.- La pena es el resultado de la adecuación de la causalidad síquica que completa la figura del hecho punible. La culpabilidad retrae la conducta al momento consumativo.

7.- No hay que confundir la responsabilidad del agente, que es una cuestión valorativa de la acción, con la naturaleza punible del hecho. Esta última sólo puede nacer de la transgresión del status ético-jurídico y de la transgresión de la propia advertencia punitiva del Estado. De esta idea resulta que hablamos de dos niveles de transgresión: uno social (sentido amplio) y otro técnico-legal (violación de la advertencia hecha por el Estado y descrita en una ley).

8.- En los hechos punibles, como en cualquier negocio jurídico, hay derechos contrapuestos. Mediante la compensación de patrimonios se restablece el equilibrio jurídico. La transgresión de la regla advertiva tiene como consecuencia una sanción. En los casos de causas de justificación hay transgresión pero no pena. La pena no es un elemento consustancial con el derecho transgresional.

9.- La transgresión es fuente de derecho, porque la transgresión del status ético-jurídico (norma) crea la regla advertiva, y la transgresión de ésta crea la dinámica jurídica (proceso).

Los puntos indicados anteriormente –algunos de los cuales comentamos con algún grado de detalle en este trabajo– plantean temas vitales para la esencia material del derecho. No queremos decir que las respuestas sean las adecuadas sino más bien si las preguntas lo son. En la ciencia penal se ha optado con frecuencia por el camino de las definiciones formales. En otras palabras, no se ha preguntado por la esencia material del derecho penal sino por el mismo como conjunto de normas. Para Chiossone los temas ontológicos, funcionales y teleológicos de las normas no son renunciables, y ello nos aporta una enseñanza fundamental a saber que el penalista debe conocer los cimientos sobre los cuales está edificada su disciplina. Al menos desde el punto de vista sistemático tiene pleno valor la distinción entre el concepto formal del Derecho Penal como lo que nos define lo que es y lo que no es penal frente al concepto material que da respuesta en nuestra opinión a lo esencial. Es decir, cuál es el fundamento, la función y la finalidad del derecho penal.

Chiossone, en el más puro lenguaje pedagógico, acorde con una dilatada experiencia académica formuló las preguntas. Trató de dar respuesta a algunas de ellas y se sometió a las críticas por haberlas formulado de ese modo. Al final su proceso en lo relativo a la "transgresión" sirvió de campo de reflexión a más de un autor.

Es nuestra función continuar con su esfuerzo. De Chiossone podría decirse lo que Martín Heidegger antes de empezar una lección en Marburgo, en 1982, dijo de Max Scheler, recién fallecido: "Otra vez un camino de la filosofía recae en la oscuridad".

El Garantismo y sus Postulados. Muestras Jurisprudenciales

Jorge L. ROSELL SENHENN*

SUMARIO:

Introducción
1. **El garantismo y sus postulados.**
2. **Acepciones de la palabra garantismo.**
3. **Control racional.**
4. **Control justo.**
5. **Control legítimo.**
6. **Control y debido proceso.**

INTRODUCCIÓN

Podemos darnos una idea de la apreciación que un operador de justicia tenga del sistema penal, según lo considere un instrumento de represión,

*Juez de profesión. Ex Magistrado de la **Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.** Magistrado Presidente de la **Sala Penal del Tribual Supremo de Justicia**. **Universidades de Carabobo, del Zulia, Central de Venezuela y Católica Andrés Bello.** Profesor de posgrado.**Universidad Pedagógica Experimental Libertador (UPEL).** Profesor Titular de pregrado. **Universidad Católica del Táchira.** Profesor Invitado.

o bien un conjunto de garantías a favor de las personas y que limitan el poder represivo del Estado. En otras palabras: si se cree que el sistema penal sirve para privar de la libertad a la persona estaremos ante un juez, fiscal, defensor, abogado, eminentemente represivo; pero si al contrario, lo concebimos como un conjunto de normas a favor del ciudadano, y limitante del poder del Estado, nos encontraremos ante un operador de justicia garantista.

La primera versión de ese operador del sistema le hizo escribir a Alberto Binder en su prefacio a *Introducción del Derecho Procesal Penal:* "Este libro es una introducción al estudio de los mecanismos que utilizamos los seres humanos para encerrarnos unos a otros dentro de unas jaulas" (Binder, 1993:19). La ironía de Binder no fue obstáculo para que luego desarrollara su libro desde una posición eminentemente garantista.

Del garantismo se ha escrito mucho y por eso se tienen diferentes maneras de definirlo y de darle uso. Trataremos en estas páginas de dar algunas ideas de lo que se trata, ilustrando lo teórico con casos prácticos, a los cuales haremos referencia en el texto, y que acompañaremos en forma de autos o sentencias, como anexos, al final.

1. EL GARANTISMO Y SUS POSTULADOS

Podríamos comenzar por dar una idea de garantismo diciendo que es un control racional, justo y legítimo de la intervención punitiva del Estado.

Es **racional** pues debe vigilar la correspondencia del sistema con su operatividad real, para ello es necesario examinar los dos niveles de verdad que deben integrarse para que el discurso jurídico penal sea socialmente verdadero, tal y como lo explica Zaffaroni. Un nivel de verdad abstracto que comprende la planificación criminalizante como un medio adecuado para la obtención de unos fines propuestos; y otro nivel concreto que se refiere a que los grupos humanos efectivamente operen conforme a las pautas planificadas y señaladas en el discurso jurídico-penal.

> El discurso jurídico-penal no puede desentenderse del "ser" y refugiarse o aislarse en el "deber ser", porque para que ese "deber ser" sea un "ser que aún no es" debe reparar en el devenir posible del ser, pues de lo contrario lo convierte en un ser que jamás será, o sea, en un embuste. (Zaffaroni, 1989:23).

Si una norma no se corresponde con la realidad antropológica sobre la cual ha de incidir, es irracional y por tanto inaplicable.

Además de controlar la racionalidad de la intervención punitiva del Estado, debe hacerse también acerca de su contenido **justo,** es decir, que dicha intervención punitiva ha de ser proporcional en relación a la lesión que se causa al bien jurídico protegido.

Es necesario constatar una lesión real y efectiva, que se corrobore en los hechos y no sólo en las abstracciones del sistema. De ahí que para la determinación del tipo no baste con una concepción puramente formal del mismo; sino que debe ser concebido materialmente, en el sentido de exigirse la afección real del bien jurídico protegido, sea en grado de lesión, como también de peligro concreto, tal como lo escribe Jorge Mera. Para ilustrar tal criterio, Mera trae a colación una jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica "...no basta que una conducta u omisión encaje abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico". Sentencia Nº 525-93 del 3-2-93 (Mera, 1996:430 y 431). Este principio de lesividad debe ser revisado y constatado en la acción que causa la intervención penal.

Por último, el control que debe ejercerse sobre la intervención punitiva del Estado debe procurar que ésta sea **legítima**, que no sólo esté en correspondencia con la ley, sino igualmente con la necesidad social que es lo que la legitima. Para ello ha de constatarse el principio de la protección exclusiva de los bienes jurídicos globales, por un lado, y por el otro, el principio del derecho penal fragmentario. No todo bien jurídico ha de ser objeto de protección penal, sólo aquellos que representan valores fundamentales para la persona, pues el derecho penal ha de caracterizarse por su subsidiaridad, es el último recurso al cual debe recurrir el sistema jurídico para salvaguardar esos bienes.

No debe perderse de vista que lo injusto no nace de la ley, el injusto nace de las relaciones sociales, del eventual conflicto interpersonal, como lo escribe Juan Bustos Ramírez: "Lo injusto, entonces, tiene por función marcar los hitos, la importancia, el peso, en definitiva, la **sustancia de lo punible.** Agrega el autor que para que actúe el sistema penal es necesario tener formas de explicar el injusto más allá de una explicación simplemente formal, como la de afirmar que es la conducta infractora misma, que es la conducta prohibida según el ordenamiento jurídico. Más allá de esa razón formal habría que pedir una explicación sobre los **fundamentos que sostienen esa prohibición** (Bustos, 1982:21). Esa explicación es lo que legitima el mandato, ya no nos bastaría con decir "así procedemos porque lo manda la ley", sino que el operador de justicia con legitimidad diría: "lo ordena la ley porque protege importantes y globales bienes jurídicos, razón por la cual procederé a aplicar la norma". Es poner en su sitio legalidad y legitimidad, pues pueden existir normas jurídicas formalmente válidas, pero que carecen de legitimidad, caso en el cual **el operador de justicia podrá desechar su aplicación.** Hay que recordar siempre en estos "casos difíciles", como los llama Dworkin, que la Constitución es un instrumento fundamental para deslegitimar en el caso concreto aquellas normas que contraríen su contenido, y que el juez constitucional, conformado por todo el órgano judicial a través del control difuso, podrá desaplicarla.

2. ACEPCIONES DE LA PALABRA GARANTISMO

La riqueza del concepto de ***garantismo*** antes desarrollado, hace que su contenido se exprese de diferentes maneras, pero siempre en la tendencia de limitar el poder estatal de las garantías de las personas fundamentalmente ante los derechos humanos que le asisten.

Ferrajoli (1995:851) en una de sus expresiones acerca del garantismo escribe que es un modelo normativo que minimiza la violencia institucional y maximiza la libertad. Esta idea inspirada en el derecho penal mínimo alude tanto al Poder Legislativo, como al Judicial. El primero en relación a la creación de la ley penal, tomando en consideración el principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos trascendentales; y el segundo como vigilante permanente de la legitimidad de la norma**, no**

sólo ha de examinar su forma, sino, lo más importante, su contenido como instrumento cuya aplicación obedezca a los principios controladores del sistema penal.

Lo anterior se relaciona con otra expresión de Ferrajoli (1995:853), pero en este caso dirigida expresamente al operador de justicia, y es así que garantismo es una actitud crítica dirigida a deslegitimar el sistema, **cuando no se corresponda con su fuente de legitimación: la Constitución**. Ya nos referimos a ese eficaz y poderoso instrumento del cual ha dotado la Constitución a los jueces: el control difuso, llamado por Hildegard Rondón de Sansó control concreto, pues "...no es otra cosa que la aplicación de la norma constitucional a un caso específico, vivo, real, presente" (Rondón, 2000:273). Efectivamente el artículo 334 de la Constitución ordena "...en caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo pertinente".

Pero las acepciones de garantismo trascienden al sistema según la visión de Ferrajoli (1995:853), al expresar que **debe incluirse la satisfacción de intereses excluidos** a través de una visión externa y crítica del sistema. Efectivamente, no sólo el conjunto de reglas legales constituyen derecho, existen necesidades inherentes a una persona que podrán ser precisadas y protegidas por el operador de justicia, a través de esa visión externa y crítica del sistema, sin necesidad de que éstas estén reconocidas por norma jurídica alguna. Los derechos humanos son inherentes a la persona, razón por la cual el Estado no los crea, sino que se limita a reconocerlos, razón por la cual las lagunas que al respecto podrían existir deben ser cubiertas por el juez. No es otra cosa lo que ordenan los artículos 22 y 27 de la Constitución al prever que el juez tiene la obligación de proteger derechos que no figuren expresamente en la legislación, siempre y cuando sean inherentes a la persona, como derecho humano.

3. CONTROL RACIONAL

Nos referimos ya a que el sistema debe tener una correspondencia con su operatividad real, y para ello es necesario que haya racionalidad en-

tre norma y realidad, por lo que un juez **no podría estar obligado a aplicar una norma irracional.**

La Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (LOSEP) establece en su norma 36 una tasa de 2 gramos de cocaína y su liga y 20 gramos de marihuana, como dosis personal de consumo inmediato para todo consumidor que se encuentre en el territorio nacional ¿cómo es posible establecer mediante una norma general y abstracta, la dosis de cualquier persona sin tomar en consideración sus condiciones personales? Una dosis, de por sí es personal, es una porción de algún medicamento o droga en relación a una persona, razón por la cual sería irracional fijar la misma dosis para personas diferentes. No hay duda de lo irracional de dicha norma, así como de la interferencia del Poder Legislativo en las funciones del Poder Judicial, pues son los jueces los que deben fijar los hechos a través de las pruebas adquiridas jurídicamente: una experticia toxicológica y un examen psicológico y psiquiátrico como lo ordena la misma LOSEP, para luego aplicar el derecho.

Otra irracionalidad del legislador se refleja en el artículo 57 de la LOSEP, al impedir al juez apreciar la tentativa o la frustración en los "delitos de droga". Es otra interferencia en la función judicial, pues mal puede el legislador ordenarle al juez ignorar la realidad, en caso de que efectivamente las pruebas demuestren que se produjo el delito frustrado o tentado.

Estas situaciones se resuelven con el control difuso de la Constitución, al constatarse que se violan las disposiciones relativas a la independencia del Poder Judicial y la autonomía del juez, quien es el encargado de fijar los hechos a través de las pruebas legítimamente adquiridas, y con base en su convicción producto del cúmulo probatorio, aplicar el derecho. Ver anexo I.

4. CONTROL JUSTO

Precisamos que la reacción punitiva del Estado debe ser proporcional a la lesión del bien jurídico protegido. El principio de lesividad nos indica que debe ser un daño efectivo o material, no pudiéndose deducir la acción del Estado de una formal subsunción entre el hecho cometido y el

supuesto abstracto previsto en la norma. Por esta razón **el juez deberá prever las consecuencias sociales que aparejan la aplicación del precepto**, para determinar la proporcionalidad a la cual aludimos.

Ejemplos que violan tal principio se encuentran frecuentemente en nuestra jurisprudencia, inclusive de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Ver Anexo II.

La equiparación del "robo a mano armada", a la del robo con un arma simulada (pistola de juguete), es un ejemplo del injusto por el desproporcionado trato que se puede desprender de la actividad punitiva del Estado por parte del Poder Judicial. Los bienes jurídicos tutelados por el sistema y puestos en peligro por los autores de estos hechos no son los mismos, pues la integridad física de la víctima no corre el mismo riesgo en uno que en el otro caso. Por otra parte el Código Penal exige en el supuesto de hecho del robo agravado previsto en el artículo 460, que la persona esté armada, circunstancia que no se produce en caso de utilizarse un arma de juguete, razón por la cual en este caso se estaría cometiendo el delito de robo simple, previsto en el artículo 457 del Código Penal, con una pena sustancialmente menor. Ver Anexo III.

Casos como la desaplicación de la tentativa o la frustración en el robo o en el hurto, cuando el autor es detenido *in fraganti,* son otra muestra de desproporción dentro de la jurisprudencia de la Sala Penal. Ver Anexo IV.

Existen otros asuntos, ya no relacionados con una interpretación normativa, que hace abusiva la reacción judicial, sino debido a la aplicación de preceptos totalmente desconectados de la realidad histórica y social, provenientes del viejo Código Penal aún vigente en Venezuela, y promulgado en 1926. Así tenemos el primer aparte del artículo 453 que tasa el monto de lo hurtado en menos de cien bolívares, para tipificar lo que debe considerarse como hurto menor, de tal manera que cualquier hurto cuyo monto excede la cantidad de cien bolívares, deberá considerarse como hurto mayor. Pareciera que el juez de 2003, debería decidir como lo pudo hacer el juez de 1926, aun cuando el valor real de cien bolívares, en uno y otro caso, sean totalmente diferentes. La desproporción pareciera ser la regla en este tipo de decisión. Ver Anexo V.

5. CONTROL LEGÍTIMO

Lo que le da legitimidad a la norma, y por tanto la posibilidad de su aplicación, es la necesidad social de su existencia. En una democracia social como es declarada la venezolana, según el artículo 2 de la Constitución, el **Estado crea una serie de expectativas sociales, y por tanto su obligación de satisfacerlas**. Enrique Bacigalupo escribe, que no es el Estado quien otorga los derechos fundamentales, sino que es aquel que debe crear las condiciones de su realización. De esta manera el Estado se legitima a través de la realización de los derechos fundamentales, por lo tanto estos derechos limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo.

> Un rasgo esencial de este sistema consiste en que el ejercicio de un derecho fundamental por un individuo no necesita justificación alguna, por el contrario, la limitación por el Estado de los derechos fundamentales tiene que ser justificado. (Bacigalupo, 1999:13).

Lo anterior nos lleva a pensar que el Estado se deslegitima, en su poder represivo cuando incumple con las obligaciones propias de su función. Es el caso, por ejemplo, de condenar a una persona por simple posesión de droga, siendo a su vez consumidor, por lo que el juez está en la obligación de ordenar un tratamiento curativo del hábito, no existiendo en el centro de reclusión los recursos para hacerlo. ¿Debemos anteponer el poder punitivo del Estado ante el derecho fundamental del individuo a la salud? Ver Anexo VI.

Así mismo el Estado, a través de sus penitenciarías viola derechos fundamentales. Su poder punitivo llega sólo, y es bastante, a coartar legítimamente el derecho a la libertad; pero el resto de los derechos fundamentales que se violan cotidiana y públicamente en los centros penitenciarios. ¿Cómo se justifican o se legitiman? Ver Anexo VII.

6. CONTROL Y DEBIDO PROCESO

Las formalidades son esenciales cuando se trata del debido proceso. El conjunto de normas que componen el Código Orgánico Procesal Penal,

no constituyen un sistema dirigido a privar al individuo de su libertad, al contrario, **es un sistema para proteger a la persona de la violencia institucional**. Es un conjunto de garantías que regulan la única manera como puede ser procesada y condenada una persona. El Estado no puede probar como quiere, sino a través de las vías jurídicas, y mal podría violentar aquellas garantías consagradas en el propio texto legal que aprobó a través de su órgano legislativo. Ver Anexo VIII.

El debido proceso y las garantías que lo sustenta se ve fortalecido por el principio de progresividad que se encuentra como orden en la Exposición de Motivos de la Constitución y concretado efectivamente en su artículo 19. Los principios son declarados como tales, no a título de simples disquisiciones teóricas, sino como valores que han de guiar la función jurisdiccional, y más si entran en nuestro sistema legislativo, nada menos que como expresión constitucional: "El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e independiente de los derechos humanos". Dentro de estos derechos humanos, o derechos fundamentales, está el derecho al debido proceso.

¿Podría justificarse, a través de estas ideas, las reformas sufridas por el Código Orgánico Procesal Penal (COPP) en lo tocante al procedimiento por admisión de los hechos, o a la institución de los acuerdos reparatorios?

En el primer caso nos conseguimos con una flagrante violación al debido proceso, puesto que si se limita la rebaja de la pena sólo a la pena mínima en caso del procedimiento por admisión de los hechos, según el penúltimo aparte del artículo 376 del COPP, entonces ¿qué beneficio obtuvo quien admitió la imputación, renunciando al derecho a la defensa, si esa era la pena que podía imponérsele? Es el caso, por ejemplo, de personas menores de 21 años, primarias, que según pacífica jurisprudencia en el país se le suele imponer la pena en su límite inferior; pero a su vez esas personas se acogen al procedimiento por admisión de los hechos. ¿Podría entonces el Estado desconocer su derecho a ser beneficiadas con la rebaja prevista en el encabezamiento y el primer aparte del artículo 376 del COPP? Ver Anexo IX.

Pero la reforma al COPP tocó de manera negativa a otras instituciones, como por ejemplo, el principio de oportunidad, tasando la insignificancia del hecho (la bagatela), con la pena de tres años. Fuera de las faltas, el hurto simple, y uno que otro delito, tal institución se hizo inaplicable.

Pero de las reformas del COPP, la que podría llevarse la presea de oro como violatoria del debido proceso, es la sufrida por la institución de los acuerdos reparatorios, que a través de esas "ficciones" propias del derecho, los legisladores fusionaron dos instituciones: los acuerdos reparatorios y el procedimiento por admisión de los hechos, produciendo tal "ficción" una amenazante institución, por medio de la cual, sin realizarse la audiencia mediante la cual se admiten los hechos (último aparte del artículo 376 del COPP), la persona puede ser condenada si incumple el acuerdo reparatorio en el cual convino. Debemos concluir que nuestro legislador creó, a través de esta novísima reforma, un monstruo procesal que podríamos bautizar como "la confesión implícita". A fuerza de reformas, el Ejecutivo y sus "quintacolumnas" en el Poder Legislativo y el Judicial, pareciera que quisiera hacer desaparecer los beneficios que el Código Orgánico Procesal Penal trajo a la justicia venezolana, a través de un legítimo y verdadero debido proceso.

Lo anterior, aparte de violar flagrantemente el debido proceso, viola el principio de progresividad, al igual que las decisiones que limitan la rebaja de la pena por admisión de los hechos, al límite mínimo de la misma. Sobre este asunto no se conoce alguna jurisprudencia que ponga en lugar a la función jurisdiccional como garante del debido proceso; hace falta jueces, recordando de nuevo las palabras de Ferrajoli, que tengan una actitud crítica dirigida a deslegitimar el sistema cuando no se corresponda con su fuente de legitimación: la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Hammurabi. Buenos Aires, 1999.

BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad-Hoc.* Buenos Aires, 1993.

BUSTOS, Juan. *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal.* Temis. Bogotá, 1982.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón.* Trotta. Madrid, 1995.

MERA, Jorge. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Editores Medina-Mera. Santiago, 1996.

RONDÓN, Hildegard. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*. Exlibris. Caracas, 2000.

ZAFFARONI, Raúl. *En Busca de las Penas Perdidas.* Ediar. Buenos Aires, 1989.

ANEXO I

VOTO SALVADO

Jorge L. Rosell Senhenn, Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia salva su voto en relación a la anterior decisión, con base en los siguientes razonamientos:

I

EL CRITERIO MAYORITARIO DE LA SALA

Mis compañeros de Sala dieron su aprobación a una decisión mediante la cual acogían un recurso de fondo formalizado por el Ministerio Público, en contra de una sentencia del Juzgado Superior Segundo en lo Penal de la Circunscripción Judicial del para entonces Municipio Vargas.

El recurso se basa en la falta de aplicación del artículo 57 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (LOSEP) y en la indebida aplicación de los artículos 80 y 82 del Código Penal.

El asunto es que el Juez Superior condenó al imputado **JOSÉ ANTONIO PÉREZ BERNARDO** por el delito de TRANSPORTE ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES EN GRADO DE TENTATIVA, lo cual, según el Ministerio Público viola la orden que emana del artículo 57 de la LOSEP, el cual establece:

> Las penas previstas en el presente Título se aplicarán conforme a las reglas pertinentes establecidas en el Código Penal.
>
> En los delitos previstos en los artículos 34, 35, 36, 37 y 47, no se admite tentativa de delito ni delito frustrado.

II

LA BASE DE LA DECISIÓN DEL SUPERIOR

El Juzgado Superior efectivamente reconoce la existencia del artículo 57 de la LOSEP y la orden que emana de él, en el sentido de que no

podrá aplicarse la hipótesis de la tentativa o la frustración en los delitos previstos en esa Ley especial.

Sin embargo, asumiendo la autonomía e independencia de los jueces, consagradas en el artículo 205 de la Constitución de la República, y deduciendo del contenido del artículo 57 una violación a dicha autonomía e independencia, concluyó en que debía desaplicarse esta última disposición con base en el control difuso de la Constitución previsto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, y ahora, desde su entrada en vigencia, el 1º de julio de 1999, en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal.

III

POR QUÉ SE VIOLA LA INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DEL JUEZ

Únicamente el juez es quien debe conocer del caso concreto y decidir por tanto si el delito en cuestión, en su ejecución, acepta o no formas imperfectas, lo que supone el análisis relativo a la divisibilidad o indivisibilidad del *inter criminis:* si se trata de un delito cuya ejecución es fraccionable o fragmentable.

Toda función pública tiene los límites que se deducen de la Constitución y las leyes. El legislador no debe inmiscuirse en funciones que no le son propias. Sólo el juez, ante el hecho, puede determinar si el mismo es de ejecución fraccionable, es decir, que el delito presuponga una actividad a desarrollarse gradualmente. El legislador se encarga de establecer a través de normas generales y abstractas las hipótesis respectivas que conforman el catálogo penal; pero el juez, con base en el hecho concreto probado, es quien debe darle aplicación al sistema penal, a partir de los tipos de ese catálogo.

Dentro de la función jurisdiccional está la determinación de si se trata de un hecho consumado, tentado o frustrado. Para ello debe examinar el tipo, y precisar si esa determinada hipótesis abstracta y general acepta que su acción sea fragmentada, si es así, y los hechos que le mues-

tran como probados coinciden con la tentativa o la frustración, el juez no tiene otro camino que declararlo de esa manera.

IV

CÓMO HA DE PRECISARSE SI UN HECHO ADMITE TENTATIVA O FRUSTRACIÓN

La tentativa o la frustración no pueden buscarse sino dentro del tipo en cuestión. No es asunto de agregar características que no están en la hipótesis legal, como por ejemplo, recurrir a la vieja tesis de la peligrosidad. Sólo el estudio del tipo penal, respetando el principio de la legalidad, puede darnos orientación en este sentido.

Es así que Jorge Frías Caballeros escribe que, el proceso externo de la tentativa no se halla fuera, sino dentro del tipo concreto de la parte esencial de que se trata en cada caso. Certeramente el citado autor explica que su solución (la de la tentativa) no se ha de buscar al margen sino a partir del tipo especial, por ello el único punto de partida, lógicamente correcto, es el objetivo formal: el tipo delictivo concreto (*El Proceso Ejecutivo del Delito,* Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 175).

Por su parte, Eduardo Novoa Monreal establece una serie de requisitos para integrar el delito tentado, pero antes explica que la tentativa aparece en tipos delictivos que requieren de cierta preparación para llegar a su plena realización. Agrega que la actividad material debe ser apta, adecuada, para conseguir el propósito del sujeto activo que es la consumación del delito, pero esto no llega a producirse por impedimentos ajenos a su voluntad.

Por otra parte, el profesor Novoa Monreal escribe que se requiere una serie de elementos para declarar el delito tentado y éstos son: 1) un propósito delictivo exteriorizado en actividad criminal; 2) una actividad apta para la realización del tipo proyectado; 3) una actividad material que sea fragmentable; 4) la interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del sujeto activo; y 5) la no consumación del tipo a que tendía

el propósito del sujeto (*El Proceso de Generación del Delito. Tentativa y Delito Imposible.* Concepción, Santiago 1963, pp. 20 a la 24).

El juez entonces, con base en el estudio de los elementos del tipo concreto, como lo indica Frías Caballeros, es quien debe precisar si los elementos del delito tentado se producen, como lo escribe Novoa Monreal, y si esto es así, porque así lo indica la vida real llevada al proceso, a través de las pruebas respectivas, el juez deberá entonces declarar que se trata de un hecho que acepta formas imperfectas de realización como sería la tentativa o la frustración.

V

LA PELIGROSIDAD Y LOS DELITOS TENTADOS Y FRUSTRADOS

No cabe la menor duda de que la causa de la extensión de la pena hacia la tentativa o la frustración no es más que la de sancionar el haberse puesto en peligro un bien jurídico, pero mal podría alegarse este mismo concepto para imponer una sanción igual a la del delito perpetrado en forma "perfecta". Si se examina el tipo delictual y se comprueba en forma determinante que hubo el propósito delictivo (la actividad material para su realización) siendo la acción fraccionable o fragmentable, y se produjo la interposición de un obstáculo que haya impedido la no consumación del tipo, no le queda otro camino al juez que declarar la tentativa del delito, pues no podría existir ley que tuviera como fin declarar como inexistentes, hechos que el juez aprecia fehacientemente en su función jurisdiccional.

VI

EL ASUNTO DE LOS DELITOS EN EL ÁMBITO DE LAS DROGAS DECLARADAS ILÍCITAS

Es debido a un trato especial que la legislación latinoamericana le ha dado a los "delitos de droga", lo que ha hecho mantener una actitud desproporcionadamente represiva en ese ámbito del derecho penal.

Penas que superan las previstas para delitos que violentan los más altos valores del ser humano, como su vida y su libertad, son las que se observan en esta legislación especial. Lo más lamentable del trato de este asunto es que el sistema penal por su selectividad natural vuelca toda su violencia principalmente hacia el débil político o económico, poblándose de esta manera nuestras cárceles de "mulas" o "buhoneros" de la droga, sin que el sistema por lo menos trate de buscar al financista o al verdadero traficante de estas sustancias.

No proponemos la impunidad para este tipo de hechos, pero sí creemos en la aplicación del principio de la proporcionalidad concreta lo cual es responsabilidad del juez, pues no podríamos tratar por igual a personas que son el eslabón más bajo de la cadena del comercio de drogas declaradas ilícitas, y aquellas que propician tal acción facilitándola logística y económicamente. No podemos creer que es justo que a JOSÉ ANTONIO PÉREZ BERNARDO se le imponga la misma pena (¡de 10 a 20 años de prisión!) que a los que son responsables de tan despreciable comercio.

Es por esta misma vía de la desproporcionada represión que se "inventó" el artículo 57 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y si en verdad al juez le corresponde realizar la ley, no puede estar obligado a aplicar normas irracionales, que violentan los principios del derecho penal, desconociendo, en este asunto, que en los delitos de tráfico, transporte u ocultamiento de drogas (para mencionar sólo los tipos más comunes) el *inter criminis* es divisible, constituyendo delitos cuya ejecución es fraccionable o fragmentable. Lo que no podría negarse en casos similares es que esos sujetos estaban en posesión de droga de prohibida tenencia; o bien que queriendo realizar el delito en cuestión, por razones ajenas a su voluntad se obstaculizó o impidió su perpretación.

VII

UNA NUEVA LECTURA DEL ARTÍCULO 57

Quien no supiera de la "política criminal" imperante, y por tanto, del excesivo rigor que el legislador venezolano ha puesto en las sanciones de la Ley en referencia, y leyera sin prejuicio alguno su texto, teniendo

presente modernas doctrinas acerca del derecho penal que lo definen como último recurso a utilizar en los conflictos interpersonales, que es lo que indica el minimalismo y el garantismo dentro de este violento ámbito, llegaría a la conclusión de que lo ordenado por el texto legal es sancionar sólo a la perpetración, mas no a la tentativa y a la frustración.

Transcribamos de nuevo el único aparte del artículo 57 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas:

> En los delitos previstos en los artículos 34, 35, 36, 37 y 47, no se admite tentativa de delito ni delito frustrado.

Para haber sido clara la orden del legislador, ha debido establecerse que tanto el delito tentado como el frustrado en materia de drogas, debería sancionarse como si hubiera sido consumado. Sin duda alguna los proyectistas no se atrevieron a poner tan claro el asunto, pues revelaría aun con mayor intensidad el atentado que se "perpetraba" en contra, no sólo de los principios generales que orientan el derecho penal y procesal penal, sino también normas expresas del Código Penal que recogen las figuras de la tentativa y de la frustración.

De todas maneras dejaré esta lectura del artículo 57 de la Ley en comentario para aquel juez que libremente pudiera acogerla: este único aparte ordena sancionar sólo la perfecta realización del tipo previsto en la legislación, su perpetración, razón por la cual quedaría fuera del ámbito penal el delito tentado y el delito frustrado.

VIII

EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN

Ya no es necesario recurrir al Código de Procedimiento Civil, pues el artículo 19 del vigente Código Orgánico Procesal Penal prevé que cuando la ley cuya aplicación se pida colidiera con la Constitución, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional.

De lo antes explicado se deduce que el artículo 57 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas colide con el artículo

205 de la Constitución de la República que consagra la autonomía e independencia de los jueces en la fijación de los hechos a fin de interpretar y aplicar la ley. Tratar de sustituir tan delicada función por la vía legislativa a través de una norma abstracta y general desconocedora de la realidad con la cual se enfrenta el juez, y la que debe resolver a través de la aplicación de principios que orientan el derecho penal, es desconocer su función dentro de los diferentes órganos del Estado, y por tanto, atenta contra su independencia y autonomía.

IX

CONCLUSIÓN

Es por estas razones que disiento del voto mayoritario de la Sala, puesto que efectivamente debe desaplicarse el artículo 57 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, con base al control difuso de la Constitución al violar tal disposición el artículo 205 de la Constitución de la República, y por este medio debe aplicarse, cuando el caso así lo requiera, las instituciones de la tentativa y la frustración en los llamados "delitos de droga", de conformidad con los artículos 80 y 82 del Código Penal.

Por último, debo dejar expresa constancia que para este voto disidente, como se desprende de su contenido, poco importa el asunto que en concreto se discuta, si la base de la decisión es la aplicación forzosa, por parte del juez, del artículo 57 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Es posible que en ciertos asuntos se demuestre que efectivamente, en los hechos a examinar por el juez, no se produjo la tentativa o la frustración. En estos casos, si se entra en tales consideraciones, tomando en cuenta los principios que orientan el derecho penal, y no sólo una orden irracional emanada del legislativo, este sentenciador podrá tener una opinión diferente a la expresada.

De esta manera se deja expresado el voto disidente. Fecha *ut supra.*

El Presidente de la Sala: Iván Rincón Urdaneta; El Vicepresidente: Ángel Edecio Cárdenas P.; Magistrado, Nelson Rodríguez García; Magistra-

do, José Erasmo Pérez-España; Magistrado disidente, Jorge L. Rosell Senhenn; El Secretario, José Leonardo Requena Cabello.

JLRS/cc.

Exp. Nº 98-0588 (NRG)

ANEXO II

VOTO SALVADO

JORGE L. ROSELL SENHENN, Magistrado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en la presente decisión, con base en las siguientes razones:

I

EL CRITERIO MAYORITARIO QUE MANTIENE LA SALA

La lectura que los distinguidos Magistrados RAFAEL PÉREZ PERDOMO y ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS le dan a la disposición 36 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, se dirige a reprimir con las penas previstas en los artículos 34 y 35 (de 10 a 20 años de prisión), el delito de simple posesión de estupefacientes.

Dicha disposición establece:

> El que ilícitamente posea las sustancias, materias primas, semillas, resinas, plantas a que se refiere esta Ley, con fines distintos a los previstos en los artículos 3º, 34 y 35, y al del consumo personal establecido en el artículo 75, será sancionado con prisión de cuatro (4) años a seis (6) años. A los efectos de la posesión se tomarán en cuenta las siguientes cantidades: hasta dos (2) gramos, para los casos de posesión de cocaína o sus derivados, compuestos o mezclas con uno o varios ingredientes; y hasta veinte (20) gramos, para los casos de *cannabis sativa*...

Esta lectura que mis apreciados compañeros de Sala le dan a la disposición haría inaplicable el tipo de la posesión, pues si se concluye en que toda persona que posea más de dos (2) gramos de cocaína o más de veinte (20) gramos de marihuana debe imponérsele penas de entre 10 a 20 años de prisión, correspondientes al tráfico y otros delitos, entonces, ¿quiénes serían tratados con la pena prevista en el artículo 36 para el tipo legal de posesión?

II

EL CONTENIDO Y EL PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 36 DE LA LOSEP

Precisamente la Ley en cuestión tiene como propósito poder sancionar a quien tuviera esa posesión sin ser consumidor, pero tampoco con intención de traficar o distribuir, o que no se le pudiera probar tal intención. La Ley es muy clara en este sentido, el que posea esas cantidades de droga con "fines distintos a los previstos en los artículos 3º, 34 y 35 (tráfico otros delitos con pena de 10 a 20 años), y al del consumo personal...".

La anterior lectura del artículo 36 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, viene a ser confirmado por el artículo 75 de la misma Ley:

> Quedan sujetos a las medidas de seguridad previstas en esta Ley:
>
> 1. El consumidor de las sustancias a que se refiere este texto legal.
>
> 2. Quien siendo consumidor, posea dichas sustancias en dosis personal para su consumo. A tal efecto, se tendrá como dosis personal, hasta dos (2) gramos en los casos de cocaína o sus derivados, compuestos o mezclas, con uno o varios ingredientes, y hasta veinte (20) gramos en los casos de *cannabis sativa*...

Es pues, intención del legislador imponer una sanción razonable a aquel que sin habérsele probado que es consumidor, pero tampoco es distribuidor, se le consiga en posesión de pequeñas cantidades de droga.

III

EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD

El juez debe tomar en consideración principios propios del sistema penal, como es el de la proporcionalidad.

No es racional sancionar con la misma pena a "capos" o verdaderos traficantes de la droga o financistas de la misma, que a poseedores de pequeñas cantidades de droga, que encima de ello, no se ha podido comprobar que dicha posesión vaya dirigida a la distribución, como lo establece el mismo artículo 36 en comentario.

Partir del criterio de que quien posea más de dos (2) gramos de cocaína o "bazuko" (por ejemplo, dos (2) gramos y un (1) miligramo), queda sujeto a una pena media de 15 años de prisión, es irracional, promoviendo una interpretación deshumanizada de la ley: ¿castigar igualmente a quien posea dos (2) gramos y medio de "bazuko", que a un financista de la droga?

Es más, en relación a otros delitos veríamos que la pena en su límite superior en el delito de homicidio intencional, es menor, y la media igual, a las penas que se imponen a este poseedor de drogas, esto hace que deba imponerse sin diferencia, al homicida y a quien posea 2 gramos y algo más de "bazuko" o 20 gramos y algo más de marihuana, la pena media de reclusión carcelaria.

Precisamente, la proporcionalidad genérica es función del legislador que plasma en las normas generales y abstracta que crea; y la proporcionalidad concreta es función del juez, al ajustar la norma a las circunstancias sociales, en procura de decisiones equitativas.

IV

EL CRITERIO QUE SE MANTENÍA

La Sala Penal venía sosteniendo un criterio que se ajustaba precisamente a lo previsto en el artículo 36: sólo podía imponerse la pena pre-

vista en los artículos 34 y 35, cuando se demostraran elementos que determinaban que efectivamente se cometían los delitos de tráfico y otros delitos tipificados en esos artículos. No sólo estar en posesión de droga demostraba que se traficaba con ella (a menos que la excesiva cantidad así lo indicara), sino que era necesario demostrar otros elementos que comprobaran el delito.

Mal puede condenarse a una persona como traficante de drogas, si no se demuestra que efectivamente lo es, lo único que quedaría como sanción para ella, sería imponerle la pena prevista en el artículo 36 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por posesión ilícita de drogas, y tratarlo como lo ordena tal artículo, pues la conclusión es que dicha posesión es "con fines distintos a los previstos en los artículos 3º, 34 y 35..."; o por lo menos no se demostró que la posesión era con tales fines.

No se promueve la impunidad en estos delitos, sino sólo un trato racional y justo, proporcional a la acción del sujeto del sistema penal, lo cual traería como consecuencia la imposición de penas entre 4 y 6 años de prisión, lo que tampoco es una sanción poco severa.

Los integrantes de esta Sala debemos tomar conciencia de que, detrás de cada expediente de droga no tiene porqué esconderse un desalmado enemigo de la humanidad, sino que son seres humanos a quienes debemos juzgar sin prejuicio alguno, para de esa manera imponer la más severa de las penas, si así lo merece, pero siempre salvaguardando la imparcialidad, a fin de obtener un fallo justo.

Por último debe aclararse que tal y como viene procediendo la Sala, es común casar de oficio o anular de oficio sentencias que no se corresponden con el generalizado sentimiento de justicia, aun cuando no se haya alegado, como es obvio, el motivo por el cual se anula el fallo, y es por esta razón, conjuntamente con las antes anotadas, por las cuales difiero de la opinión mayoritaria que aprobó el dispositivo de esta sentencia.

Es por lo antes anotado, que quien suscribe como Magistrado disidente salva su voto en la presente decisión. Fecha *ut supra.*

El Presidente de la Sala: Jorge L. Rosell Senhenn –Disidente–; El Vicepresidente: Rafael Pérez Perdomo; Magistrado, Alejandro Angulo Fontiveros; La Secretaria, Linda Monroy de Díaz.

JLRS/cc.

Exp. Nº 98-552

ANEXO III

VOTO SALVADO

JORGE L. ROSELL SENHENN, Magistrado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en la sentencia que antecede por las razones que a continuación se precisan:

I

EL CRITERIO MAYORITARIO

Mis distinguidos compañeros de Sala, los Magistrados RAFAEL PÉREZ PERDOMO y ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS, se abstuvieron de pronunciarse sobre el recurso de fondo interpuesto referido a que el objeto utilizado en el robo que se investiga, era una imitación de arma de fuego (revólver o pistola de juguete). Esta Sala, con base en principios inspirados en la Constitución y en el Código Orgánico Procesal Penal, ha decidido con frecuencia optar por la casación de oficio o la nulidad de oficio, a fin de cumplir con las modernas funciones de la casación, que ya no se limita a custodiar las formalidades y asegurar la unidad de la jurisprudencia, sino que va más allá: la búsqueda de fallos equitativos que satisfagan el sentimiento generalizado de justicia.

II

EL CRITERIO QUE SOSTENÍA LA SALA

La Sala de Casación Penal venía planteando lo siguiente:

> Ahora bien, tal y como lo ha sostenido este Supremo Tribunal en reciente jurisprudencia, para que el delito de robo se considere agravado es necesario que se cometa –entre otros modos– por medio de amenazas a la vida, a mano armada, y para ello se requiere un arma real, es decir, un objeto o instrumento que por su naturaleza y destino sea definido como arma y que al ser usado como tal, sea capaz de producirle lesión o muerte a la persona contra la cual se ha utilizado. En tal sentido no siendo una pistola de juguete idónea para producir una amenaza a la vida, que la ponga en riesgo de ser lesionada o extinguida, no puede considerarse un arma y por lo tanto la persona que la lleva consigo no reúne las condiciones como para calificar su acción de Robo a Mano Armada...

Este criterio, al principio aceptado por los aludidos compañeros de Sala, fue abandonado posteriormente, para volver a la doctrina altamente represiva que se sostenía en épocas pretéritas, por medio de la cual se aumentaba la pena de 6 a 12 años de presidio, por un hecho que a todas luces, como se explicó, constituía un robo simple y no agravado.

III

LAS RAZONES DE LA AGRAVACIÓN

Un aumento de pena tan severo de 8 años a 16 años de presidio en su límite superior, no puede obedecer a caprichos del legislador. Efectivamente, se agrava la pena por el peligro que presupone el uso de un arma, lo cual pone en evidente riesgo la vida o integridad física del agraviado. No se concibe que dicho aumento en la sanción se deba sólo al hecho de que se intimida a la víctima con la supuesta arma.

En este sentido, diferentes autores se han pronunciado al respecto, lo cual fue recogido por un apreciado compañero de la Sala Penal, Doctor JOSÉ ERASMO PÉREZ ESPAÑA, en sentencia del 20 de octubre de 1999.

