Tribunal Supremo de Justicia
Fernando Parra Aranguren
–Editor–



ANTEPROYECTO CÓDIGO PENAL
COMENTARIOS

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Normativa /Nº 5
Caracas / Venezuela / 2004

KHW5414
A6274

Anteproyecto Código Penal. Comentarios / Fernando Parra Aranguren, editor --- Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004.

886 p. (Serie Normativa, Nº 5)

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
Serie Normativa Nº 5

Fernando Parra Aranguren, Director

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

Fernando Parra Aranguren
-Editor-

ANTEPROYECTO CÓDIGO PENAL

–Comentarios–

Tribunal Supremo de Justicia
Serie Normativa Nº 5
Caracas/Venezuela/2004

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

OJO....
AQUÍ VA EL ESCUDO NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Palabras Preliminares

La Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia encomendó al Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, en la actualidad Presidente de la Sala de Casación Penal, la elaboración de un Anteproyecto de Código Penal, quien, con miras a actualizarlo, solicitó la colaboración de un distinguido grupo de personas que habitualmente se ocupan del área penal. Ante su difusión, la comunidad nacional –jurídica o no– se ha expresado en forma contradictoria. El Anteproyecto, papel de trabajo y como tal perfectible, debe ser discutido y aprobado por los Magistrados en Sala Plena para convertirlo en Proyecto y, con ese ropaje, enviarlo a la Asamblea Nacional para que allí se decida no sólo su destino sino su contenido definitivo, caso de ser sancionado.

En vista de la variedad de pareceres sobre temas, de por sí controvertidos, treinta y cuatro profesionales, haciendo un espacio en sus labores diarias, prepararon, en lucha contra la premura del tiempo, sus colaboraciones. El interés de las mismas ha motivado su publicación. De este modo, los artículos que integran el libro serán útiles no sólo a los Magistrados y a los Asambleístas, sino a los juristas y al público en general. Esperamos, por qué no, que su divulgación despierte, en otros profesionales, la idea de expresar y difundir su opinión: de ese modo y con mayor input, se obtendrá una mejor normativa.

De conformidad con la Exposición de Motivos que lo precede, el Anteproyecto puede calificarse como "liberal porque no es represivo en exceso sino comprensivo y con una tendencia a no fijar penas altas". Evaluarlo es tarea propia del público a quien se dirige, de quien se espera colabore con sus ideas para mejorarlo.

Caracas, 26 de abril de 2004

Iván Rincón Urdaneta

Contenido

Iván Rincón Urdaneta, Palabras Preliminares 5
Fernando Parra Aranguren, Presentación 11

Rafael AGUIAR-GUEVARA, *Derecho Médico y Reforma del Código Penal: Aproximación a la eutanasia*. 21

Alejandro ANGULO FONTIVEROS, *Anteproyecto de Código Penal* 49

Ana Isabel ARROYO HERNÁNDEZ, *Actualidad e importancia de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y su incorporación en el Anteproyecto del Código Penal* 93

Alberto ARTEAGA SÁNCHEZ, *El Anteproyecto Angulo Fontiveros. Observaciones críticas* 117

Alegría Lilian BELILTY BENGUIGUI, *Perspectivas de la teoría del delito en Venezuela* 127

Ángel Edecio CÁRDENAS, *Los delitos de comisión por omisión en el Anteproyecto de Código Penal elaborado por encargo de la Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia* 181

Álvaro CASTILLO ZEPPENFELDT, *Mis Comentarios al Anteproyecto de Código Penal* 205

Carlos Arturo CRACA GÓMEZ, *La violencia contra la mujer y su tipificación en el Anteproyecto del Código Penal Venezolano* 213

Skeyla CUEVAS, *Reconocimiento de la víctima en el Anteproyecto* 235

Máximo N., FEBRES SISO, *La responsabilidad civil derivada de delito y las medidas cautelares en el Anteproyecto de Código Penal. Comentarios* 251

Fernando M. FERNÁNDEZ, *¿Reforma o nuevo Código Penal? Apuntes para un nuevo Código Penal* 271

Mónica FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Criminalidad de empresa. Tipos específicos del Anteproyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia* 305

Reynaldo GADEA PÉREZ, *Algunos comentarios al Anteproyecto de Código Penal* 331

María Esther GUÍA TIRADO, *Reflexiones sobre las penas en el Anteproyecto de Código Penal propuesto por el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros* 347

Gladys HERNÁNDEZ, *Delitos de comisión por omisión. Posición de garante* 367

Gonzalo HIMIOB SANTOMÉ, *Comentario sobre el Artículo 397 del Anteproyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Proscripción de la Tentativa en materia de drogas* 395

Neptalí MARTÍNEZ NATERA, *Comentarios, observaciones y sugerencias derivadas del estudio y análisis efectuado al Título VII atinente a la responsabilidad civil en el Anteproyecto del Código Penal* 405

Juan Luis MODOLELL GONZÁLEZ, *Observaciones a la parte general del Anteproyecto de Código Penal* 437

José Fernando NÚÑEZ, *Penas y Medidas de Seguridad en el Anteproyecto Angulo para un nuevo Código Penal* ... 467

Jesús OLLARVES IRAZÁBAL, *La maldición de Sísifo y la necesidad de una codificación penal* 489

Tulia G. PEÑA ALEMÁN, *EUTANASIA: ¿Homicidio por piedad?* 513

María Inmaculada PÉREZ DUPUY, *Algunas consideraciones sobre la parte especial del Anteproyecto de Código Penal presentado por el Tribunal Supremo de Justicia* 527

Carlos Enrique PINTO OTTATI, *Breves notas sobre la culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal Venezolano* 565

Jesús R. QUINTERO P., *Lectura Político Criminal del anteproyecto de Código Penal propuesto por el doctor Alejandro Angulo Fontiveros, desde la perspectiva de la parte especial* 593

Jesús Enrique RINCÓN RINCÓN, *Sucinto análisis del Anteproyecto de Código Penall* 633

Jorge L., ROSELL SENHENN, *La determinación de la pena ante una eventual reforma penal* 685

José Tadeo SAÍN SILVEIRA, *La prescripción de la acción penal* 701

Juvenal SALCEDO CÁRDENAS, *Extraterritorialidad* ... 741

Miguel Ángel SANDOVAL, *Elementos para una discusión sobre el artículo 238 y siguientes del Anteproyecto de Código Penal* 759

José Luis TAMAYO RODRÍGUEZ, *La Responsabilidad Civil derivada de delito, con especial referencia a su tratamiento en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal del TSJ* 769

Magali VÁSQUEZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Anteproyecto de Código Penal* 823

Irasema VÍLCHEZ DE QUINTERO, *Informe sobre el Anteproyecto del Código Penal* 839

Miguel VILLARROEL, Delitos contra la propiedad intelectual y la propiedad industrial 849

Katia YASSIN ISSA, *Consideraciones psicológicas y legales del delito de violación* 869

Presentación

I. La Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia encargó al Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, hoy en ejercicio de la Presidencia de la Sala de Casación Penal, la elaboración de un Anteproyecto de Código Penal, con miras a modificar la normativa vigente. Culminó su labor el 21 de noviembre de 2003 y, para actualizarla, obtuvo la colaboración de numerosos profesionales del derecho. El resultado, tal como lo señala su Presentación, está sometido a la consideración de los demás Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, quienes le harán las "correcciones y sugerencias" que, a su juicio, estimen pertinentes. Concluido su estudio, el Anteproyecto pasará a la historia pues, convertido en Proyecto de Código Penal, pasará a la Asamblea Nacional, organismo que decidirá su destino. Le queda, por ende, un largo