El maestro JOSÉ RAFAEL MENDOZA manifiesta, refiriéndose a la agravante de amenazas a la vida, a mano armada:

> Es una amenaza más grave que el medio de comisión señalado en el artículo 457, y consiste en la oferta seria de quitarle la vida a la persona amenazada, reforzada por las armas, a mano armada, sacando las armas.

Hernando Grisanti Aveledo considera:

> ...la amenaza a la vida, cuando no está reforzada por las armas, queda comprendida en el artículo 457 del Código Penal.

Agregando inmediatamente:

> Hay que observar que un revólver descargado o de juguete puede ser usado como un arma contundente, aunque con ésta no puede crearse la situación de peligro personal que engendra el empleo de un revólver cargado.

Fontán Balestra y Sebastián Soler, citados por Hernando Grisanti, consideran en cuanto al empleo de armas falsas o simuladas, que no agrava el robo. Concretamente, Sebastián Soler afirma que para que exista la agravante "se hace necesario que el dolo del autor consista precisamente en el empleo de algo que sea un arma para él".

Ricardo C. Núñez opina así:

> Si el robo se cometiere con armas... Es un arma tanto el objeto destinado para la ofensa y defensa, como el que eventualmente, por su poder vulnerante, puede utilizarse para esos fines. El uso de un arma simulada o descargada no agrava el delito, porque la calificante atiende al peligro real emergente de la utilización del arma.

Argumentos en la doctrina sobran entonces, para poder tomar un criterio de tratamiento justo al diferenciar las dos acciones: quien roba utilizando un arma simulada, y quien lo hace armado efectivamente.

IV

EL TIPO PENAL

El artículo 460 del Código Penal es claro al incluir entre los elementos del ROBO A MANO ARMADA, que el sujeto activo efectivamente esté armado, cosa que no sucede cuando quien actúa lo hace utilizando una apariencia de arma.

¿Está armado quien empuña una simulación de revólver? ¿Está armado quien utiliza una pistola de juguete?

¿Está permitido entonces condenar a estas personas con la misma sanción que se le impone a quien efectivamente está armado y pone en evidente peligro la vida de su víctima?

De alguna manera ha de diferenciarse el tratamiento de estas conductas, y la única, es seguir los elementos del tipo penal al considerar que se comete el delito de ROBO A MANO ARMADA, sólo cuando quien actúa efectivamente está armado, no cuando simula tal condición, por lo que su conducta aunque punible, debe encuadrarse dentro del tipo penal de ROBO SIMPLE, razones que han debido llevar a la Sala Penal a casar de oficio la sentencia recurrida.

Es por lo antes anotado, que quien suscribe como Magistrado disidente salva su voto en la presente decisión. Fecha *ut supra.*

El Presidente de la Sala, Jorge L. Rosell Senhenn –Disidente–; El Vicepresidente, Rafael Pérez Perdomo; Magistrado, Alejandro Angulo Fontiveros; La Secretaria, Linda Monroy de Díaz.

JLRS/cc.

Exp. Nº 98 / 1562 (RPP)

ANEXO IV

VOTO SALVADO

JORGE L. ROSELL SENHENN, Magistrado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en relación a la anterior decisión, con base en los siguientes razonamientos:

I

EL CRITERIO MAYORITARIO DE LA SALA

Los Magistrados RAFAEL PÉREZ PERDOMO y ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS, dieron su aprobación a la presente sentencia basándose en el criterio de que aun cuando la detención de los autores del delito impidió el propósito final del mismo, debe considerarse el robo perpetrado y no frustrado, como lo sostenemos.

El grado de frustración quedó demostrado porque los autores fueron detenidos instantes después de haberse cometido el hecho en posesión de lo robado, y señalados como tales por las víctimas. De lo anterior se deduce que nunca tuvieron la posesión absoluta de los bienes objetos del hecho, razón por la cual no consiguieron realizar el fin último que se proponían: aprovecharse de los bienes en cuestión. Al no realizarse la acción, o completarse el fin para el cual se realizó, lógicamente ha de considerarse como un delito en grado de frustración.

Que los "atracadores" son un peligro, estamos de acuerdo, pero aun cuando **no** vamos por el camino de la impunidad, sí creemos firmemente que debe dársele el tratamiento que legalmente se establece en el Código Penal, el cual debe ser aplicado conforme a los principios que se deducen de la doctrina o de la teoría, obviamente en este caso, del derecho penal.

II

LA PELIGROSIDAD Y LOS DELITOS TENTADOS Y FRUSTRADOS

No cabe la menor duda de que la causa de la extensión de la pena hacia la frustración no es más que la de sancionar el haberse puesto en peligro un bien jurídico, pero mal podría alegarse este mismo concepto para imponer una sanción igual a la del delito perpetrado en forma "perfecta". Si se examina el tipo delictual y se comprueba en forma determinante que hubo el propósito delictivo (la actividad material para su realización) siendo la acción fraccionable o fragmentable, y se produjo la interposición de un obstáculo que haya impedido la no consumación del tipo, o bien, que habiéndose realizado todo lo necesario no se produjo el resultado deseado, no le queda otro camino al juez que declarar la tentativa o la frustración del delito, pues el juez debe declarar como ciertos, hechos que aprecia fehacientemente en su función jurisdiccional.

III

¿ES UN DELITO DE CONSUMACIÓN FORMAL O MATERIAL?

No es correcto que se imponga la pena como si el delito se hubiera perpetrado, aun cuando los fines, o el propósito del autor no se hayan producido: "...siempre que la ley señale generalmente la pena de una infracción, se entenderá que la impone a la consumada. Se parte aquí de un **concepto formal** de consumación o consumación típica. En este sentido, consumación es la plena realización del tipo en todos sus elementos". Así lo explica Francisco Muñoz Conde en su *"Teoría General del Delito,* (Editorial Temis, Bogotá, 1990, p. 180).

Más adelante Muñoz Conde explica que el legislador pudiera adelantar la consumación "a un momento anterior", a la producción del resultado lesivo, dándole a ésta una connotación eminentemente formal y cita como ejemplo el robo con fuerza en las personas "cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, **aunque**

no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad propuestos por el culpable". Entonces el artículo 512 del Código Penal español (para la fecha de la cita) sí permitiría considerar como robo consumado, la acción de las personas que se juzgan a través de esta causa; sin embargo, nuestro Código Penal nada establece acerca de la posibilidad de adelantar "el momento" de darse por realizada la perpetración del delito, antes de que efectiva y realmente se violente el bien jurídico protegido, que en este caso es el de la propiedad, pues el sujeto activo, cuyo propósito era despojar o quitar el bien en cuestión, no logró completarlo.

Y para finalizar la cita de Muñoz Conde, baste con transcribir: "Distinta de la consumación formal es la **consumación material o terminación del delito**, en la que el autor no sólo realiza todos los elementos típicos, sino que, además, consigue satisfacer la intención que perseguía...". No es sólo realizar los elementos típicos, sino también la satisfacción del propósito ilícito que intencionalmente trató de realizar el autor del hecho.

IV

LA TEORÍA Y EL DERECHO POSITIVO

Cabe en esta oportunidad plantearse conceptos relacionados con la justicia y la equidad como principios que han de orientar la función judicial. No es justo ni equitativo que se sancione con igual pena a la acción que ha realizado su propósito al causar un daño y lograr un beneficio, como es el caso del robo consumado, y la acción que se vio frustrada y por tanto resultó inocua. Estas ideas que nos alejan de la concepción positivista a la vez nos hacen pensar que el derecho no sólo es norma, sino también elementos axiológicos que sirven para valorar "la ley", a fin de ajustarla, o inclusive sustituirla, no por una discrecionalidad ilimitada del juez, sino por conceptos y criterios que se ajusten a la idea de justicia y equidad conformada, en parte, por la teoría.

Tradicionalmente se acepta, sobre todo para juristas de formación básicamente positivista, que debe haber una separación entre la teoría y la norma. La teoría tiene una función: hacernos comprender el derecho, y

la norma otra: resolver (¿?) un conflicto con su aplicación. No pensamos nunca, debido a nuestra formación, que la teoría en su aplicación directa pueda resolver el asunto, es más, que la teoría pueda suplantar la norma cuando aquella da la respuesta correcta, la solución racional. Mucho de lo anotado tiene relación con el concepto que se tenga del derecho, y sobre todo, con tesis que desechan la plenitud hermética de éste, que demagógicamente ofrece una certeza con la cual cautiva a quien ingenuamente crea en la seguridad jurídica como consecuencia del contenido unívoco de la norma jurídica. Si el propio positivismo en su versión más rancia no tiene otra respuesta que la discrecionalidad judicial en los casos en los cuales existen normas contradictorias o lagunas legales, ¿cómo pretende entonces asegurar certeza y "seguridad jurídica" cuando la suerte del derecho se libra a la "función creadora de la jurisprudencia"?

Según lo plantea Ronald Dworkin, lo cual de seguida se examinará, esta "salida" del positivismo no sólo le permite al juez crear normas usurpando la función legislativa, sino que serán de aplicación retroactiva, al tratar de resolver el conflicto ya planteado ante la instancia jurisdiccional. Esta es exactamente, sin ningún añadido o interpretación que desvíe sus objetivos, la tesis positivista.

En el prólogo del libro *Los Derechos en Serio,* de Ronald Dworkin, A. Calsamiglia escribe lo siguiente en relación a la tesis dworkiana:

> ...La teoría no sólo sirve para conocer el derecho vigente sino que también es un auxiliar indispensable para el juez. Dworkin destruye el supuesto metodológico positivista de la separación absoluta entre la descripción y la prescripción. En un caso difícil la teoría sirve para que el juez decida con fundamento racional. La teoría es el fundamento de la validez de **la tesis de la respuesta correcta**. Sin una teoría del derecho no es posible solucionar los casos difíciles. El juez al utilizar la teoría como criterio para la resolución de los conflictos sociales aplica el derecho. La teoría no sólo describe sino que forma parte del derecho.

> Es posible que los juristas educados en la tradición positivista se rasguen las vestiduras ante tamaña blasfemia, pero, tal como lo enfoca Dworkin sus tesis exigen respuestas. ¿No es posible demostrar que las **teorías jurídicas** se utilizan para resolver casos difíciles? (Ariel, Barcelona, 1999, p. 16).

¿Debemos resolver el asunto planteado a través de una concepción silogística de la misión del juez? ¿No es racional resolver el problema de la existencia o no de la frustración en el robo en cuestión, a través de la teoría, de la doctrina penal que hemos transcrito que da un trato diferente y por tanto equitativo a quien logró sus propósitos en la acción delictiva que aquél que no realizó esos extremos?

Es cierto que parte de las conclusiones a las cuales se llegaron cuando se trató el asunto de la frustración se basó en la norma penal, pero la teoría va más allá, y si esto es así, podríamos preguntarnos cómo lo hace Calsamiglia inspirado en Dworkin: ¿es posible utilizar las teorías jurídicas para resolver asuntos jurisdiccionalmente, no para orientar la decisión, sino para aplicar directamente al caso concreto?

Esto ha de ser plausible cuando la solución del asunto obedezca al sentimiento generalizado de justicia, lo cual, sin duda alguna, dependerá de la manera como el operador de justicia perciba el asunto en relación al entorno social que le corresponda; dependerá de la ideología de quien tiene en sus manos "la respuesta correcta", dependerá de la forma como se utilice el derecho y de la idea que se tenga acerca de sus componentes.

Es por lo anterior que se concluye que efectivamente el hecho en cuestión es un robo en grado de frustración, y es también, por lo antes explicado, que existen los "votos salvados". Fecha *ut supra*.

El Presidente de la Sala, Jorge L. Rosell Senhenn –Disidente–; El Vicepresidente, Rafael Pérez Perdomo; Magistrado, Alejandro Angulo Fontiveros; La Secretaria, Linda Monroy de Díaz.

JLRS/cc.

Exp. Nº 98-1466 (AAF)

ANEXO V

SÍNTESIS DE LA SENTENCIA

– Dentro de la función judicial está suplir fallas del Poder Legislativo.

– El límite de 100,00 Bs. para diferenciar el hurto mayor del menor, es del Código Penal de 1926.

– El principio de la proporcionalidad concreta debe aplicarse en asuntos de bagatela.

– Se revocan autos de detención dictados por el hurto perpetrado hace casi cuatro (4) años de dos (2) latas de sardinas, un (1) litro de aceite, dos (2) frascos de mayonesa, tres (3) tubos dentífricos y un (1) radio de pilas.

SENTENCIA

JUZGADO SUPERIOR PRIMERO EN LO PENAL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO LARA

Barquisimeto, 21 de julio de 1994

Años: 184º y 134º

Vista la apelación interpuesta por el defensor del procesado Rafael Antonio Lucena, contra la decisión dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Penal, se observa:

El presente expediente se inició debido a un hurto perpetrado según denuncia formulada por Stella Escalona el 19 de agosto de 1991.

Lo que se probó plenamente como hurtado fue un radio-reproductor al cual se le realizó la respectiva experticia de reconocimiento al ser recuperado de manos del comprador del radio: Homero Barrios, compra que realizó con quienes se señalan como autores del hecho: José Reañes y Rafael Lucena, dictándosele sometimiento a juicio por el Juzgado de Instrucción, y luego detención por Primera Instancia, al no presentarse

a rendir declaración indagatoria, medidas que alcanzaron a Barrios por la compra efectuada.

Lucena y Reañes, obreros de 18 y 21 años, residenciados en el foráneo caserío Loma de Sanare, confiesan en los folios 12 y 13, que efectivamente hurtaron el radio-reproductor ("al venir más o menos rascados") de un kiosco, que "consiguieron abierto", así como "un litro de aceite, dos mayonesas de esas pequeñas, dos sardinas y crema dental". Por su parte Barrios también confiesa haber comprado el artefacto, diciendo que no sabía de su procedencia.

Ahora bien, el hecho sucedió, como arriba se especifica hace casi cuatro (4) años, esto significa que en agosto del presente año, dentro de menos de un mes la acción penal estaría prescrita formalmente, si se toma en consideración lo previsto en el numeral 5 del artículo 108 del Código de Enjuiciamiento Criminal. Por otra parte el objeto principal del hurto: el radio-reproductor, fue recuperado por la agraviada, como consta al folio 36.

En este caso concreto, seguirle juicio penal con todas las formalidades y costos que esto implica a los tres procesados, luce desproporcionado al ser una bagatela lo hurtado y al ser perpetrado hace cuatro (4) años aproximadamente. El hecho de que todavía se considere como hurto mayor la sustracción de todo bien cuyo valor sea superior a cien bolívares (Bs. 100,00), es debido a la mora del legislador al no haber realizado las reformas respectivas que actualicen el contenido legal, en este caso del Código Penal en su artículo 453, en relación a la realidad social.

Por otra parte el costo social que significa seguirle juicio a estos tres obreros, probablemente agrícolas, residentes en apartados caseríos, sin antecedentes penales, y que después del hecho no hayan estado involucrados en otro ilícito, no tiene correspondencia con los propósitos que dice tener el sistema penal, aparte del hecho de que pudieran ser condenados en una sentencia definitiva por este asunto, cuya pena es de 6 años de prisión en su término medio.

La falta de proporcionalidad concreta entre el costo social del proceso y de la pena con el hecho que se dice cometido salta a la vista debido a su poca importancia.

Es por lo explicado que este sentenciador, en este caso concreto, debe coadyuvar en la función legislativa, en el sentido de plantearse la falta de correspondencia entre ley y realidad, la cual no ha sido llenada debido a la demora de la acción del órgano encargado de hacer o reformar la ley. La realidad indica que de reformarse el artículo 453 del Código Penal, no podría dejarse nunca como límite del hurto menor la sustracción de bienes con un valor menor a los cien bolívares (Bs. 100,00), pues actualmente cualquier objeto o mueble tiene un valor superior. Si ese era el límite cuando se aprobó el Código Penal de 1926, hace setenta años, ¿cuál será ese límite hoy día? De lo que no hay duda es que debe ser mucho mayor, o muchísimo mayor, de la suma de los cien bolívares (Bs. 100,00). El juez en este caso, debe relacionar ley y realidad a través de la valoración de la norma que le corresponde concretar, actitud axiológica que en ciertos casos causa la desaplicación de la disposición respectiva en beneficio de una solución equitativa, la cual es excluir a José Antonio Reañes, Rafael Antonio Lucena y Homero Antonio Barrios del sistema penal.

Por todo lo antes expuesto, este Juzgado en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA los autos de sometimiento a juicio y los autos de detención dictados a José Antonio Reañes, Rafael Antonio Lucena y Homero Antonio Barrios, calificando el hecho cometido como de hurto menor, tipificado en el primer aparte del artículo 453 del Código Penal, razón por la cual se declara prescrita la acción penal, de conformidad con el numeral 6 del artículo 108 del Código Penal vigente. Se deja expresa constancia que siendo el juzgado de la causa el Juzgado de Distrito, que cumple a la vez funciones municipales, de conformidad con el artículo 413 del Código de Enjuiciamiento Criminal, la revisión de tal decisión es de competencia de la jurisdicción ordinaria penal.

Se REVOCA el auto apelado. Bájese en su oportunidad.

El Juez, Jorge L. Rosell Senhenn; La Secretaria: Pastora Jiménez de Salas

ANEXO VI

JUZGADO PRIMERO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO PENAL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO LARA

Barquisimeto, 16 de junio de 1987

Años 177º y 128º

Vista la solicitud hecha por el sentenciado G.C.S., se observa:

1. Este ciudadano fue condenado a 6 años de prisión por el delito de tenencia ilícita de estupefacientes, por el Juzgado Superior Segundo Penal.

2. Por otra parte se le impuso como medida de seguridad, a cumplir en el sitio de reclusión penitenciario, "desintoxicación a la cocaína a través de procedimiento terapéutico dirigidos a la recuperación de la salud física y mental", tal como lo decidió el Superior (folio 182).

3. Que a G.C.S. no se le condenó por los delitos de tráfico de estupefacientes, sino por tenencia ilícita de tal sustancia, siendo un consumidor "fármaco-dependiente intensificado compulsivo", tal como se dictamina en informe médico psiquiátrico forense del folio 84.

4. Que la sentencia de esta instancia como la del Superior lleva implícita la orden de someter a G.C.S. a la medida de seguridad antes aludida.

5. Que el lugar de reclusión en donde se encuentra el sentenciado no está provisto de los medios adecuados para cumplir tal orden, como se deduce de informe del Servicio Social del Internado Judicial, en donde se recomienda su traslado a "un centro de rehabilitación".

6. Que es obligación del Estado proveer lo necesario para la asistencia a la salud de la ciudadanía, tal como se consagra como garantía en el artículo 76 de la Constitución de la República.

7. Que los órganos responsables de tales obligaciones han hecho caso omiso de las órdenes legislativas contenidas en los artículos 93, 193 y

198 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en los cuales se prevé: la creación de centros para consumidores de drogas en sus sitios de reclusión; centros de rehabilitación para drogadependientes, dentro del año siguiente a la promulgación de la Ley; y solicitud que ha debido hacer el Ejecutivo Nacional, a fin de que el Congreso aprobara créditos adicionales a tales fines.

8. Que después de año y medio de reclusión G.C.S. (está detenido desde diciembre de 1985) no ha recibido el tratamiento ordenado, por la falta de dotación aludida, siendo factible el cumplimiento del tratamiento mediante un régimen de internamiento en un centro de reclusión de carácter privado, Hogares Crea, como se deduce de los recaudos presentados con esta solicitud y como es recomendado en dictamen del "Servicio Social" del Internado Judicial de esta ciudad.

Por lo antes anotado y por cuanto a G.C.S. se le está privando de la garantía prevista en el artículo 76 de la Constitución de la República, no habiéndose demostrado en autos que sea un traficante de droga, sino un simple consumidor que poseía una cantidad de drogas que sobrepasaba la dosis personal de consumo, se ordena protegerlo en el derecho que tiene de rehabilitarse, ordenando su traslado a un local *ad-hoc*, el cual será un centro especializado en donde consiga cupo, todo de conformidad con los artículos 49 y 50 de la Constitución, en concordancia con el artículo 326 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

El Juez, Jorge L. Rosell Senhenn; El Secretario, Raúl G. Agudo Vicci.

ANEXO VII

SÍNTESIS DE LA SENTENCIA

– La legalidad no sustituye la legitimidad.

– La violencia de derechos fundamentales en los sitios carcelarios deslegitima el poder represivo del Estado.

– Los artículos 49 y 50 de la Constitución de la República conceden amplios poderes al juez convencido de su función garantista.

– La contradicción entre ley y realidad hace recurrir al juez latinoamericano a instancias axiológicas para la solución de conflictos.

– Se revoca decisión de Primera Instancia y se concede el beneficio de libertad provisional, aun cuando el procesado tenía antecedentes penales.

SENTENCIA

JUZGADO SUPERIOR PRIMERO EN LO PENAL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO LARA

Barquisimeto, 04 de mayo de 1994

Años: 184º y 135º

Vista la apelación interpuesta por el defensor definitivo del procesado Luis José Puertas, contra la negativa del beneficio de libertad provisional bajo fianza, este Tribunal, observa:

I

LA LIBERTAD BAJO FIANZA NEGADA

1. El Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Penal, dictó auto de detención en contra de Luis José Puertas, pues estando indiciado en un delito de lesiones personales, tenía antecedentes de haber sido beneficiado con una medida de sometimiento a juicio, por otro hecho por lesiones en el cual estuvo involucrado hace cuatro años, en 1990.

2. Solicitado el beneficio de libertad bajo fianza, la Juez de la causa se lo negó debido a los antecedentes aludidos, de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Libertad Provisional Bajo Fianza (folio 4).

3. La defensa, mediante escrito del folio 6, apeló de dicha decisión alegando que según el artículo 6 de la Ley aludida "sí es procedente la libertad del ciudadano Luis José Puertas".

Efectivamente, como lo plantea la defensa, el artículo 6 referido, dentro de las condiciones que debe reunir el procesado, no alude el requisito de los antecedentes penales, pero es el caso que, tal como lo escribe la Juez en su auto, el artículo 13 de esa misma Ley ordena:

> Para obtener la Libertad Provisional Bajo Fianza, el imputado deberá cumplir acumulativamente los siguientes requisitos: a) No haber sido condenado a pena privativa de libertad, en el curso de los diez años inmediatamente anteriores por la comisión de un hecho punible, no haber quebrantado el Sometimiento a Juicio o la Libertad Bajo Fianza que le hubieren sido concedidos...

Así pues, desde el punto de vista estrictamente legal, Primera Instancia tuvo razón para negarle a Luis José Puertas el beneficio solicitado.

Ahora bien, el asunto a revisar, según criterio de este sentenciador, es otro: ¿debe concedérsele a Puertas el beneficio aun cuando la Ley se lo niega?

II

LA LEY COMO LA MEJOR GUÍA, PERO NO LA ÚNICA

La Ley en general es lo primero que debe revisar el juez, o el funcionario jurisdiccional, cuando ha de resolver algún conflicto que se le presente para su decisión; de lo que se difiere de la tesis positivista, es que sea únicamente la ley la que ha de revisar el operador de la norma. La ley, como lo hemos dicho anteriormente, es una buena guía, es el instrumento más idóneo, en principio, para decidir, sin embargo, la ley por sus características de abstracción y generalidad no puede recoger todos los asuntos de la rica y complicada realidad humana en sociedad. Existen casos, entonces, en los cuales la norma se queda corta para dar la solución equitativa al asunto planteado, razón por la cual el juez debe "completarla en la procesalidad y en la experiencia". Aceptamos que la ley es la mejor guía para el juez, pero en lo que diferimos es en que sea **la única** vía de la cual se pueda valer éste para solucionar los problemas. El juez no debe ser un mecánico operador del sistema atrapado fatalmente por sus normas, sino que con base en una posición humanística, última razón legitimante del Derecho, debe revisar el asunto y recurrir

a instancias axiológicas superiores a la norma, al derecho positivo, para enjuiciar esa norma y prever los resultados que su aplicación apareja, a fin de conseguir caminos alternativos diferentes a los que fija ella, procurando satisfacer el sentimiento generalizado de justicia propio de una sociedad.

III

LA SITUACIÓN DEL PROCESADO SOLICITANTE

Luis José Puertas estuvo involucrado en una supuesta riña hace cuatro (4) años, en la cual alguien resultó lesionado **no** gravemente, como se deduce del sometimiento a juicio concedido.

Ahora sucede algo similar, resultando una persona lesionada, que a su vez lesionó a Puertas, pues a los dos se le sigue el presente proceso, siendo beneficiado el otro con una medida de sometimiento a juicio. Puertas tiene 40 años de edad, y hasta el incidente anterior no presentaba antecedentes, es topógrafo de profesión, e iba en su vehículo con su familia, cuando surgió el "incidente automovilístico", entre el conductor de un autobús (el otro procesado) y él, que degeneró en la riña aludida. Haber tenido dos riñas con el conocimiento judicial de esos hechos en los 40 años de vida de Puertas, no hacen de él un "delincuente" a quien debe tratar el sistema penal con la violencia propia de las instituciones carcelarias de Venezuela.

IV

LA PERVERSIÓN DEL SISTEMA CARCELARIO VENEZOLANO

Lo que es evidente para los miembros de una sociedad pasa a convertirse en hecho notorio y es un hecho notorio la situación de cárceles y sitios de reclusión penal en Venezuela. Estas instituciones niegan diariamente, a sus miles de reclusos, derechos de los cuales no se debe privar a ningún hombre, y menos aun a Luis José Puertas, sujeto que incidentalmente ha sido "agarrado" por el sistema penal. Desde el derecho a la vida, hasta la libertad sexual, pasando por el derecho a la salud, al estu-

dio, al trabajo y a la honra, son confiscados por el perverso sistema carcelario venezolano. Sólo el día antes de ayer, el día dos de mayo, se amotinaron los reclusos del Internado Judicial de esta ciudad, Barquisimeto, tomando medidas extremas para llamar la atención de la comunidad al secuestrar al Jefe de Régimen y al Capellán de esa institución, aprovechando el incidente para denunciar desde el maltrato físico que sufren, hasta la condición de la comida que le dan, asintiendo en tal situación el propio Gobernador del Estado, culpando de manera genérica de esta inhumana situación "al sistema carcelario nacional".

Allí, en esa institución está Puertas, porque riñó con una persona lesionándose ambos, simultánea y recíprocamente.

V

LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

Se podría pensar que si el sistema cumple lo que ofrece, si las cárceles venezolanas se ajustaran en su funcionamiento a la Ley de Régimen Penitenciario, todavía se podría pensar en la permanencia de Puertas en un sitio de reclusión; pero el asunto es que dicha ley se viola impune y cotidianamente por los hechos que son del dominio público, esto indiscutiblemente, deslegitima el poder punitivo del Estado. El sistema tiene la facultad de privar a ciertos hombres de su derecho a la libertad, pero en las condiciones establecidas en la ley, y principalmente en las fijadas por la completa y muy buena Ley de Régimen Penitenciario. Ahora bien, si esas condiciones no se producen, la aplicación de la ley en general pierde su legitimidad, sobre todo si la aplicación de ella en la práctica, conculca garantías expresamente establecidas en la Constitución de la República.

VI

AMPARO CON BASE EN LOS ARTÍCULOS 49 Y 50 DE LA CONSTITUCIÓN

La seguridad de Luis José Puertas sigue siendo de la responsabilidad de nosotros los jueces, el hecho de que las cárceles estén a cargo del Ejecutivo Nacional no hace cesar dicho compromiso con los sujetos del

sistema penal, que por orden de nosotros los jueces, deben ser recluidos; por otra parte la Ley de Libertad Bajo Fianza impide que Puertas se beneficie con la medida; pero en la situación antes descrita a Puertas se le conculcan legítimas garantías constitucionales, razón por la cual es también de nuestra responsabilidad hacer cesar estas circunstancias, de conformidad con el expreso mandato contenido en los artículos 49 y 50 de la Constitución de la República. La situación real de Puertas exige un urgente pronunciamiento, y si a nadie se le ha ocurrido pedir un amparo a su favor, por imperiosa obligación impuesta a este sentenciador con base en las disposiciones constitucionales aludidas, procede a resolver su situación y a restablecer la situación jurídica infringida, lo cual forzosamente conlleva ordenar su salida del sitio de reclusión, al concederle su libertad hasta tanto las condiciones que presente el Internado Judicial de Barquisimeto sean aptas para hacer cumplir el contenido de la Ley de Régimen Penitenciario.

VII

EL RIESGO DE GENERALIZAR ESTAS MEDIDAS

Cada caso debe resolverse en su individualidad, en su singularidad, esto quiere decir que esta medida no pudiera extenderse a todos los reclusos de manera genérica, sino previo estudio de su caso y asumiendo el juez para sí la responsabilidad de su libertad. No es posible vaciar las cárceles sometiendo a la población al riesgo de la acción de ciertas personas que por violar fundamentalmente derechos humanos, de manera grave, haga presumir que su libertad ponga en peligro dichos derechos de manera general.

Cada caso deberá ser estudiado y resuelto de manera específica como el de Luis José Puertas, por el cual este sentenciador percibe que preguntada la comunidad con un llamado de solidaridad, apelando a ese sentimiento generalizado de justicia, contestará de manera afirmativa ante el interrogante de si debe ser beneficiado con esta medida.

VIII

LA FALTA DE CUPO

Debe aclararse, por otra parte, que a Luis José Puertas se le otorgará su libertad, no en previsión de la Ley de Libertad Bajo Fianza, o la Ley Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sino directamente por mandato de los artículos 49 y 50 de la Constitución de la República, razón por la cual habiéndosele dictado auto de detención, pero no pudiendo estar en el sitio de reclusión por lo narrado, se le computará el tiempo que transcurra como si estuviera detenido, a los fines de una eventual sentencia condenatoria. En otras palabras: según la ley, Puertas debe estar preso, pero no existe cupo en los sitios de reclusión, circunstancia que no es imputable a él, razón por la cual no debe correr con las consecuencias negativas de ello, debiéndose tomar en consideración todo el tiempo que permanezca en esta situación a los fines del cumplimiento de una sentencia condenatoria y de la probable negativa a concedérsele el beneficio de la suspensión condicional de la pena, tal como se le negó en este caso, y por las mismas razones, el beneficio de sometimiento a juicio. Al establecer este sentenciador las condiciones y consecuencias que implican esta decisión, y no existiendo recurso alguno en relación a ella, pasa a ser sentencia definitivamente firme, debiéndose respetar estas condiciones y consecuencias, sin importar cuál Juzgado tomará decisiones al respecto, ni en qué grado de la causa lo hará. Luis José Puertas debe estar atento al llamado de este Despacho el cual le notificará cuando haya cupo, a fin de que ingrese en el Internado Judicial de Barquisimeto.

DECISIÓN

Por lo expuesto, este Juzgado administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, ORDENA LA LIBERTAD PROVISIONAL DE LUIS JOSÉ PUERTAS con base en los artículos 49 y 50 de la Constitución de la República. Cítese a Luis José Puertas a este Despacho a fin de imponerle de los alcances de esta decisión y las obligaciones que se le imponen al respecto.

Se REVOCA el auto apelado.

Bájese oportunamente.

El Juez, Jorge L. Rosell Senhenn; El Secretario, Raúl Agudo Vicci

Seguidamente se cumplió lo ordenado, se libró boleta de libertad Nº 30 y boleta de citación.

ANEXO VIII

VOTO SALVADO

JORGE L. ROSELL SENHENN, Magistrado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en la presente decisión, con base en las siguientes razones:

El allanamiento practicado en la vivienda de los imputados **MARISOL JOSEFINA AVILÉS y PERFECTO ESPARRAGOZA VÉLIZ**, se realizó sin haberse obtenido la respectiva orden judicial.

De la manera más directa lo anterior es reconocido por el funcionario policial que realizó el allanamiento, al expresar en el acta del folio 3: "siendo las 6 horas de la mañana, del día en curso, cumpliendo instrucciones de la Superioridad...", se realizó el allanamiento en cuestión. Esto entonces significa, si aceptamos esta prueba como válida, que la "orden de la Superioridad" sustituye a la orden judicial, y que las formas de los operativos policiales, sustituyen a las normas del Código Orgánico Procesal Penal, e inclusive, a normas constitucionales.

Debe precisarse que el principio de legalidad es un requisito que debe presidir toda la actividad dirigida a la consecución de las pruebas. Sólo de la forma como se establece en la ley se debe realizar tal actividad, pues son las reglas que el Estado ha aprobado para llevar a la causa aquellos elementos de convicción en relación a los hechos que se diluciden. No se puede probar de cualquier forma, sino de la forma como lo establezca la ley adjetiva, específicamente el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal, este requisito hace por tanto declarar la nuli-

dad de cualquier actuación que violente tal garantía procesal, sobre todo cuando a su vez viola garantías sustantivas establecidas en la Constitución, como es la inviolabilidad del domicilio doméstico y constituye un delito previsto en nuestra legislación penal sustantiva. Fecha *ut supra.*

El Presidente de la Sala, Jorge L. Rosell Senhenn –Disidente–; El Vicepresidente, Rafael Pérez Perdomo; Magistrado, Alejandro Angulo Fontiveros; La Secretaria, Linda Monroy de Díaz.

JLRS/cc.

Exp. Nº C00-0163 (RPP)

ANEXO IX

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

EN SU NOMBRE

TRIBUNAL DECIMONOVENO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO PENAL EN FUNCIONES DE JUICIO DEL CIRCUITO JUDICIAL PENAL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS

TRIBUNAL UNIPERSONAL:

JUEZ: **RENÉE MOROS TRÓCCOLI**

ACUSADO: **NANDI ANTONIO MAYORA CORREA:** Venezolano, natural de Caracas, nacido el 24-02-1972, titular de la Cédula de Identidad Nº V-10.784.695, de estado civil, soltero, de 30 años de edad, de oficio Instructor deportivo y Obrero, hijo de **OLGA CORREA DE MAYORA (V)** y **PATRICIO MAYORA (F)**, residenciado en Petare, Barrio La Bombilla, sector 03, vereda 06, casa 44, Caracas.

ACUSADO: HIMBER JOSÉ MAYORA CORREA: Venezolano, natural de Caracas, nacido el 05-03-1969, titular de la Cédula de Identidad Nº V-6.308.341, de estado civil, soltero, de 33 años de edad, de

oficio Ayudante de Albañilería, hijo de **OLGA CORREA DE MAYORA (V)** y **PATRICIO MAYORA (F)**, residenciado en Petare, Barrio La Bombilla, sector 03, vereda 06, casa 44, Caracas.

DEFENSA DE LOS ACUSADOS: DRA. MARÍA MARQUINA, Defensor Público Penal Sexagésima Novena (69), adscrita a la Unidad de Defensoría Pública Penal, Servicio Autónomo de Defensa Pública de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y **DR. ALEJANDRO PIZZUT**, Defensor Público Penal Sexagésimo Tercero, adscrito a la Unidad e Defensoría Pública Penal, Servicio Autónomo de Defensa Pública de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

MINISTERIO PÚBLICO: DRA. LILIAN TIRADO MADRID, Fiscal Décimo del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

SECRETARIA: **ABG. HILDA MARTÍN**.

CAPÍTULO I

DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS

OBJETO DEL PRESENTE JUICIO

La Representante del Ministerio Público, en su condición de Fiscal Décimo del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, representada por la **DRA. LILIAN TIRADO MADRID**, presentó acto formal ACUSACIÓN, contra los ciudadanos **NANDI ANTONIO MAYORA CORREA** e **HIMBER JOSÉ MAYORA CORREA**, por la comisión del delito de **ROBO PROPIO**, previsto y sancionado en el artículo 457 del Código Penal, acusación que fue admitida por este Tribunal en la audiencia del juicio oral y público.

Los hechos objeto del proceso, y que en consideración del Ministerio Fiscal, son los constitutivos de la infracción punible arriba referida, están representados por las circunstancias de que en fecha 22 de junio del presente año, aproximadamente a las 11:15 horas de la mañana, previa-

mente al haberle pedido al ciudadano **JESÚS ALBERTO RODRÍGUEZ**, que le hiciera una carrera de taxi, en la vía Santa Eduviges, Carretera Guarenas a la altura del Sector Turumo, el sujeto que se encontraba en la parte trasera del vehículo tomó por el cuello al referido **JESÚS ALBERTO RODRÍGUEZ**, y el que se encontraba en la parte delantera le propinó golpes y amenazas con el objeto de conminarlo a que le hiciera entrega de sus pertenencias, logrando despojarle de las mismas, constitutivas de un frontal de reproductor marca Pioneer, un cargador de teléfono celular marca Ericsson y una cadena de metal amarillo, procediendo a bajarse del vehículo, emprender veloz carrera y ser aprehendidos por cuatro funcionarios de la Policía Autónoma de Sucre, fueron identificados, siendo que a **NANDI ANTONIO MAYORA CORREA** al efectuársele la inspección personal, le incautan un frontal de reproductor y un cargador de teléfono celular y a **HIMBER JOSÉ MAYORA CORREA**, una cadena de metal amarillo.

Precisado lo anterior y expuesta la imputación fiscal en forma oral por la **DRA. LILIAN TIRADO MADRID**, en su condición de Fiscal Décima del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de conformidad con lo establecido en el artículo 344 del Código Orgánico Procesal Penal en su último aparte, la defensa del ciudadano **NANDI ANTONIO MAYORA CORREA,** representada por la **DRA. MARÍA MARQUINA**, en su carácter de Defensor Público Sexagésima Novena Penal, procedió a esgrimir sus argumentos de defensa, manifestando haber sostenido una entrevista con su defendido, quien le indicó su deseo de acogerse al Procedimiento Especial por Admisión de Hechos. Seguidamente la ciudadana Juez, señaló que en ese momento debía referirse a la acusación presentada por el Ministerio Público, no siendo así la oportunidad para plantear la admisión de los hechos, por cuanto esto tendría lugar luego del pronunciamiento respecto de la acusación. Una vez realizados los respectivos señalamientos, la **DRA. MARÍA MARQUINA**, manifestó que no tenía ninguna objeción en cuanto a la acusación presentada, y solicitó al Tribunal instruyera a su defendido sobre la figura de Admisión de los Hechos. Acto seguido la ciudadana Juez señaló a la defensa que es obligación del Tribunal instruir a los imputados de la figura especial de admisión de los hechos, y en tal sentido la defensa expuso estar de

acuerdo con la acusación presentada por el Ministerio Público, así como su calificación jurídica.

Asimismo, se le concedió la palabra al defensor del ciudadano **HIMBER JOSÉ MAYORA CORREA, DR. ALEJANDRO PIZZUT**, en su condición de Defensor Público Sexagésimo Tercero Penal, quien manifestó adherirse a lo planteado por la **DRA. MARÍA MARQUINA**, por lo que la ciudadana Juez, le instó a esgrimir sus propios argumentos, quien así lo hizo, alegando no tener ninguna objeción a la acusación planteada presentada por el Ministerio Público.

Los acusados **NANDI ANTONIO MAYORA CORREA** e **HIMBER JOSÉ MAYORA CORREA**, manifestaron sus deseos de declarar luego del pronunciamiento del Tribunal que admitió la acusación de la Fiscalía por la comisión en su contra del delito de **ROBO PROPIO**, tipificado en el artículo 457 del Código Orgánico Procesal Penal, previa imposición del precepto constitucional, establecido en el artículo 49 de la Constitución, manifestando su deseo de admitir los hechos que se les imputan y asimismo, solicitaron se les impusiera la pena correspondiente con la rebaja establecida en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal. Seguidamente, la **DRA. MARÍA MARQUINA**, solicitó se le aplicara la pena correspondiente a su defendido, así como la atenuante genérica establecida en el artículo 74, ordinal 4º del Código Penal. De igual manera, el **DR. ALEJANDRO PIZZUT**, solicitó se aplicara la pena correspondiente a su defendido, así como la atenuante genérica del artículo 74, ordinal 4º del Código Penal.

CAPÍTULO II

RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO

En la audiencia de Juicio oral y público, la representante del Ministerio Público, **DRA. LILIAN TIRADO MADRID,** en su condición de Fiscal Décima del Ministerio Público de esta misma Circunscripción Judicial, **ACUSÓ** formalmente a los ciudadanos **NANDI ANTONIO MAYORA CORREA** e **HIMBER JOSÉ MAYORA CORREA**, por la comisión del delito de **ROBO PROPIO (GENÉRICO)**, previsto y

sancionado en el artículo 457, del Código Penal vigente, en los hechos circunscritos en el acto formal de acusación, que fueron descritos y señalados en el Capítulo I de la presente sentencia.

Admitida la acusación por tal ilícito penal, los acusados al momento de su declaración solicitaron la aplicación del procedimiento especial de Admisión de Hechos, previsto en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, admitieron los hechos por los cuales el Ministerio Público los acusó, previa admisión de la Acusación por el Tribunal y solicitaron la imposición inmediata de la pena. Seguidamente se les impuso en el mismo acto la pena de **DOS (2) AÑOS Y OCHO (8) MESES DE PRESIDIO**, más las accesorias de ley contenidas en el artículo 13 del Código Penal, asimismo se les exoneró de las accesorias contenidas en el artículo 34 *ejusdem*, así como de las costas procesales de conformidad con el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De tal manera que pasa seguidamente esta juzgadora a establecer las consideraciones de Derecho, en cuanto a la presente sentencia, que ha de ser condenatoria, en atención al contenido del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, y en tal sentido expresa:

DESAPLICACIÓN DEL SEGUNDO APARTE DEL ARTÍCULO 376 DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

Esta juzgadora ejerce control difuso e incidental en el presente caso, de la Constitucionalidad de la norma del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, de la siguiente manera:

El artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, establece el Procedimiento Especial de Admisión de los Hechos, y en su encabezamiento dispone:

> **...En la audiencia preliminar, una vez admitida la acusación, o en el caso del procedimiento abreviado, una vez presentada la acusación y antes del debate, el juez en la audiencia instruirá al imputado respecto al procedimiento por admisión de los hechos, concediéndole la palabra.**

> **Éste podrá admitir los hechos objeto del proceso y solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena. En estos casos, el Juez deberá rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse, atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado, motivando adecuadamente la pena impuesta. (Subrayado y negrillas del Tribunal).**

En su primer aparte establece:

> **Si se trata de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, y en los casos de los delitos contra el patrimonio público o previstos en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, cuya pena exceda de ocho años en su límite máximo, el juez sólo podrá rebajar la pena aplicable hasta un tercio. (Subrayado y negrillas del Tribunal).**

El segundo aparte reza:

> **En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, la sentencia dictada por el juez, no podrá imponer una pena inferior al límite mínimo de aquella que establece la ley para el delito correspondiente. (Subrayado y negrillas del Tribunal).**

Esta Juzgadora observa que el aparte trascrito anteriormente, resulta en una evidente contradicción con el contenido del encabezamiento y el primer aparte de la norma rectora, y esa contradicción deriva en la violación del artículo 49 numeral 4º Constitucional, por lo siguiente:

El procedimiento de admisión de hechos es un procedimiento especial, que no permite buscar otras explicaciones que las contenidas en la norma rectora, puesto que ésta es precisa y clara. Lo que admite la norma rectora es la rebaja efectiva de pena en las proporciones indicadas, vale decir, luego de que se establece si el delito tipo se circunscribe en aque-

llos en los cuales ha habido violencia contra las personas o se trata de aquellos en los que el bien jurídico afectado es el patrimonio público o previstos en la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas cuya pena exceda en su límite máximo los 8 años, atendidas todas las circunstancias y tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado, el juez debe proceder a rebajar la pena "**aplicable**", que "**haya debido imponerse**", desde un tercio a la mitad, o hasta un tercio en los casos de excepción antes indicados.

Esta disposición contenida en la norma rectora del artículo 376, (encabezamiento y primer aparte) obliga al juez a establecer, según las circunstancias del caso, en primer lugar, la pena que sería aplicable y que ha debido imponerse en el caso de que el imputado hubiese resultado condenado, para luego, rebajar la pena en los términos señalados.

Es así, como se da cumplimiento al examen de las agravantes o atenuantes, según sea el caso, para establecer el límite de la pena aplicable, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 del Código Penal.

Siendo esto así, el juez deberá fundar con independencia de cualquier otra disposición, cuál sería la pena aplicable, de conformidad con la norma en comento (Art. 37 del Código Penal), para luego fijar el *quantum* de la pena que haya debido imponerse, atendidas las circunstancias del caso, el bien jurídico afectado y el daño social causado.

Es entonces a partir de esa pena, aplicable y que debió imponerse, que surge la admisión de los hechos del imputado, la rebaja establecida de un tercio a la mitad de esa pena o hasta un tercio, en los casos en los cuales haya habido violencia contra las personas o se trata de delitos contra el patrimonio público o previstos en la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, cuyo límite máximo de pena exceda los 8 años.

De tal manera que queda claro que el procedimiento de admisión de hechos, es un procedimiento para beneficiar al imputado, en primer lugar, pero también para beneficiar a la administración de justicia, por cuanto a ésta se le descarga de la celebración de un debate para esta-

blecer la culpabilidad o inculpabilidad del imputado, cuando éste requiere de una imposición de pena anticipada, al admitir los hechos por los cuales el Ministerio Público le acusa.

Siendo esto así, se trata entonces, no de la imposición de una pena que de manera arbitraria disponga el juez o el legislador, sino de aquella que normalmente se le impondría si resultare condenado con las garantías de un debate oral y público, pero con una rebaja en los límites indicados.

Esto supone una rebaja de pena efectiva y no meramente formal, por cuanto es una garantía del enjuiciable, que su participación o no en la comisión de un delito se establezca en una sentencia definitiva que tiene lugar luego de celebrado un juicio oral y público, garantía a la cual renuncia para hacerse acreedor de otra en el procedimiento especial, cual es, la rebaja de pena, contribuyendo con el Estado en la evitación de la celebración del juicio al admitir los hechos por los cuales se le enjuicia.

De tal manera que al analizar el segundo aparte del artículo 376 que dispone: "**En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, la sentencia dictada por el juez, no podrá imponer una pena inferior al límite mínimo de aquella que establece la ley para el delito correspondiente**", se observa cómo esta disposición última de la norma rectora del procedimiento de admisión de hechos, que no estaba contenida en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal reformado (1998), lo desnaturaliza, y crea una evidente contradicción con el resto de la norma, toda vez que no puede recibir el imputado que admite los hechos, una rebaja efectiva de pena, dentro de los límites que establece el encabezamiento y primer aparte del artículo 376 citado, si luego lo dispuesto en este segundo aparte transcrito, pretende obligar al juez, a que, bajo ningún concepto, si se trata de delitos en los cuales ha habido violencia contra las personas, o contra el patrimonio público y aquellos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, cuya pena en su límite máximo exceda los 8 años, imponga una pena inferior al límite mínimo de aquella que establece la ley para el delito correspondiente.

Esta contradicción consiste en la orden al juez de no hacer lo que en principio está obligado, que no es otra cosa que rebajar la pena "**aplica-**

ble" que "**haya debido imponerse**", atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado, de tal manera que si el juez establece como "pena aplicable" y que "ha debido imponerse", el límite mínimo que establece la ley para el delito correspondiente, desde ese término de pena "aplicable" y que en principio "ha debido imponerse", procederá a rebajar la pena de un tercio a la mitad o hasta un tercio en los casos de excepción.

Vemos aquí la contradicción y la desnaturalización del procedimiento, amén de la negociación del beneficio del imputado en los casos de excepción, por cuanto si es el límite mínimo, la pena que el juez consideró "aplicable" y que "ha debido imponerse", según el contenido del aparte transcrito, no podría imponer en la sentencia otra pena que no fuera ésta (la del límite mínimo que establece la ley para el delito correspondiente). **¿Cuál fue entonces, el beneficio que obtuvo el imputado por la admisión de los hechos, si en definitiva esa es la misma pena que bajo las garantías del juicio oral y público y luego de la celebración del debate, obtendría de acuerdo con las circunstancias del caso, el bien jurídico y el daño social causado?**, vale decir, si es el límite mínimo la pena aplicable, y desde esa pena aplicable el juez no puede hacer ningún tipo de rebaja en los casos de excepción, **¿hubo beneficio para el imputado? ¿Obtuvo la garantía establecida en este procedimiento por su admisión de los hechos?** La respuesta es no, por cuanto se utilizaría prácticamente su admisión para condenarlo a una pena sin rebaja alguna, como una condenatoria más, pero violándosele la garantía del juicio previo.

Ahora bien, al observar esta juzgadora, en el conocimiento de la presente causa, que esta norma de categoría legal, con su contradicción, es incompatible con la Constitución, al no preservar la garantía del procedimiento especial de admisión de los hechos, establecida en el encabezamiento y primer aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, que no es otra cosa que una rebaja efectiva de pena y no meramente formal, violando así la norma constitucional del artículo 49 ordinal 4º que dispone que "**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..." **(Subrayado y negrillas del Tribunal)**, procede a desaplicarla, dejando sin efecto su segundo aparte que para los casos de excepción reza: **"En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, la sentencia dictada por el juez, no podrá imponer una pena inferior al límite mínimo de aquella que establece la ley para el delito correspondiente" (Subrayado y negrillas del Tribunal)**. Y aplica en armonía con el citado artículo constitucional (49 numeral 4º) para este caso, el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, únicamente en cuanto al contenido de su encabezamiento y primer aparte, como norma rectora que establece la garantía de rebaja de pena efectiva como garantía del enjuiciable que admite los hechos por los cuales el Ministerio Público le acusa, proporcionando efectividad y vigencia a la norma constitucional del artículo 49 ordinal 4º. Todo de conformidad con lo previsto en el artículo 334 de la Carta Fundamental, en congruencia con el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal.

Como consecuencia de lo anterior, seguidamente se establece la penalidad de la presente condena en los siguientes términos:

CAPÍTULO III

PENALIDAD

El artículo 457 del Código Penal, que tipifica el delito de **ROBO PROPIO**, prevé una pena de **CUATRO (4) A OCHO (8) AÑOS DE PRESIDIO**. Ahora bien, la pena normalmente aplicable de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 *ejusdem,* es la pena media, vale decir, **SEIS (6) AÑOS DE PRESIDIO**. No obstante, se observa que la Fiscalía del Ministerio Público no probó la circunstancia de que los acusados registren antecedentes penales, por lo cual considera este Tribunal que debe establecerse que no probada esta situación, se presume que los acusados no registran antecedentes penales, toda vez que la obligación de probar la acusación por parte del Ministerio Público, alcanza esta circunstancia, de tal manera que esta juzgadora, de conformidad con el ordinal 4º del artículo 74 *ibídem*, estima que surge la atenuante de buena conducta predelictual a favor de los acusados, y por tanto aplica la disposición del referido artículo y decide rebajar la pena normalmente

aplicable hasta el límite inferior establecido en el artículo 467 del Código Penal. Esto es, **CUATRO (4) AÑOS DE PRESIDIO**, pena esta aplicable y que en principio debería imponerse a los acusados NANDI MAYORA e HIMBER MAYORA.

Ahora bien, por cuanto los acusados se acogieron al procedimiento especial de Admisión de los hechos, establecido en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, y habiendo desaplicado esta juzgadora el contenido del segundo aparte de la mencionada norma, por ser contradictoria con el encabezamiento del mencionado artículo y por ende violatorio del artículo 49 numeral 4º constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal reformado, procede a rebajar un tercio de la pena aplicable al delito antes indicado que debió imponerse, siendo la pena finalmente aplicable a imponer en definitiva la de **DOS (2) AÑOS Y OCHO (8) MESES DE PRESIDIO. Y ASÍ SE DECIDE.**

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Código Penal, quedan igualmente sometidos los acusados a las penas accesorias a las de presidio reflejadas en el mencionado texto legal. **Y ASÍ SE DECIDE**.

Asimismo de conformidad con el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y tomando en consideración que en el presente proceso penal, no se ocasionaron gastos para el Estado, reflejados en la utilización de expertos privados, consultores técnicos, traductores e intérpretes, que ameritaren ser pagados, o para la víctima porque hubiese éste pagado algún gasto u honorario profesional a abogado, acuerda **EXONERAR** a los acusados, del pago de las costas procesales, tanto como pena accesoria contenida en el artículo 34 del Código Penal, como a las causadas durante el proceso, a las que se refiere el artículo 266 del Código Orgánico Procesal Penal. **Y ASÍ SE DECIDE**.

De conformidad con el primer aparte del artículo 367 del Código Orgánico Procesal Penal, se fija como fecha provisional para la finalización de la condena, el día 22 de marzo de 2005. **Y ASÍ SE DECIDE**.

CAPÍTULO IV

DISPOSITIVA

En fuerza de los razonamientos anteriormente expuestos. Este Tribunal Decimonoveno de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Administrando Justicia en Nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por Autoridad de la Ley DECLARA: De conformidad con lo establecido en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, admitida la acusación interpuesta por el Ministerio Público, representado por la Fiscalía Décima del Área Metropolitana de Caracas, contra los imputados NANDI ANTONIO MAYORA CORREA e HIMBER JOSÉ MAYORA CORREA, titulares de las Cédulas de Identidad Nros. 10.784.695 y 6.308.341, respectivamente, por la comisión del delito de ROBO PROPIO, previsto y sancionado en el artículo 457 del Código Penal, en agravio del ciudadano JESÚS ALBERTO RODRÍGUEZ, y expuesta la manifestación libre de los imputados de acogerse al Procedimiento Especial de Admisión de Hechos, para lo cual previamente se les instruyó, admitidos los hechos por parte de los mismos, circunscritos en la calificación de las circunstancias de su aprehensión como por flagrancia por el Juzgado Cuadragésimoctavo de Primera Instancia en Funciones de Control de este mismo Circuito Judicial Penal y Sede, solicitada libremente la imposición de la pena, este Tribunal **CONDENA** a los identificados imputados a sufrir la pena de **DOS (2) AÑOS Y OCHO (8) MESES DE PRESIDIO**, en el establecimiento carcelario que determine el Ejecutivo Nacional en conjunto con el Tribunal de Primera Instancia en Funciones de Ejecución que corresponda, por la comisión del delito de **ROBO PROPIO**, tipificado en el artículo 457 del Código Penal, asimismo les condena al cumplimiento de las penas accesorias establecidas en el artículo 34 *ibídem* y a las costas procesales de conformidad con el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Se fija como plazo provisional de cumplimiento de condena el 22 de marzo de 2002. Todo de conformidad con lo establecido en el artículo 376, encabezamiento y primer aparte del Código Orgánico Procesal Penal, y 367 *ejusdem.*

Regístrese y publíquese.

Dada, firmada y sellada en la sede del Tribunal Decimonoveno de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas. En Caracas, a los dos (2) días del mes de agosto del año de dos mil dos (2002). Año 192º de la Independencia y 143º de la Federación.

La Juez, Renee Moros Troccoli; La Secretaria, Hilda Martín.

En la misma fecha se dio cumplimiento a lo ordenado,

La Secretaria, Hilda Martín.

Actuaciones: 19J174-02

RMT/RH/pav.

Algunas Consideraciones Sobre la Interpretación Jurídica de los Textos Penales

José Tadeo SAIN SILVEIRA*

SUMARIO:

1. Consideraciones generales.
2. El lenguaje usado por el legislador y su redacción: 2.1 *Ambigüedades*. **2.2** *Imprecisiones.* **2.3** *La inconsistencia de algunas oraciones.*
3. Un fallo que comprende una interpretación extensiva de la ley penal.
Conclusiones.

* **Universidad Central de Venezuela,** Profesor y Jefe de la Cátedra de Derecho Penal. **Universidad Católica Andrés Bello,** Profesor de Derecho Penal especial.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Si en términos generales interpretar es comprender[1] lo que ocurre alrededor nuestro,[2] y esa labor es llevada a cabo por un mediador colocado para entender ciertos símbolos, denominado intérprete, el trabajo de éste en el ámbito jurídico tiene importancia superlativa ya que implica desentrañar el mensaje[3] enviado por el legislador a través de los textos jurídicos, es decir, de aquellos instrumentos destinados a "inducir a los hombres a comportarse de determinada manera".[4]

Esto último tiene un contenido político de gran significado, porque dependiendo del destino que quiera el Estado para la sociedad, que en el campo penal debiera ser el de la preservación de los bienes jurídicos que permita su existencia y consecuente evolución, ese Estado formularía filosóficamente sus leyes para motivar al ciudadano hacia el logro de unos determinados fines.

---

[1] Es útil la definición de "comprender" que recoge Teresa Picontó Novales del autor H. G. Gadamer, cuando al comparar la obra de éste con la de E. Betti, señala que es "un desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición, en el que el pasado y el presente se hallan en continua mediación… Comprender es siempre interpretar. La interpretación es siempre un momento estructural interno de la comprensión… el propio fenómeno de la aplicación del texto que se quiere comprender a la situación actual del intérprete es otro momento del proceso unitario de la comprensión" (Autor citado. *Teoría de la Interpretación de E. Betti*. Revista de Derecho Privado. Marzo, 1993. Madrid, pp. 239-240).

[2] La relación entre interpretación y comprensión la destaca José Delgado Ocando sobre la base de que el objeto de la interpretación, los hechos jurídicos (que no son hechos que se dan naturales sino que emanan de las prácticas sociales), son hechos culturales, que no pueden ser simplemente descritos o explicados, sino que tienen que ser comprendidos, valorados (Delgado Ocando, José M.; Haba M., Enrique P.; Zerpa, Levis Ignacio; Chirino, Alfredo; Peña Solís, José; Troconis Villarreal, Moisés; Bracho G., Pedro L. y Casal H., Jesús M. *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Tribunal Supremo de Justicia. Serie Eventos N° 3. Caracas, 2001, p. 32). Algo similar ocurre con los elementos normativos que existen en los tipos penales, que no son otra cosa que conceptos culturales o jurídicos insertos en los textos jurídicos, los cuales no pueden ser constatados mecánicamente sino a través de una definición técnica de contenido axiológico que necesita de comprensión.

[3] En este sentido encontramos la opinión del profesor Levis I. Zerpa, quien en su artículo sobre *La interpretación Judicial* nos dice que "hablar de interpretación es hablar de una actividad de mediación en los mensajes… es tratar de atribuirle sentido a los mensajes que pueden emitirse… pasar el problema de los signos al problema de los hechos, de lo sígnico a lo fáctico… es desentrañar… es colocarse en el medio de algo". (Autor citado y otros. *Ob. Cit.*, pp. 313-314).

[4] Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1999, p. 81.

Etimológicamente, interpretación proviene de la locución latina *interpretes*, procede del griego *meta fraxtes*, que equivale a "mediador", "traductor", o "el que explica" o "se coloca entre dos que hablan para hacer conocer a cada uno de ellos lo que el otro ha dicho o está diciendo",[5] y se considera como "un proceso racional por el que, a partir de los signos lingüísticos, el entendimiento se eleva a su significado, en nuestro caso, a ciertas proposiciones normativas".[6]

Igualmente, tal y como reseña Teresa Picontó Novales, para E. Betti el proceso interpretativo en general responde al problema epistemológico del entender, "porque el resultado útil de la interpretación, entendida ésta como acción, es precisamente el entender".[7]

La interpretación puede ser vista en sentido amplio o en sentido estricto, referido a un objeto en particular. Cuando se habla del primero,[8] "interpretar significa algo así como entender, atribuir un sentido a alguna entidad que no sea un objeto natural (y de ahí que se pueda hablar de interpretar a propósito de acontecimientos históricos, de comportamientos o de textos)".[9] En su sentido estricto, se considera que la interpretación "hace referencia a un texto problemático, esto es, a un texto cuyo significado es dudoso… es una operación que consiste en pasar de unos enunciados a otros";[10] o, como nos precisa el profesor Zerpa, se refiere a un atribuir de sentido al objeto interpretado, que puede ser un texto, una conducta o el material probatorio dentro de un proceso, objetos éstos sobre los cuales se realizaría una actividad que produciría un determinado resultado.[11]

---

[5] Diez Picazo, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del derecho. Editorial Ariel. Barcelona, 1973, p. 225.
[6] Massini Correa, Carlos I. *Doce Tesis sobre Semántica e Interpretación Jurídica*. P. 142.
[7] Picontó N., T. *Ob. Cit.*, p. 226.
[8] Levis I. Zerpa incluye, en este sentido más flexible de la interpretación, lo que en sentido estricto es más bien integración, que en el campo jurídico lo que persigue es que "se pueda ofrecer una solución al problema jurídico que se plantea a la consideración del juez que interpreta, orientado por la necesidad de decidir". (Autor citado y otros. *Ob. Cit.*, p. 316).
[9] Atienza, M. *Ob. Cit.*, p. 267.
[10] *Ibídem*, pp. 267-268.
[11] Zerpa, L.I. y otros. *Ob. Cit.*, pp. 315-316.

Sin ánimo de exagerar el estudio del tema de la interpretación jurídica se presenta, conjuntamente con el de su complemento, el de la argumentación, como una necesidad para el abogado que trabaja con el texto legal. Así, sostiene Atienza que "la interpretación juega en el Derecho un papel central. Tan central, que algunos autores (como, recientemente Dworkin y, en general, los filósofos hermenéuticos) presentan el Derecho como 'una práctica social compleja' que consiste básicamente en interpretar: el Derecho no es simplemente algo dado a *priori* en las leyes, en las sentencias, etc. (eso serían más bien las fuentes del Derecho), sino la práctica consistente en atribuir sentido a esos materiales".[12]

En efecto, en la actividad jurídica nos enfrentamos con una premisa importante como lo es la oración de los textos legales, constitutiva para muchos como la mayor desde una perspectiva lógica.

Cuando se cumple el que ha sido considerado por von Wright como el penúltimo de sus elementos, que la distingue de las demás prescripciones, y que además sirve para definir su naturaleza, como lo es la *promulgación* (en un sentido laxo de elemento o componente de la norma), se le formula en un texto escrito que la hace positiva, expresándola a través de una serie de símbolos, por medio de una determinada redacción y con una pretensión lógica; todo ello con el fin de que sea conocida por su receptor.

Por ende, el resultado de un trabajo jurídico ideal demanda lógicamente de una labor previa de entendimiento o comprensión adecuada de toda esa simbología y representación contenida en el objeto central (quizás el más importante) del mismo, como lo es el texto jurídico. Sólo así se puede convertir en un instrumento válido de motivación para preservar y mantener el sistema social, así como de argumentación para lograr no sólo su apropiado conocimiento, sino, adicionalmente, un aliado de peso crucial para obtener el reconocimiento del derecho subjetivo que se sustenta.

[12] Atienza, M. *Ob. Cit.*, p. 267.

Así, algunos entienden por interpretación "la tarea que, una vez fijados los hechos y seleccionadas y fijadas las normas aplicables al caso, se acomete para establecer el sentido y la significación que dichas normas poseen".[13]

Conforme a esta visión que acabamos de reflejar, el trabajo del intérprete sería variable y, según señala Diez Picazo, exigiría, entre otras cosas, la determinación del sentido que posee cada uno de los elementos que se han insertado en el supuesto de hecho de la proposición normativa; la atribución a los conceptos indeterminados de una carga de valor; la búsqueda de un esclarecimiento de las consecuencia jurídicas que la norma liga con el supuesto de hecho, y, por último, la adopción de una decisión por parte del intérprete cuando la norma establece una consecuencia que no se encuentra plenamente determinada.[14]

Ahora bien, lo verdaderamente significativo de la interpretación jurídica es lo que ella implica en definitiva: cada vez que pretendemos establecer la norma aplicable, es decir, cuando subsumimos la realidad dentro de un símbolo contenido en una oración, que ha sido redactada por el legislador, estamos dándole vida a un requisito abstracto, que estaba vacío, le estamos dando un significado particular que antes no tenía, y, ello comprende en el fondo una labor de recreación de la norma, porque se trata de adjudicar a cada hecho o conducta concreta de la realidad una regla dictada para casos indeterminados.

Así vemos como Teresa Picontó, al analizar la teoría de Betti, nos dice que "en la interpretación jurídica, por ejemplo, el objeto o norma jurídica y el sujeto –en este caso el intérprete– no agota su labor cuando ha extraído la idea originaria, debe además, incardinarla en la viva actualidad".[15]

Esto quiere decir que hoy día la interpretación tiene un significado diferente, en virtud de que el derecho se concibe como un sistema de justa

[13] Diez P., L. *Ob. Cit.*, p. 229.
[14] Diez P., L. *Ob. Cit.*, p. 230.
[15] Picontó N., T. *Ob. Cit.*, p. 228.

solución de los conflictos o, como la determinación de un *iustum* concreto. En efecto, "el derecho no es un dato o algo que nos venga ya dado, sino algo que hay que ir buscando intensamente y las normas no son formulaciones de validez general, sino las pautas o las guías que ha de seguir esta investigación y esta búsqueda. Bajo este prisma, se puede llamar interpretación a todo el conjunto de actividades que han de ser puestas en práctica para llevar a cabo la investigación o la búsqueda auténtica del derecho… La investigación se convierte en una difícil y delicada tarea, en la cual el derecho no se crea evidentemente, porque en cuanto objeto de una búsqueda preexiste, pero sí se re-crea, en cuanto que es necesario adaptarlo y readaptarlo".[16]

Pero a esta altura de las cosas debemos recordar algo que existe desde que el Estado está sometido al imperio del Derecho: la norma que en definitiva es la aplicable es la que determina el juzgador, y no cualquiera de sus destinatarios; por supuesto, con las limitaciones que se derivan de su vinculación a la legalidad, a los principios generales del derecho y a los valores constitucionales.[17]

Lo anterior significa que si bien cada uno de los intérpretes, según su opinión, está estableciendo cuál es la norma aplicable al caso en particular, la que prevalece será aquella que emana del personero a quien la ley le ha dado la última palabra, a quien le ha otorgado la potestad de declarar cuál es el derecho en un caso en particular. Si bien hay un precepto originario que preexiste, gracias a la labor legislativa, hay otro que adquiere vida propia, en un caso en concreto, a través de la labor jurisdiccional. Repetimos, tal norma aplicada será jurídica, con los efectos que ella contrae, en la medida en que su producción esté apegada al principio de legalidad, a los principios generales del derecho y a los valores constitucionales.

[16] Diez P., L. *Ob. Cit.*, p. 231.

[17] "Respecto a las normas jurídicas hay, sin embargo, un cuerpo de funcionarios, los jueces, cuya opinión es privilegiada en cuanto a la aplicación de una norma a un caso, puesto que el pronunciamiento de esa opinión es condición para que se hagan efectivo los efectos que las normas establecen" (Nino, C.S. *Ob. Cit.*, p. 246).

La importancia de este intérprete la destaca el profesor Zerpa, cuando indica que "hay sujetos cuya interpretación de alguna forma va a tener mayor trascendencia que otras. Es el caso del juez, dado que el derecho tiene una función predictiva, muy vinculada a la idea de seguridad jurídica, ya que se espera que las interpretaciones se conserven dentro de unas determinadas líneas… Desde este punto de vista, la interpretación judicial pasa a tener una especial importancia… sobre todo en un ordenamiento como el nuestro donde el sistema de fuentes tiene, en primer lugar, a los textos normativos: Constitución, leyes, reglamentos y otros; ello por el diseño del sistema, el cual señala fuentes a las que el intérprete está vinculado".[18]

Que sea un juez el que decrete cuál es la norma aplicable tiene su sentido, porque él es el que en definitiva ha de controlar imparcialmente las interpretaciones suministradas por las partes interesadas.

Pero el asunto se complica un poco cuando nos encontramos en el campo penal, donde una de dichas partes, el Ministerio Público, tiene por ley una doble posición. Es a la vez garante de la Constitución y demás leyes de la República y perseguidor oficial del encartado. Por llevar a cuestas esta delicada dualidad, y a pesar de que su actuación interpretativa también ha de estar totalmente apegada al principio de legalidad, algunas veces el representante fiscal emite interpretaciones que pretenden imponerse a la de su perseguido, y hasta atrevidamente a la del Juez, generando una interpretación desde todo punto de vista ilegal.

Aquí nos encontramos frente a una evidente desventaja, llamada también desigualdad de armas, que sólo el poder jurisdiccional puede controlar. El que el funcionario del Estado, a cargo de la investigación penal, de acusar y, eventualmente, de solicitar la condena de su perseguido, esté obligado a la vez a buscar objetivamente la verdad material de un caso y a garantizarle los derechos fundamentales de su inculpado, resulta, por lo menos, una contradicción.

[18] Zerpa, L.I. y otros. *Ob. Cit.*, pp. 324-325.

Sobre este aspecto es oportuno citar estas palabras de Atienza, cuando señala que "las relaciones de poder son en principio relaciones asimétricas, desigualitarias, pues parece obvio que el detentador de poder y el sometido al mismo no están en el mismo plano".[19] Pero para aclarar este punto dice más adelante que aunque lo usual es que el ejercicio del poder suponga una ventaja a favor de quien lo detenta y una desventaja para el sometido, existen sus excepciones, que en el caso del poder de los órganos del poder público, en un Estado de Derecho, sólo se justifica si está encaminado a conseguir intereses generales, y no los particulares del sujeto (s) investido (s) de autoridad.[20]

Por tanto vemos que es quizás en este campo penal, más que en cualquier otro, donde por afectarse el valor humano más importante después de la vida, como es la libertad, que cobra especial importancia la interpretación jurídica. Ello es así no sólo desde la visión de la prevención general de los delitos (prevención negativa: amenaza generada por la pena, y, prevención positiva: motivación general producida por la confianza en el derecho), que se relaciona con el fin mismo de la interpretación jurídica, como instrumento inductor de los hombres para comportarse de determinada manera, sino con motivo del interés individual que está en juego, es decir, el de máxima libertad del ser humano, en conflicto con el interés general de la sociedad en la aplicación del Derecho penal.

Por ello es que en materia penal el pronunciamiento jurisdiccional, al enfrentar normas promulgadas por medio de un lenguaje escrito natural, en nuestro caso del castellano, con los defectos propios que el mismo comprende en su presentación y redacción, debe estar basado en una particular cautela, porque si bien ha de resarcir los intereses sociales, tiene, ante todo, que asegurarle al justiciable la indemnidad de sus derechos individuales, los cuales resultan marcadamente afectados por una persecución ostensiblemente superior en armas, materializada a través de una "violencia legalizada", de impacto muy alto para sus valores personales, principalmente, para su libertad.

---

[19] Atienza, Manuel. *El sentido del Derecho*. Editorial Ariel. Primera edición. Barcelona, 2001, p. 119.
[20] *Ídem*.

De aquí que en este ámbito el principio de legalidad, como muro de contención del Estado de Derecho, cuente con un requisito como el de la *lex stricta* o, lo que es lo mismo, del respeto absoluto a una interpretación estrictamente apegada al mensaje legal. No puede el operador penal apartarse de éste, en su actividad interpretativa, trabajar con la pura imaginación, con base a intereses mediocres, personales o políticos, porque esa no sería una labor legal. De ser así, estaríamos ante una función arbitraria del poder más agresivo, el del Estado perseguidor, puesta al servicio de una parcialidad, y no de la justicia.

Pero lo que acabamos de exponer merece algunas observaciones. Aunque el lenguaje usado por el legislador lo compromete en cuanto a los efectos que pueda tener el significado de sus manifestaciones lingüísticas en el grupo social al cual van dirigidas, se piensa que las consecuencias de ello se ven sobrepasadas al momento en que se enfrenta la norma al problema fáctico en concreto. Claro que "los símbolos lingüísticos no tienen por qué tener otro significado que el que les otorga quien los usa",[21] lo que sucede es que esto se encuentra con el no sencillo problema de traducir su intención (nos referimos a la del legislador), cuya creación preceptiva generalmente sobrevive a él, por lo que surge la necesidad de la racionabilidad de la interpretación y la coherencia que debe tener dicha disposición dentro del sistema jurídico al que está adscrita.

Esto lleva a advertir, sin que con ello pueda entenderse un desafío al principio de legalidad, que los jueces penales se enfrentan a una serie de problemas al momento de resolver un asunto. Si bien están vinculados a la legalidad, en el caso concreto se podrían sentir, por ejemplo, entre otras cosas, comprometidos por una serie de oraciones cuyo significado es atribuido conforme a un conjunto de reglas semánticas y sintácticas, previstas o no por el propio legislador; ante un punto o una coma mal colocada que lo ponga a pensar sobre la necesidad de adaptar el significado de las prescripciones legales a usos lingüísticos distintos a los seguidos por el legislador; o a que, un análisis lógico de los preceptos legales pueda llevar a descalificarlos o a unas consecuencias no previstas por sus creadores.

[21] Nino, C.S., *Ob. Cit.*, p. 247.

Ante vacilaciones o dudas como las planteadas, el juez penal debiera en primer término buscar soluciones dentro del sistema jurídico al que pertenece, esto es, tendría que revisar toda la normativa vinculada al tema tratado, contenida en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales, para luego, evaluar los principios generales del derecho aplicables al caso en concreto, entre los cuales en esta materia está el del *in dubio pro reo*, y, adicionalmente, acudir a valores constitucionales tan elevados como el de máxima libertad, dignidad, igualdad ante la ley y el de justicia.

Es decir, el juez penal no puede (ni tampoco los demás destinatarios de la norma), de ninguna manera, incurrir en excesos al momento de interpretar. El principio constitucional de la actuación racional y proporcionada del funcionario público le prohíbe excederse, extralimitarse en la labor interpretativa, porque de llegar a hacerlo estaría sobrepasando los límites de sus atribuciones, estaría actuando arbitrariamente, fuera de la legalidad, de los principios generales que orientan su actividad, y, principalmente, en franca violación de los valores en que se fundamenta la Constitución.

Otro problema sufrido por el juzgador, ya asomado con anterioridad, es el de la inadvertencia del legislador de algunas consecuencias que pueda generar la incorporación de la norma legislativa al sistema jurídico existente, o futuro; o, las dificultades lógicas (contradicciones, lagunas, redundancias, etc.) inexistentes en una norma aislada, pero que afloran cuando se adscribe a un sistema jurídico.

En resumen, en la interpretación jurídica hay un conjunto de problemas de diverso orden por los que atraviesan sus destinatarios, y otros más de índole lógico, que hacen de esta función una labor altamente tecnificada y, por ende, delicada.

Lo anterior se explica porque “la operación de interpretar supone una relación entre un texto previo, un sujeto (el intérprete) y un nuevo texto, y se lleva cabo cuando el significado del texto previo (el material del que parte el jurista para resolver un problema) es dudoso. Ahora bien, lo que hace que surjan esas dudas son los siguientes factores (o una combinación de ellos): el autor del texto ha empleado alguna expresión im-

precisa (problemas de ambigüedad y de vaguedad); no es obvio cómo ha de articularse ese texto con otros ya existentes (problemas de lagunas y contradicciones); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (la relación entre lo dicho –lo escrito– y lo que se quiso decir), es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir (con relativa independencia de lo que haya querido el autor); es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento".[22]

Advertimos entonces que el tema de la interpretación de los textos jurídicos legislativos pudiera ser abordado, entre otros, tomando en cuenta los siguientes aspectos:

a) Según su objeto: los textos, los hechos y el material probatorio (aquí es importante hablar de la semiótica probatoria, o sea, el entendimiento de los signos en el área probatoria).[23]

b) Conforme a los sujetos: que los crean (el legislador) y los recrean (sus destinatarios: el justiciable y su abogado, los medios de comunicación social, los profesores, los doctrinarios y las autoridades y los órganos de administración de justicia, etc.).

c) De acuerdo con el momento en que opera: uno primero, cognoscitivo del pensamiento de la fórmula legislativa; y, un segundo, normativo, en el que obtendrá del pensamiento reconstruido una máxima de decisión y de acción práctica en relación a los conflictos de intereses en la norma previsibles.[24]

d) Desde la perspectiva del mensaje que trasmiten, tomando en cuenta el lenguaje técnico-natural y la consecuente sintaxis del mismo.

---

[22] Atienza, M. *Ob. Cit.*, p. 268.
[23] "El objeto de cualquier interpretación es la forma representativa en la que la voluntad se ha manifestado. La voluntad es, una vez recabada del aspecto práctico mediante la interpretación, el resultado del proceso hermenéutico". (Picontó N., T. *Ob. Cit.*,, p. 235)
[24] *Ibídem*, p. 233.

Pues bien, nuestra idea en el presente trabajo es fijar posición acerca de cómo debiera ser acogida esa nueva visión de la interpretación jurídica en la labor de entendimiento de los textos jurídico-penales.

2. EL LENGUAJE USADO POR EL LEGISLADOR Y SU REDACCIÓN

Las palabras del castellano utilizadas por el legislador en las oraciones de sus textos normativos escritos conforman el lenguaje legal. Ya adelantamos que éste se trata de un lenguaje que, aunque natural, no es común; por el contrario, es principalmente técnico.

Tales palabras son vistas como símbolos destinados para representar una realidad (al igual que las notas musicales, las luces de los semáforos, las sirenas de las ambulancias), los cuales mantienen una relación convencional con los objetos representados.

Es importante saber que en los símbolos "la representación no emana de una conexión causal con el fenómeno representado, sino de convenciones establecidas implícitamente por los hombres, es decir, de reglas que permiten hacer referencia a ciertos hechos, cosas, relaciones, usando determinadas figuras, ruidos, objetos, etcétera".[25] Esto se diferencia de los signos, que guardan un nexo causal o natural con el objeto que representan: el trueno y el rayo, el humo respecto del fuego, el sonido de una explosión en relación con la activación de una bomba.

Cuando se dice entonces que la simbología contenida en un texto jurídico mantiene una relación convencional, y no natural (como los signos) con los objetos que representa, se quiere destacar que algunas de las palabras que la integran podrían tener un significado distinto al lenguaje ordinario y que cabría asignársele el técnicamente adecuado, lo cual dificulta la comunicación del mensaje en él contenido.

Por otra parte, ello implica también el cuestionamiento del análisis etimológico de las palabras como medio confiable para determinar el sig-

[25] Nino, C.S. *Ob. Cit.*, p. 248.

nificado de las palabras. Esto ha llevado a sostener que, a pesar de que las palabras tienen un único y verdadero significado, la determinación del procedimiento de formación de las expresiones lingüísticas sólo sirve de guía para entender el significado que le quiso asignar quien le dio creación a la palabra del texto legal, pero que no es infalible, porque ese procedimiento no establece necesariamente el verdadero sentido que deba dársele al hecho en el momento actual, es decir, en uno distinto a aquél en que el concepto fue creado.[26]

Sobre el significado de las palabras hay que tener en cuenta además su *denotación* (o extensión), que es la clase de cosas o hechos nombrada por la palabra, como su *designación* (connotación o intensión), que constituye el conjunto de propiedades que deben reunir las cosas o hechos para formar parte de la clase denotada por el término. "La designación y la denotación de una palabra están en función recíproca. Si la designación se amplía (por ejemplo, porque antes se exigían las propiedades A y B para que un objeto integrara la clase y ahora se requieren A, B y C), la denotación posible de la palabra se restringe, porque hay potencialmente menos objetos que reúnan un mayor número de propiedades definitorias. A la inversa, una exigencia menor en cuanto a la designación de la palabra, lleva a una extensión mayor de la denotación potencial de ella".[27]

Este punto guarda particular relación con el Derecho penal material, y en especial, con el mandato de determinación que emana del requisito de la *lex stricta*. La referencia que ya hicimos de este elemento existencial del principio de legalidad sustantivo del Derecho penal fue en referencia al juez, quien en su interpretación jurídica debe ser muy estricto al momento de aplicar el texto normativo al hecho objeto de solución; pero no es este el único sentido de dicho extremo garantista.

---

[26] "La perspectiva adoptada en las investigaciones metodológicas contemporáneas ya no permite optar por una orientación estrictamente dirigida hacia la voluntad del legislador ni por otra exclusivamente atada a los objetivos de la ley. Tales opiniones se han vuelto obsoletas. La necesidad de respetar los objetivos legislativos parece hoy evidente". (Petev, Valentín**.** *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión de la primera edición. Bogotá, 1996, pp. 37-38).

[27] Nino, C.S. *Ob. Cit.*, p. 252.

El mandato es también para el legislador, quien ha de hacer un equilibrio adecuado entre la designación y la denotación. Si hace más énfasis en la designación, es decir, si el tipo legal comprende situaciones que pretendan abarcar una mayor cantidad de casos específicos, se corre el riesgo de restringir demasiado su aplicación (denotación o extensión) a sólo esos supuestos que se represente el legislador en el momento de establecerlos en el texto preceptivo (como ocurre en el tipo de abuso de funciones: artículo 68 de la Ley Contra la Corrupción, que limitó exclusivamente el delito de abuso genérico de funciones contenido en el artículo 67 *eiusdem*, a una finalidad específica de provecho electoral).

Pero si por el contrario la balanza se inclina más hacia la denotación, tratando de abarcar cualquier caso residual posible, con la pretensión de no dejar ninguno por fuera, sin castigo, se llega al extremo de establecer un tipo tan abierto que permita incluir peligrosamente cualquier realidad fáctica, lo cual se prestaría al abuso de poder (tal y como sucede con la inconstitucional figura delictiva de obtención ilegal de utilidad en cualquiera de los actos de la administración pública, prevista en el artículo 72 de la citada Ley Contra la Corrupción).

Debe pues el legislador penal, para no incurrir en esa casuística (que fue lo que hizo en 1964 con la reforma del Código Penal, al incluir casos demasiado específicos de estafa y otras defraudaciones, artículos 465 y 466), pero para no violar a la vez el principio de taxatividad o máxima especificidad de los tipos legales con tipos inadecuadamente abiertos, que se deriva del de legalidad, mantener un grado de proporción aceptable entre la designación y la denotación de las palabras que contenga en los textos jurídicos, lo cual implica una mejor técnica legislativa-penal, que va más acorde con los prealudidos principios generales.

Un instrumento de que se vale algunos textos legales para transmitir el significado de las palabras por ellos empleadas es el de la definición. Ésta se traduce en la acción y el resultado de establecer lo que se quiere decir con ella. Entre los diversos criterios usados para clasificar las definiciones está el de aquel que tiene por finalidad la "de informar acerca de cómo la gente en general o alguien en particular

usa una palabra; y por el otro, de decidir, prescribir, recomendar cierto uso de un término".[28]

A la primera se le denomina definición *informativa* o *lexicográfica*, que resulta verdadera o falsa según se corresponda o no con el uso que pretende describir; la segunda, llamada *estipulativa*, que no puede ser verdadera ni falsa, ya que a través de la misma no se aspira describir un uso lingüístico sino transmitir una decisión o directiva sobre el significado que tendrá que otorgársele a una palabra. Ejemplo de esta última, entre otras (artículos 430 y 518 del Código Penal), es la contenida en el artículo 220 del Código Penal, que prescribe: "Para los efectos de la ley penal se consideran parientes cercanos: el cónyuge, los ascendientes y descendientes, los tíos y sobrinos, los hermanos y los afines en el mismo grado".

Un método de definición de utilidad interpretativa en el medio jurídico es el *contextual*, según el cual se participa el significado de una palabra incluyéndola en un contexto determinado, de tal forma que el entendimiento del conjunto de la frase o párrafo permita advertir el significado de la palabra.

Pero las palabras de las cuales hemos tratado hasta ahora, al ser organizadas conjuntamente, y no en forma aislada, en un texto para transmitir o comunicar una idea conforman lo que se conoce como oración. Una oración, a la que se adscribe un verbo, es la utilizada por el legislador para conformar una figura delictiva o tipo legal.

En el terreno penal, su creador la establece con el fin general de motivar a las personas a seguir ciertas conductas, que pueden ser de hacer o de no hacer. Por ejemplo, con el delito de homicidio, previsto en el artículo 407 del Código Penal, el legislador a través de una oración unida por el verbo matar, con una pena significativa de presidio como consecuencia jurídica, pretende inducir a los ciudadanos a que se abstengan de matar a sus semejantes (a través de lo que se entiende por una norma primaria: *no matarás*), así como a reconocer la incolumidad del de-

[28] Nino, C.S. *Ob. Cit.*, p. 254.

recho a la vida, indisponible en Venezuela para su titular, para los particulares entre sí y para cualquier autoridad pública.

Pues bien, como lo resume Nino "el significado de las oraciones está determinado por el significado de las palabras que la integran y por el ordenamiento sintáctico de ellas".[29] De esto se deduce que los problemas con los que nos podemos encontrar al momento de interpretar un texto pueden surgir del significado de las palabras empleadas en el mismo y de la relación sintáctica establecida por el redactor entre los términos de la oración, que pueden dar lugar a equívocos.

Sobre este punto es importante referir que tales problemas no siempre tienen un responsable. Como quiera que el lenguaje utilizado ha de ser el natural, no pocas veces las propias palabras que lo conforman comprenden imprecisiones, vaguedades o indeterminaciones. La necesidad de su uso, o lo insustituible de la palabra, hace muchas veces ineludible su utilización, por lo que el legislador ha de hacer –cosa que no siempre hace– las correcciones apropiadas a través de la sintaxis.

Alf Ross[30] sugiere dos tendencias interpretativas que se pueden contener en los textos lingüísticos. La *interpretación subjetiva*, que centra su atención en la intención del autor. Esta versión es útil al intérprete, sobre todo cuando el creador del texto no sólo está vivo, para que aclare cuál fue su propósito, sino cuando a pesar de su desaparición, ha dejado una obra escrita explicativa de sus planteamientos. Pero ella no deja de tener a la vez sus problemas, porque aunque sobreviva al texto no todos tienen la posibilidad de consultarle, y, generalmente, para antes o después de su muerte, dicho autor no explica por escrito lo que ha producido a través del texto.

Por ello es que no pocas veces el intérprete tiene que acudir al análisis del contexto lingüístico en el que se encuentra la oración (las frases que

[29] Nino, C.S. *Ob. Cit.*, p. 259.
[30] Referido por Nino, C.S. *Ob. Cit.*, pp. 259-260.

preceden y que están después de la palabra controvertida), y el lugar, momento y demás circunstancias en que fue creada.

Por su parte, la *interpretación objetiva* no alude a lo que quiso o no el legislador, sino a lo que realmente expresó, conforme al significado que efectivamente tienen las palabras en el lenguaje común u ordinario (la cual no por ello excluye siempre la arbitrariedad). Esta es la interpretación que se usa generalmente sobre los textos legales, y de la que se valen los científicos del derecho. No obstante, veamos a continuación algunos de los problemas a los que se enfrenta esta tendencia interpretativa, comunes en nuestros textos normativos.

2.1 *AMBIGÜEDADES*

Tal como lo afirma Carlos Nino una oración puede expresar varias proposiciones. Ello puede pasar cuando una de las palabras tiene más de un significado, o porque la oración tiene una equivocidad sintáctica.[31]

El primer caso, o sea, el de la ambigüedad semántica de las palabras, puede existir en el supuesto de que los diferentes significados de una palabra guarden relación entre sí, de proceso-producto: uno de los significados alude a una actividad, el otro, a un resultado (ejemplos: pintura, construcción, etc.). Otro supuesto de ambigüedad que genera equívocos es cuando una expresión tiene un significado vulgar vinculado a su uso científico, pero distinto a él (ejemplos: sal, alcohol, etc.). Pero la ambigüedad también puede producirse por el uso metafórico del lenguaje (ejemplos: arteria-vial, rama-ciencia).

2.2 *IMPRECISIONES*

Una proposición expresada a través de una oración puede ser vaga, debido a la imprecisión del significado de algunas de sus palabras que forman parte de una frase o de la propia oración.

[31] Nino, C.S. *Ob. Cit.*, p. 260.

El requisito de *lex stricta*, como aspecto material del principio de legalidad penal, demanda un importante grado de precisión de la ley penal, ordenado al legislador en la formulación de la ley penal (*lex certa*), y al juzgador exigiendo una aplicación estricta (*lex stricta*) a la ley cierta, y proscribe la analogía perjudicial al reo (*in malam partem*), no así la que lo favorezca (*in bonam partem*), tal y como la prevista en el numeral 4 del artículo 74 del Código Penal, como circunstancia atenuante genérica de la penalidad.

En tal sentido, "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 puedan acarrear… trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio (de legalidad), burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar *cláusulas generales* absolutamente indeterminadas. El 'mandato de determinación' se concreta en la teoría del delito a través de la **exigencia de tipicidad** del hecho, y en la teoría de determinación de la pena obliga a un cierto **legalismo** que limite el por otra parte necesario *arbitrio judicial*".[32]

Es decir, que el legislador se enfrenta con el problema de encontrar un lenguaje lo más completo, objetivo y comprensible posible, a través del uso de palabras lo más precisas y determinadas. Esto, en el fondo, implica la inexistencia de un lenguaje totalmente objetivo. Y es que la dificultad se agrava cuando los propios términos que en apariencia serían puramente objetivos no son tales, cuando de interpretarlos se trata en un asunto determinado. Así, por ejemplo, la palabra matar, que pareciera ser fácilmente descriptible se enfrenta con el no fácil problema de lo que se ha de entender por muerte (o límite final de la vida humana de pendiente, como la del feto, e independiente, como la del nacido vivo).

Adicionalmente, en los tipos penales, no sólo encontramos expresiones objetivas, sino también subjetivas, normativas o axiológicas, y hasta referenciales, vinculadas a los denominados conceptos indeterminados. Por ello, resulta admisible la incorporación que a dichos tipos legales

[32] Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Barcelona. Primera reimpresión de la cuarta edición, Reppertor S.L., 1996, p. 78.

hace el legislador de tales elementos, "pero su legitimidad está limitada por la estricta necesidad lingüística, y son rechazados se inspiran en la conveniencia o en la dejación".[33]

Ya decía Marat, en su Plan de Legislación Criminal de la Francia Revolucionaria, "es muy importante que no haya nada oscuro, incierto, arbitrario en la idea que se formule de los delitos y de las penas, porque importa que cada cual entienda perfectamente las leyes y sepa a qué se expone violándolas –aunque reconocía– el Código Penal no será nunca suficientemente preciso".[34]

Un problema vinculado con el principio de determinación surge de las leyes penales en blanco. Tal es el caso, en nuestro país, de la Ley Penal del Ambiente, en la que se establecen tipos penales cuyos supuestos de hechos han de ser completados, y por ende, precisados, con disposiciones de menor rango legal, como es el caso de los decretos (por ejemplo, el Decreto Presidencial N° 883, que contiene las "Normas para la clasificación y el control de la calidad de los cuerpos de agua y vertidos o efluentes líquidos", del 18-12-1995). Aquí, además de la posible afectación del principio de la reserva legal, por la autoridad de la que emana la figura delictiva, surge un inconveniente de determinación o precisión del supuesto de hecho de la disposición. Para este punto es importante recoger parte del texto de un fallo del Tribunal Constitucional español, el cual determina que no quedarían violados estos principios en tanto y en cuanto se cumplan los siguientes requisitos:

> Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o (…) se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de

[33] Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis; García Rivas, Nicolás; Ferré Olivé, Juan Carlos y Serrano Piedecasas, José Ramón. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Praxis S.A., Barcelona, segunda edición, 1999, p. 48.
[34] Transcrito por Berdugo G., I. y otros, p. 47.

> delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada. (S.T.C. 127/1990, reiterada en 111/ 1993, F.J. N° 6).[35]

Así mismo, el mandato constitucional que nos ocupa está dirigido también a los destinatarios de las normas, pero principalmente al juez, a través del principio de *vinculación del Juez a la ley*. Exige este principio que el juez efectúe una aplicación del texto normativo a través de una interpretación estricta del mismo, con lo cual en materia penal se excluye la posibilidad de interpretaciones extensiva o analógicas, salvo, como aludimos, que esta última favorezca al encartado.

Pues bien, aquí nos encontramos con la problemática lingüística ya advertida precedentemente. A mayor precisión legislativa menor será la capacidad de crear o completar la norma por parte del juzgador. Éste no se puede convertir en legislador, porque carece de tal atribución, pero sí podrá determinar la aplicación de un texto jurídico a una realidad buscando el sentido del mismo dentro del sistema al cual pertenece, controlado por los principios generales del ordenamiento y los valores constitucionales. Pero esta labor no se extiende llenando lagunas con la creación de delitos ni de penas, sino que se circunscribe a la comprensión de determinadas expresiones, cuyo significado tampoco debe plasmarse en una indebida extensión, ya que cuando se aplica un "precepto penal a un supuesto análogo a los que éste comprende, pero cuyo tenor literal no lo alcanza en absoluto o, inclusive, lo excluye o, lo que es lo mismo, la *aplicación de la ley penal por analogía*".[36]

Por el contrario, la aplicación analógica de la ley penal a favor del inculpado sí es aceptable, dado que ella no implica una interpretación extensiva de la punibilidad, sino más bien restringida de la misma. En todo caso, debe el juez efectuar una adecuada motivación de su labor intepretativa, que le permita evidenciar una vez más su apego a la estricta legalidad.

---

[35] Berdugo G., I. y otros, *Ob. Cit.*, p. 47
[36] *Ibídem*, p. 49.

El Tribunal Constitucional español, en su sentencia N° 105, de 1988, estableció que el principio de determinación penal "impide considerar comprendidos dentro del artículo 25.1 (principio de legalidad) los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los jueces y tribunales". (F.J. N° 2).[37]

En el campo penal el problema lingüístico que nos ocupa es utilizado algunas veces para incorporar en los textos normativos conceptos cuya precisión es fijada por el Estado según los intereses del sistema, violándose la garantía de especificidad penal de los términos legales, y, consecuentemente, de estricta jurisdiccionalidad, a los que en un sistema garantista han de estar regidos el legislador y el juzgador.

En tal sentido, tal realidad en vez de permitir un poder judicial de verificación, que se traduce en decisiones sobre la verdad material, lo que promueve es un poder judicial de disposición, que se manifiesta en fallos sustentados en otros valores, generado "por la carencia estructural de garantías normativas y por el consiguiente predominio de modelos de derecho penal autoritarios y sustancialistas…".[38]

Esos otros valores diferentes a la verdad son sencillamente meta-jurídicos, o sea, políticos o ético-políticos. Por tanto las palabras imprecisas contenidas en tipos penales se convierten en "espacios de *discrecionalidad política* ... de inseguridad, abiertos en diversa medida por la indecibilidad de la verdad procesal …Tales espacios no dependen de la voluntad del juez, sino de la inexistencia o insuficiente satisfacción de la regla semántica …de la presencia en la ley de expresiones indeterminadas o de antinomias semánticas y de la consiguiente inverificabilidad de las denotaciones penales de los presupuestos de las decisiones. En la medida en que abren incertidumbres insolubles en el plano cognoscitivo, tales carencias dejan espacios al poder de disposición, es decir, al decisionismo del juez, inevitablemente informado por criterios subjetivos de justicia sustancial o 'políticos".[39]

---

[37] Berdugo G., I. y otros, *Ob. Cit.*, p. 49.
[38] Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Editorial Trotta. Madrid, 2000, p. 169.
[39] *Ibídem*, p. 170.

Pero en todo caso hay que reconocer que en cualquier sistema penal positivo, o sea, hasta en los que no son autoritarios, existe un grado mayor o menor de terminología imprecisa, promotora más bien de un Estado de policía, que le permite al juez ejercer ese poder judicial de disposición para generar una interpretación interesada, que puede llevar a convertirlo en político (entendido como ejercicio del poder), es decir, alejado de la legalidad y de la justicia equitativa. En pocas palabras, ese poder de disposición puede ser absolutamente discrecional, o sea, arbitrario, cuando su ejercicio no está vinculado a la comprobación de ninguna condición legalmente preestablecida, o relativo, cuando la regla semántica de la estricta legalidad es insatisfecha sólo en alguna medida.[40]

Tenemos pues que en materia penal los conceptos imprecisos o indeterminados pueden generar ilegitimidades jurídicas: sea en orden a la invalidez de la ley por defecto de estricta legalidad, cuando el poder de denotación jurídica que el legislador delega en el juez se hace a través de la estipulación de una lengua legal indeterminada, o bien, en razón de un vicio de invalidez de los pronunciamientos judiciales por defecto de estricta jurisdiccionalidad, dado el poder de denotación fáctica que el juez se arroga mediante el uso del lenguaje judicial indeterminado.[41]

Pues bien, a pesar de que un poder judicial de disposición es estructuralmente ilegítimo en sistemas positivos constitucionalmente basados en el principio de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, el propio lenguaje legal, con expresiones algunas veces imposibles de precisar, lo incorpora al sistema jurídico como un problema fisiológico propio del mismo, que en la actualidad ha de convivir con el Estado Constitucional de Derecho, Social y Democrático de Justicia. Se trata de una aporía intrínseca de los sistemas jurídico-penales positivos, es decir, que

[40] "Es claro que en el primer caso disuelve y en el segundo debilita no sólo las garantías penales exigidas por la estricta jurisdiccionalidad: en realidad acusaciones como las de 'obsceno', 'subversivo' o 'enemigo del pueblo' –o, incluso, 'ultraje', 'desacato', 'plagio', 'atentado' y similares– no sólo impiden la verificación sino también la defensa, pues equivale a cajas vacías o semivacías rellenadas potestativamente por el juez a tenor de juicios *constitutivos* y no simplemente *declarativos* de los supuestos típicos punibles". (Ferrajoli, L., *Ob. Cit.*, p. 171).
[41] *Ídem*.

muy a pesar de tal ilegalidad los jueces están obligados a decidir, pero no de cualquier forma, sino reduciendo al máximo la misma, aplicando controles provenientes de los principios generales del derecho, y de los valores constitucionales.

Por principios generales del ordenamiento se entiende aquellos "principios políticos expresamente enunciados en las constituciones y en las leyes o implícitos en ellas y extraíbles mediante elaboración doctrinal … tales como… el criterio del *favor rei* y su corolario *in dubio pro reo*…".[42]

No obstante el valor normativo de los principios generales del derecho, como criterios para argumentar el ejercicio del poder de disposición, ellos tienen una capacidad de vinculación de las decisiones judiciales que ha sido considerada como muy débil, al determinarse que "en realidad, operan ya (como criterios de decisión) sobre la verdad o sobre la equidad, es decir, sobre la correspondencia empírica, aun sólo aproximativa, entre las motivaciones aceptadas y los hechos y las leyes, sino directamente como (criterios de decisión sobre) valores de justicia sustancial, no definibles en abstracto y en ocasiones incompatibles entre sí. Y exigen, por tanto, elecciones y valoraciones irreductiblemente discrecionales que remiten a la responsabilidad política y moral del juez".[43]

A todo evento, es una herramienta con la que contamos, yo diría que importantísima, para "orientar políticamente las decisiones y permitir su valoración y control cada vez que la verdad procesal sea en todo o en parte indecidible. Se puede incluso decir que un sistema penal es tanto más próximo al modelo garantista del derecho penal mínimo cuanto más está en condiciones de expresar principios generales idóneos para servir como criterios pragmáticos de aceptación o de repulsión de las decisiones en las que se expresa el poder judicial, en particular de disposición".[44]

---

[42] Ferrajoli, L. *Ob. Cit.*, p. 173.
[43] *Ídem*.
[44] *Ibídem*, p. 174.

Esta significativa importancia de los principios generales del ordenamiento jurídico no sólo se expresa a través de los valores de justicia sustancial incorporados en el plano legal, sino además por el trabajo científico y jurisprudencial realizado por los demás sujetos de la interpretación jurídica.

Otro control a ese poder de disposición judicial se puede ejercer a través de los valores constitucionales, los cuales son el sustrato sobre el cual se construyen los principios generales del ordenamiento. Aunque ellos son de indiscutible aceptación, me refiero a los que inspiran a un Estado democrático y social de Derecho y de justicia, su utilización en la interpretación jurídica no deja algunas veces de constituir un ingrediente de ampliación del poder de disposición judicial, generador de arbitrariedades.

Valores tales como la libertad y la dignidad del ser humano, así como de su igualdad ante la ley, aunque no siempre son traducidos equitativa y adecuadamente en el caso en concreto, encuentran muchas veces ajustes al ser desarrollados en textos legales escritos y en principios generales del derecho. No obstante, otros como el de justicia, generan serios problemas de interpretación, muy peligrosos en el campo penal, que pueden paradójicamente ser convertidos en criterios de manipulación de la estricta legalidad, vulnerador de los prealudidos valores de libertad y dignidad del perseguido.

Aunque la libertad de la persona depende, como destacó Montesquieu, de que las leyes criminales sean buenas, no existe un sistema jurídico totalmente justo y perfecto. "Ni siquiera el hecho de que estas opciones (las legislativas) sean las de la mayoría basta para garantizar su justicia o su moralidad, sino sólo su concordancia con los valores e intereses dominantes. La justicia, como la moral, no es cuestión de mayorías. Por el contrario, 'dondequiera que hay una clase dominante –y son palabras no de Marx sino de John Stuart Mill–, una gran parte de la moralidad del país emana de sus intereses y de sus sentimientos de clase superior'… la justicia perfecta no es de este mundo, y cualquier pretensión de haberla realizado por parte de un sistema penal no sólo es ilusoria sino signo de la más peligrosa de las imperfecciones: la vocación totalitaria".[45]

[45] Ferrajoli, L. *Ob. Cit.*, pp. 462-463.

2.3 *LA INCONSISTENCIA DE ALGUNAS ORACIONES*

Existen en las leyes algunas oraciones cuyo significado no se ha de extender a todos los supuestos que se le asignan. En el Código Penal se encuentran casos tales como la denominación atribuida a algunos Títulos del Libro Segundo, tales como el de los "Delitos contra las personas", o el de los "Delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias".

Títulos como éstos comprenden oraciones que generan equívocos. Aunque aparentemente son usados para clasificar a un grupo determinado de delitos, atendiendo al bien jurídico protegido, el contenido del Título comprende indebidamente a algunos tipos que debieran estar en otro grupo de delitos, y, algunos otros de los que carece. En el caso de los "Delitos contra las personas", se trata de una oración que, a pesar de ser tan amplia, no alude a todos los bienes jurídicos que individualmente corresponden a la persona (por ejemplo, falta el de libertad y el de propiedad, que están en otros títulos), y, además, contiene otros que debieran estar con grupos delictivos distintos (tal y como el abandono de niños o de otras personas incapaces de proveer a su seguridad o a su salud y el abuso en la corrección o disciplina y la sevicia de las familias).

Caso semejante ocurre con la citada denominación del título VIII, "De los delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias", la cual es inaceptable hoy día, en virtud de que lo principalmente tutelado es la libertad u honorabilidad sexual de las personas.

3. UN FALLO QUE COMPRENDE UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA LEY PENAL

En fecha 21 de diciembre de 2000, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia dictó una sentencia contraria a la legalidad. A través de ella, como veremos, el juzgador creó una pena, en contravención con el principio de aplicación estricta de los preceptos penales establecidos por el legislador a través del Código Penal. No se trató ni siquiera de una interpretación analógica, sino que paradójicamente, sustentada en el valor justicia, en el de la proscripción de las formalidades no esenciales y en el de la favorabilidad del inculpado, se le asignó al tipo de homicidio intencional simple (artículo 407 del Código Penal) una pena

distinta a la que le estableció el legislador, creándose una sanción intermedia entre ésta y la del homicidio culposo (artículo 411 *ejusdem*), para no condenar al perseguido a una pena tan alta como la del primero de los nombrados, dado que pretendidamente en dicho tipo sólo quedaría comprendido el homicidio con dolo directo, pero no con dolo eventual.

En efecto, a pesar de que en el Código Penal el tipo legal de homicidio doloso, sea de la índole que sea (directo o eventual), tiene una única pena, en el controvertido fallo se estableció:

> De lo anteriormente expuesto se concluye en que la recurrida violó el artículo 411 del Código Penal, por indebida aplicación y el artículo 407 'ejusdem' por falta de aplicación… Ahora bien, el Código Penal de Venezuela no define el dolo o al menos no se refiere al dolo eventual. El artículo 61 'ejusdem' establece que nadie podrá ser castigado por un delito sin la intención de cometerlo. En esta decisión se respeta el principio de culpabilidad, puesto que sí hubo intención homicida en el agente del delito que se juzga. Pero esa intención no fue directa y perfecta, sino que ocupa un nivel intermedio entre el dolo de primer grado y la culpa. Por lo tanto, sería injusto castigar con la pena correspondiente al homicidio intencional con dolo absoluto, al homicidio perpetrado con un dolo de menor entidad. La injusticia persistiría aun si se aplicaran las atenuantes de los ordinales 2° y 4° del artículo 74 del Código Penal, ya que la pena aplicable sería de doce años, es decir, la menor que corresponde al homicidio intencional con un dolo de primer grado. Esta laguna legislativa debe resolverse en beneficio del reo y en aras de la justicia, cuyo valor absoluto es de rango constitucional y ha de privar sobre formalidades no esenciales: si la intención o voluntad consciente o dolo estuvo en un grado intermedio entre el dolo perfecto y la simple culpa, la pena debe estar entre la que corresponde al homicidio intencional (12 años) y al homicidio culposo (5 años en su límite máximo), por lo que se fija en OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN… En consecuencia, CONDENA al…imputado…por el delito de HOMICIDIO INTENCIONAL, previsto en el artículo 407 del Código Penal…

Del texto transcrito se desprenden las siguientes conclusiones:

> a) Que la disposición aplicable al caso sentenciado es la contenida en el artículo 407 del Código Penal.
>
> b) Que el artículo 61 del Código Penal no se refiere al dolo eventual.
>
> c) Que cuando el precitado artículo 61 del Código Penal alude a la intención de cometer un delito, no se está comprendiendo al dolo eventual, con lo cual estaría queriendo decir que no hay regulación del mismo en ese Cuerpo legal.
>
> d) Que en el agente del delito que se juzga sí hubo intención homicida, pero que no fue directa y perfecta sino que ocupa un nivel intermedio entre el dolo de primer grado y la culpa.
>
> e) Que el valor justicia impide castigar con la pena correspondiente al homicidio intencional con "dolo absoluto" (o de "primer grado"), al homicidio perpetrado con un dolo de menor entidad, lo cual no sería resuelto con la simple aplicación de atenuantes genéricas, que sólo rebajarían la pena a su límite mínimo de doce años.
>
> f) Que esta situación constituye una laguna legislativa que ha de resolverse con base al valor justicia, *favor rei* y el de la prohibición de formalismos inútiles, con la creación para el caso en concreto de una pena, intermedia entre el tipo legal que ha de ser aplicado (en su supuesto de hecho pero no en su consecuencia jurídica) del homicidio intencional simple y el del homicidio culposo, la cual se ubica en ocho años y seis meses de prisión.

Como vemos, el juzgador hizo algo que desde la época de la ilustración está proscrito en el Derecho penal: la creación de una pena. Soslayando la garantía penal, derivada del principio de legalidad, que obliga al juez a aplicar la pena preestablecida por el precepto jurídico (*nulla poena sine lege*), se estableció una pena distinta a la que tiene asignada el tipo que pretendidamente se aplica. En efecto, a pesar de subsumir la con-

ducta en el homicidio simple del artículo 407 del Código Penal, que prevé una sanción de doce a dieciocho años de presidio, ordenó aplicar al condenado una pena de prisión de ocho años y seis meses.

Lo que aquí se produjo fue una desvinculación del juzgador de la legalidad y de los principios generales del derecho, con base en una pretendida aplicación de unos valores constitucionales. Lo que queremos decir es que ni la legalidad, ni los principios del ordenamiento y, por consecuencia, los máximos valores fueron respetados. Con independencia de que el agente del delito hubiese actuado efectivamente con dolo eventual, que no es lo que aquí evaluamos por escapar de nuestro estudio, cualquiera de esos niveles de la interpretación jurídica impiden que el juzgador penal, en su recreación normativa (entendida en el sentido otorgado en el presente trabajo), atribuirle a una disposición jurídica una pena distinta a la asignada previamente por el legislador, por más que en su opinión sea más favorable al perseguido.

Si la duda que existía en el caso que nos ocupa recaía sobre la clase de intención del sujeto activo el juzgador debió aplicar la pena prevista para el supuesto de hecho del artículo en que encuadró la tipicidad, es decir, la del homicidio simple; pero si ella recayó sobre la intención misma, la misma favorecía al reo, y debió conllevar a la aplicación de la fijada para el homicidio culposo.

No es correcto, y en todo caso sólo lo sería como opinión de *lege ferenda* (lo que para el intérprete debiera ser) y no de *lege lata* (lo que establece el legislador), señalar que el dolo eventual constituye legalmente una hipótesis dolosa que no puede ser encuadrada dentro del artículo 61 del Código Penal, y que por tal razón y por no ser tan grave como el dolo directo, autorizaría la aplicación de una pena menor que la prevista para el caso del homicidio intencional simple, contemplado en el artículo 407 del Código Penal. La opinión del sentenciador se compadece con una corriente europea caracterizadora de una tercera forma de imputación subjetiva, destinada a resolver las importantes diferencias que existen entre el dolo directo y el dolo eventual, pero que, aunque muy autorizada, amerita para su aplicación legitima de una previsión legal expresa, en la parte general del Código penal o específicamente en la parte destinada a los tipos legales.

Un autor nacional reconocido, como lo es el doctor Alberto Arteaga Sánchez, al tratar coincidencialmente el mismo tema de la compatibilidad o no de las distintas figuras del dolo directo, de consecuencias necesarias y el eventual con la regulación del dolo en nuestra legislación positiva, la cual, como precisa, identifica el dolo con la intención de realizar el hecho constitutivo del delito (artículo 61), interpreta acertadamente lo siguiente:

> …conviene ahora recalcar que **consideramos que las hipótesis del denominado dolo de consecuencias necesarias y del dolo eventual caben perfectamente en el dolo entendido como intención, tal como lo concibe nuestra legislación**. El dolo es, esencialmente, intención. Ahora bien, nada se opone a que entendamos este concepto de intención en un sentido amplio, no restringido exclusivamente a los supuestos de hechos directamente queridos, en que se da una perfecta y directa correspondencia entre la voluntad y el hecho, sino comprensivo de aquellos casos en que si bien no se da tan exacta correspondencia, el resultado no perseguido directamente está necesariamente unido al estrictamente intencional o unido por un vínculo de posibilidad que implica además en este último caso que el sujeto haya aceptado tal resultado posible o, como expresa Musotto, que el sujeto haya actuado sin asumir una neta posición negativa con relación a tal resultado posible…Por tanto, pues… **no vemos ninguna dificultad por la cual pueden considerarse incompatibles con nuestro sistema, y con el concepto de dolo contenido en nuestra ley positiva las hipótesis denominadas por la doctrina del dolo de consecuencias necesarias y del dolo eventual**.[46] (Negritas nuestras).

Con lo expuesto el conocido doctrinario está recalcando claramente que todas las clases de dolo caben dentro del artículo 61 del Código Penal,

[46] Arteaga Sánchez, Alberto. *Derecho penal venezolano*. Novena edición. Mc Graw Hill. Caracas, 2001, p. 246.

lo cual implica que el legislador no hizo distinciones al momento de definir las figuras delictivas dolosas, atendiendo a algún criterio de clasificación del dolo, sino que cualquiera que fuese su clase (directo, de consecuencias necesarias o eventual) estará abarcado por el tipo doloso en particular. Por ello es que en la parte especial de nuestro Código Penal no encontramos delito doloso alguno agrupado conforme a la clase de dolo con que se cometa, lo máximo que hizo el legislador fue agravar en ciertos casos en forma específica los tipos legales pero obedeciendo a otros criterios político-criminales (en el caso del homicidio: el medio empleado, la insidia de la que se haya valido, la relación de parentesco con el sujeto pasivo y la cualidad de este último).

CONCLUSIONES

Del análisis realizado advertimos que el juez no puede seguir siendo ni puede ser un autómata, y creer que está cumpliendo con una adecuada interpretación cuando realiza la aplicación de la norma a una realidad, por un simple trabajo de subsunción de los acontecimientos al precepto legal, realizando esta labor de manera mecánica, en forma aislada del marco jurídico y axiológico al que pertenece el mismo.

En tal sentido, Teresa Picontó, al recoger la opinión de Betti, señala que "el intérprete, con respecto a la ley, no debe actuar como un autómata, operando una rígida operación de subsunción silogística, sino que debe sopesar cuál es la valoración de intereses que efectúa la norma. Tampoco debe quedarse en un fijar lo que la ley dice, sino que debe considerar inmanente a ella un momento teleológico e incardinar todo ello en la coherencia del sistema jurídico considerado en su totalidad".[47]

La criticada posición, más que una concepción tradicional, es una visión mediocre de la interpretación jurídica, la cual ha tenido como aspecto central el de una pretendida aplicación del derecho, que no ha sido otra

[47] Precisa además que "…la interpretación en función normativa no se agota con extraer la *ratio iuris* de las normas, sino que es necesaria una armonización, una adecuación al entender. Esta adecuación no va a consistir en una mera operación mecánica sino que será el resultado de un sopesar los intereses en juego en el plano interpretativo". (Picontó N., T. *Ob. Cit.*, pp. 232-233).

cosa que una actitud simplista del intérprete destinada a ajustar la realidad y la vida social a lo dispuesto por las normas jurídicas, apreciadas éstas como un *prius* ya dado, que se convertía en un factor determinante, mientras que el fallo dictado en un caso específico surgía determinadas por ellas.[48]

Pues bien, en otros tiempos la aplicación del derecho fue vista por muchos nada más como el producto de una subsunción, es decir, como la adaptación del asunto planteado al supuesto de hecho de la norma jurídica, lo cual comprendía una función de constatación, de establecer si la hipótesis legal se compaginaba al supuesto de hecho. Así pues, "el juez o el que aplica una ley deben ser, como decía Montesquieu, la simple 'bouche de la loi', de tal manera que no tienen que hacer otra cosa que establecer los hechos, para que la consecuencia jurídica prevista en la norma se produzca de una manera automática… la operación llamada de subsunción de los hechos en la norma aparecería como un sencillo silogismo…".[49]

Se presenta pues, en contraposición con la prealudida posición tradicional, una doctrina más reciente (que por cierto ya tiene unas cuantas décadas), según la cual aquella operación puramente lógica es mucho más compleja de lo que parecía, constituyendo un trabajo más arduo y difícil la selección de la norma jurídica aplicable. Según esta tesis dicha operación implica una serie adicional de aspectos lógicos que se han agregado a ese proceso, entre los cuales se puede incluir el silogismo, que requiere evaluar, entre otras cosas, la selección de un texto aplicable, entre una variedad de ellos, a un caso determinado, o una reconstrucción de la norma a partir de todos esos textos (que no debe entenderse como el establecimiento de un nuevo texto escrito, lo cual sería un acto de legislación, sino como la escogencia del o de los más apropiados al caso en concreto).

Sobre tal contraste de teorías debo expresar que no deben hacerse generalizaciones que nos pueden llevar a desaciertos. Por más que sea

[48] Diez P., L. *Ob. Cit.*, pp. 208-209.
[49] *Ibídem*, p. 209.

innegable que las llamadas doctrinas recientes nos suministran importantísimas herramientas en materia de interpretación (tanto en el campo de la lingüística como en el de la lógica), y que debemos aprovecharnos de ellas para mejorar esta disciplina (con lo cual resultaría favorecida la justicia), el problema pudiera ser también de índole cultural, y hasta ideológico. Lo que quiero destacar es que intérpretes han existo, existen y existirán siempre, la diferencia que marca la pauta entre los que hacen una buena o una mala interpretación no radica exclusivamente en que acojan o no una determinada corriente, sino en que la que adopten se haga con responsabilidad, es decir, con aplicación ponderada de ella y atendiendo al marco jurídico, principista y valorativo que le sirve de sustento. Esta visión ni es vieja, ni es nueva, es coherente con un estudio profundo del derecho, con la prudencia y con la lógica.

En nuestra historia jurídica hemos tenido grandes intérpretes (en materia penal podemos hablar, entre muchos otros, de Arminio Borjas, Félix S. Angulo Ariza, José Rafael Mendoza Troconis y Tulio Chiossone), que incluso, a pesar de no haber contado en tiempos pasados con todas estas magníficas técnicas y métodos de la comprensión, fueron más profusos en su momento que muchos del presente que aplican teorías más recientes. Con esto no quiero decir que en nuestra historia más inmediata no hayamos contado, y no contemos, con excelentes juristas, no, lo que pienso es que falta mejorar el nivel cultural del abogado (que incluya estas nuevas teorías de la interpretación), y desvincularlo en lo posible de ideologías que afecten su objetividad.

Por tanto, lo aconsejable es que el intérprete vea su tarea con mucho más cuidado y preocupación, que entienda que es un asunto lógico, delicado que hay que tratar con profundidad, de acuerdo con su complejidad.

En todo caso, de seguir el método silogístico de la subsunción, denominado por Larenz "silogismo de determinación de la consecuencia jurídica",[50] dentro del esquema de la "aplicación de la ley", se recomienda al

[50] Denominación reflejada por Diez P., L. *Ob. Cit.*, p. 212.

intérprete seguir cuatro fases diferentes en esa operación mental que hace para conseguir la decisión o solución del caso concreto, las cuales, en términos generales, han sido resumidas así: La necesidad de seleccionar la norma sobre la cual la operación judicial se va a producir (búsqueda y captura de la norma entre una variedad de ellas, la atribución de una carga de sentido a dicho material y la exclusión de aplicación de otras normas posibles); el deber del juez de fijar los hechos concretos sobre los cuales está operando (constatarlos y describirlos y establecer las características relevantes del caso a través de la utilización de criterios valorativos); contrastar el caso descrito y el supuesto general de la norma jurídica cuya aplicación se pretende (contrastar los elementos hipotéticos del supuesto de hecho para decidir si coinciden o no con las características del caso); y, por último, fijar el sentido y el alcance de la consecuencia establecida por la norma.[51]

Pero, aun así, dicha posición ha sido criticada por Diez Picazo, al considerar que esta manera de operar tiene su centro de gravedad en una teoría imperativista del derecho, que ve al derecho como un ideal que está dado y cristalizado en las normas, o sea, a través de una previa formulación abstracta y general que nos viene ya dada. Por el contrario a él no le parece que el derecho sea "una formulación ideal, abstracta y general, que posea un valor universal, sino que está formado fundamentalmente por una serie de experiencias vividas o experiencias existenciales, que son rigurosamente hablando decisiones de casos concretos, aunque en algunos momentos puedan aparecer como generalizaciones de tales experiencias o decisiones hipotéticas… el derecho …no es algo que nos venga dado, sino que es algo que hay que buscar incesantemente …Los textos legales, las costumbres y los principios manifestados a través de las creencias, las convicciones o las estimativas generales del grupo humano proporcionan pautas o guías para encontrar, en cada caso… 'lo que es derecho', es decir, un 'iustum' concreto. La idea del 'iustum' impone una cierta igualdad …una cierta objetividad de la decisión… la operación jurídica ya no es el puro encaje o el ajuste del caso en una norma, que

[51] *Ibídem*, pp. 212-213.

constituya la premisa mayor de un silogismo. El punto de partida de toda la operación jurídica es siempre un caso que aparece con independencia de las normas con las que pueda ser contrastado…".[52]

Una fórmula que permite el uso de esta corriente interpretativa es el nuevo sistema de apreciación de las pruebas en materia penal. Así, el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal sustituye la tradicional tasación legal, que llevaba al juez a una valoración mecánica de las pruebas, imponiendo actualmente la sana crítica, de la cual exige que la precisión de los hechos justiciables sea consecuencia de un razonamiento lógico, y no automático, de los medios probatorios, auxiliado por los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.

Sin embargo, debe recalcarse que el juzgador hoy día, sobre todo en materia penal, no debe actuar desvinculado del principio de legalidad, como mandato rector de rango constitucional de toda actuación del funcionario público. Lo que significa es que los problemas de índole lingüística y sintáctica que presente el texto objeto de valoración han de enfrentarse con una adecuada interpretación, que comprenda su evaluación dentro de un sistema jurídico abierto, en el que hay que tomar en cuenta, antes que nada, los principios generales del ordenamiento, inspirados en valores constitucionales y en otras disposiciones y principios internacionales acogidos por la República.

De esta forma entiendo que la posibilidad y la función de los jueces de reelaborar una regla o norma jurídica, independientemente del método lógico seguido para conseguirlo (como por ejemplo, el del silogismo), no se haga en forma ciega, caprichosa o mecánica, sino que sea producto de un estudio integral del ordenamiento jurídico, que se traduzca en una vinculación armoniosa y adecuada al mismo, así como con respeto y aplicación de los principios y valores constitucionales (por su "efecto de irradiación"[53] en todo el derecho ordinario), y a los contenidos en los tratados y acuerdos internacionales.

---

[52] Diez P., L. *Ob. Cit.*, pp. 213-214.
[53] Alexi, Robert. *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*. Editorial Gedisa. Barcelona, 1997, p. 159.

Tal y como lo sostienen Alchourrón y Bulygin, de seguir el método deductivo del silogismo, el juez deberá elegir las premisas y las reglas de inferencia de su razonamiento en virtud de una verdadera labor creativa.[54] Esto se lograría, en gran medida, reformulando las premisas normativas del razonamiento judicial para corregir los defectos de los textos legales (los que lo presenten, que son muchos), pero sin que ello implique incorporar oraciones, frases o palabras al texto legal, que puedan entenderse como actos de legislación, usurpadores de funciones distintas a la jurisdiccional.

Valiosa resulta por tanto la interpretación jurídica como es vista hoy día en lo que respecta a que el destinatario de la norma encargado de aplicarla ha de precisar los textos vagos, ambiguos o imprecisos, eliminar lagunas o contradicciones, lo cual generalmente no está prescripto en normas de segundo grado, o sea, las dirigidas a dicho sujeto (el juez). Pocas veces éste cuenta con definiciones legales o con reglas que determinan una orientación interpretativa (como por ejemplo la que establece la interpretación restrictiva en materia de privación de libertad: artículos 9 y 247 del Código Orgánico Procesal Penal).

Interpretar jurídicamente implica en estos tiempos traducir los símbolos incorporados a los textos escritos como medios para conocer la norma aplicable a la realidad conflictiva objeto de solución; es descubrir la realidad de carácter práctico que identifica el orden de las acciones que han de hacerse para el desenvolvimiento del hombre.

Además, es importante precisar que en el campo penal existe una serie de principios que vinculan al juez, más que ningún otro, a la legalidad. Por tanto, igualmente en la formulación de la premisa fáctica aquél debe ser muy cuidadoso en el tema de la fuente de prueba (licitud del medio), y en el proceso de apreciación y valoración de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica: razonamiento lógico, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia (artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal), es decir, todo dentro del marco de una motivación co-

[54] Nino, C.S. *Ob. Cit.*, p. 296.

herente y concordante con los textos jurídicos, los principios y los valores constitucionales.

En tal sentido, es necesario evitar una confusión del rol del juzgador. Como hemos dicho, y lo diremos hasta el cansancio, la reelaboración o recreación de una norma no es sinónimo de legislación. Aceptar esto último sería acabar con la seguridad jurídica que es propia del Estado de Derecho. Debe entenderse en el sentido de darle vida a un texto abstractamente contenido en una ley, a través de un proceso de adecuación axiológica del hecho a los requisitos existenciales de la figura, sea de índole material o formal. Esto significa, tener en cuenta la legislación, los principios y los valores, que imperan en un determinado sistema jurídico y social.

Por tanto, de avalarse el fallo del Máximo Tribunal analizado en el presente trabajo significaría decirle a los ciudadanos que la normativa penal existente es nuestro país es virtual, y no real, que ellos no podrían saber de antemano, sino una vez juzgados, cuáles serían todas las figuras delictivas que pudiesen existir y serles aplicables, sería tratarlos sin dignidad, desigualmente y, por consiguiente, como los valores constitucionales serían administrados y dispuestos por el juzgador, y prevalecerían a los principios generales del derecho y a los propios textos legales, sería él quien, en cada caso en concreto, los llenaría de contenido, según su leal saber y entender.

Algo así no es que sería peligroso para el sistema social, sino que, más temprano que tarde, lo conduciría a su extinción. Ésta sería una finalidad diametralmente opuesta a la que se le adjudica al Derecho penal en un Estado democrático y social de Derecho y de justicia. La razón de ser de dicho Derecho dentro de esta clase de Estado es precisamente la de su preservación y consecuente desarrollo. Si esto no se logra a través del Derecho penal, que ha sido catalogada como el arma más efectiva con que cuenta un Estado para lograr el orden y la evolución de su sociedad, pues se termina generando el caos social y la inseguridad jurídica, perdiéndose el norte de la brújula.

La interpretación jurídico-penal cumple pues una labor política en la instrumentación de los cambios sociales, y ella será más, o menos, beneficiosa para una sociedad en la medida en que se haga dentro de los límites garantistas que le impone al *ius puniendi* estatal las reglas legales, los principios y los valores del Estado de Derecho (principio de legalidad), del Estado social (principios de utilidad social de la pena, de subsidiariedad y del carácter fragmentario del Derecho penal, así como de exclusiva protección de bienes jurídicos), y del Estado democrático (principios de humanidad y proporcionalidad de las penas, de culpabilidad, de resocialización y de prohibición de "extrañamiento" de los venezolanos), de justicia.

Las transformaciones sociales ciertamente influyen en la legislación de un país, siendo muchas veces el reflejo de su sociedad, y las reglas jurídicas terminan marcando pautas en la vida social. Así, nos dice Diez Picazo que "toda norma jurídica, ya se considere como un mandato, como un imperativo, como una regla de conducta o como un criterio de decisión de conflictos, existe siempre con la pretensión de que la vida social y la realidad social se ajusten a ella: que el mandato o el imperativo sean obedecidos; que el deber ser contenido en la regla sea cumplido; que los litigios que se susciten sean resueltos o decididos de acuerdo con ella. Para cumplir su razón de ser, se dice, el derecho debe realizarse, esto es, hacerse real, incorporándose a la vida social".[55]

Al ser esto así, la existencia y consiguiente desarrollo de nuestra sociedad depende en alto grado tanto de las leyes que se promulguen en virtud de la situación histórica que vivamos, como de una adecuada, legal y racional aplicación de las normas jurídicas.[56]

[55] Diez P., L. *Ob. Cit.*, p. 208.

[56] Esta visión está adscrita a una corriente que no implica una simple interpretación de textos jurídicos, sino de una cuya especificidad proviene del hecho de que su objeto son textos normativos y no puramente descriptivos, "no susceptibles de una calificación libre, incluso arbitraria, como un texto literario, y además porque se refiere a normas dirigidas a una determinada conducta social esperada. De otra parte, es esta conducta social la que está en la base de relaciones jurídicas examinadas por el juez u otro agente del derecho". (Petev, V. *Ob. Cit.*, p. 33).

[57] "El derecho no contiene una sola solución correcta y justa para todos los casos particulares; el derecho indica más bien una solución 'privilegiada', desde el punto de vista político y ético, en una coyuntura determinada de la vida de la sociedad, una solución apoyada por amplios grupos sociales en un momento dado y favorecida por un gran público". (Petev, V. *Ob. Cit.*, p. 35).

Sobre este aspecto hay que decir que cuando esos cambios sociales son radicales, extremos, la ley no escapa de la intensidad de los mismos, produciéndose no pocas reglas favorables al conglomerado, pero también algunas otras desproporcionadas que opacan, y hasta destruyen, el efecto positivo de las primeras, a través del aumento desmedido de los poderes de sus protagonistas y, por consecuencia, los de todos los demás sujetos que administran la función pública. Entre éstos se encuentran por supuesto los operadores del sistema penal, como lo son los jueces, los fiscales del Ministerio Público y los policías de investigaciones, quienes en el ejercicio de ese amplísimo poder se convierten algunas veces en la boca de la ley, en sus administradores con poder de disposición de los derechos en ella contenidos, produciendo pautas sociales autoritarias, impropias del marco político que teóricamente se ha adjudicado el Estado (Democrático y social de Derecho y de justicia), pero pragmáticamente usadas para perpetuar el poder de un grupo.[57]

Considero por tanto que en el campo penal el juzgador debe proceder con apego inteligente, racional y proporcional a una legalidad que lo vincula, atendiendo a los principios generalmente aceptados del derecho, a los cuales hay que adscribir indefectiblemente los valores constitucionales. Estos últimos no pueden ser apreciados fuera del sistema jurídico al cual pertenecen porque sucede lo que ocurrió con la sentencia que examinamos, llevan al juzgador a interpretaciones ajenas a la normatividad jurídico-penal, y por ende, excesivas. Cuando un valor como el de justicia se interpreta subjetivamente, desvinculado de los principios del ordenamiento jurídico y de los textos legales a los cuales sirve de sustrato, se corre el riesgo de desmontar el andamiaje de la seguridad jurídica de un país, y entregar sus destinos a la voluntad personal de algunos de sus juzgadores. No hay que olvidar que a éstos los ciudadanos los encargamos para que administren la justicia, no para que hagan una propia, a su medida.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXI, Robert. *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*. Editorial GEDISA. Barcelona, 1997.

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Derecho penal venezolano*. McGrawHill. Novena edición. Caracas, 2001.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Editorial Ariel. Primera edición. Barcelona, 2001.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Praxis S.A., Barcelona, segunda edición, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial TEMIS S.A. Segunda reimpresión de la segunda edición. Santafé de Bogotá, 1997.

_____: *El problema del positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara S.A. Séptima edición. México DF, 2001.

CÁRCOVA, Carlos María. *¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?* Estudios de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social. *Libro Homenaje a José Manuel Delgado Ocando*. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 4. Caracas, 2001. Volumen 1.

DELGADO OCANDO, José M.; HABA M., Enrique P.; ZERPA, Levis Ignacio; CHIRINO, Alfredo; PEÑA SOLÍS, José; TROCONIS VILLARREAL, Moisés; BRACHO G., Pedro L. y CASAL H., Jesús M. *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Tribunal Supremo de Justicia. Serie Eventos N° 3. Caracas, 2001.

DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Editorial Ariel. Barcelona, 1973.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Editorial Trotta. Cuarta edición. Madrid, 2000.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Importancia de la Teoría Jurídica Pura*. Distribuciones Fontamara S.A. Segunda edición. México DF, 1999.

GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo –Estudios de teoría y Metateoría del Derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, 1999.

KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?* Distribuciones Fontamara S.A. Décima tercera edición. México DF, 2001.

MASSINI CORREA, Carlos I. *Doce tesis sobre semántica e interpretación jurídica*. Universidad de Chile – Universidad Adolfo Ibáñez. Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1992.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. TECFOTO S.L. Cuarta edición. Barcelona. 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo blanch. Segunda edición. Valencia, 1996.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Editorial Ariel. Novena edición. Barcelona. 1999.

PETEV, Valentín. *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión de la primera edición. Bogotá, 1996.

PICONTÓ NOVALES, Teresa. *Teoría de la interpretación de E. Betti*. Revista de Derecho Privado. Universidad de Zaragoza. Madrid. 1993.

PLANCHART MANRIQUE, Gustavo. *Reflexiones sobre el control de la constitucionalidad y la interpretación constitucional*. Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1990.

ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. Distribuciones Fontamara S.A. Cuarta edición. México DF, 2001.

TORRES ARENDS, Irene. *Cultura jurídica. Una propuesta de medición para Venezuela*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Doctorado en Ciencias Sociales. Seminario: Metodología en las Ciencias Sociales. Caracas, 1997.

Chiossone y su Derecho Transgresional

Juvenal SALCEDO CÁRDENAS[*]

El profesor Tulio Chiossone, después de meditar profundamente acerca del nombre que se le ha dado a nuestra disciplina –el siempre llamado Derecho Penal–, opinó que no era el más adecuado, pues la disciplina sancionadora del hecho punible no sólo estudia la pena, de allí **lo penal**; sino mucho más, porque se inspira en el *nullum delictum nulla poena sine lege*, no hay delito ni pena sin ley.

Los especialistas reseñan las diferentes denominaciones que le ha dado la doctrina a nuestra disciplina: Se le ha llamado, además de Derecho Penal, Derecho Determinador (Laborde); Derecho Protector de los Criminales (Dorado Montero); Derecho de la lucha contra el delito (Thomsen); Derecho de Defensa Social y, entre nosotros, Derecho Transgresional, del maestro Tulio Chiossone.

El profesor Chiossone, en su libro *Teoría General del Hecho Punible*, elementos materiales, publicación del Instituto de Ciencias Penales y

[*] **Universidad Central de Venezuela**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, *Escuela de Derecho*, Profesor Asociado. **Tribunal Supremo de Justicia**, Magistrado Emérito.

Criminológicas, donde era su Director, y en su "Manual de Derecho Penal Venezolano", sostuvo que no es sólo la pena la que estudia esta disciplina del Derecho; es la pena, las medidas de seguridad, que no son penas, los principios generales de lo transgresional punible, las descripciones típicas (delitos y faltas), el transgresor. ¿Entonces, por qué llamársele Derecho Penal?

Afirma que el Derecho Penal no es sino el Derecho que se refiere a la transgresión de una norma de conducta humana, transgresión que lleva implícita la sanción que se llama pena, y que la transgresión en el ámbito de lo punible es la realización de un tipo delictivo, y la tipicidad no es otra cosa que la descripción legal de un acto humano en sus elementos objetivos y subjetivos, actos que, dentro de la moralidad media del grupo social, se considera perjudicial al grupo mismo. La tipicidad es una expresión de lo transgresional. La transgresión es la realización del tipo.

Por todo esto es más lógico –dice el Profesor Chiossone– denominar Derecho Transgresional al Derecho que se refiere a los tipo-transgresión, que denominarlo Derecho Penal, que es expresión ajena al contenido porque se refiere a la pena, que sólo es uno de los elementos adicionales del tipo. Sostiene que la sanción o pena es una consecuencia de la realización del tipo por un sujeto responsable de la acción. Es una consecuencia de la transgresión sólo en un aspecto: el sujeto es imputable, culpable y consiguientemente responsable.

Si no hubiera tipo-transgresión, como lo afirma el Profesor Chiossone, cuando el sujeto no responde porque es inimputable, o no es culpable, o porque en su actuación hay una causa de justificación, no habría cuestión penal, pero sí el "hecho histórico de la realización del tipo, o sea, la transgresión". Por eso apunta que "la expresión Derecho Penal es unilateral, en cambio el Derecho Transgresional comprende todas las consecuencias de la realización del tipo, o sea, la transgresión". Afirma que la transgresión en general crea la dinámica jurídica "... sin la transgresión el Derecho es estático" y es verdad, sólo al transgredirse la norma hay dinámica, movimiento, reacción, para volver las cosas a lo recto.

La transgresión, de lo que se ha tenido en la sociedad como recto, afirma el maestro Chiossone, creó la necesidad de consagrarlo en un tipo delictivo que es "... un precepto advertivo...". Es un precepto que advierte: " al redactarse el tipo legal, que es a su vez la expresión del principio *nullum delictum, nulla poena sine lege,* se creó un Derecho de la transgresión o sea, los principios reguladores de la convivencia del individuo con el grupo (individuo y Estado). En principio, y como consecuencia general de esta hipótesis, habría dos grandes divisiones del Derecho dinámico en cuanto a su contenido normativo sancionador, y éstas son: Derecho Transgresional Civil y Derecho Transgresional Penal, pero este último, por contener en su esencia la transgresión de la regla advertiva punitiva, sería simplemente Derecho Transgresional "... por el hecho de la transgresión se realiza la figura del delito que perennemente existe, en forma estática, en el texto legal, independientemente de todo proceso valorativo".

La esencia –dice– está en la transgresión, ya que sin ésta pierde su carácter sancionatorio. Cada precepto escrito (se refiere a la ley) lleva implícita la idea de transgresión. Por ejemplo, el precepto que dice: "el que intencionalmente haya dado muerte a una persona será castigado etc.", establece que la norma de conducta ético-social es no dar muerte, y en consecuencia, tal precepto está previendo la transgresión, la cual, al producirse, crea la relación jurídica entre el individuo y el Estado... sin la transgresión que es su esencia, la *ratio essendi*, no puede hablarse de pena.

En el delito hay una transgresión de una obligación de no hacer que emana del propio status ético-jurídico y de la sociedad, acción humana transgresora, afirma. El "no matarás...", por ejemplo, es una obligación de no hacer. Si alguien tansgresde la obligación, es decir, que mata, será castigado porque esa obligación de no hacer fue consagrada en una ley penal como delito al decir: " El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado...". Ha transgredido una obligación de no hacer y se le hace responder con una pena.

La ley penal advierte que en ella está consagrado un hecho por el *nullum delictum nulla poena sine lege*; está tipificado como hecho puni-

ble y advierte que " cualquiera" que subsuma su conducta dentro de ese tipo será sancionado (Derecho sancionatorio en lo penal, porque lo hay en lo civil y administrativo). La ley penal le advierte, le abre los ojos, es una "advertencia penal". Está allí (estática); se dinamiza cuando "cualquier persona" transgrede, con su conducta, esa advertencia penal.

Cuando un sujeto adapta, acopla su conducta, con un hecho consagrado como punible, está cometiendo ese hecho punible, ha transgredido una norma de conducta que el Estado, con anterioridad ha tipificado como tal hecho punible. La persona humana al transgredir, con su conducta, una norma típica, está haciendo realidad (dinamizando), adaptando su actuación a ella. Lo estático se ha hecho dinámico y se ha transformado, porque se ha agredido, se ha violado, se ha transgredido, se ha irrumpido con su conducta una norma de armonía de la sociedad, norma que ha sido consagrada como hecho punible por una ley penal.

Resumiendo todo lo anterior, dice Chiossone que: "Si el Derecho Penal moderno no sólo se refiere a la responsabilidad sino a la peligrosidad, resulta más lógico que sea el elemento transgresión el que dé el nombre a este derecho y se denomine Derecho Transgresional".

Mariano Picón Salas dijo que Venezuela entró en el siglo XX a la muerte de Gómez, en 1935.

La Venezuela moderna, que hasta hoy hemos tenido, nació prácticamente, en el período del Presidente López Contreras. Muchas de las instituciones que han regido nuestra vida republicana, desde entonces, nacieron allí y en ese ciclo histórico jugó un papel muy importante Chiossone el político: Fue Consultor Jurídico de Miraflores, Secretario de la Presidencia de la República, Ministro del Interior, Auditor General de Guerra, entre otras posiciones.

Hacia ese político hubo resquemores y envidias que pretendieron llegar hasta su obra científica. ¡Qué poca altura! ¿Cómo entenderían aquéllos la política, si es que la entendieron? Peras al olmo...

Pretendieron burlarse de su Derecho Transgresional. Esto lo afirmamos porque oímos a un profesor de las ciencias del delito, en la Universidad Central de Venezuela, corear a Jiménez de Asúa en los ataques a Chiossone. Desgraciadamente, para algunos, y afortunadamente para otros son de esos que sólo saben hacer clac. Nunca demostraron lo contrario. Quizás nuestra ignorancia nos haga desconocer su obra escrita. Este profesor decía: "esa estupidez que Chiossone llama Derecho Transgresional ".

Luis Jiménez de Asúa, un jurista español que vivió mucho tiempo en Latinoamérica, durante una visita a Venezuela, contratado para que junto con abogados venezolanos redactara un Código Penal, al conocer (¿lo haría efectivamente?) la obra de Chiossone, dijo, y después lo escribió en su Tratado de Derecho Penal (Tomo I. P. 1.115) , refiriéndose al Derecho Transgresional de Chiossone que: "Su afán (el del Profesor Chiossone) de cambios, **verbales,** su inquietud por lo exterior, no lo hacen en verdad 'ponente' seguro de un código que normalmente ha de regir en un país medio siglo continuado como mínimo. Recordemos su afán de bautizar a nuestra venerable disciplina con el remoquete de "Derecho Transgresional".

El jurista Jorge Sosa Chacín, penalista venezolano de gran reputación, molesto, por no decir indignado, ha dicho: "Que el empleo de esos términos empequeñece al hombre que los utiliza y más cuando el nombre que le ha dado el doctor Chiossone a la materia no obedece a un mero afán de cambios verbales sino a la elaboración de una tesis basada en la transgresión".

Pero Jiménez de Asúa hizo algunos comentarios, también, con respecto al estudio que hizo Chiossone del Código Penal Venezolano y que había intitulado *Anotaciones al Código Penal Venezolano* (cuando Chiossone tenía tan sólo veinticinco años de edad).

Dijo el maestro Chiossone: El profesor Luis Jiménez de Asúa, conocido por sus trabajos en la ciencia penal, para América Latina, ha escrito una nota en su *Tratado* a propósito de un párrafo de nuestro libro que en 1932 denominamos **Anotaciones al Código Penal Venezolano,** refe-

rente a la antigua distinción romana entre *dolus malus y dolus bonus*. Después de transcribir el mencionado párrafo del libro, y de calificarle de "**desafortunado**", escribe "no han faltado autores que interpretando algunos textos romanos, lleguen a la muy discutible conclusión de que el *dolus malus* es el delito y el *dolus bonus* el entuerto civil o penal no malicioso, pero de allí a afirmar, como lo hace el abogado venezolano, que esas calificaciones pueden sustituir en las leyes de hoy, media un abismo".

El profesor que oí coreando a Jiménez de Asúa se decía enemigo político de Chiossone. Chiossone, con su grandeza de alma, afirmaba, que él no tenía enemigos, a mucho adversarios políticos.

Los dos vivieron la misma etapa de la historia venezolana. Esa es la explicación que encuentro a estos ataques. No he podido darle otra, ya que de aquél no conozco obra escrita, como lo dije más arriba; la de Chiossone está en la doctrina penalística, criminológica, criminalística, penitenciaria, en estudios de la Lengua Castellana y de la Historia de Venezuela, como miembro de las respectivas Academias.

Que nada de esto parezca defensa a Chiossone. ¡Dios Salve! Justicia sí. Chiossone no necesita defensa, y menos de quien esto escribe: un alumno más de los muchos que tuvo (Chiossone fue docente desde los diecisiete años). El erudito Chiossone está en su obra científica, y allí su Derecho Transgresional. Pero sí me parece oportuno referir lo que el mismo Chiossone dijo sobre estos ataques: "Hay conceptos sobre la obra de los demás que obedecen en muchos casos a la exagerada sobrestimación del propio valor. A quienes los emiten podría aplicarse este párrafo de Baltasar Gracián: 'Y si aquel otro Rey, aplaudido de Sabio, porque conoció cuatro estrellas (tanto se estima en los Príncipes el saber), se arrojó a decir que si él hubiera asistido al lado del Divino Hacedor, en la fábrica del Universo, muchas cosas se hubieran dispuesto de otro modo y otras mejorado; no fue tanto efecto de su saber, cuanto defecto de su Nación, que en este achaque del presumir aun con el mismo Dios no se modera'". (Baltasar Gracián: *El Criticón*, Editorial Fama, Barcelona, 1.950, pág. 31).

Chiossone dejó obra, discípulos y alumnos. Obra de co-creador del universo, encomendada a él por el Creador; de allí la co-creación. Igual todos nosotros somos co-creadores. Cada uno con sus carismas y talentos: la Creación no ha culminado.

Chiossone dejó estela de bien y de ciencia. Llegó al Creador con las manos llenas de su co-creación, y entre ellas su: DERECHO TRANSGRESIONAL. *Laus Deo.*

Derecho Penal ... del Adolescente

Miguel Ángel SANDOVAL*

SUMARIO:

1. Revisión axiológica
2. Aprendizaje observacional y mensajes antipedagógicos.
3. Criminalidad subcultural y rearme axiológico positivo.
4. Una nueva cultura servida por ambiciosas políticas sociales

La expresión *Derecho Penal del Adolescente* puede ser utilizada para abarcar todo lo concerniente a la respuesta del Estado de Derecho al fenómeno de la delincuencia juvenil. El interés venezolano en el estudio del derecho penal juvenil está vinculado a la necesidad de comprender y llevar a la práctica el contenido de las disposiciones constitucionales y legales, crear o reestructurar instituciones y organismos, y acelerar la puesta en marcha de procedimientos jurisdiccionales y administrativos, a raíz de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección

* **Universidad Central de Venezuela,** Profesor de Criminología y Derecho Penal. **Universidad Católica Andrés Bello.** Profesor de Política Criminal.

del Niño y del Adolescente, el día 1º de abril de 2000, necesidad que ha adquirido características de apremiante urgencia con motivo de la vigencia del nuevo Texto Constitucional, a partir de 1999. El Título V de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente delinea, con visión sistémica, lo que debe hacerse en el ámbito penal, con el adolescente incurso en la comisión de hechos punibles.

Pero la modernidad exige mayores precisiones. Por tal razón, al hablar de derecho penal del adolescente, nos vamos a referir al conjunto de normas que conforman las bases del sistema penal de responsabilidad del adolescente. Éste, a su vez, está integrado por el derecho penal del adolescente o derecho penal juvenil, propiamente dicho; por el derecho procesal penal juvenil y, finalmente, por el derecho de la ejecución penal juvenil.

Las fuentes del derecho penal del adolescente se encuentran en la Constitución de la República, en los principios generales del derecho penal, del derecho procesal penal, del derecho de la ejecución penal juvenil, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales, consagrados a favor de los seres humanos y especialmente de los adolescentes y, por supuesto, en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Conviene resaltar la importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño. Particularmente por el reconocimiento de la protección especial que el Estado debe brindar a los niños[1] en materia de administración de justicia; de la prioridad de que los conflictos en los que haya niños involucrados se resuelvan, siempre que ello sea posible, sin recurrir a la vía penal y en caso de acudir a ésta, siempre se les deben reconocer las mismas garantías de que gozan los adultos, así como aquellas propias de su condición de niños.

[1] Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. (Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño).
En Venezuela, el artículo 2º de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, vigente a partir del primero de abril de 2000, publicada el 2 de octubre de 1998, en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela,* Nº 5.266 Ext. señala: Se entiende por niño toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad...

El derecho penal del adolescente viene a ser el resultado de un modelo de justicia basado en la responsabilidad penal de los adolescentes. Sustituye al modelo tutelar basado en la doctrina de la situación irregular. Ésta se caracteriza por diseñar para el menor delincuente un sistema de medidas de orientación fundamentalmente correctiva, impuestas por tribunales de menores a través de un procedimiento desprovisto de garantías judiciales.

Este modelo tutelar o asistencial provenía de una significativa transformación progresista en las instituciones jurídicas relativas a la minoridad en general y, en particular, [a que] el Derecho penal, que se aplicaría a los menores debía perder *casi en absoluto su sentido represivo*, para convertirse en un conjunto de medidas encaminadas a la educación moral, intelectual y física del menor. (Viñas,1983:31).

Las nociones tutelares descansan en la idea de que todo acto desviado del menor, sea de las prohibiciones legales que de las prescripciones sociales, es expresión de una patología conductual cuyos síntomas son intervenibles a través de tratamientos curativos, o de una patología social cuyas causas deben ser detectadas a fines preventivos o integradores. (Santos, 1995:364-5).

Con la visión tutelar[2] se quiso sustraer al menor delincuente de la legislación penal común, que hasta ese entonces regulaba la conducta transgresora del menor de edad. Prevalecía en todos la idea de liberación de los niños del sistema penal con una profunda convicción de los éxitos del sistema reeducativo. (Tudares, 1996:122). Una reminiscencia de la aplicabilidad del código penal a los transgresores de edad comprendida entre los doce y los dieciocho años de edad, se encuentra en los –derogados– artículos 69, 70, 71 y 72 del Código Penal.

[2] La doctrina de la situación irregular es una herencia de la obsesión de la represión...En este contexto, a cada problema social le corresponde una estructura de detención. Los menores no son una excepción. Los actos "antisociales" que cometen están considerados como las manifestaciones inevitables de inclinaciones patológicas. Sin lugar a dudas se trata de una cultura de "compasión-represión" que no está dispuesta a proteger al grupo social más vulnerable sin estigmatizarlo y condenarle previamente a una detención institucional, que es incapaz de hacerlo o que desconoce la manera de actuar en estos casos. Esto explica en gran medida el uso exagerado y desproporcionado de la privación de libertad. García M., 1995:99. Citado por Cappelaere, 2000:59.

Las repercusiones legislativas derivadas del cambio de paradigma comenzaron a aparecer en América Latina. Argentina promulga, en 1919, la Ley Agote (Ley del Patronato de Menores, Nº 10903); en 1939, Venezuela promulga el Código del Menor. Ambos instrumentos recogen las ideas reformadoras de mayor alcance provenientes de los países europeos, donde habían entrado en vigencia distintas leyes orientadas a la protección de los menores abandonados y menores delincuentes.

Es bien conocido que el primer tribunal de menores fue creado en el estado de Illinois: el Juvenile Court de Chicago[3] funcionó, a partir del primero de junio de 1899, separado de la Criminal Court para el enjuiciamiento de los delincuentes adultos.[4]

Ese primer tribunal de menores de Chicago funcionó bajo la inspiración de la filosofía inglesa de la *Parens Patriae*: el Estado –representado por el juez– como *parens patriae*, ocupaba el lugar del padre natural en el derecho y asumía el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger y corregir al menor. (Sánchez, 1998:100).

En el Código del Menor de 1939, nuestro legislador incluyó algunas disposiciones de carácter tutelar; por ello se afirma que él representa una especie de transición entre un sistema represivo y un sistema "tutelar". Con el Código del Menor se anuncia el avance hacia una legislación minoril especial, aun cuando no logró sustraer a los menores del ámbito de aplicación de la legislación penal ordinaria.

Diez años después, en 1949 es promulgado el Estatuto de Menores, por Decreto Nº 390, de la Junta Militar de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela, del 30 de diciembre de 1949, donde se establecen los derechos del menor, las medidas preventivas a favor de la infancia en peligro y se instituyen los tribunales apropiados para el cumplimiento de dichos derechos. Es importante reseñar que, en el Estatuto de Menores, la reeducación reemplaza a la represión. En tal sentido, establece

[3] *Children's Court of Cook Country*. (Sánchez, 1998:97).

[4] Suele aceptarse que la ley de tribunales para menores aprobada por la legislatura de Illinois aquel mismo año fue la primera promulgación oficial de este tipo que serviría de modelo para otros estados y países. (Platt, 1982:37).

> ...que el menor no sea considerado como delincuente, y en consecuencia, para que no sufra por las infracciones legales que cometa, debiendo en tales casos ser sometido a procedimientos reeducativos... (Artículo Nº 1, aparte f).[5]

A partir del Estatuto de Menores, en nuestro país se consideró ilegítimo el término delincuencia juvenil y se le reemplazó por el de trastornos de conducta juveniles.[6] El Juez de Menores tiene autoridad civil además de la penal. Sus poderes superan a los de los otros jueces, su función se acerca más a la de un protector de jóvenes que a la de un juez propiamente tal. (Álvarez, 1973:53)[7].

La aplicación del Estatuto de Menores confirma la implantación de la ideología tutelar; su plena vigencia se consolida con la promulgación de la Ley Tutelar de Menores, el 30 de diciembre de 1980, la cual tiene como finalidad tutelar el interés del menor, y para ello el Estado facilitará los medios y condiciones necesarias

---

[5] Esta disposición suscitó distintas reacciones. Así, "...Esta declaración es la consagración de una inmunidad con la cual se han protegido y se protegen infinidad de zagaletones que frisan con los dieciocho años y, por consiguiente, les ha parecido fácil entrarse por el camino del crimen...No hay que olvidar que la sanción ha sido y seguirá siendo el freno de la conciencia..." Trastornos de la conducta juvenil, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1968, Pág. 283.

[6] En páginas anteriores, la citada obra expresaba "...Si nos ajustáramos a la orientación del Estatuto de Menores, posiblemente no podríamos hablar de delincuencia y mucho menos de criminogénesis, pues los hechos de los menores de edad (dieciocho años) sólo son considerados como simples "trastornos de conducta", ya que el mencionado Estatuto declara que el Estado venezolano garantiza a los menores de dieciocho años "no ser declarados delincuentes ni ser sometidos a penas. Esto quiere decir que están fuera del derecho penal y que existe para ellos un derecho tutelar..." Pág. 184.

[7] La reflexión fue hecha por la T. S. Lucy Álvarez de González, en "Menores en libertad vigilada", Informe sobre el estudio de 89 casos, publicado en el Capítulo Criminológico 1, Centro de Investigaciones Criminológicas, La Universidad del Zulia, 1973. En el mismo sentido, es elocuente la siguiente opinión: "...En este aspecto encontramos de nuevo presente el criterio tutelar y de protección que orientó al Legislador, así como también la expresión clara y categórica de que la situación planteada deberá ser conducida y resuelta dentro del más sano criterio y con el máximum de prudencia, no de otra manera, se puede concluir del análisis de los términos empleados, cuando leemos: "Tomará los datos e informes...que interesen"; es decir, ¿quién determinará cuáles son los datos que interesen (sic) en el caso concreto? Sin duda que ha de ser el Magistrado, serán su prudencia y diligencia, los factores determinantes en la investigación..." Bolívar, Delia (1972). Derecho de Menores–Procedimiento en Materia Correccional. Caracas. Pág. 8. Citado por Alcalá, Celinda *et al* (1975). Estudio de casos de menores sometidos a protección correccional. Capítulo Criminológico 3, 1975: pp. 3-84.

> ... Para que no sea considerado delincuente y, en consecuencia, para que no sufra penas por las infracciones legales que cometa, debiendo en tales casos ser sometido a procedimientos, medidas y tratamientos reeducativos... (Artículo 1º, numeral 6).

De esta manera se produce la separación entre el derecho de menores y el derecho de los adultos, tanto en el plano penal como en el tutelar, asistencial, con notables diferencias, principalmente en el ámbito penal. Tal separación, insistimos, se produjo al amparo de la doctrina de la situación irregular.

La mayoría de los autores coincide en afirmar que el paradigma de la situación irregular conforma una doctrina en la que la situación de abandono, la no realización de los derechos fundamentales de los niños y los adolescentes, y la transgresión de las normas penales se sobreponían, creando una confusa situación protectiva-punitiva, en realidad muy discriminante para el menor, al considerarlo objeto de compasión y de represión al mismo tiempo. (Baratta, 1995:4).

En ese orden de ideas, observamos que la Ley Tutelar de Menores contiene en su Libro Tercero, bajo el Título *De los Menores en Situación Irregular,* diversas disposiciones establecidas por el legislador con la finalidad de regular las principales situaciones problemáticas en que puede hallarse un menor de edad en algún momento de su vida. Entonces, los menores en situación irregular, serían aquellos que se encontraran en situación de abandono, situación de peligro y los menores infractores.

Ahora bien, al examinar la posición que, en relación con un tercero, ocupa el menor de edad que se encuentra en una de estas situaciones, salta a la vista que las situaciones de abandono y de peligro no pueden homologarse a la del menor infractor; sólo en ésta el menor de edad es sujeto activo, a quien, según lo establecido en el artículo 1º de la Ley Tutelar de Menores, se debía someter a procedimientos, medidas y tratamientos reeducativos. En tanto que, en las dos primeras, el menor de edad es sujeto pasivo, y en consecuencia debía ser protegido. Se trataba, obviamente, de situaciones diferentes; sin embargo, en el derecho y

en la práctica, el tratamiento impuesto y las medidas que lo fundamentaban se confundían en el magma de la situación irregular.[8]

Esta confusión generó graves consecuencias. Construido un menor abandonado o infractor, la institución dispone de un individuo al cual se refieren los discursos de legitimación del sistema. En este sentido, "minoridad", "abandono" e "infracción" son instrumentos de legitimación; la legitimación comienza cuando se encuentra con un menor abandonado o infractor y sobre él despliega sus discursos. En este sentido, abandono e infracción se transforman en una impronta personal, en algo que pertenece al *ser* del sujeto; no se trata de un adolescente *en* abandono o *en* infracción, sino de un *abandonado* o un *infractor*. (Uriarte, 1999: 27).[9]

[8] Sin duda alguna, corresponde a Emilio García Méndez la caracterización y difusión del estado de cosas conocido como doctrina de la situación irregular y definido como el marco jurídico que legitimó la intervención estatal discrecional sobre ese producto residual de la categoría infancia, constituido por el mundo de los "menores". La no distinción entre abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico. *Cfr.* Uriarte, 1999:36 y ss.

[9] Algo semejante ocurre con los niños ***de*** la calle. Esta denominación ha sido incorporada al imaginario popular. Tal vez debería decirse ***niños en la calle***. Reduciendo el problema a una preposición. Cuando, en realidad, ellos también son una construcción social. La institucionalización de la terminología minoril ha traído como consecuencia la reificación de la realidad social de la infancia y adolescencia. La reificación es la aprehensión de fenómenos humanos como si fueran cosas, vale decir, en términos no humanos, o posiblemente supra-humanos. *Cfr.* Berger Peter y Luckmann Thomas (1986). **La construcción social de la realidad**. Buenos Aires. Amorrortu editores. Pág. 116 y ss. También el ensayo de la brasileña Rodríguez Miriam (1994). **La construcción social de la infancia delincuente**. En *Infancia y vejez Castigo y margen*. Tema central Rev. Nueva Sociedad, Caracas, Nº 129, ene-feb. 1994. pp.77-163. Allí afirma que "...En lo que respecta a los niños de la calle, se opera una inversión destacando el peligro inminente de su presencia y la violencia que pueden practicar...Los niños cuyo espacio es la calle, serán incluidos en la categoría de infancia delincuente..." (156-157). Igualmente, de imprescindible consulta, el ensayo de la argentina Gingold Laura (1992) **Feos, sucios y malos. El poder de sentencia de las etiquetas sociales**. En *Juventud, hábitos y fluctuaciones*. Tema central Rev. Nueva Sociedad, Caracas, Nº 117, ene-feb. 1992. pp.99-179. Dice Gingold que "...En esta última década, la institución policial incorporó a los jóvenes en la construcción social del criminal. Los discursos oficiales de la institución policial vertidos en los medios de comunicación configuraron una sinonimia entre delincuencia, narcotráfico y juventud. La drogadependencia (sic) ha convertido a los jóvenes en una amenaza para la comunidad y se los presenta como malvivientes y delincuentes..." (106). *El problema no está en los niños "de" o "en" la calle, sino en lo que le sucede a esos seres humanos al ir a parar a la calle*. *Cfr.* Martín M. José M. (1998). **La Guerra contra los niños.** Barcelona. El viejo topo. pp. 278.

De tal manera que, en la doctrina comentada, la protección social y la protección legal eran asuntos de competencia de la jurisdicción de menores, de tal forma que la definición de la situación del menor era potestad de los jueces de menores facultados para definir tanto los programas de asistencia social como el tratamiento "reeducativo" del menor que cometía una infracción a la ley penal. (Baratta, 1995:4).

Esto conduce a afirmar que la Ley Tutelar de Menores encerraba una terrible paradoja. Por una parte, en sus Disposiciones Fundamentales, declaraba que su finalidad era la tutela del menor, lo cual implicaba además, que no se le considerara delincuente y, en consecuencia, no sufriera penas por las infracciones legales que cometiera; y por la otra, que la aplicación de sanciones, imponibles conforme a la Ley por el Juez de Menores,[10] enumeradas y descritas a partir del artículo 107, se realizaba sin que se efectuara el debido proceso penal, negándole al menor de edad, bajo el pretexto de su inimputabilidad e irresponsabilidad penal, toda garantía y el ejercicio de sus derechos como persona, como ser humano, frente a la intervención punitiva del Estado y el juez de menores. Adicionalmente a ello, las medidas imponibles que tenían una finalidad reeducativa, como lo ratifica la Ley Tutelar de Menores en varios artículos, eran decretadas por el juez de menores, sin precisar su duración, acatando los singulares criterios tutelares establecidos en los artículos 105 y 123 *eiusdem* (nota 8).

A partir de los años ochenta el mundo comienza a ser bombardeado en forma inusitada y creciente con alarmante frecuencia por informacio-

[10] El Juez dictará la medida que ***crea pertinente*** imponer al menor dentro del plazo máximo de veinte (20) días hábiles contados a partir de la fecha de recibo de los resultados del estudio.
Su decisión no estará sujeta al estilo formal usado en las sentencias ordinarias, pero en todo caso deberá ser motivada. Artículo 105 de la Ley Tutelar de Menores.
La ejecución de cualquiera de estas medidas estará a cargo del Instituto Nacional del Menor *y* ***su duración dependerá de los resultados del tratamiento, a criterio del Juez***... Artículo 123 *eiusdem* (Cursivas y negrillas fuera del texto.)

nes ilustrativas del *crecimiento y ferocidad* de la criminalidad juvenil. La preocupación acarrea interminables discusiones, se celebran foros, congresos y reuniones para debatir el tema y proponer soluciones al problema. Las posturas centrales se debaten entre los *halcones* de la delincuencia infantil y juvenil,[11] y los que consideran tales acciones delictivas como comportamientos propios de una etapa de la vida de todo ser humano y que es preferible esperar que el tiempo transcurra antes que tomar alguna clase de acciones. En el medio, atrapados entre la información y la desinformación, los ciudadanos que exigen mano dura contra los delincuentes juveniles hoy, adultos criminales mañana, confiados en la efectividad del aparato represivo del Estado.

Predominó una tercera vía. Gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño, hoy en día, en el mundo entero, se reconoce que cada niño y adolescente es sujeto de derechos, ambos son seres humanos y por ello, tienen todos los derechos que tiene cualquier otro ser humano y el reconocimiento y respeto a estos derechos debe concretarse en tiempo real, esto es, deben ser ejercidos por sus titulares y la garantía de su ejercicio corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado, aun cuando ese niño o adolescente haya participado en la comisión de algún hecho punible.[12]

---

[11] En **La delincuencia juvenil** de West, D.J. (1970) se afirmaba que "...no hemos de perder de vista el hecho de que, aun cuando la mayor parte de los jóvenes delincuentes no puede cometer delitos muy graves, una minoría son tan peligrosos como pueda llegarlo a ser cualquier otro, y son tan responsables de los crímenes más atroces y brutales que se registran..." (P.19). En la actualidad, otros autores, advierten que la situación no ha variado radicalmente. "...Por ello, a los niños que han cometido algún delito, a veces se les trata de la misma manera que a los adultos, es decir, con la misma severidad. Hoy, por ejemplo, tanto en los países en vías de desarrollo como en los industrializados, se sigue condenando a niños a muerte por haber cometido crímenes. (p. 49). Cappelaere Gert y Granjean Anne (2000). **Niños privados de libertad, derechos y realidades**. UNICEF-Comité español. pp.515.

[12] Con respecto a los niños, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, señala: Cuando un niño se encuentre incurso en un hecho punible, sólo se le aplicarán medidas de protección, de acuerdo con lo previsto en esta Ley... (Artículo 532); acatando la obligación de los Estados Partes de establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales ...(Convención 40.3 a). Entonces, en Venezuela, ha sido fijada la edad de 12 años como la edad a la que se considera que el niño puede infringir la ley penal. Sin embargo, la existencia de una edad mínima de responsabilidad penal no significa que el acto delictivo quedará sin respuesta alguna por parte de las autoridades: el legislador venezolano considera que a ese niño se le deben aplicar medidas de protección. *Cfr.* Artículos 125 y ss. de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Desde el punto de vista del derecho penal, la Convención acoge el principio de legalidad

> ...que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o se declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidas por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron... (artículo 40, 2.a)

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente adiciona el principio de lesividad y el reconocimiento a la posibilidad de que su conducta, activa u omisiva, esté amparada por alguna causa de justificación.

> ...Ningún adolescente puede ser procesado ni sancionado por acto u omisión que, al tiempo de su ocurrencia, no esté previamente definido en la ley penal, de manera expresa e inequívoca, como delito o falta. Tampoco puede ser objeto de sanción si su conducta está justificada o no lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado... (artículo 529.- Legalidad y lesividad.)

El principio rector de la libertad en el derecho penal juvenil lo estableció el artículo 37, literal b, de la Convención

> ...ningún niño será privado de su libertad, ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley, y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda...

También lo plasmó el legislador en la garantía fundamental de la excepcionalidad de la privación de libertad, recogida en el artículo 549 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente

> ...Salvo la detención en flagrancia, la privación de libertad sólo procede por orden judicial, en los casos, bajo las condiciones y

> por los lapsos previstos en esta Ley. La prisión preventiva es revisable en cualquier tiempo a solicitud del adolescente...[13]

En el caso de la sanción de privación de libertad, el artículo 628 *eiusdem* advierte que

> ... es una medida sujeta a los principios de excepcionalidad y de respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo...

La Convención obliga a los Estados Partes a velar porque

> ...ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad...[14] (artículo 37 a)

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente incorpora al derecho penal juvenil venezolano, en cumplimiento de la obligación descrita, el principio educativo, finalidad primordial de las sanciones

---

[13] Además de la prisión preventiva como medida cautelar y de la sanción privativa de libertad, el artículo 652 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente otorga a la policía de investigación atribuciones para citar o aprehender al adolescente presunto responsable del hecho investigado, mas no podrá disponer su incomunicación. En caso de aprehensión, deberá informar de inmediato al Ministerio Público. Considero conveniente modificar la disposición: si la policía de investigación llega a conocer el paradero de un adolescente presunto responsable del hecho investigado, deberá informar inmediatamente al Ministerio Público para que este organismo ponga en marcha el procedimiento establecido en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal. Es cuestión de dar cumplimiento a la garantía fundamental de igualdad ante la ley. En refuerzo de esta opinión: ...En general existen algunos mecanismos jurídicos, preferentemente de actuación policial, como el "estado peligroso", la "**detención en averiguación**", "la vagancia", etc., que responden a la idea de orden y son tan indefinidos como él y, que, en los hechos, operan como grandes impulsores de la selectividad y violencia del sistema penal y de la **arbitrariedad** del Estado. Uriarte, 1999: 161. (Negrillas fuera de texto).

[14] La Convención ha abolido, en su artículo 37, la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, pero, incluso en este punto, la prohibición no es del todo firme. De hecho, la simple existencia de la posibilidad de excarcelación anticipada sirve para hacer legal la prisión perpetua. Cappelaere, 2000:92.

aplicables al adolescente, una vez comprobada su participación en el hecho punible y declarada su responsabilidad. Estas medidas estarán orientadas hacia el respeto a los derechos humanos, la formación integral del adolescente y la búsqueda de su adecuada convivencia familiar y social. La ejecución de las medidas tiene por objeto lograr el pleno desarrollo de las capacidades del adolescente y la adecuada convivencia familiar y social (artículos 621 y 629)

En cuanto a los servicios educativos, tienen carácter obligatorio en las instituciones de internamiento, deben ser adecuados a la edad y necesidades del adolescente y proporcionados por personas con la formación profesional idónea.

La Ley restringe la duración de la medida de privación de libertad, la más grave en el elenco de sanciones enumeradas en el artículo 620 *eiusdem*, a un máximo de cinco años, de acuerdo con la edad del adolescente, como lo estipula el parágrafo primero del artículo 628 y reconoce al adolescente sometido a la medida de privación de libertad, el derecho de no ser sometido a régimen de aislamiento y a impugnar las medidas disciplinarias adoptadas por las autoridades de la institución.

Si algún niño o adolescente es víctima de tortura, definida como actos que produzcan graves sufrimientos o dolor, o de trato cruel, mediante vejación física o psíquica, el funcionario público o la persona que ejecute la tortura o el trato cruel, será castigada pues la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, incorporó los tipos penales de tortura y trato cruel, los cuales establecen las sanciones a ser aplicadas, en los artículos 253 y ss.

De manera especial, deseo destacar otro de los principios de derecho penal juvenil, contribuyente principal del deslinde entre las prácticas tutelares y el paradigma de la protección integral, pivote central de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: se trata de la garantía fundamental de dignidad, asentada en el artículo 538

> ...Se debe respetar la dignidad inherente al ser humano, el derecho a la igualdad ante la ley, la integridad personal y el libre

> desarrollo de la personalidad. Ningún adolescente puede ser limitado en el ejercicio de sus derechos y garantías más allá de los fines, alcances y contenido de las medidas cautelares o definitivas que se deba imponer...

En la Convención

> ... Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el derecho del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad ...(artículo 40.1).
>
> ... todo niño privado de la libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad... (artículo 37 c)

Inmanente al principio de legalidad se encuentra el principio del derecho penal de acto. Se deduce de la utilización por el legislador de los vocablos "acto" u "omisión" en el artículo 529 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. De acuerdo con el texto legal, el adolescente sólo podrá ser procesado y sancionado por actos o hechos exteriores tipificados penalmente, no por sus ideas, pensamientos, hábitos, personalidad, en tanto no se manifiesten exteriormente.

Finalmente, el derecho penal del adolescente comprende el principio de responsabilidad, vinculado a la medida de su culpabilidad. Esto significa que, de ahora en adelante, el adolescente que cometa algún hecho punible, responde penalmente. Se trata de una responsabilidad penal atenuada, la cual se investiga y sanciona en la jurisdicción especializada y las sanciones son medidas con una finalidad primordialmente educativa.

La vinculación entre responsabilidad y culpabilidad tiene gran importancia. Se trata de "culpabilidad del adolescente", de una imputación que recae sobre él en tanto sujeto de derechos y de deberes, entre los cuales se encuentra la obligación de acatar las disposiciones del ordenamiento jurídico y que es incompatible –la culpabilidad– con la peligrosidad, pues ésta niega al adolescente su esencia de ser humano capaz de comprender la ilicitud de su conducta o de optar por un comportamiento lícito.

En la parte final de este trabajo, me propongo compartir algunas reflexiones acerca de un derecho... *para* el adolescente o, mejor aún, de un derecho... *por* el adolescente venezolano; entre otras razones, porque el *derecho penal del adolescente,* además de despertar en la mente la asociación del delito con su consecuencia jurídica, nos hace evocar el castigo y la aflicción originados por la pena.

Entonces, hablar del derecho penal del adolescente es hablar del uso –y del abuso– del derecho para castigar a los adolescentes, para inflingirles más sufrimiento y más dolor. Que se suma al dolor acumulado durante muchos años de hambre, de carencias, de frustraciones, de exclusión. Que ha llevado a tantos muchachos y muchachas de nuestro país a transitar, aún en contra de su voluntad, por los senderos de la derrota, del fracaso y, en ocasiones, de la maldad, que les lleva a empuñar el arma de fuego o el puñal, o a asumir la prostitución como *modus vivendi*, para arrancarle a la vida por la fuerza aquello que les fue siempre negado por la incapacidad, la desidia y el desprecio de un Estado cegado por la vanidad y la incompetencia, con la complicidad de una sociedad que si no ha actuado con crueldad, sí lo hizo con indiferencia y la mayoría de las veces, con la aprobación activa o pasiva de una familia, de un padre o de una madre, que limitaron su papel inconsciente o deliberadamente, a engendrar o concebir otra vida, condenada al fracaso desde la oscuridad del claustro materno.

No se trata de justificar lo que no tiene justificación. Ningún ser humano puede esgrimir motivo alguno, salvo la actuación bajo el imperio de circunstancias extremas, minuciosamente descritas por el derecho, para la comisión de cualquier delito, en especial aquellos que ponen en peli-

gro o lesionan los bienes más sagrados del hombre: su vida, su integridad física, su honor, su libertad. Pero, esta concepción –eminentemente jurídica– sólo mira una de las caras del problema, sin reparar en que el derecho penal tradicional, inspirado primero, en las escuelas clásicas, tomó en cuenta de manera exclusiva, el delito como ente jurídico y la pena como retribución del daño causado a la sociedad y, más adelante, el derecho positivista, centró su atención en el autor del hecho, sin reparar en las circunstancias, en las influencias que aquel recibía de su entorno, del ambiente social en el que se desenvolvía y del cual recibimos, cómo negarlo, todo un legado de enseñanzas, de experiencias, de modelos, de influencias, de manipulaciones, de impactos, desde el momento de la concepción hasta nuestra desaparición.

Algunos, tal vez la mayoría, interiorizan con más fuerza que otros los valores positivos de sustentación del tejido social. Así lo aprenden en el seno de la familia, le dan forma en el aprendizaje de las enseñanzas de socialización en la escuela y provistos de tales defensas, son capaces de enfrentar, casi siempre con éxito, los embates negativos de las fuerzas del delito. Otros seres humanos, en cambio, cargan desde su nacimiento, estampado en su frente, el membrete de la derrota, impuesto por las privaciones y la exclusión social, que los conduce por los senderos del fracaso, casi siempre irreversible, que aparece y desaparece en las más variadas formas, desde la muerte temprana a las orillas de la escalinata del barrio, mediado el ajuste de cuentas o el enfrentamiento policial, camino al rancho que se pierde entre las brumas perennes de la contaminación, hasta la igualmente precoz, huida hacia el desencuentro, en lomos de la blanca yegua de la cocaína en la soledad del urinario del bar *rave* de moda en los suburbios de las ciudades o en la intimidad de la habitación del joven, después de la discusión familiar que no condujo a nada constructivo sino que marcó el destino hacia la evasión definitiva mediante el choque de frente con una masa molecular de mayor coherencia y densidad, como lo suelen expresar fríamente los asépticos informes médico-legales, al reseñar la muerte producida por el impacto de un proyectil proveniente del arma de fuego que los adultos dejamos al alcance de los ladrones... y de los muchachos de la casa.

Para los otros, para aquellos que no terminan en las cavas de las morgues, están los centros de reclusión y los sanatorios mentales, ávidos siempre de la dosis diaria de perdedores que agregue cifras a las estadísticas que pretenden informar a la sociedad acerca del "éxito" del sistema penal o de la psiquiatría, numeritos que sirven de placebos para la tranquilidad nocturna de los habitantes de las grandes ciudades, detrás de las concertinas y de las alambradas, bajo la mirada soñolienta de los cancerberos bípedos que custodian nuestros hogares y nos garantizan el reposo mientras los "malos" están donde deben estar para no salir jamás, pues siempre estuvieron allí.

Esto significa que el efecto disuasivo de la norma penal no es suficiente para alejar a todos del delito. Que el efecto de prevención penal general no pasa de ser una aspiración del legislador. Que por mucho que aumentemos la magnitud y severidad de las penas, tales amenazas no llegan a ser eficaces e idóneas para lograr su objetivo de alejar del delito a los eventuales autores del mismo. Sobran los ejemplos en nuestro país: la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, hoy remozada bajo el nombre de Ley contra la Corrupción, por citar dos leyes emblemáticas cuya aplicación ha sido casuística y más bien, parecieron servir más bien de acicate a las formas más variadas de delitos grandes y pequeños en contra de los bienes jurídicos protegidos por tales instrumentos legales.

Es decir, que la solución al problema de la delincuencia no proviene del aumento de la magnitud y severidad de las penas. Tal convicción dio motivo al surgimiento de la concepción de la prevención especial, dirigida específicamente al autor del delito, con la finalidad de rehabilitarlo, de regenerarlo, de reeducarlo, de resocializarlo, para que una vez producido su retorno al seno de la sociedad que lo segregó de sus filas, no volviera a delinquir. Tampoco podemos exhibir reales éxitos en esta materia, a pesar de ser condimento predilecto del festín retórico al que nunca terminamos de acostumbrarnos. Hablando claro, los centros de reclusión para adolescentes privados de libertad por la comisión de delitos, no han cumplido los objetivos de la sanción; en cambio, se han convertido en lugares y momentos casuales de la vida de tales adolescentes, tránsito impuesto por las fuerzas del orden sólo temporalmente

útiles para idear, programar y ejecutar fugas y motines comparables por su chapucería y lenidad a las torpes respuestas del sargento televisivo ante las travesuras que, en el mejor estilo Robin Hood, protagoniza el huidizo Diego de La Vega. Cada día que pasa, esto lo hemos visto todos los venezolanos con la estridencia que se confiere a esta clase de noticias en los medios de información masiva; los lugares de cumplimiento de las sanciones privativas de libertad para los adolescentes incursos en la comisión de delitos, debido a la ausencia o incoherencia de los programas que deberían cumplirse en ellos, se parecen cada día más a las cárceles de los adultos, con las mismas características de violencia, ocio, degradación y finalmente, motines y fugas colectivas.

Preocupa el fracaso que han tenido los lugares de internamiento en el logro de los fines de su creación: fomentar en el adolescente el respeto a los derechos humanos –y nos preguntamos, ¿cómo? si los suyos son los primeros en no ser reconocidos–; el desarrollo integral de su personalidad, –¿es ello posible en circunstancias de encierro total?– y la adecuada convivencia con su entorno familiar y social –¿de qué convivencia hablamos, si su familia nunca ha concientizado la trascendencia de tener un hijo e igualmente ignora el significado del concepto de familia?

En resumen, tanto da proponer un ideal de prevención especial como no hacerlo, pues el resultado es el mismo. Un número indeterminado de los adolescentes sometidos a sanciones de privación de libertad, con las excepciones de rigor, al egresar de los centros de reclusión, pasan a engrosar de nuevo, los batallones de miseria, pobreza y exclusión social que, más temprano que tarde, los pondrán en contacto con las fuerzas del orden público, y esta vez de manera definitiva.[15]

[15] Como muy bien se afirma "... ni para adultos ni para menores de edad exacerbar el uso de la prisión parece ser la solución recomendable. En materia de menores, UNICEF ha determinado que en América Latina los institutos de internación alcanzan a cubrir solamente el 4.5% del fenómeno de los llamados menores de edad en "situación irregular". De lo que se desprende que, además de sus desventajas y efectos negativos (tales como el de "prisionización" y "rotulamiento" de los niños), los institutos de internamiento no son la solución posible hacia la que los países en vías de desarrollo podrían orientarse." (Carranza, Elías; y Maxera, Rita. El Control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina, en "La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal, ed. Hombres de Maíz, San Salvador, 1995, p. 78)

Lo dicho significa que coincidimos en algunos desacuerdos. Por ejemplo, coincidimos con los que sostienen que el derecho penal es el derecho más selectivo que existe. Pues no se aplica a todos a quienes puede –y debería– aplicarse, sino a aquellos que no pueden escapar de la persecución del aparato penal del Estado. No pueden escapar porque son los más vulnerables, porque carecen de recursos, porque son pobres.

También estamos de acuerdo con los que denunciaron que el derecho penal sólo ha servido para legitimar la represión, en aras de la defensa social, que no es defensa de todos, pues si salimos ilesos del asalto, del hurto, de la lesión tal vez definitiva, no escapamos de ser víctimas del zarpazo aterciopelado del prestamista que actúa bajo el amparo de la mirada socarrona del Estado que no vacila en sacrificar las necesidades del pueblo antes que ser descalificado en los centros mundiales de reparto del crédito que nos oprime hasta la eternidad. En aras de la "seguridad jurídica" exhibimos las cárceles repletas de indigentes, quienes concentran el odio instigado por las campañas contra el delito de los pobres, atizado en las pantallas de los televisores y en las páginas de los diarios sensacionalistas.

En tercer lugar, consideramos que, en vez de hablar de un derecho penal de adolescentes, sería mejor para todos, hablar de una política del Estado que involucre a la familia y a la sociedad, que proponga como objetivo central evitar que los niños y adolescentes se vean en la necesidad de cometer delitos, que evite que ellos aprendan a cometerlos, que les otorgue las oportunidades que a muchos de ellos les han sido negadas, de alimentarse, de crecer con salud, de estudiar y de desarrollar todo su potencial, de llegar a ser personas útiles para la sociedad y para sí mismos, que los forme para la libertad dentro de la cultura de la vida y de la felicidad en sustitución de la cultura de la tristeza y de la muerte o de la postiza alegría consumista, en fin, que realice los mejores postulados de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Tres razones entre muchas que nos obligan a saludar el reconocimiento reciente en América Latina y en Venezuela de que el niño y el adolescente es un sujeto y no un objeto de protección y, además, que por serlo tiene derechos, los mismos que tienen los adultos, más los que le pertenecen por ser un niño o un adolescente.

Así lo estableció la Convención sobre los Derechos del Niño y lo asumió la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, para que se refleje en todo lo que tenga que ver con un niño o un adolescente. La concepción del niño como sujeto de derechos, conjuntamente con el principio del interés superior del niño y del adolescente y el principio de prioridad absoluta, conforman el eje de la doctrina de la protección integral, que vino a sustituir el esquema tutelar de compasión y represión prevaleciente en el país hasta el 1º de abril de 2000, fecha de entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente).

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente descansa sobre dos pilares fundamentales: el sistema de protección y el sistema penal de responsabilidad del adolescente. El primero, constituye el aspecto principal de la Ley, por cuanto su objetivo primordial es proponer el marco legal de las instituciones, entidades y programas de atención al niño y al adolescente, para que deje de ser víctima de los males que comentamos –y de los que omitimos por obvios– al inicio de este ensayo. El legislador venezolano –cabe comentar que, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente merece ser recordada por haber surgido de la preocupación de un vasto sector de la ciudadanía– puso especial empeño en redactar una ley minuciosa que abarcara los temas más importantes acerca de la protección de nuestros niños y adolescentes.

Que la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente es una ley demasiado ambiciosa, que su vasto contenido la hace aparecer un Reglamento, que es prolija en numerosos detalles, son algunas de las críticas que hemos escuchado y que, en vez de restarle méritos a esta magnífica herramienta legal, le suman virtudes y tornan más exigente la tarea de quienes son responsables de ejecutar sus mandatos y de rendir cuentas de tales ejecutorias. La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente despeja dudas y vacilaciones: fue diseñada para ser aplicada y así lo esperan, ansiosos e impacientes, los niños y adolescentes de Venezuela, todos sin excepción; pero en especial, los más pobres, todavía, después de tres años de vigencia de la Ley, permane-

cen a la espera de que se hagan realidad las mejores expectativas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

En mi criterio, los derechos, garantías y deberes que conforman los dos primeros Títulos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, proporcionan las bases de la política de prevención de la criminalidad de niños y adolescentes. Para ilustrar esta afirmación, a continuación, expondremos, en cuatro puntos, algunas ideas para una estrategia de prevención de la criminalidad de niños y adolescentes.

1. REVISIÓN AXIOLÓGICA[16]

El sistema de valores de la sociedad venezolana ha sido diseñado por los adultos. Los más jóvenes lo adquieren por imitación, lo han aprendido mediante la observación de los modelos de comportamiento de los adultos. Si los niños y adolescentes venezolanos aprenden de aquellos los valores (¿o antivalores?) del odio, de la mezquindad, de la violencia, de la corrupción, del hedonismo, de la falta de solidaridad, su conducta, casi de modo inexorable, será una réplica exacta de tales enseñanzas. De nada sirve la retórica expresión de ciertos valores si, en la práctica, nuestro comportamiento desmiente lo proclamado socialmente. Los efectos de la contradicción son aún más deletéreos. Se impone entonces una profunda revisión de los valores sociales proclamados. Para ello sugiero tomar en consideración las siguientes disposiciones de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente

> Artículo 3º. - Principio de igualdad y no discriminación.
>
> Las disposiciones de esta Ley se aplican por igual a todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otra índole, posición económica, origen social, étnico o nacional,

[16] La idea surgió de la lectura del Capítulo XXIII. *La prevención del delito en un Estado social y democrático de Derecho*, por García-Pablos De Molina, Antonio (1999) Tratado de Criminología. Barcelona. Tirant lo blanch. pp. 877-932.

> discapacidad, enfermedad, nacimiento o cualquier otra condición del niño o adolescente, de sus padres, representantes o responsables, o de sus familiares.

Son valores sociales fundamentales, además de la igualdad y la no discriminación, el derecho a la vida, consagrado en nuestra Constitución y en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente

> Artículo 15. - Derecho a la vida.
>
> Todos los niños y adolescentes tienen derecho a la vida.
>
> El Estado debe garantizar este derecho mediante políticas públicas dirigidas a asegurar la sobrevivencia y el desarrollo integral de todos los niños y adolescentes.

Comprender que todos los seres humanos tienen derecho a la integridad personal, comienza por reconocerlo a los más débiles.

> Artículo 32. - Derecho a la integridad personal.
>
> Todos los niños y adolescentes tienen derecho a la integridad personal. Este derecho comprende la integridad física, psíquica y moral...

La comprensión de estos derechos de los niños y adolescentes no puede pasar por alto la advertencia acerca de sus deberes

> a) honrar a la patria y sus símbolos;
>
> b) **respetar, cumplir y obedecer todas las disposiciones del ordenamiento jurídico y las órdenes legítimas que, en la esfera de sus atribuciones, dicten los órganos del poder público**;
>
> c) **respetar los derechos y garantías de las demás personas**;

> d) honrar, respetar y obedecer a sus padres, representantes o responsables, siempre que sus órdenes no violen sus derechos y garantías o contravengan al ordenamiento jurídico;
>
> e) ejercer y defender activamente sus derechos;
>
> f) cumplir sus obligaciones en materia de educación;
>
> g) respetar la diversidad de conciencia, pensamiento, religión y cultura;
>
> h) conservar el medio ambiente;
>
> i) cualquier otro deber que sea establecido en la ley. (Artículo 93, negrillas fuera de texto)

Sólo es posible el pleno desarrollo de las capacidades del adolescente respetando su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

> **Artículo 35. - Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión**.
>
> Todos los niños y adolescentes tienen derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.
>
> Los padres, representantes o responsables tienen el derecho y el deber de orientar a los niños y adolescentes en el ejercicio de este derecho, de modo que contribuya a su desarrollo integral.

De importancia trascendental en la transmisión de los valores fundamentales para una sociedad y, por ende, dentro de una propuesta para un programa de prevención de la criminalidad de los niños y adolescentes venezolanos, es el contenido de los artículos 70, 73 y 79.

> Artículo 70.- Mensajes de los medios de comunicación acordes con necesidades de los niños y adolescentes.
>
> Los medios de comunicación de cobertura nacional, estadal y local tienen la obligación de difundir mensajes dirigidos exclu-

> sivamente a los niños y adolescentes, que atiendan a sus necesidades informativas, entre ellas: las educativas, culturales, científicas, artísticas, recreacionales y deportivas. Asimismo, deben promover la difusión de los derechos, garantías y deberes de los niños y adolescentes.
>
> Artículo 73.- Fomento a la creación, producción y difusión de información dirigida a niños y adolescentes.
>
> El Estado debe fomentar la creación, producción y difusión de materiales informativos, libros, publicaciones, obras artísticas y producciones audiovisuales, radiofónicas y multimedias dirigidas a los niños y adolescentes, que sean de la más alta calidad, plurales y que promuevan los valores de paz, democracia, libertad, tolerancia, igualdad entre las personas y sexos, así como el respeto a sus padres, representantes o responsables y a su identidad nacional y cultural.
>
> **Parágrafo Primero**: El Estado debe establecer políticas a tal efecto y asegurar presupuesto suficiente, asignado específicamente para cumplir este objetivo.
>
> **Parágrafo Segundo**: El Consejo Nacional de Derechos definirá las orientaciones generales a seguir por el Estado en materia de fomento de materiales informativos, libros, publicaciones, obras artísticas y producciones audiovisuales, radiofónicas y multimedias dirigidas a los niños y adolescentes. Asimismo, establecerá los requisitos generales en relación al contenido, género y formatos que éstos deben cumplir para recibir recursos financieros y asistencia del Estado.

De gran utilidad en el programa de prevención de la criminalidad de niños y adolescentes es la vigilancia del acatamiento y la implementación de campañas permanentes del respeto a lo establecido en el artículo 79; especialmente los literales b, c y e.

> **Artículo 79.** - Prohibiciones para la protección de los derechos de información y a un entorno sano.

> Se prohíbe:
>
> ... *Omissis*...
>
> b) vender o facilitar de cualquier forma a niños y adolescentes o exhibir públicamente, por cualquiera de los multimedias existentes o por crearse, libros, revistas, programas y mensajes audiovisuales, información y datos en redes que sean pornográficos, presenten apología a la violencia o al delito, promuevan o inciten al uso del tabaco, sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas; o que atenten contra su integridad personal o su salud mental o moral;
>
> c) difundir por cualquier medio de información o comunicación, durante la programación dirigida a los niños y adolescentes o a todo público, programas, mensajes, publicidad, propaganda o promociones de cualquier índole, que promuevan el terror en los niños y adolescentes, que atenten contra la convivencia humana o la nacionalidad, o que los inciten a la deformación del lenguaje, irrespeto de la dignidad de las personas, indisciplina, odio, discriminación o racismo;
>
> ...*Omissis*...
>
> e) utilizar a niños y adolescentes en mensajes comerciales donde se exalte el vicio, malas costumbres, falsos valores, se manipule la información con fines contrarios al respeto a la dignidad de las personas o se promueva o incite al uso o adquisición de productos nocivos para la salud o aquellos considerados innecesarios o suntuarios;
>
> ...*Omissis*...

No se trata de restringir la libertad de expresión o de instaurar regímenes de censura previa que afectarían derechos humanos y derechos fundamentales de orden constitucional. Se trata de resaltar la importancia de la tarea de los medios en la transmisión de valores positivos, de

enseñanzas provechosas para el desarrollo de las potencialidades de los niños y adolescentes. Numerosas muestras hemos recibido de la nobleza de las programaciones orientadas por estos ideales. Pero, hay que lamentar que, en muchas oportunidades, el *rating* desvía los mejores propósitos y ante tales situaciones no debe escatimarse ningún esfuerzo para restaurar la buena calidad de las programaciones dirigidas a los niños y adolescentes.

En previsión de ello, el Capítulo IX de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, establece las sanciones que deben aplicarse al verificarse la transgresión de estas normas.

> Artículo 234. - Actuación de los medios de comunicación en desacuerdo con esta Ley.
>
> Quien transmita, por cualquier medio de comunicación, informaciones o imágenes en contraposición a esta Ley o a las regulaciones, de los órganos competentes, en horario distinto al autorizado, sin aviso de clasificación o que haya sido clasificado como inadecuado para los niños o adolescentes admitidos al espectáculo, será sancionado con multa de uno (1) a veinte (20) meses de ingreso.

En estos casos, procede igualmente, según la gravedad de la infracción, la suspensión de la programación del medio de comunicación de que se trate hasta por dos (2) días.[17]

Sobre este particular, cabe destacar una interesante reflexión aportada por el Maestro Chiossone, acerca del tema

> ...Yo estoy perfectamente de acuerdo en que el niño, a causa de su tendencia imitativa, puede llegar a reproducir cualquier tragedia que haya leído en algún libro o periódico y que por ese

[17] Con seguridad que a todos nos daría gran trabajo evocar alguna actuación, aún tímida, de los órganos competentes para hacer valer estas disposiciones. Tal vez la historia continuará pasándonos la correspondiente factura.

> mismo espíritu de imitación, también tienda a reconstituir escenas de crímenes observadas en alguna película...Yo creo que la influencia de las lecturas y de los espectáculos está en razón directa con el grado de educación del niño. No tenemos control para las exhibiciones cinematográficas...Y aunque no se analice con detención los pequeños derrumbes inapercibidos y continuados que llevan, por un trabajo lento de destrucción, al desquiciamiento total de los preceptos morales hoy generalmente admitidos, no se puede negar que son una verdad tan evidente, que en varios países ya se han levantado alarmas suficientes como para dar lugar a medidas de orden legal en contra de los malos espectáculos cinematográficos... todos los países han legislado, sobre el cine, esa institución internacional –como dice Ladislao Thot– frente a la cual hay que defenderse también por el camino internacional, para cautelar el interés de la juventud, controlando las ixhibiciones dañosas y promulgando, en casos de infracción, sanciones penales o administrativas contra los que las infrinjan, sin limitarse a un discutido visaje moralista, con lamentable olvido de la política criminal, que impone la necesidad indispensable de una censura previa de las películas ante el grave peligro que puedan representar para la moralidad de la juventud... (Chiossone, 1934:57-58)

Sobran los comentarios.

2. APRENDIZAJE OBSERVACIONAL Y MENSAJES ANTIPEDAGÓGICOS

En la primera estrategia se advirtió sobre la importancia del aprendizaje mediante la observación. Ahora se advierte acerca de los riesgos de la ambigüedad del mensaje; su equivocidad puede resultar de fácil decodificación para la mayoría de los adultos. Mas no ocurre así con los niños y los jóvenes. De allí la necesidad de evitar en todo momento los mensajes que propicien una lectura sesgada, tendenciosa, simplificadora. En esta dirección clarificadora adquieren brillo especial disposiciones como las siguientes:

> **Artículo 75.- Informaciones e imágenes prohibidas en medios dirigidos a niños y adolescentes.**
>
> Los soportes impresos o audiovisuales, libros, publicaciones, videos, ilustraciones, fotografías, lecturas y crónicas dirigidas a niños y adolescentes no podrán contener informaciones e imágenes que promuevan o inciten a la violencia, o al uso de armas, tabaco o sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas.

La mejor defensa para nuestros niños y adolescentes, a la hora de prevenir la comisión de hechos punibles o de conductas incivilizadas, se logra mediante la evitación de mensajes tendenciosos, a veces, letalmente subliminales, a través de una toma de conciencia, que les permita una toma racional de decisiones acerca de lo conveniente o no del mensaje recibido. La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente propone en su

> **Artículo 69.- Educación crítica para medios de comunicación.**
>
> El Estado debe garantizar a todos los niños y adolescentes educación dirigida a prepararlos y formarlos para recibir, buscar, utilizar y seleccionar apropiadamente la información adecuada a su desarrollo.
>
> **Parágrafo Primero:** La educación crítica para los medios de comunicación debe ser incorporada a los planes y programas de educación y a las asignaturas obligatorias.
>
> **Parágrafo Segundo:** El Estado, con la activa participación de la sociedad, debe garantizar a todos los niños, adolescentes y sus familias programas sobre educación crítica para los medios de comunicación.

Y su correlato en la exigencia de tener la

> **Artículo 71.- Garantía de mensajes e informaciones adecuadas.**
>
> Durante el horario recomendado o destinado a público de niños y adolescentes o a todo público, las emisoras de radio y televisión sólo podrán presentar o exhibir programas, publicidad y propagandas que hayan sido consideradas adecuadas para niños y adolescentes, por el órgano competente.

Ningún programa no apto para niños y adolescentes podrá ser anunciado o promocionado en la programación dirigida a público de niños y adolescentes o a todo público.

3. CRIMINALIDAD SUBCULTURAL Y REARME AXIOLÓGICO POSITIVO

La criminología aplicada al estudio de la criminalidad juvenil ha aportado al derecho penal la verificación empírica de que muchos de los comportamientos de los niños y adolescentes son conductas subculturales que simbolizan la huida, la evasión, de una sociedad cuyos valores no comparte, acepta, ni comprende y el consiguiente rechazo y desprecio por las pautas de conducta y actitudes convencionales de la sociedad adulta.

La solución consiste en ofrecer al niño y al adolescente opciones de su interés, que sean válidas para él, que lo comprometen, que lo inviten a participar, transmitiéndole la convicción de que sus expectativas y opiniones serán tomadas en cuenta.

La estrategia se puede complementar con la aplicación de las siguientes disposiciones de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

> **Artículo 8.- Interés superior del niño.**
>
> El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desa-

> rrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.
>
> **Parágrafo Primero:** Para determinar el Interés Superior del Niño en una situación concreta se debe apreciar:
>
> *...Omissis...*
>
> c) la necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño o adolescente;
>
> d) la necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño o adolescente;
>
> *...Omissis...*

Desde este punto de vista el objetivo perseguido es la comprensión por parte del niño y del adolescente de que él es tan importante como los demás seres humanos; que por su condición de persona en desarrollo tiene unos derechos adicionales cuyo ejercicio debe ser garantizado; todo dentro de la armonía y el equilibrio indispensables para la convivencia social.

El niño y el adolescente serán tomados en cuenta, su participación recibirá la importancia que merece, por ser expresión de una voluntad de compromiso. Compromiso de aporte y de cumplimiento de su rol en la sociedad, con la carga correspondiente de derechos y deberes, en especial, de aquellos que apuntan en la misma dirección de paz y tranquilidad, indispensables para el avance social, sin dar cabida, a cuenta de una visión parcializada que percibe sólo los derechos y no los deberes, pues por allí podría asomarse el perverso rostro de la impunidad y todo el esfuerzo se perdería.

El artículo 28 *eiusdem*, también prepara al niño y al adolescente, para la aceptación de las diferencias, al asumir que él tiene

Artículo 28.- Derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Todos los niños y adolescentes tienen derecho al libre y pleno desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las establecidas en la ley.

La LOPNA, en consonancia con las más avanzadas directivas, establece en el artículo 55

Artículo 55.- Derecho a participar en el proceso de educación.

Todos los niños y adolescentes tienen el derecho a ser informados y a participar activamente en su programa educativo. El mismo derecho tienen los padres, representantes o responsables en relación al proceso educativo de los niños y adolescentes que se encuentren bajo su patria potestad, representación o responsabilidad.

El Estado debe promover el ejercicio de este derecho, entre otras formas, brindando información y formación apropiada sobre la materia a los niños y adolescentes, así como a sus padres, representantes o responsables.

Y en el

Artículo 56.- Derecho a ser respetado por los educadores.

Todos los niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados por sus educadores.

Debe tomarse en consideración que los niños y adolescentes tienen, derecho a expresarse, de acuerdo con el

Artículo 67.- Derecho a la libertad de expresión.

Todos los niños y adolescentes tienen derecho a expresar libremente su opinión y a difundir ideas, imágenes e informacio-

> nes de todo tipo, sin censura previa, ya sea oralmente, por escrito, en forma artística o por cualquier otro medio de su elección, sin más límites que los establecidos en la ley para la protección de sus derechos, los derechos de las demás personas y el orden público.

Especialmente, tienen el derecho a manifestar sus opiniones y a ser escuchados

> **Artículo 80.- Derecho a opinar y a ser oído.**
>
> Todos los niños y adolescentes tienen derecho a:
>
> a) expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés;
>
> b) que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños y adolescentes, entre ellos: al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional.
>
> ...*Omissis*...

Y como corolario de este segmento de la propuesta estratégica de elaboración de un programa de prevención de la criminalidad de niños y adolescentes, los artículos 81, 82 y 83:

> **Artículo 81.- Derecho a participar.**
>
> Todos los niños y adolescentes tienen derecho a participar libre, activa y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, así como a la incorporación progresiva a la ciudadanía activa.
>
> El Estado, la familia y la sociedad deben crear y fomentar oportunidades de participación de todos los niños y adolescentes y sus asociaciones.

Artículo 82.- Derecho de reunión.

Todos los niños y adolescentes tienen derecho de reunirse pública o privadamente con fines lícitos y pacíficamente, sin necesidad de permiso previo de las autoridades públicas. Las reuniones públicas se realizarán de conformidad con la ley.

Artículo 83.- Derecho de manifestar.

Todos los niños y adolescentes tienen derecho de manifestar pacíficamente y sin armas, de conformidad con la ley, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a sus padres, representantes o responsables.

4. UNA NUEVA CULTURA SERVIDA POR AMBICIOSAS POLÍTICAS SOCIALES

En la misma onda de nuestras reflexiones iniciales, que no intentan justificar el comportamiento delictivo de los adolescentes, sino destacar la inconveniencia de utilizar el derecho penal como instrumento para resolver los problemas sociales, pues al no ser esa su misión, la torpeza de su actuación sólo sirve para ocultar con la violencia de sus ejecutorias, las deficiencias del Estado y sus instituciones y la complicidad de la sociedad y de la familia, estos aspectos de nuestra realidad tampoco se pueden justificar. Parece, a simple vista, más acertado establecer claras diferencias entre las políticas sociales del Estado y su política penal.

No se puede negar la necesidad de implementar políticas sociales en materia de salud, alimentación, educación, vivienda, cultura, recreación, etc., por ser tales políticas los instrumentos más idóneos, eficaces y eficientes en la prevención de la criminalidad. Si el resultado de la implementación de estas políticas es la convicción en cada uno de nuestros niños y adolescentes de que, mediante el trabajo, el estudio y el esfuerzo sostenido, le será posible alcanzar las metas de una vida digna para sí mismo y para quienes integran su entorno social, es de esperar que no será invadido por el sentimiento de frustración, ni sentirá la necesidad de apelar a su locus de control externo, para justificar sus an-

danzas delictivas. Esta propuesta para la discusión de una estrategia para la prevención de la criminalidad infantil y juvenil, persigue la colocación de bases sólidas para un verdadero derecho penal del adolescente integrado a las políticas sociales y de una nueva cultura lejana al delito y sus consecuencias.

Mujeres, Historia y Violencia: Un Reto para la Condición Humana

Milagros Mireilli SOTO CALDERA[*]

Para salvar nuestra toma de conciencia de la ingenuidad y del maniqueísmo, debemos aprehender todo cuanto la inteligencia ha descubierto en la larga y penosa odisea del descubrimiento del hombre, para clarificar su conducta, sus profundas razones, sus más íntimos mecanismos.

Lolita Aniyar de Castro

[*] **La Universidad del Zulia**, Abogado, Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Público y Ciencias Políticas, Especialista en Derecho Penal, cursante del Doctorado en Ciencias Humanas, en la Facultad de Humanidades y Educación de **La Universidad del Zulia** y de la Maestría Latinoamericana en Ciencias Penales y Criminológicas en la misma universidad. Profesora e Investigadora de **La Universidad del Zulia** adscrita al Departamento de Derecho Penal. e-mail: mireilli@iamnet.com.

Este artículo es un producto del proyecto de investigación Nº VAC-CONDES- 0095-01, intitulado "Modelo Alternativo de una Infraestructura de Seguridad y Confidencialidad Informática frente al auge de los Delitos en y contra Internet", cofinanciado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de La Universidad del Zulia (CONDES).

SUMARIO:

Introducción
1. **La mujer y la historia, o del porqué puede afirmarse que "la mujer ha pasado por la historia, pero la historia no ha pasado por la mujer".**
2. **La violencia contra la mujer desde la perspectiva del género.**
3. **El ciclo de la violencia doméstica contra la mujer.**

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Descubrir y desentrañar la significancia de la mujer a lo largo de la historia, es sin lugar a dudas una aventura muy tentadora para cualquier intelecto humano. Ese fue el primer reto que ha pasado por la mente de la autora del presente trabajo científico, al investigar sobre las vinculaciones existentes entre la mujer, la historia y la violencia.

Sin lugar a dudas concepciones biologicistas a lo largo de la historia han conducido a la relegación de la mujer a papeles secundarios en los espacios públicos y a la consideración de la misma como un objeto más integrante del hogar doméstico, olvidando la esencia humana de la misma y la importancia de sus convicciones, ideas, pensamientos y valores. La existencia de una sociedad patriarcal y androcéntrica a nivel mundial ha fortalecido a lo largo de los años patrones de conductas en los cuales lo masculino es sinómino de poder y de dominio. Poder y dominio que se ejerce más de lo que cualquier persona pueda creer con la fuerza física que con la fuerza del pensamiento.

La principal víctima de la fuerza brutal masculina ha sido la mujer, que al interior del espacio privado sufre en muchos casos un ciclo de violencias físicas y psicológicas que desarticulan su estabilidad emocional y afectiva.

Así, una revisión de la posición asumida por la mujer a lo largo de diversos períodos históricos, como el análisis de la violencia desde la perspectiva del género, así como una breve revisión de aspectos puntuales de la ley sobre violencia contra la mujer y la familia constituye el objetivo

principal de la presente investigación de tipo documental, afianzada en la revisión de textos, documentos y aportes estadísticos obtenidos para contrastar diversas posiciones doctrinarias. Se concluye que una de las vías para tratar de mejorar y solucionar la problemática planteada la constituye el rescate de los valores, de la moral y de la ética que renueve la forma de pensar de la humanidad entera, tomando conciencia que tanto mujeres como hombres son por **igual seres humanos.**

1. LA MUJER Y LA HISTORIA, O DEL PORQUÉ PUEDE AFIRMARSE QUE "LA MUJER HA PASADO POR LA HISTORIA, PERO LA HISTORIA NO HA PASADO POR LA MUJER"

El sitial que ocupa la mujer en la sociedad es un factor fundamental en la conformación de la estructura social; de allí que sea de vital importancia el conocimiento y comprensión de la actuación y participación de la misma en diversas esferas de la vida social en diferentes épocas y en sociedades diferentes.

Desde los estadios primitivos de la evolución de la humanidad se ha destacado el rol secundario desempeñado por la mujer, manifestado en la exclusión de la misma de la toma de decisiones en los espacios públicos debido a su naturaleza biológica catalogada como débil, poco resistente y quebradiza, y en el sometimiento de la misma en espacios privados a través de la violencia física y psicológica.

Lo masculino se ha apoderado del escenario social, cultural, político, ideológico y económico, marcando una historia signada por los grandes triunfos y derrotas de aquellos "hombres" que han forjado los destinos de la humanidad. ¿Pero qué ha sucedido con las hazañas y logros de aquellas "mujeres" que han contribuido a forjar los destinos de la humanidad?

Ejemplo de lo señalado lo constituye el hecho de escuchar y leer en diversas obras y textos una frase que dice: "Detrás de cada gran hombre en la historia, hay una gran mujer"; destacando que detrás del rol preponderante y protagónico de un hombre se encuentra una mujer, la cual sin lugar a dudas queda relegada a una posición secundaria. Esta forma de pensar androcéntrica ha prevalecido a lo largo de la historia

de la humanidad en diversas sociedades, culturas, países y núcleos sociales. Es así como los papeles protagónicos en los grandes eventos históricos se han reservado sólo para los hombres, y la integración de la mujer en los procesos históricos ha sido subvalorada y subestimada.

Generación tras generación se ha transmitido culturalmente la identificación de roles femeninos y masculinos, en los cuales el rol masculino se identifica con la fuerza, con el poder, con el dominio, con la valentía, y con el ímpetu de ser el fuerte de la especie; mientras que la mujer ha sido relegada ha desempeñar un rol que la caracteriza como ser débil, delicado, estético, obediente y maternal.

Sin lugar a dudas esta internalización de roles ha conducido a que el tratamiento de la mujer dentro de los núcleos sociales sea en muchas ocasiones deplorable y degradante.

Pareciera que el rol de ser entidad humana individual y universal se desplaza por el rol social que se le ha asignado, conduciendo a la nulidad de la otra mitad de la esencia de la civilización.

Esta situación puede evidenciarse desde los inicios de la historia. En las tribus primitivas, la mujer, por su contextura física, fue relegada a quedarse en casa a cuidar los hijos; mientras que el hombre, debido a su contextura biológica fuerte y vigorosa, fue impulsado a salir a buscar el sustento diario, enfrentándose a peligros y a toda clase de vicisitudes. Según De Beauvoir:

> En su recorrido por la historia de los pueblos antiguos y las tribus primitivas, ella encuentra la clave el problema de la subordinación femenina: ésta reside en que el hombre se eleva sobre el animal al arriesgar la vida, no al darla; por eso, la humanidad acuerda superioridad al sexo que mata y no al que engendra. La peor maldición que pesó sobre la mujer fue estar excluida de las primeras expediciones guerreras.[1]

[1] Coddetta, Carolina (1995). *El Problema de Poder en la Teoría Feminista* en: *Frónesis,* La Universidad del Zulia, Instituto de Filosofía del Derecho, Dr. José Manuel Delgado Ocando, Vol. 2, Nº 2, diciembre, p. 78. Maracaibo (Venezuela).

Este fue el inicio de la entronización de roles en los cuales la naturaleza fisiológica de la mujer determinó su encierro en un estereotipo social del que no ha podido escapar a lo largo de muchos siglos. Así se atribuyó al macho de la especie el rol de dominio y control de la tribu integrada por mujeres, niños, jóvenes y ancianos. Superioridad viril muchas veces asimilada a la de dioses, como puede evidenciarse en relatos mitológicos antiguos, en los cuales la fuerza destructora de civilizaciones, de ejércitos y objetos fue privilegiada sobre la fuerza creadora y dadora de vida que tiene la mujer: de allí que pueda afirmarse que, a nivel social, el poder destructor del macho de la especie desplazó al poder de creación femenino.

Lo referente a la subordinación de la mujer respecto del hombre puede evidenciarse en diversos pueblos antiguos. Las civilizaciones de Israel, Roma, Egipto, Mesopotamia, son una muestra de ello. Así por ejemplo:

> Puede observarse de la lectura del *Libro del Génesis* la subordinación de la mujer respecto del hombre cuando se establece que: Vers. 21 "Entonces Jehová Dios hizo caer sueño profundo sobre Adán, y mientras éste dormía, tomó una de sus costillas, y cerró la carne en su lugar. Y de la costilla que Jehová Dios tomó del hombre, hizo una mujer, y la trajo al hombre. Dijo entonces a Adán: Esto es ahora hueso de mis huesos y carne de mi carne; ésta será llamada Varona, porque del varón fue tomada"... una vez que se llevó a cabo la comisión del pecado original Jehová dijo a la mujer que: "Multiplicaré en gran manera los dolores en tus preñeces¸ con dolor darás a luz a los hijos, y *tu deseo será para tu marido, y él se enseñoreará de ti***.** (Destacado nuestro).[2]

Por su parte:

La constitución de la familia romana estaba caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal: la soberanía del padre o del abuelo paterno. Esta organización que tiene por base la preeminencia del pa-

[2] *Santa Biblia* (1980) *Libro del Génesis*. Editorial Vida, Miami (Estados Unidos).

dre, y donde la madre no juega ningún papel, tuvo sus orígenes en Roma, donde el paterfamilia era el dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad. Su poderío incluso se extendía hasta las cosas, ya que todas las adquisiciones y las de los miembros de la familia se concentran en un patrimonio único, sobre el cual ejerce durante toda su vida, él solo los derechos de propietario".[3]

En la mayoría de los casos a las mujeres de este período histórico las leyes, la cultura dominante masculina y los valores sociales reinantes les negaron la posibilidad de acceder a espacios públicos. Sin embargo, esto no fue un impedimento para que muchas de ellas destacaran y sobresalieran en diversas esferas de la vida social de la época, como reinas, como políticas, como madres, como filósofas, entre otras.

Es importante mencionar que respecto a las actuaciones y participación de la mujer en los grandes cambios políticos, sociales y económicos del mundo antiguo, se comenta poco en la Historia, sin lugar a dudas porque en: "La historiografía tradicional ha destacado fundamentalmente el papel de los hombres en la Historia, y se ha llegado a negar la presencia de las mujeres".[4]

Durante la época feudal, la mujer fue arropada por manto de terciopelo, con el cual se cubrió su esencia. Se llegó a considerar a la misma como objeto delicado y fino al que había que proteger por ser símbolo de belleza y de decoro, hasta el punto de que la protección de la mujer fue tan exarcebada que se llegó a decir que era necesario protegerla inclusive de sus propios pensamientos y de su propia voluntad. La mujer debía permanecer encerrada en el castillo feudal, circunscrita a la vida hogareña desempeñando el rol de ser reproductora de la especie.

Por lo que la mujer quedó confinada a destacar y a desenvolverse en espacios privados lo cual conllevó a la exclusión de las mismas de los

[3] Petit, Eugene (1982). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Móbil Libros, p. 136, Caracas.
[4] Mago, Lila y Chópite, Carmen (1998). *El Género en la Investigación Histórica* en: *Frónesis*, La Universidad del Zulia, Instituto de Filosofía del Derecho, Dr. José Manuel Delgado Ocando, Vol. 5, Nº 3, p. 10, Diciembre, Maracaibo (Venezuela).

espacios públicos los cuales quedaron reservados en la mayoría de los casos para los hombres, los cuales imprimieron un sello de "masculino" a la política, al derecho, a las ciencias y a la economía.

La situación de la mujer empeoró en la Edad Media. La fuerte influencia de la religión estableció reglas y parámetros de conducta que eran elevadamente estrictos. Así, pudo evidenciarse uno de los períodos más tristes de la historia de la humanidad, en la que si las mujeres no se adaptaban y obedecían al rol impuesto por la denominada "sociedad" en sentido genérico (expresión catalogada como falacia, ya que la "sociedad" en general era dominada y representada por hombres, quienes tenían el poder político, económico y religioso) eran condenadas a ser quemadas en la hoguera y tildadas de "brujas". Una mujer que leyera libros y se instruyera en campos como la ciencia, geografía, cartografía, principios básicos de la medicina, biología o astronomía, se consideraba hija del Maligno, ya que sus únicas funciones eran la de ser una buena madre, una fiel esposa y una ferviente practicante de la fe.

Debido a la concepción androcéntrica del rol que debía desempeñar la mujer en la Edad Media se produjeron las cacerías de brujas, en las cuales las mujeres indignas, pervertidas y rebeldes fueron sometidas a procesos penales inquisitivos totalmente violatorios del respeto mínimo a la condición de ser simplemente "ser humano" que conllevaban la imposición de una sanción penal: la Hoguera. La obra de Heinrich Kramer y James Sprenger publicada en el año 1487, constituye el reflejo fiel de la concepción patriarcal y androcéntrica que imperaba en la época. Ésta se intitulaba *Malleus Maleficarum* (Martillo de las Brujas). Según Zaffaroni:

> El *Malleus* se elaboró sobre la emergencia que imponía la necesidad de combatir el complot del diablo con las mujeres, de lo que resultaba una racionalización del poder destinada a controlar brutalmente a la mujer: los actos de brujería (el mal) se explicaban por la inferioridad genética en la mujer, que era estigmatizada con lujo de citas y calificativos difamatorios. Todo se debía a que la mujer fue hecha a partir de una costilla del pecho que, siendo curva, se contrapone a la rectitud propia del

> hombre, es decir, que arrastra un defecto genético. Este origen curvo le daba menos fe, era más débil que el hombre en la fe; más capaz de ofender al Creador, lo que reafirmaban con una inventada etimología de fémina, derivada de *fe* y *minus*" ..Además Zaffaroni establece que el *Malleus Maleficarum* es la obra teórica fundacional del discurso legítimante del poder punitivo ...pues constituye el primer modelo integrado de criminología y criminalística con derecho penal y procesal penal... A su respecto llama la atención la escasa atención que le han dispensado los juristas e historiadores del derecho penal, como su extremada misoginia y su antifeminismo. Cabe preguntarse porqué el primer esfuerzo teórico de legitimación del poder punitivo tuvo por objeto la represión de la mujer. Hay varias hipótesis particulares y todas son opinables, pero lo que es indiscutible es que el poder punitivo necesitaba controlar a la mujer, por lo que percibía en ella una amenaza para su consolidación. El poder punitivo moderno confiscó a la víctima, pero para consolidarse necesitó someter a la mujer e inferiorizarla hasta lograr la introyección de la misma y su comportamiento conforme a ella. Como parte de un ejercicio de poder y saber de señor *(dominus*) se consolidó en la baja Edad Media mediante la discriminación y represión de la mitad de la especie. Entre la confiscación de la víctima y el sometimiento de la mujer como ser inferior existe una clarísima coetaneidad genética, o sea, que son fenómenos de poder sincrónicos… En este contexto no puede dejar de mencionarse una famosa frase que expresara Eugenio Zaffaroni "Nuestra sociedad continúa siendo hoy día una sociedad de hombres machos, blancos y propietarios.[5]

Durante el siglo XVIII, denominado el Siglo de las Luces, pudo evidenciarse un cambio de paradigmas signados por la Modernidad identificada con los estándartes de racionalización, universalidad, regulación y emancipación. Durante este período la mujer aspiró a lograr una mejo-

[5] Zaffaroni, Eugenio (2000). *Derecho Penal. Parte General.* Sociedad Anónima, Editorial Ediar, p. 258. Buenos Aires, Argentina.

ría en lo que a igualdad de derechos y de participación en espacios públicos se refiere; pero estas aspiraciones se convertirían en puras ilusiones cuando en el Nuevo Régimen después de la Revolución Francesa en el año 1789 no se le otorgó el mismo status a la mujer respecto del hombre, sino que por el contrario continuó la opresión y la subordinación de la mujer dentro de una concepción que la relegaba a continuar siendo sólo un maniquí de belleza y coquetería, muy lejos de la razón práctica y objetiva propugnada por los principales pensadores del siglo.

> En palabras de Talleyrand, la revolución les promete la felicidad con la condición de que ellas no aspiren al ejercicio de los derechos y las funciones públicas. El mismo reconoce que esta exclusión no se puede justificar en nombre de la libertad y de la igualdad, pero sí se justifica en nombre de la naturaleza, la cual exige que las consecuencias de la emancipación de la mujer conquistadas con la revolución sean estrictamente civiles.[6]

Así, la época de la Ilustración caracterizada por un proceso de racionalización que suministró las bases para el surgimiento de la ciencia moderna, para la conformación de un sujeto consciente de sus posibilidades emancipatorias, destacando su autonomía personal; negó la ciudadanía a la mitad de la raza humana, representada por las mujeres, quienes fueron excluidas del Contrato Social y quedaron relegadas de nuevo al ámbito privado, bajo un estilo de vida signado por la sumisión al poder masculino, que manipulaba sus vidas utilizando violencia psíquica y la violencia física, todo con el fin de someter al considerado socialmente como secundario e insignificante. Según Rubio Castro:

> Como la construcción de la sociedad que nace de la Modernidad se fundamenta en la figura del contrato, y éste no puede desvelar por su propia lógica situaciones de desigualdad, éstas deben ser establecidas previamente. La astucia argumentativa

[6] Sledziewski citado por Coddetta, Carolina (1995). *El Problema de Poder en la Teoría Feminista* en: *Frónesis*, La Universidad del Zulia, Instituto de Filosofía del Derecho, Dr. José Manuel Delgado Ocando, Vol. 2, Nº 2, p. 66 diciembre, Maracaibo (Venezuela).

> utilizada para ocultar las relaciones de subordinación fijadas en el contrato sexual es sustituir la figura del varón por la del varón-padre. El contrato sexual condiciona y determina el significado y el alcance del pacto social (que diseña la sociedad civil y el ámbito jurídico-político de actuación de los sujetos - individuos... Este contrato está configurando además el marco simbólico que construye el inconsciente colectivo y transforma la imagen masculina y todas sus representaciones en la imagen y representación de lo general y lo universal.[7]

Además:

> Según Lozada, en el siglo XVIII una mujer fue guillotinada porque pretendió incluir los derechos de la mujer entre los logros de la Revolución Francesa que preconizaba la igualdad (sólo entre los hombres). Olympe de Gouges, de vida revolucionaria ejemplar y vasta obra teatral, creyendo que los derechos conquistados por la Revolución Francesa para los hombres libres y ciudadanos lo merecían también las mujeres quiso explicitarlos redactando la Declaración Francesa de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, entre otros documentos. En 1791 se la dedicó a la Reina María Antonieta, enfatizando que la mitad de la población, las mujeres, quedaban excluidas, no eran ciudadanas. A ella se debe, en el artículo 10 de la Declaración la famosa frase: **"Si la mujer tiene el derecho a subir al caldazo, también tiene el derecho a subir la tribuna",** reclamando así el derecho para todas las mujeres. Pues bien, por esa lucha política y para regresar al orden natural a las mujeres que habían participado en los levantamientos fue guillotinada en 1793 como acción ejemplarizante. Según palabras del Procurador Chaumette a nombre de Robespierre, su delito

[7] Rubio Castro, Ana (1998). *La Subjetividad y la Ciudadanía de los Noventa* en: *Frónesis,* La Universidad del Zulia, Instituto de Filosofía del Derecho, Dr. José Manuel Delgado Ocando, Vol. 5, Nº 3, p. 58 diciembre, Maracaibo, (Venezuela).

> fue "...haber olvidado las virtudes de su sexo y los cuidados de su hogar para mezclarse en los asuntos de la República.[8]

A comienzos del siglo XX dos guerras mundiales enfrentarían a la cultura occidental a un caos, y desembocarían en la quiebra de la confianza en la razón como guía del progreso moral, científico y social. El paradigma de la modernidad que de acuerdo con lo señalado por Boaventura De Sousa resultó "...internamente contradictorio al buscar armonizar y expandir, recíprocamente, regulación y emancipación , tratando de trasladar su desarrollo hacia la racionalización total de la vida colectiva y personal".[9]

La enorme pérdida de vidas humanas, la desarticulación de la economía mundial como consecuencia de los conflictos bélicos, el brutal enfrentamiento con la triste realidad del olvido del los valores, de la ética y de la moral por el privilegio de la razón práctica conllevó a la creación de organismos internacionales que representaran y concentraran el sentimiento de hermandad y globalidad de la raza humana y que nacerían para evitar futuros conflictos bélicos mediante el establecimiento de Acuerdos y Medidas a nivel Internacional para la protección de los Derechos Humanos de los "olvidados "en los roles protagónicos de la civilización". Sin lugar a dudas el papel de la mujer dentro de la evolución de las sociedades y del mundo en general se convirtió en el foco de atención de organismos como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, entre otros, lo cual puede evidenciarse en la realización de conferencias a nivel mundial y regional, y en la aprobación de diversos instrumentos jurídicos a nivel internacional.

La crisis del pensamiento moderno abriría paso al pensamiento postmoderno, el cual presenta una nueva visión del mundo, que se manifiesta

---

[8] Lozada, Mireya (1998). *Vida cotidiana y Espacio Público: La Acción Política de las Mujeres* en: *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer,* Vol. 3, Nº 8 , p. 115 (julio-septiembre), Caracas (Venezuela)

[9] Hernández, Tosca (1997). *Lo Ético y lo Jurídico normativo en la práctica Científico-Tecnológica Posmoderna*, en: *Frónesis*, La Universidad del Zulia, Instituto de Filosofía del Derecho, Dr. José Manuel Delgado Ocando, Vol. 4, Nº 1, p. 16. Diciembre, Maracaibo (Venezuela).

en la transformación y redefinición de las sociedades actuales privilegiando la pluralidad, las diferencias, la conciliación, la comunicación, el sentir y el pensamiento de las minorías, el consenso. Se descarta la universalización propugnada por el modernismo, ya que encierra la presencia de la coerción y del sometimiento.

Ahora son los Seres Humanos (Mujeres y Hombres) los que toman la iniciativa frente a la Razón y se declara la emancipación frente a la regulación, destacándose un nuevo proyecto socio-cultural, en el que existe un discurso crítico que enfatiza las consecuencias sociales de la decadencia de la moral expresada en la proliferación de la violencia, de la delincuencia, la corrupción política y económica, la violación de los derechos humanos, y el empobrecimiento del sistema de valores sociales al haber estado monopolizados durante dos siglos por el individualismo, el egoísmo, el hedonismo, lo utilitario y lo acorde con la razón práctica.

La reflexión postmoderna ha penetrado también el campo de lo femenino. Surge el género como categoría de análisis para las investigaciones científicas en el campo de las ciencias sociales como la Sociología, la Historia, la Antropología y el Derecho. Los estudios de género se van a referir a una construcción cultural que comprende tanto a las mujeres como a los hombres. En forma contraria a lo que generalmente se entiende, los estudios de género enfatizan los papeles de la mujer y del hombre respecto a la ciencia, lo cual va a permitir aprender un área del saber determinado, enfatizando el rol desempeñado por los seres humanos (entiéndase mujeres y hombres) en la construcción del saber científico.

Simone de Beauvoir afirmó en su obra el *Segundo Sexo* (1949) que la mujer no nace, se hace. "Ningún destino biológico, físico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; la civilización en conjunto es quien elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado, al que se califica como femenino".[10]

[10] De Beauvoir, citada por Aponte, Élida (1998). *El Género en la Investigación Jurídica y otras Ciencias Sociales,* en: *Frónesis*, La Universidad del Zulia, Instituto de Filosofía del Derecho, Dr. José Manuel Delgado Ocando, Vol. 5, Nº 3, p. 75, diciembre, Maracaibo (Venezuela).

De Beauvoir señala que la estructura de las relaciones entre hombres y mujeres es una estructura de poder que asegura la dominación de los primeros sobre las segundas; por lo tanto la desigualdad entre unos y otras viene dado por un problema cultural, porque ambos son un producto de la cultura. Así, el género y la ciencia son categorías construidas socialmente. Según Aponte "...hay algo más que también debe quedar claro. Esa construcción de los hombres y de las mujeres por una determinada cultura, en un dado momento histórico, tiene que ver con otras elaboraciones o productos culturales como la raza y la clase o la preferencia sexual. Para mí, la relación vendría dada en el sentido de que la construcción de los hombres y las mujeres atraviesa las demás construcciones anotadas, y en todas se establecen posiciones (roles) diferentes que pueden aparejar o adscribir dominio o poder".[11]

Sin lugar a dudas la propuesta se dirige a valorizar la participación activa de la mujer en todos los capítulos de la historia, y a destacar todos los elementos, circunstancias y motivaciones que han influido en la adopción femenina de diversos roles. De allí que la metodología del género aporta grandes contribuciones, ya que:

> ...permite la reconstrucción de los roles femeninos que surgen como respuesta a necesidades dentro de un contexto bien específico relacionado con la ruptura de unas condiciones sociales concretas en las diferentes etapas de la vida social, en cada cultura y en cada sociedad. Proponemos una nueva Historia que no sólo sea de mujeres, pero tampoco de los hombres, o por separado, sino en conjunto interactuando de manera estrecha dentro de la estructura social.[12]

[11] *Ídem*, p. 75.
[12] Mago, Lila y Chópite, Carmen (1998). *El género en la investigación Histórica*, en: *Frónesis*, La Universidad del Zulia, Instituto de Filosofía del Derecho, Dr. José Manuel Delgado Ocando, Vol. 5, Nº 3, p. 12. Diciembre, Maracaibo (Venezuela).

2. LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER DESDE LA PERSPECTIVA DEL GÉNERO

El nuevo milenio ha comenzado lleno de expectativas y de esperanzas respecto de la evolución de la raza humana. El avance hacia la consolidación de un mejor ser humano se oscurece cuando se destaca que la mujer continúa siendo víctima de la denominada violencia de género.

Pero, para entender el significado de la violencia de género se debe partir de establecer lo que debe de entenderse por violencia en sentido genérico. Según el Diccionario de la Real Academia Española, por violencia se entiende "Acción y efecto de violentar o violentarse. Acción violenta o contra el natural modo de proceder".[13]

Partiendo de lo establecido por el Diccionario de la Real Academia Española, puede evidenciarse que la violencia puede considerarse desde dos puntos de vista. El primero es aquel que considera la violencia en sentido integral, contemplando por lo tanto todos aquellos comportamientos humanos caracterizados por la utilización de una fuerza avasallante, desproporcionada; y el segundo, es el que considera a la violencia desde una perspectiva instrumental como la coacción que se ejerce sobre una persona, con la finalidad de lograr la realización de una acción, o un modo de proceder determinado.

En este sentido, la violencia de género es entendida como : "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, incluyendo la amenaza de tales actos y la coacción o privación arbitraria de la libertad, ya sea que ésta se produzca en la vida pública o en la privada".[14]

---

[13] *Diccionario de la Real Academia Española* (2001), Editorial Espasa Calve, p. 2.304, Madrid (España).
[14] González, Ofelia (2000). *Mujer, violencia y sociedad*, en: *Anuario de Derecho*, Universidad de los Andes, Nº 22, p. 242, Mérida (Venezuela).

Por su parte la CEPAL en el año de 1997 definió la violencia de género como: "...el ejercicio de la violencia que refleja la simetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres, y que perpetúa la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino. La diferencia entre este tipo de violencia y otras formas de agresión y coerción estriba en que en este caso el factor de riesgo o de vulnerabilidad es el solo hecho de ser mujer".[15]

No debe de olvidarse que la violencia contra la mujer causa daños en la vida emocional y social de los integrantes de la familia, conllevando en muchos casos a la desintegración de los valores sociales e individuales, a la disolución del núcleo familiar y al incremento de la delincuencia.

Por mucho tiempo la sociedad, las autoridades encargadas de impartir justicia y los legisladores han sido cómplices de la reproducción del problema de la violencia de género al callar los hechos, al no reconocerlos, y al no reprobarlos tanto en el ámbito privado como en el público.

La idea de no inmiscuirse en áreas que pertenecen al ámbito privado para no violar el derecho a la privacidad, han hecho difícil atender y resolver este problema, el cual se ha recrudecido aún más en Venezuela por la carencia de instituciones e instancias especializadas para atender a las víctimas y estudiar el problema como fenómeno cultural, social, jurídico y sobre todo humano.

Según Pérez algunos de los problemas culturales y sociales que se enfrentan cuando se plantea el problema de la violencia de género son:

> 1.- La imposibilidad de concebir que una víctima continúa viviendo bajo agresión constante, sin denunciar al agresor por existir una dependencia emocional y económica, o por miedo a que el agresor se vuelva más violento y corra peligro su integridad físi-

[15] Álvarez, Ofelia (1998). *Contrastes en la Violencia hacia la mujer a finales del siglo XX*, en: *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, Vol. 3, Nº 8, p. 117, (julio-septiembre), Caracas (Venezuela).

ca e incluso su vida; y no porque disfrute del hecho de ser golpeada. Esto constituye un reflejo de la minimización, de la discriminación de la que es víctima la mujer por la existencia de una concepción androcéntrica y patriarcal de la sociedad.

2.- La idea de que las agresiones sufridas en el hogar son un problema privado y que debe ser resuelto únicamente por los afectados. En el núcleo social (signado por el predominio del poder masculino), se da por entendido que personas ajenas a la familia no tienen o sienten derecho a intervenir.

3.- La concepción de que la víctima es agredida porque ella provocó al agresor con su conducta, hábitos o costumbres. Nada más lejos de la realidad, nada justifica la violencia física o psíquica contra otros seres humanos, además muchas veces la conducta del agresor se encuentra determinada por factores sociales y culturales como el haber sido objeto de violencia durante la infancia, baja autoestima, problemas económicos, problemas de formación familiar (estereotipos), entre otros.

4.- La violencia de genero no es sólo un problema de clases sociales. Mujeres de todos los estratos sociales, bajos, medios o altos son víctimas de este tipo de delitos.

5.- En muchas ocasiones las autoridades piensan que los actos de violencia psíquica o física cometidos por el sujeto activo no son recurrentes ni cíclicos, y que los suspenderá por el sentimiento de culpa y por miedo al deterioro de la relación conyugal. Tal consideración es la más errada que se pueda tener, ya que una vez que se manifiestan los primeros signos de violencia, ésta se continuará reproduciendo sistemáticamente, dando lugar al ciclo de la violencia.[16]

[16] Pérez Contreras, María (1999). *La Violencia Intrafamiliar* en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Nueva Serie Año XXXII, Número 95, p. 550, mayo-agosto de 1999, (México).

3. EL CICLO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA CONTRA LA MUJER

Diversos estudios científicos han demostrado que cuando ocurren situaciones de maltrato, violencia y agresión contra la mujer se puede evidenciar la presencia del denominado ciclo del maltrato o ciclo de la violencia. De acuerdo con lo señalado por Pérez: "Este ciclo es el que plantea el proceso mediante el cual el comportamiento violento es transmitido de una generación a otra. Esto es que los padres maltratadores fuero hijos maltratados o que el esposo golpeador creció en un hogar donde su madre y/o hermanas eran golpeadas, y lo mismo se puede decir de una mujer víctima de violencia doméstica".[17]

Este autor ha señalado que el ciclo de la violencia contra la mujer se caracteriza por presentar cuatro etapas bien identificadas: la de tensión; la de violencia: la de luna de miel y finalmente la repetición de todo el proceso. A continuación se analizan cada una de las fases del ciclo:

1.- **Fase de tensión:** La etapa del ciclo se caracteriza por la existencia de incidentes menores de violencia. El hombre acumula ansiedad y tensión que lo llevan al enojo, para pasar a culpar a la mujer por todo lo que sucede en el ambiente que les rodea. Las manifestaciones de la tensión se dan a través de agresiones verbales mediante insultos y acusaciones, lo que conduce a la mujer a un estado de angustia y confusión; produciendo un clima de inseguridad en el ambiente familiar conduciendo a que la mujer, para evitar que la violencia continúe, se comporte complaciente y apacible tratando de justificar o explicar lo que está sucediendo, haciéndose responsable de los hechos que dieron lugar al incidente.

2.- **Fase de violencia o maltrato físico:** La segunda etapa se inicia cuando una vez que se han disculpado los primeros actos de agresión, llega un momento en el que el agresor explota, existe una descarga incontrolable de tensiones que se fueron acumulando en la primera etapa, comenzando el agresor a infligir daño físico a la mujer de manera

[17] *Ídem*, p. 556.

que ella resulta herida y terriblemente confusa y asustada. Él agresor pierde el control, descargando la tensión de diversas formas, como por ejemplo: insultando, diciendo cosas hirientes, lanzando o rompiendo objetos, consumiendo alcohol, permaneciendo sin hablar por días, teniendo un romance con otra pareja, forzando las relaciones sexuales, avergüenza a su pareja en público, cuenta historias de ella a sus espaldas o enfrente de ella, amenaza con violencia, con llevarla a un hospital psiquiátrico o llevarse a los hijos, entre otros. Esta segunda etapa es la más corta, y generalmente ocurre que la mujer provoca que se acelere el inicio de esta segunda etapa debido a que el temor y la ansiedad producida durante la primera etapa alcanza niveles inmanejables; además, la mujer maltratada en muchas ocasiones prefiere acelerar el incidente de maltrato severo en lugar de vivir en la expectativa de la impredecible pero certera violencia.

3.- **Fase de la luna de miel:** Ésta se caracteriza porque el agresor, una vez que se han presentado los primeros signos de violencia física, trata de justificar lo sucedido, debido a que se percata que se extralimitó en su conducta, de allí que prometa que los hechos no se repetirán jamás y manifiesta abierta y sinceramente un sentimiento de culpabilidad para con la víctima. Esto conduce a que la conducta del agresor sea cálida y amorosa, y como se siente sinceramente apenado después de cometer el abuso pide perdón, llora, promete cambiar, ser amable, buen marido y buen padre.

Esta actitud suele ser convincente, por lo que la receptora de violencia cree en las palabras de su esposo y en ningún momento la mujer piensa que es una víctima del abuso, ya que la realidad duele demasiado y la niega, por lo que en lugar de tomar conciencia de la realidad se siente culpable y trata de adaptarse a la situación tratando que la luna de miel dure más. El hombre no se considera así mismo como un marido abusador, porque después todo el la quiere y siente entonces como si la mujer tuviera el poder. Si ella le ha abandonado, él hará lo que sea para que le acepte de nuevo. Ayuda en las tareas del hogar como en los primeros tiempos. Simula un resurgimiento de sus creencias “he vuelto a ir a la Iglesia desde que me dejaste”, pone en Dios la responsabilidad por sus agresiones. Si bebía, deja de beber. Ella se dice “si él puede dejar de beber, dejará de pegarme”, pero beber no es la causa de la agresión, si

así fuera él maltrataría también a otras personas. Durante un tiempo él dice y hace todo lo que la compañera quiere. Ella está en éxtasis, tiene poder, tiene a su hombre detrás, responsabilizándose y amándola. Él se relaja un poco en las restricciones que imponía, ella no se siente tan aislada. Están ahora en una nube de "luna de miel".

4.- **Fase de repetición:** En la última etapa la víctima puede percibir que al agresor le es imposible cumplir con su palabra, que los períodos de luna de miel son más cortos, hasta que prácticamente desaparecen, y cada vez que se presentan momentos de agresión los insultos y las explicaciones son menos frecuentes para comenzar sin más preámbulo con los golpes. Esto lleva a que la mujer devalúe su propia imagen, a que esté en constante estado de depresión y con una autoestima sumamente deteriorada, a tal punto que se ve afectada su capacidad emocional y física para resistirse a la violencia, para enfrentarse a la sociedad, e incluso para enfrentarse a las autoridades y denunciar el hecho; esto provoca que la única acción que se tome sea la de creer en las palabras del agresor con la esperanza de que no volverá a suceder, lo que da pauta a que se repita el ciclo nuevamente.

Ante esta realidad la víctima cambia la imagen que tiene de su pareja, quien ahora le inspira miedo y angustia. Es por lo general en esta etapa cuando vuelve a venir otro período de violencia y se repite sucesivamente el ciclo. Sin lugar a dudas, cada pareja tiene su propio ritmo y las fases duran un cierto tiempo característico en cada caso, pero las etapas son cada vez más cortas y la violencia más intensa. Muchas mujeres aguantan una relación así años y años. Unas pocas intentan defenderse y acaban matando al verdugo. La triste verdad es que muchas más mujeres que hombres son asesinadas por su pareja, sobre todo cuando ellas intentan abandonar la relación, ellos no pueden soportarlo.

Terceras personas externas a la situación descrita consideran que la mujer es un mártir y que sencillamente está recibiendo lo que a ella le gusta. Sencillamente, sólo quien lo padece puede describir en verdad lo que sucede. Para una mujer es muchas veces difícil tomar sus objetos y marcharse del lado de su marido, más aún si hay hijos en común y lazos de amor establecidos entre dos familias. Para una mujer en estado de

crisis, por ser víctima del ciclo de la violencia, es muy difícil asumir partir del hogar que tiene con su marido a una incertidumbre en el sentido que al partir tendrá que asumir sola la manutención y cuidado de sus hijos, tendrá que buscar un empleo en un período corto de tiempo (lo que no es nada fácil, aunque se tenga una formación profesional), y enfrentarse sola a la existencia de valores androcéntricos en un mundo exterior al que no había salido desde mucho tiempo atrás.

Tomar la decisión de acusar al agresor es un paso muy difícil, sobre todo porque tendrá que enfrentarse a un sistema judicial penal que no escapa a las influencias del patriarcado, de la misoginia y del androcentrismo. Desde el momento de la creación de la ley, la misma presenta una estructura general y abstracta, que arropa con velo la triste verdad de idealización de la realidad, presentando una imagen neutra que impide la conciencia de la subordinación al momento de ser conformada y normalizada.

Así, qué difícil es para una mujer que pasa por un ciclo de violencia, a la que se repite un discurso jurídico de que es igual al hombre en cuanto a los derechos que se le han reconocido nacional e internacionalmente, que se encuentra inmersa en una triste situación de desigualdad, discriminación, vejación, dominio y coacción, como consecuencia de esquemas y estereotipos culturales, y de factores de poder.

Además, investigaciones criminológicas señalan que la mujer, lejos de encontrar protección en las agencias de control penal, es objeto de un trato discriminatorio por parte de las mismas, siendo nuevamente victimizada en el recorrido del proceso penal en diversas formas, como por ejemplo agresiones en los interrogatorios, tratos degradantes, requisas practicadas por funcionarios de sexo masculino, entre otros, que reflejan un tratamiento discriminatorio, producto de una visión androcéntrica y paternalista de la sociedad.

Según Francia:

> ...los estudios muestran que estas prácticas discriminatorias se deben especialmente a una visión parcializada y deformada de la realidad, que lleva a reproducir elementos de una menta-

> lidad machista en la actuación de los agentes de control penal. Esto ubica a la mujer en ciertos roles y aptitudes predeterminadas, y ha ayudado a determinar las formas en las que las mujeres son victimizadas en el proceso penal, hablándose en los estudios criminológicos de una doble victimización, tanto por la producida por el delito que las afecta, como por las agresiones que sufre en el proceso de criminalización.[18]

Además, los resultados de la violencia ejercida contra una mujer al interior del núcleo familiar no sólo conlleva daños para la misma en forma individualizada sino también para los hijos. Cabría preguntarse hasta qué punto los hijos de esa mujer no están siendo víctimas de la misma violencia o, en el peor de los casos, de una violencia más grave. Las consecuencias para un niño o una niña se observarán en la repetición de patrones de conductas durante su adultez. Así, los resultados antijurídicos van más allá de lo plasmado en los textos penales y de lo certificado por las medicaturas forenses.

Culturalmente estamos acostumbrados a pensar que es imposible que cualquier persona ajena al núcleo familiar intervenga en asuntos de esta índole, ya que todo lo que suceda en el hogar es privado. Así, familiares, amigos, vecinos, agentes de control social formal, permanecen en la mayoría de los casos inertes ante situaciones como las planteadas, enarbolando la bandera de respeto a la privacidad y a la intimidad. Según Rubio:

> La idea de que el Estado favorece la libertad cuando permanece al margen de las disposiciones sociales existentes y que la acción estatal sólo debe intervenir para garantizar la igualdad en caso de que existan violaciones a los derechos de las ciudadanas y ciudadanos, resultado del todo irreal. La función de esta imagen imparcial, neutra y objetiva del Estado en todas y cada una de sus funciones es que el Estado no intervenga

[18] Francia, Luis (1998). *Problemas que enfrenta la mujer en le proceso de criminalización,* en: *Criminalidad y Criminalización de la Mujer en la Región Andina,* Editorial Nueva Sociedad, p. 50 Caracas, (Venezuela).

> cuando el *status quo* está protegido y a salvo de intromisiones de otros intereses sociales. Pero frente a la dimensión negativa de la libertad –dejar hacer, mantenerse al margen– existe una dimensión positiva que alude a la potencialidad de hacer o poder evitar que otro haga. Si en la sociedad esta vertiente positiva es detentada sólo por un grupo social, esto significa que aquellos grupos sociales que no gocen de esta dimensión quedan fuera del alcance de las garantías legales, lo que viene a demostrar la falta de imparcialidad, así como la no neutralidad de la estructura jurídico-política.[19]

4. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA LEY SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA FAMILIA

Venezuela ha suscrito una serie de tratados, convenios y acuerdos internacionales en los que se establecen pautas y directrices para la protección de los derechos de la mujer que se ven vulnerados por situaciones de violencia, entendida ésta en todas sus formas y clasificaciones. Así, el Art. 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer, "Convención de Belém Do Pará" establece la definición de violencia cuando plantea que: "por violencia contra la mujer se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada".[20]

De la misma forma se establece en su Art. 2 que la noción de violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica que:

> – se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con

[19] *Ibídem*, p. 66.
[20] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer, "Convención de Belém Do Pará", suscrita por la República de Venezuela el 09 de junio de 1994.

la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

– que tenga lugar dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

– que sea perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

Venezuela, siguiendo los lineamientos de protección internacional de los derechos de la Mujer reconocidos en la Convención de Belém do Pará y en diversos instrumentos jurídicos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros promulgó el 08 de agosto a nivel interno la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia que entró en vigencia el 1º de enero de 1999.

Este instrumento jurídico integrado por siete capítulos comprendidos por 49 artículos vino a llenar un vacío legal en el ordenamiento jurídico penal venezolano. En el Capítulo I se encuentran las disposiciones generales de la ley, en las cuales puede observarse el establecimiento de términos básicos.

Se establece que el objeto de la ley es prevenir, controlar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la familia, así como asistir a las víctimas de los hechos de violencia previstos en la ley. Respecto del objeto de la ley, la autora de la presente investigación considera que los núcleos rectores de las acciones que se proponen lograr con la implementación de la misma son idóneos con los lineamientos establecidos a nivel internacional, pero el verbo típico erradicar, demuestra una intención muy ambiciosa del legislador. Se considera que el problema de la violencia contra la mujer y la familia obedece a estructuras culturales patriarcales arraigadas en el seno de la sociedad venezolana. Difícil-

mente un instrumento jurídico por sí solo pueda lograr la erradicación total del flagelo, sin la concordancia seria y efectiva de políticas públicas, tanto a nivel social, económico y criminal.

Por su parte el Art. 2 establece los derechos protegidos por la ley. Ésta enfatiza la protección a la dignidad e integridad física, psicológica y sexual de la persona; la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer; la protección de todos los miembros de la familia; y la protección de todos los demás derechos consagrados en la Convención de Belém do Pará. Al respecto parece que el legislador al hacer la enumeración de los derechos a proteger, olvidó señalar el derecho a la vida, el más importante de todos. Es innegable que cada día se elevan las cifras de víctimas sobre todo mujeres y niños que fallecen como consecuencia de la violencia intrafamiliar. Así que las medidas a tomar deben estar dirigidas en primer lugar a preservar la vida de las personas, incluso antes que la integridad de la familia. Del mismo modo el Art. 2 de la ley omitió la referencia a otros tratados, acuerdos y convenios internacionales suscritos por Venezuela, que tienen fuerza de ley en la República y que también pueden invocarse por establecer protección a los derechos de las víctimas de estos tipos delictivos.

El Art. 3 establece los principios procesales que deben de regir el procedimiento que siga en los casos de los tipos delictivos señalados por la ley. Realmente es necesario destacar que la ley se promulgó antes de la entrada en vigencia en Venezuela del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), el cual comenzó a implementarse a partir del 01 de julio del año 1999. En este sentido, en su Título Preliminar el COPP consagra una serie de principios y garantías que van a regir el proceso penal venezolano con la implementación del proceso acusatorio, el cual vino a sustituir al proceso inquisitivo establecido en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal.

Así que los principios de un proceso penal oral, público, inmediato, en el que existan las garantías de un juicio previo y de un debido proceso, en el que se respeten la defensa y la igualdad de las partes, también deben de aplicarse para los delitos contemplados en la ley en cuestión.

El señalamiento anterior se debe a que el artículo en discusión conjuntamente con el Art. 32 y con el Art. 39 hacen referencia a la actuación de las Prefecturas (hoy denominadas Intendencias). Así, el Art. 32 de la ley señala como órganos receptores de las denuncias a los Juzgados de Paz y de Familia, los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, Prefecturas y Jefaturas Civiles, Órganos de Policía, Ministerio Público y cualquier otro que se le atribuya esta competencia. Así queda claro que el papel a desempeñar por las Prefecturas debe ser el de Receptor de Denuncias y de apoyo a las víctimas, pero no se comparte el señalamiento del Art. 39 de la Ley el cual establece que entre las medidas cautelares que podrá dictar el órgano receptor de denuncias se encuentra el **..."Arresto transitorio hasta por setenta y dos horas que se cumplirá en la Jefatura respectiva",** (subrayado de la autora) debido a que en nuestra opinión el derecho a la media cautelar preventiva de privación de libertad sólo le corresponde dictarla al Juez de acuerdo con los señalamientos del COPP. Así este señalamiento es inconstitucional, porque una autoridad investida de potestades administrativas como lo es el Prefecto o Intendente, no puede privar de la libertad a una persona violando sus derechos constitucionales y al debido proceso.

A nuestro parecer pareciera que la ley conserva aún la concepción de que estos tipos delictivos son de menor importancia y deben de resolverse por la actuación del Prefecto o Intendente. El caso es que sucede todo lo contrario, estos tipos delictivos suceden a diario, y la cifra negra delictiva es muy alta.

La explicación es sencilla, además del temor que por lo general tienen las víctimas de denunciar al victimario, se une su desconfianza en el sistema jurisdiccional, pero el temor es aún mayor si se piensa que en la mayoría de los casos las mujeres acuden a realizar las denuncias en las Prefecturas y se observa que en el caso del Municipio Maracaibo en el mes de enero del presente año de 172 denuncias recibidas, sólo 26 oficios fueron remitidos a la Fiscalía del Ministerio Público para enfrentar en el mes de febrero un número de 172 casos de reincidencia.

Tipo de actividad realizada por el Dpto. de Mujer Maltratada de la Intendencia de Seguridad del Municipio Maracaibo	ENERO 2002	FEBRERO 2002	MARZO 2002	ABRIL 2002
Denuncias 172	78	53	50	
Actas Conciliatorias	52	35	32	20
Declaraciones efectuadas	53	37	35	23
Boletas de citación Enviadas	167	185	99	110
Boletas de Detención	0	0	0	0
Boletas de Presentación Inmediata	14	12	6	5
Presentaciones Periódicas	4	8	0	4
Oficios remitidos a la Fiscalía	3	8	3	2
Reincidentes 76	107	90	74	
Oficios Recibidos de la Fiscalía	26	18	18	16

Fuente: Intendencia del Municipio Maracaibo, del Estado Zulia

No hay duda que la labor que estos organismos pueden desempeñar en la aplicación de políticas de Prevención y Asistencia es vital e importante; pero también se debe de asumir que estos son delitos graves a los que se le debe aplicar la sanción penal correspondiente.

De la misma forma se observó que en la Fiscalía del Ministerio Público son muy pocos los casos referidos a la comisión de delitos de la ley que son llevados a juicio, de allí que se enfatice la necesidad de crear Fisca-

les del Ministerio Publico expertos en el conocimiento de estos tipos delictivos, a los fines de poner en práctica la ejecución del procedimiento y la consecuente sanción de los delitos de violencia contra la mujer y la familia.

Se comparte las observaciones señaladas por Gómez cuando realizó una investigación sobre la aplicación de la ley en estudio analizando casos y estadísticas en la Prefectura del Municipio Maracaibo del Estado Zulia y en la Fiscalía del Ministerio Público entre los años 1998 y 1999 cuando señala que:

> Se observó, que en la Fiscalía del Ministerio Público procesan cantidad de casos por delitos llamados comunes, como homicidio, robo, lesiones que captan toda la atención de los Fiscales del Ministerio Público. Pero los casos de delitos de violencia contra la mujer que diariamente llegan, son atendidos y orientados en la necesidad de realizar acto conciliatorio desde el Ministerio Publico, con la advertencia al agresor que en caso de incumplimiento se hará la acusación penal ante los tribunales de Justicia, quedando los casos en archivo, dejando en esta forma impune los delitos de violencia contra la mujer y la familia, al no hacer la correspondiente acusación ante los tribunales de control a los fines de realizar el juicio correspondiente al delito denunciado.[21]

La situación no ha cambiado, de acuerdo con la investigación realizada por la autora de la investigación correspondiente a los años 2001 y lo que va de 2002 la situación es similar. No solamente con actos conciliatorios, ya sean a nivel de las Prefecturas o de la Fiscalías se resuelve el problema, este es mucho más serio, se necesita de la aplicación enérgica de la ley, para que ésta no sea sólo un símbolo de buenos deseos o aspiraciones, o en el peor de los casos una solución coyuntural a una moda que surgió en años anteriores a nivel mundial en la que se enfatizó

[21] Gómez, Nola (2001). *Análisis del Problema de la violencia contra la mujer y control social*, en: *Capítulo Criminológico,* La Universidad del Zulia, Instituto de Criminología Dra. Lolita Aniyar de Castro, Vol. 29, Nº 1, Maracaibo, (Venezuela).

que era necesario dictar leyes que protegieran a las mujeres de los abusos y maltratos por parte de los hombres que conviven con ellas.

Por su parte, es importante destacar que la ley muy acertadamente establece las definiciones de violencia contra la mujer y la familia en el Art. 4; de violencia física en el Art. 5; de violencia psicológica en el Art. 6; y de violencia sexual en el Art. 7.

El establecimiento de las figuras delictivas también representa un gran avance de la ley. Sin lugar a dudas la tipificación de la amenaza, de la violencia física, de la violencia psicológica, del acceso carnal violento y acoso sexual como delitos autónomos a los que se les atribuye su propia sanción penal ha significado un gran avance. Lo único que respecto a estos tipos delictivos (en opinión de la autora de la presente investigación) amerita cierta consideración es la baja cuantía de las penas establecidas para los mismos Esto influye en que ocurran las situaciones antes mencionadas en el sentido de que la sanción a los victimarios o sujetos activos es ilusoria, ya que al establecerle sanciones penales muy bajas en cuanto a la cuantía, que los fiscales del Ministerio Público como titulares del la acción penal hagan uso del Principio de Oportunidad señalado en los Arts. 37 al 39 del COPP o de la Suspensión Condicional del Proceso, establecido en los Arts. 42 al 46 del COPP. De acuerdo a lo señalado por Comesaña:

> En este sentido nos encontramos ante una gran contradicción. Por una parte, se ha reconocido la necesidad de promulgar la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia; sin embargo, por otra parte, la Ley se limitaría sólo al plano de lo simbólico, sin ninguna o muy pocas consecuencias concretas para las mujeres víctimas de violencia. Esto no debe de sorprender a nadie, pues es consecuencia lógica del mundo patriarcal y androcéntrico en el que vive todo el planeta, y en el cual la mayor parte del poder, por no decir todo el poder, está concentrado en manos masculinas. A pesar de leyes como las que se viene analizando, y que por cierto a falta de algo mejor, representan un avance, no deja de ser cierto que aun no ha entrado en la conciencia de hombres y mujeres el hecho de que el

maltrato de éstas y de sus hijas (os) por quienes conviven con ellas no son sólo una injusticia, sino un delito mayor.[22]

CONCLUSIONES

Sin lugar a dudas, no puede negarse que la mujer ha sido subvalorada a lo largo de la evolución de la humanidad. El halo místico que envuelve la esencia de cada mujer fue desplazado por la fuerza varonil y brutal del hombre, quienes han olvidado a lo largo de la historia que sin la fuerza creadora de la mujer sencillamente no existirían.

Sólo con un cambio en las condiciones sociales, culturales y políticas que han mantenido la subordinación de las mujeres a lo largo de los siglos se podrá alcanzar la tan anhelada igualdad reconocida en instrumentos jurídicos constitucionales e internacionales. Esta anhelada igualdad no se ha alcanzado por falta de esfuerzos o de convicción del sector femenino, sino porque no ha existido una renovación de los modelos, de los valores y de los estereotipos que actúan día a día en el ámbito privado y roles en los cuales no han tomado en cuenta aspectos humanos. Si la identificación con ser hombre o mujer se debe a construcciones culturales que los estudios de género han develado, definitivamente en opinión de la autora de estas ideas un reencuentro con la ética, con la moral y con el valor humano.

El hombre debe comenzar por reconocer que antes del rol masculino que se le ha signado culturalmente es sólo un ser humano compuesto de materia corpórea y de espíritu, y que la mujer es también un ser humano dotado de cuerpo y espíritu, al igual que él. Así, el principio de la igualdad entre hombres y mujeres deviene de un origen común: su condición de seres humanos habitantes de un mismo plantea. Pareciera que por muy sencillo y trivial este aspecto es olvidado por todos, pero es el más importante. Antes que las ciencias, que la religión o la cultura ha existido lo vital que es ese ser humano mujer u hombre que dota de energía todo lo que le rodea.

---

[22] Comesaña, Gloria y Márquez, Ada (2000). *Fin de Milenio y Derechos Humanos de las Mujeres*, en: *Temas de Conocimiento alternativo: Más Género, Más libertad , Más Ciencia,* La Universidad del Zulia, Instituto de Filosofía del Derecho, Dr. José Manuel Delgado Ocando, Maracaibo (Venezuela).

Así , todo es posible para el ser humano, si no olvida desde los diversos roles que le toca ejecutar (político, maestro, juez, médico, militar, ingeniero, padre de familia, amigo, hombre, mujer hijo, entre otros) que antes que todos esos roles, es UN SER HUMANO, que teniendo plena conciencia de ello puede llegar a entender que es el límite del mundo, el límite entre lo natural y lo divino; por lo tanto capaz de conducirse de acuerdo al único imperativo ético defendido por Trías: "Obra de tal manera que ajustes tu máxima de conducta, o de acción, a tu propia condición humana, es decir, a tu condición de habitante de la frontera".

Se establece por tanto que lo importante no es la máscara que presentamos a la sociedad, o a quienes nos rodean, sino la condición humana que hasta ahora ha permanecido encubierta por esa máscara. El día en que todos entendamos que la fuente del respeto, de la igualdad, de la comprensión y de la convivencia en un mismo espacio parte de salvar el lado humano de cada ser, las interrelaciones familiares serán más felices y estables, y se reconocerá en cada individuo un alter ego digno de protección no por un instrumento legal, sino por la propia fuerza vital de ser un ser existencial.

Lo anteriormente señalado se relaciona con lo apuntado por Lolita Aniyar de Castro en la Criminología de la Liberación cuando establece que "Ese es el aporte a la liberación. Porque, sobre la base de lo que vemos hoy, y de lo que hemos visto en los últimos años, puedo decir que la historia depara cambios bruscos en momentos inesperados. Podrá ser también el regreso de formas conocidas, por movimiento pendular. Pero no puede haber otras. Sospecho que, sin embargo, que dos verdades de Johnatan Swift quedarán inmutables:

1.- Que para saber cuántos son dos y dos, habrá primero que saber quién manda; y 2.- Que hay que evitar lo que le dijo la Reina de Corazones a Alicia en el País de las Maravillas: "Extraño mundo el tuyo, en el que hay que correr mucho para llegar a otra parte. En el mío, en cambio, hay que correr mucho para quedarse siempre en el mismo lugar".

El Delito de Desaparición Forzada de Personas y su Inconstitucional. Incorporación al Ordenamiento Jurídico Penal Venezolano

Magaly VÁSQUEZ GONZÁLEZ*

SUMARIO:

Introducción

1. **Antecedentes.**
2. **El delito de desaparición forzada de personas como un delito de lesa humanidad: 2.1.** *Consecuencias de la calificación del delito de desaparición forzada de personas como un crimen de lesa humanidad.*

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogada, Postgrado en Ciencias Penales y Criminológicas. Profesora en Pre y postgrado. **Escuela de Derecho**, Directora. **Universidad Central de Venezuela,** Ex Profesora de Derecho Penal. **Instituto Universitario de Estudios Penitenciarios,** Ex Profesora de Enjuiciamiento Criminal. **Universidad de Carabobo,** Profesora Invitada de Postgrado. **Congreso de la República,** Comisión Asesora en la redacción del Código Orgánico Procesal Penal, Asesora. **Colegio de Abogados del Distrito Capital,** Revista, Coordinadora del Área de Derecho Procesal Penal, Miembro del Consejo Consultivo. **Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal,** Miembro. Autora de varias obras y artículos sobre el proceso penal en Venezuela.

3. Definición y características fundamentales del delito de desaparición forzada de personas: 3.1 *Diferencias con el secuestro.* **3.2.** *Diferencias con el homicidio.*
4. Incorporación al ordenamiento jurídico venezolano.
5. Elementos del delito de desaparición forzada de personas previsto en el Código Penal venezolano.
Consideraciones finales.

INTRODUCCIÓN

Las consideraciones siguientes están dirigidas a analizar el contenido del delito de desaparición forzada de personas, su categorización como delito de lesa humanidad según las previsiones del Derecho Internacional y su reciente incorporación al ordenamiento jurídico penal venezolano producto de la última reforma al Código Penal.

El aspecto fundamental de los comentarios siguientes versa sobre el proceso seguido en orden a tipificar el referido delito. Si bien Venezuela, desde el momento en que ratificó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas se comprometió a "sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo" (literal b del artículo I) y a "tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención" (literal d del mismo artículo) no se podían cumplir tales compromisos desatendiendo el procedimiento constitucional de formación de las leyes y admitiendo su aprobación por parte de un órgano que carecía de competencia para ello, pues su ámbito de actividad estaba dirigido a regular la transición del Parlamento del régimen de la Constitución de 1961 a la de 1999, como consecuencia de la disolución del Congreso de la República.

1. ANTECEDENTES

El delito de desaparición forzada de personas surge a partir de las ideas totalitarias y la ideología de la seguridad nacional. Se trató de uno de los crímenes practicados por los nazis durante la segunda guerra mundial y con ocasión de un decreto de Adolfo Hitler. En efecto, "el 12 de diciembre de 1941, un día después de que Adolfo Hitler declarara la guerra

contra los Estados Unidos, éste emitió un decreto que había ponderado por mucho tiempo hasta haberlo refinado a la perfección: el notorio decreto *Nacht und Nebel*.

Por medio de este decreto los enemigos más peligrosos del *Reich* alemán fueron sentenciados no a muerte, sino a una noche interminable, un silencio interminable. *Nacht und Nebel* significa "noche y neblina", transmitiendo la imagen de un hombre que desaparece en la obscuridad, para nunca ser visto otra vez. El prisionero no tendría nombre, sus familiares nunca sabrían su destino o paradero, si estaba vivo o muerto; cuando moría, nunca sabrían dónde había sido enterrado.

El prisionero era aniquilado en vida".[1]

En el caso latinoamericano han sido múltiples los casos de denuncias de este hecho, fundamentalmente a partir de la década de los 60, con ocasión de las dictaduras mantenidas durante muchos años en varios de sus países. Así tenemos el caso de **Argentina**, donde según el informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas de 1984, el número de casos de personas desaparecidas que no fueron esclarecidos asciende a 8.960. Tal situación fue producto de las políticas implementadas por las dictaduras civiles y militares que azotaron ese país durante los años 1976 y 1983.

En **Bolivia**, entre los años 1980 y 1982 se denunciaron 48 casos de desapariciones forzadas de los cuales sólo pudieron ser esclarecidos 20.

En **Colombia**, según datos contenidos en el Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de 1996, a partir de 1981 habían tenido lugar 970 casos de desapariciones forzadas. El 8 de diciembre de 1995 la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentenció al gobierno colombiano por las desapariciones de María del Carmen Santana e Isidro Caballero Delgado, hechos éstos verificados el 7 de febrero de

[1] http://www.laneta.apc.org/afadem-fedefam/historia.htm

1989. En la aludida decisión[2] se asentó que existían indicios suficientes para inferir la razonable conclusión de que la detención y las desapariciones de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana fueron efectuadas por personas que pertenecían al Ejército colombiano y por varios civiles que colaboraban con ellos. "La circunstancia de que a más de seis años de transcurridos los hechos no se haya tenido noticias de ellos, permite razonablemente inducir que Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana fallecieron".

En **Chile**, a partir del asesinato del Presidente Salvador Allende y la instauración de la dictadura de Augusto Pinochet, este delito fue uno de los más frecuentes, situación que se agudizó a partir de la creación de la Dirección de Inteligencia Nacional, pues a tal órgano se le otorgó la facultad de detener personas involucradas en delitos contra el Estado; de muchas de esas personas, en su mayoría líderes del gobierno depuesto, nunca más se tuvo noticias. Según datos contemplados en el Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1996, entre 1973 y 1976 se informó de 912 casos cometidos durante el gobierno militar.

En **Guatemala**, según indica Botero,[3] con tan sólo nueve millones de habitantes, en el período comprendido entre 1954 y 1993 registraba aproximadamente 100.000 ejecuciones extrajudiciales y más de 42.000 desaparecidos desde 1963.

En **Honduras**, según datos manejados por Amnistía Internacional en la obra *Crímenes sin castigo, Homicidios Políticos y Desapariciones Forzadas,* durante los años 1980 y 1992 casi un dos por ciento de la población fue eliminado producto de las desapariciones y homicidios políticos acaecidos durante la guerra civil. Es con ocasión de la desaparición de un nacional de este país que el 29 de julio de 1988 cuando se produce la primera decisión judicial que declara responsable a un Estado por desaparición forzada. Se trata del ciudadano hondureño Manfre-

[2] *c.p.* Gómez López, Jesús Orlando (1998). Crímenes de Lesa Humanidad, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, p. 263-264.
[3] *c.p.* Gómez López, *O. C.,* p. 259.

do Velázquez Rodríguez, quien fue detenido el 12 de septiembre de 1981 y posteriormente desaparecido. Con ocasión de este hecho fue condenado internacionalmente el Estado hondureño por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En **México** esta práctica fue implementada en los años 60,[4] dirigida por la Seguridad Nacional llamada "Brigada Blanca", integrada ésta por elementos del ejército mexicano, policías judiciales federales, estadales y municipales entrenados en prácticas contrainsurgentes por el ejército norteamericano en la Escuela de las Américas de los Estados Unidos.

En **Perú**, a partir de 1983, según informe de Amnistía Internacional de junio de 1996, tuvieron lugar más de 4.200 casos de desapariciones forzadas. Según se afirma muchos de estos casos tuvieron lugar durante la lucha del gobierno en contra de movimientos terroristas.

En el caso de **República Dominicana** y durante la dictadura de Trujillo fueron víctimas de este delito numerosos opositores al régimen. En los archivos de las oficinas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[5] está enumerado el caso Nº 11.324 de Narciso González. Según lo que se establece en el informe, el 1º de julio de 1996, la Comisión recibió una petición en la que se denuncia la presunta detención y desaparición del señor Narciso González, perpetradas presuntamente por agentes de la República Dominicana. El 26 de mayo de 1996 el señor Narciso González fue detenido y desaparecido clandestinamente por fuerzas militares dominicanas, en momentos en que abandonaba una de las salas del cine Doble situado en la ciudad de Santo Domingo. La detención, según el informe de la Comisión, es motivada por las distintas actividades que desarrollaba en repudio a las autoridades del país y con el objeto de cuestionar los comicios celebrados el día 26 de mayo de 1994. El Estado dominicano expresó su preocupación por la desaparición, pero no suministró la información requerida. En audiencia del 25

[4] http://www.laneta.apc.org/afadem-fedefam/historia.htm
[5] Puede consultarse en http://ecommerce.enel.net/gacetajudicial/2000/86/derechos_humanos.htm

de febrero de 1998, la peticionaria y el gobierno dominicano asistieron a una audiencia dentro del marco de solución amistosa.

En **Venezuela**, con ocasión de la tragedia natural acaecida en el Estado Vargas durante el mes de diciembre de 1999 fueron denunciados algunos casos de desaparición forzada de personas. En efecto, el 3 de febrero de 2000, COFAVIC y el Centro de Justicia y el Derecho Internacional (Cejil)[6] denunciaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la responsabilidad internacional del Estado de Venezuela por la detención ilegal, incomunicación y desaparición forzada de Oscar José Blanco Romero. Poco más de un año después, la CIDH declaró la admisión del caso que refiere las violaciones de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente a los derechos a la vida, a la integridad personal, a una debida protección judicial y el artículo 1 de este instrumento que condena la desaparición forzada de personas. Según el testimonio de sus familiares, el día 21 de diciembre de 1999 un grupo de paracaidistas arribó a la residencia del señor Oscar Blanco quien se encontraba en compañía de su esposa, su suegra y sus cuatro hijos. Los efectivos militares dispararon contra la casa, rompieron muebles, golpearon a la víctima y lo detuvieron. En presencia de los familiares Blanco fue entregado a efectivos de la Dirección de Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP).

Paralelamente el Comandante General del Ejército para la época, reconoció la detención del señor Blanco y señaló que la víctima había sido entregada a una comisión de la DISIP. El Director de este cuerpo policial para entonces, respondió que nunca habían detenido al señor Blanco. A pesar de que el Estado ha sostenido que aún no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna en este caso, pues los hechos están siendo investigados por el Ministerio Público, la CIDH consideró, en el informe de admisibilidad publicado el 10 de octubre de 2001, que es el recurso de *hábeas corpus* (negado por los tribunales venezolanos) el adecuado para dar con el paradero de la víctima de un caso de desaparición forzada.

[6] Según información aparecida en la dirección: http://www.cofavic.org.ve/p-casos-blanco.htm

2. EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS COMO UN DELITO DE LESA HUMANIDAD

En 1992 la Organización de Naciones Unidas mediante Resolución 47/133 de 1992 adoptó la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la desaparición forzada. El 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en Belém do Pará, Brasil, se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas, instrumento que se incorporaba al derecho interno venezolano con ocasión de la publicación de la Ley Aprobatoria de la Convención en fecha 6 de julio de 1998, aparecida en la *Gaceta Oficial* Nº 5.241. En este instrumento se define la desaparición forzada de personas en los siguientes términos:

> Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas o grupo de personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de información sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.[7]

El 17 de julio de 1998 la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma),[8] instrumento que en su artículo 7 literal i) contempla el delito de desaparición de personas como un crimen de lesa humanidad; en el numeral 2 del mismo artículo se define la desaparición forzada de personas como "la aprehen-

[7] Artículo II.
[8] El 16 de junio de 2002 Venezuela consignó la firma ante la ONU ratificando por tanto tal Estatuto.

sión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado".

Posteriormente, el 17 de agosto de 1998 la ONU aprueba la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

En Venezuela se prohíbe a nivel de derecho interno este delito, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, instrumento normativo que dispone en su artículo 45 lo siguiente:

> Se prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías, practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes. Los autores o autoras intelectuales y materiales, cómplices y encubridores o encubridoras del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo, serán sancionados de conformidad con la ley.

2.1 *CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD*

La consideración de esta conducta como un crimen de lesa humanidad supone hacer algunas consideraciones previas vinculadas con la evolución y contenido de esta categoría. A tales efectos, se aprecia que existe una noción amplia y una restringida de la noción de los crímenes de derecho internacional o crímenes internacionales. Según Triffterer,[9] los

[9] *c.p.* Gil Gil, Alicia (1999). *Derecho Penal Internacional*. Editorial Tecnos, Madrid, España, p. 44.

crímenes internacionales en sentido estricto amenazan valores jurídicos internacionales como la paz o la integridad de la comunidad internacional y para ellos se exige una responsabilidad inmediata fundada directamente en el derecho internacional; respecto de los delitos internacionales en sentido amplio nos encontramos, en cambio, ante hechos que son reprensibles en el derecho nacional pero su represión efectiva puede difícilmente ser ejercida por los Estados respectivos actuando aisladamente. En el mismo sentido se manifiesta Ramella,[10] quien indica que son crímenes de derecho internacional, "aquellos imputables a los individuos y perseguibles por cada Estado por mandato de la comunidad internacional (*vgr.,* tráfico de estupefacientes, terrorismo, piratería, trata de blancas y de esclavos, etc.; pero, también se establecen dentro de éstos diferencias, a saber: los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y los crímenes contra la paz, etc.).

Los crímenes contra la humanidad fueron inicialmente definidos en los estatutos del Tribunal de Nuremberg, otorgándose tal condición a la guerra de agresión, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Como se aprecia tal regulación estuvo fundamentalmente concebida para situaciones de guerra.

Según indican Monroy Cabra y Navarro Del Valle,[11] actualmente se advierten como notas fundamentales de los delitos de lesa humanidad:

> i) Jurisdicción universal. En el caso de la desaparición forzada de personas la Convención respectiva dispone (artículo IV) que "los hechos constitutivos de desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado parte".
>
> ii) Principio *aut dedere, aut iudicare*, el cual implica la obligación del Estado de extraditar o juzgar. En este sentido, el ar-

[10] Ramella, Pablo (1986). *Crímenes contra la humanidad*., *c.p.* Aguiar, Asdrúbal (1997) Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado (1997), Monte Ávila Editores Latinoamericana, Universidad Católica Andrés Bello, p. 122.
[11] Monroy Cabra, Marco Gerardo y Navarro del Valle, Hermes (2001). *Desaparición Forzada de Personas*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, p. 105-106.

tículo V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas prevé que tal delito no será considerado político para los efectos de la extradición. En el artículo VI de la misma Convención se señala que "cuando un Estado Parte no conceda la extradición, someta el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición". En el mismo sentido el artículo 271 de la Constitución venezolana preceptúa que en ningún caso se podrá negar la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de delitos contra los derechos humanos. Evidentemente el delito de desaparición forzada de personas constituye un delito contra los derechos humanos por lo que le es aplicable la referida previsión.

iii) Imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas dispone en su artículo VII que "la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad contempla en su artículo I la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. En el mismo sentido, el Estatuto de Roma, en su artículo 29 prevé que "los crímenes de la competencia de la Corte[12] no prescribirán" y el artículo 29 constitucional declara que "las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad... son imprescriptibles".

[12] Según el artículo 5 del Estatuto de Roma compete a la Corte Penal Internacional el conocimiento de los siguientes crímenes:
Genocidio;
Crímenes de lesa humanidad;
Crímenes de guerra:
El crimen de agresión.

iv) Imposibilidad de otorgar asilo político, pues no es considerada como un delito político.[13] Por otra parte, en la Declaración sobre Asilo Territorial, adoptada por la Asamblea General de la ONU por la Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967, se establece que "no podrá invocar el derecho de buscar asilo, o de disfrutar éste, ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad...".

v) Responsabilidad individual internacional independiente de la responsabilidad de derecho interno. Según el artículo 25 del Estatuto de Roma, quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con ese Estatuto.

vi) Exclusión de la obediencia debida. El artículo VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas dispone que "no se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas".

vii) Inadmisibilidad de acordar indultos y amnistías. A este respecto el artículo 29 de la Constitución venezolana ha establecido que "dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía".

Por su parte, Amnistía Internacional en diciembre de 1992 y en el marco de la campaña adelantada por ese organismo para la eliminación de las desapariciones forzadas, después de señalar que la desaparición forzada es angustiosa tanto para la víctima como para sus familiares, pues mediante la desaparición forzada se separa a una persona del resto del

[13] Artículo V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

mundo y se le sitúa fuera de la protección de la ley, a menudo se la tortura y en muchos casos no aparece jamás, adoptó un programa de 14 puntos que solicita a los gobiernos aplicar y en el que se contempla:

> i) La condena oficial de las desapariciones forzadas;
>
> ii) Responsabilidad de la cadena de mando para asegurar que los agentes de las fuerzas de seguridad no cometan desapariciones forzadas;
>
> iii) Información sobre detenciones y excarcelaciones;
>
> iv) Establecimiento de mecanismos para localizar y proteger a los detenidos;
>
> v) Eliminación de las detenciones secretas;
>
> vi) Sólo los funcionarios autorizados por ley pueden practicar aprehensiones y detenciones;
>
> vii) Acceso a los detenidos;
>
> viii) La prohibición legal de las desapariciones forzadas a través de su tipificación en el derecho interno;
>
> ix) El establecimiento de responsabilidad individual para los funcionarios encargados de la aprehensión o custodia de los detenidos;
>
> x) La investigación sin dilación de las denuncias sobre desapariciones forzadas;
>
> xi) El enjuiciamiento de los responsables de una desaparición forzada;
>
> xii) La compensación y rehabilitación de las víctimas.

3. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

La desaparición forzada de personas tiene lugar cuando se priva ilegalmente de su libertad a una persona, negando cualquier información sobre su paradero y sustrayéndola, en consecuencia, del amparo de la ley. Grossman[14] la ha definido como un crimen de Estado, una indebida práctica gubernamental o de agentes del Estado con el fin de eliminar o deshacerse de disidentes políticos u opositores, cubrir toda la evidencia de los asesinatos y negar cualquier información sobre el paradero de las víctimas. Este hecho tiene las siguientes notas características:

a) Afecta derechos fundamentales de la persona humana y, al mismo tiempo, ofende un interés de la comunidad internacional;

b) Puede ser cometido en tiempo de paz o de guerra;

c) Autoría por parte de agentes del Estado o personas que actúan bajo su instigación, colaboración o tolerancia. En tal virtud, sólo puede ser responsable de alguno de estos delitos la persona humana que ejecuta el hecho. El Estado como órgano que tolera o fomenta la conducta sólo puede ser responsabilizado política y administrativamente. Sobre este particular indica Gómez López,[15] que "la responsabilidad política del Estado será ante la comunidad internacional y frente a organismos de Derechos Humanos (Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, etc.); esta responsabilidad política es diferente de la responsabilidad administrativa que obliga a la correspondiente indemnización conforme al debido proceso ante organismos internos o internacionales competentes. En cambio, la responsabilidad penal y disciplinaria recae única y exclusivamente en el autor o partícipe del hecho punible...".

[14] Grossman, Claudio *c.p.* Gómez López, *o.c.*, p. 249.
[15] Gómez López, *o.c.*, p. 404.

d) Represión de conductas ideológicas, políticas e incluso de descomposición social.[16] Este procedimiento es empleado por agentes estatales o por particulares bajo la aquiescencia de los primeros para silenciar a personas o grupos de oposición, a sectores al margen de la ley o, en definitiva, sujetos que resultan incómodos o indeseables para el régimen imperante.

e) Carácter sistemático o masivo, esto es, debe tratarse de una práctica usual o común de parte de agentes o funcionarios del Estado que ejecutan sus instrucciones o actúan bajo su tolerancia. Esta práctica sistemática de represión contra determinados sectores de la población, tiene como finalidad crear estados de angustia, temor o incertidumbre, de allí su carácter permanente. Como afirma Gómez López[17] significa que esa actividad viene siendo utilizada en forma reiterada, repetitiva contra personas de determinados sectores políticos, laborales o personas al margen de la ley, sin que sea condición que se trate de una política deliberada del gobierno.

f) Sólo puede ser de carácter doloso.

g) Admite la modalidad de tentativa.

3.1 *DIFERENCIAS CON EL SECUESTRO*

En el secuestro aun cuando hay ánimo de ocultar a la víctima no necesariamente el autor tiene el fin de desaparecerla, pues justamente, a los efectos de obtener la contraprestación que requiere debe contactar a familiares de la víctima u otras personas, lo que supone dar noticias sobre su paradero o, por lo menos, existencia.

En el caso venezolano el secuestro es un delito contra la propiedad que al mismo tiempo afecta la libertad individual. Tal como se advierte de la

[16] Esto último constituye la fundamentación de la actuación de algunos grupos de exterminio que, por razones de "limpieza social" ocultan a personas de las cuales nunca más se sabe de su paradero.
[17] *o.c.* p. 289.

previsión del artículo 462 del Código Penal venezolano el secuestro tiene lugar cuando se priva de la libertad a una persona para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan un efecto jurídico cualquiera a favor del culpable o de otro que este indique, aun cuando no consiga su intento (secuestro lucrativo) o cuando la privación de la libertad tiene como objetivo causar alarma (secuestro para causar alarma).

De lo anterior se deduce que entre los delitos de secuestro y desaparición forzada de personas encontramos las siguientes notas comunes: ambos suponen la privación de libertad de una persona en contra de su voluntad, y la ley no exige que la privación de libertad se mantenga durante un determinado lapso.

Ambos comportamientos se diferencian fundamentalmente en el elemento subjetivo de tipo penal, pues mientras en el secuestro el fin puede ser obtener alguna contraprestación a cambio o causar alarma, en la desaparición forzada de personas el fin es impedir el ejercicio de los recursos legales y garantías procesales pertinentes, a través de la falta de información o negativa de reconocer dicha privación de libertad, proporcionándose con ello un estado generalizado de angustia e incertidumbre.

Por otra parte, la privación de libertad en el secuestro puede ser ejecutada por un particular o por un agente del Estado. En este último caso tendría lugar la agravación de la responsabilidad penal en atención a lo previsto en el ordinal 8° del artículo 77 del Código Penal, según el cual es agravante de todo hecho punible "abusar de la superioridad del sexo, de la fuerza, de las armas, **de la autoridad** o emplear cualquier otro medio que debilite la defensa del ofendido" (destacado nuestro). En el caso de la desaparición forzada de personas, el ilícito debe ser perpetrado por agentes del Estado o particulares que actúen con su autorización o aquiescencia.

3.2 *DIFERENCIAS CON EL HOMICIDIO*

En este caso la retención de una persona en contra de su voluntad se lleva a cabo con el objetivo de privarla de la vida, es decir, ejecutarla.

Por tanto, si la aprehensión u ocultamiento de la víctima es con el fin de darle muerte, se está sin duda en presencia de un caso de homicidio, pues la desaparición forzada supone el ocultamiento de la víctima, negando cualquier información sobre su paradero, dejándola, en consecuencia, fuera del amparo de la ley. Ambos tipos penales sólo podrían coincidir si con posterioridad a la desaparición de la víctima surge el dolo homicida, tratándose, en consecuencia, de un supuesto de concurso real de delitos.

4. INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Mediante reforma parcial al Código Penal adelantada por la Comisión Legislativa Nacional y publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.494 Extraordinario del 20 de octubre de 2000, se incorporó al citado instrumento sustantivo, el artículo 181-A, norma que textualmente establece:

> La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o a dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzadamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de este delito será sancionado con pena de doce a dieciocho años de presidio.
>
> El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.
>
> Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de ex-

> cepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.
>
> La acción penal derivada de este delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluidos el indulto y la amnistía.
>
> Si quienes habiendo participado en actos que constituyan desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes.

En nuestro criterio, tal incorporación se verificó contraviniendo las normas de la propia Constitución. En efecto, en la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se dispone lo siguiente:

> **La Asamblea Nacional**, dentro de los primeros seis meses siguientes a su instalación, aprobará:
>
> 1. Una reforma parcial del Código Penal para incluir el delito de desaparición forzada de personas, previsto en el artículo 45 de esta Constitución. Mientras no se aprueba esta reforma se aplicará, en lo que sea posible, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas…(Destacado nuestro).

De tal previsión se advierte claramente que el Constituyente *ordenó la incorporación del delito de desaparición forzada de personas a través de una reforma al Código Penal*, reforma ésta que debía llevar a cabo la Asamblea Nacional dentro de los seis meses siguientes a su instalación y no la Comisión Legislativa Nacional. En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente, en ejercicio del poder originario otorgado por el pueblo de Venezuela mediante referendo aprobado el 25 de abril de 1999, "para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, y en concordancia con el artículo 1° del Estatuto de

Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente"[18] creó la Comisión Legislativa Nacional con ocasión de la disolución del Congreso de la República. Según lo establecido en el artículo 5 del decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público la Comisión Legislativa Nacional debía ejercer el Poder Legislativo Nacional *hasta tanto se eligieran y tomaran posesión los diputados integrantes de la Asamblea Nacional prevista en la Constitución aprobada por el pueblo de Venezuela.*

Según lo dispuesto en el artículo 6 del decreto antes referido, correspondía, entre otras funciones, a la Comisión Legislativa Nacional:

> 1.- Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.
>
> (…*Omissis*…)

De tal manera, que al estar facultada la Comisión Legislativa Nacional para legislar *en las materias de su competencia*, cuando reformó el Código Penal actuó fuera de la misma, pues tal obligación correspondía a la Asamblea Nacional, cuyos integrantes debían ser escogidos mediante votación universal, directa y secreta, razón por la cual estimamos que la tipificación contemplada en el actual artículo 181-A del Código Penal es inconstitucional.

No obstante la conclusión a la que se llega en las líneas precedentes, la regulación que del delito de desaparición forzada de personas hace el artículo 181-A del Código Penal –y que necesariamente debería incorporarse regularmente a ese instrumento en una futura reforma– merece varias consideraciones:

En la regulación del delito *in comento* el legislador venezolano, además de describir los requisitos típicos que deben concurrir a los efectos de la

[18] *Vid.* Decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público (reimpreso por error material) publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.859 de fecha 29 de diciembre de 1999.

configuración del delito, incluye en la misma disposición otros aspectos vinculados con el grado de responsabilidad de los autores, partícipes y encubridores, la reiteración o mantenimiento de esta conducta en el tiempo, la imprescriptibilidad de la acción deriva del mismo o de la pena que se imponga por su perpetración y la posible atenuación de la pena en casos de colaboración con la autoridad.

Con el establecimiento de una pena previamente determinada para los cómplices[19] y los encubridores se modifican las reglas que para la coparticipación delictiva y el encubrimiento (como delito autónomo) contempla el propio Código Penal.

A pesar de que en la disposición en cuestión se otorga al delito de desaparición forzada de personas carácter continuado, estimamos que a fin de mantener la uniformidad con el contenido que a tales delitos se les reconoce en la legislación venezolana, tal afirmación debe entenderse como delito de carácter "permanente", dado que el comportamiento se mantiene a lo largo del tiempo sin que tenga relevancia, a los efectos de la tipificación, la duración de la privación de libertad y ocultamiento del paradero de la víctima. En todo caso, y en ello se diferencia de la noción de delito continuado admitida en nuestra legislación, se trata de un *único comportamiento punible* cuya prolongación se mantiene en el tiempo y no de *diversos delitos* que, con ocasión de una ficción jurídica, se consideran como uno solo.

En sintonía con las previsiones de la Convención contra la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26 de diciembre de 1968,[20] la Constitución venezolana de 1999 establece en sus artículos 29 y 271, respectivamente lo siguiente:

[19] Sin distinguir si se trata de un cómplice simple o necesario.

[20] En esta Convención después de recordar las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946 y 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra, la Resolución 95 del 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal y las resoluciones 2.184 de 12 de diciembre de 1966 y

> Artículo 29: ... Las acciones para sancionar los **delitos de lesa humanidad**, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles... Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.
>
> Artículo 271: ...No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los **delitos contra los derechos humanos**, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes... (Destacados nuestros).

5. ELEMENTOS DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

5.1 *SUJETOS*

5.1.1 *Sujeto activo*

La comisión de este delito requiere de un sujeto activo calificado: agentes del Estado civiles o militares o particulares con apoyo o tolerancia de tales agentes, de allí su carácter de delito de Estado. En el caso del agente estatal, basta con que el autor actúe prevaliéndose de su condición o cargo, con prescindencia de que entre sus facultades esté el poder privar

2.202 de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de *apartheid*, por otra, y observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo y convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y seguridad internacionales, se conviene en declarar imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz.

de la libertad a las personas. Si se trata de un particular, éste debe actuar bajo la dirección de un agente del Estado o con su anuencia.

Prevé el artículo V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que este hecho nunca puede considerarse un delito político, de allí que la extradición es procedente, salvo que concurra otro principio que la impida.[21]

Según la citada Convención (artículo VIII) no se admitirá la eximente de obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas.

5.1.2 *Sujeto pasivo*

Personas civiles que por sus posturas ideológicas o políticas perturban la seguridad del Estado. Carece de relevancia el sexo, edad, credo, nacionalidad o condición social de la víctima.

Si bien en el artículo 181-A del Código Penal venezolano no se exige ninguna condición especial en la víctima, la experiencia internacional ha demostrado que generalmente se trata de una desaparición selectiva, pues recae sobre personas o grupo de personas que se inscriben en una determinada corriente ideológica, política o social.

Tal como lo establece el artículo IX de la Convención antes indicada, "los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar". En este sentido, la Constitución venezolana en su artículo 261 dispone que "…la comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, será juzgada por los tribunales ordinarios…".

[21] Por ejemplo, si se trata de un nacional. En el caso de Venezuela, el artículo 69 constitucional prohíbe la entrega de los nacionales.

Por su parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 9 de diciembre de 2002, con ocasión de un recurso de interpretación del artículo 29 de la Constitución, precisó que la investigación de tales delitos corresponde al Ministerio Público y su juzgamiento a los tribunales ordinarios. En la aludida decisión se asentó lo siguiente:

> Tal y como está redactado el precepto constitucional *in commento*, pudiera interpretarse en el sentido del deber por parte del Tribunal competente de proceder al enjuiciamiento de los implicados en la presunta comisión de dichos delitos, con prescindencia de la acusación por parte del Ministerio Público o por parte de la víctima –en cuyo caso la documentación respectiva deberá remitirse a dicho órgano instructor–, e incluso, de oficio, lo cual equivaldría a la derogatoria del sistema acusatorio, el cual entró en vigencia con la Constitución de 1961 y ratificado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
>
> Una interpretación tal no es compatible con el ordenamiento procesal vigente y con el propio texto constitucional. En efecto, el 20 de enero de 1998 (*Gaceta Oficial* Nº 5.208 Extraordinario), fue publicado el nuevo Código Orgánico Procesal Penal (posteriormente modificado en los años 2000 y 2001 para ajustarlo a la nueva Carta Magna), que sustituyó al antiguo Código de Enjuiciamiento Criminal, que consagraba el sistema inquisitivo.
>
> La República Bolivariana de Venezuela, signataria de instrumentos internacionales fundamentales en materia de derechos humanos, que tenía que ajustar su normativa legal para hacer respetar las garantías mínimas que pueden englobarse en el concepto de debido proceso penal.
>
> El procedimiento que hasta ese momento había regido, aunque mixto en su origen, fue pervirtiéndose (de instrucción judicial a instrucción policial con posibilidad de valorar como pruebas los datos adquiridos en el sumario) hasta convertirse en un proceso inquisitivo *cuasi* puro, característico de los Estados

absolutistas. El cambio cualitativo que se persiguió con el nuevo Código Orgánico Procesal Penal fue, precisamente, sustituir este sistema por otro, caracterizado por la igualdad de condiciones de las partes y la imparcialidad del Juez.

En el sistema acusatorio, el Juez queda dispensado de la iniciativa de la persecución penal y, por consiguiente, a diferencia del Juez instructor inquisidor no se autopropone la materia, objeto del juicio, lo cual, por el contrario, se le presenta como contenido de la acusación que se postula y sostiene por un funcionario o interesado distinto del Juez. El acusador y el acusado concurren ante el Juez en igualdad de derechos y obligaciones, y el juzgamiento se hace, generalmente, con el (o los) imputado (s) en libertad hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Ello no quiere decir que el Juez sea un sujeto pasivo, o un mero árbitro: se trata de un sujeto activo aunque *sin facultades exorbitantes que cuestionen su imparcialidad*.

Con fundamento en el principio de legalidad, el Ministerio Público está obligado a ejercer la acción por todo hecho que revista carácter penal o delictivo, siempre que de la investigación practicada surjan elementos de cargo suficientes para sustentar la acusación. En tal sentido, el artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal consagra el principio de la titularidad de la acción pública encabezada por el Ministerio Público, a quien corresponde la dirección de la investigación preliminar al objeto de determinar la comisión de hechos punibles y la identidad de sus autores, por lo tanto, los órganos de policía de investigaciones están bajo su dependencia funcional. Esta titularidad es destacada en el Capítulo III, Título IV del Libro Primero del referido instrumento adjetivo penal, para cuyo ejercicio se le reconocen numerosas atribuciones. Es importante destacar que dentro de este sistema, es sólo cuando el Ministerio Público juzga que dispone de elementos suficientes para solicitar el enjuiciamiento

> del imputado, cuando propondrá la acusación y, de la misma manera, podrá solicitar el sobreseimiento del proceso.
>
> En conclusión, la obligación del Estado de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad cometidos dentro del Territorio Nacional, bien por los particulares, bien por sus autoridades, no implica ni autoriza la subversión del ordenamiento procesal penal vigente consagrado en el Código Orgánico Procesal Penal. En efecto, el monopolio respecto del ejercicio de la acción penal en el sistema acusatorio venezolano le corresponde al Estado por intermedio del Ministerio Público, quien deberá *"ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados son la perpetración"* (artículo 285.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Verificadas dichas circunstancias, el fiscal procederá a ejercer en nombre del Estado la acción penal *ex* artículo 285.4 *eiusdem*.

La exclusión, de una acción penal fundamentada en el artículo 29 constitucional, del Ministerio Público, e incluso proceder a investigar y verificar la comisión de los delitos de lesa humanidad sin su concurso o participación, implicaría una usurpación de funciones y un desconocimiento expreso de las atribuciones conferidas por el ya comentado artículo 285 constitucional y de los principios del sistema acusatorio…" (Destacado nuestro).

5.2 *BIEN JURÍDICO TUTELADO*

Con la desaparición forzada de personas se ofenden varios bienes jurídicos, pues se afecta no sólo la libertad individual del sujeto pasivo de delito sino también bienes que interesan a la humanidad. Se trata, pues, de un delito pluriofensivo, dado que en su tipificación se tutelan

varios bienes jurídicos, algunos de los cuales constituyen derechos fundamentales de la víctima del delito y otros que resultan lesivos a la humanidad en general. Dentro del primer grupo tenemos el derecho a no ser detenido sin la correspondiente orden judicial,[22] a ser oído ante un tribunal independiente e imparcial,[23] a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes,[24] a la libre circulación,[25] a las garantías judiciales, fundamentalmente, entre ellas, el derecho a un recurso[26] e incluso a la vida.[27]

---

[22] Artículo 7 de la CADH: "Derecho a la libertad personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella*"*.
Artículo 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP): "1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la Ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella*"*.

[23] Artículo 7.5. CADH "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso...*"*.
Artículo 9.3. PDCP: "Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...".

[24] Artículo 5 CADH. "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*"*.
Artículo 7 PDCP: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

[25] Artículo 22 CADH: "1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales*"*.
Artículo 12 PDCP: "1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia*"*.

[26] Artículo 7.6 CADH: "Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales...".
Artículo 9.4 PDCP: "Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal*"*.

[27] Artículo 4.1 CADH: *"*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. ..Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*"*.
Artículo 6.1 PDCP: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*"*.

Como afirma Gómez López[28] "si se analiza la desaparición bajo la óptica de crimen de lesa humanidad, o delito 'en contra de la humanidad' indudablemente encontramos que debe existir afectación a un bien supraindividual, esto es lesión, daño o peligro de daño a intereses del hombre como especie, del hombre colectivo, ataque a la 'conciencia de la humanidad', pues para que pueda hablarse de un 'crimen contra la humanidad', el acto debe ser tan lesivo, brutal, salvaje e inhumano que no sólo se ofende a la persona o personas afectadas, sino que por su perversa y prava naturaleza ofende a la humanidad misma, esto es a la comunidad de hombres...".

Sobre este particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de fecha 20 de enero de 1989 (caso Gondínez Cruz) asentó:

> La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados partes están obligados a garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal...

5.3 *CONDUCTA*

La acción constitutiva del delito consiste en retener a una persona en contra de su voluntad con el fin de desaparecerla. Tal retención, para ser "forzada" supone actos de violencia, engaño o intimidación, de manera que se afecte o limite la voluntad de la víctima.

[28] *o. c.,* p. 291.

La desaparición tiene por finalidad apartar a la víctima del lugar donde comúnmente se desenvuelve o realiza sus actividades. No debe entenderse como sinónimo de "darle muerte", pues en este caso estaríamos ante una hipótesis de homicidio. Lo que el autor persigue, en definitiva, es ocultar el paradero de la víctima de manera que se encuentre imposibilitada de gozar del amparo de la ley.

No se establece en la descripción del delito un período de tiempo durante el cual debe mantenerse a la persona oculta. Tal situación es la que hace más atroz la conducta en cuestión, pues no sólo se afecta a la víctima sino a todo su entorno y a la colectividad en general ante la incertidumbre de desconocer el estado y paradero de una persona, lo cual convierte a este delito en un mecanismo para producir terror y angustia en la población.

Se trata, en todo caso, de un comportamiento doloso. Como afirma Gómez López, en este caso el dolo resulta complejo, pues el conocimiento y la voluntad del hecho deben comprender dos aspectos: la privación de libertad de la persona y la voluntad de desaparecerla; resulta así que la privación de la libertad es un medio para el fin de ocultar o desaparecer a la víctima. Desde luego que el dolo conlleva también el conocimiento de los medios, la negativa a informar el paradero de la víctima y demás elementos propios de la desaparición.

Puede suceder que la inicial privación de libertad resulte legítima y posteriormente se opte por desaparecer a la víctima, en cuyo caso el dolo es sobreviniente.

5.4 *MOMENTO CONSUMATIVO*

Tal delito se consuma cuando verificada la privación de libertad se guarda silencio sobre el paradero de la víctima,[29] se niega la retención o se suministra una información falsa.

[29] En este caso no se requiere, a los efectos de la consumación, que se trate de una negativa expresa, pues como señala Madrid-Malo (*La desaparición forzada*, p. 29) basta con que se omita el deber de informar oportuna y dolosamente sobre el paradero de la víctima tanto a las autoridades competentes, como a los particulares que tratan de establecer el paradero.

Se trata en este caso de un delito de acción permanente en la medida en que mientras se mantenga el estado de privación de libertad y subsiguiente ocultamiento del paradero de la víctima, el delito se sigue cometiendo.

CONSIDERACIONES FINALES

Si bien es cierto que la prohibición de la desaparición forzada de personas rige en Venezuela a partir de la publicación de la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y, posteriormente, con la entrada en vigencia de la Constitución del año 1999, estimamos que la sanción de tal comportamiento actualmente no puede concretarse en razón de su inconstitucional tipificación en el derecho interno venezolano, pues tal como se explanó páginas antes, la Comisión Legislativa Nacional, creada para legislar transitoriamente hasta tanto fuere electa la Asamblea Nacional. Todo ello como consecuencia del establecimiento de un nuevo marco constitucional no tenía competencia para aprobar una reforma al Código Penal y, específicamente, describir el delito de desaparición forzada de personas.

En efecto, la tipificación de delitos y faltas supone el cumplimiento de un proceso formal que tiene una fundamentación: permitir la mayor participación ciudadana. Tal participación sólo se puede concretar en instrumentos aprobados por la Asamblea Nacional en la que, considerada su forma de elección, hay una representación popular, situación que no se cumplió en el caso objeto de estos comentarios.

En consecuencia, estimamos que actualmente, cuando en el seno de la Asamblea Nacional se considera la reforma, entre otros instrumentos legales, del Código Penal, es propicia la oportunidad para estudiar detenidamente los extremos que exige la descripción de tan atroz delito e incorporarlo en un Capítulo de ese cuerpo normativo, donde además se regulen en el Derecho Penal interno otros delitos de lesa humanidad.

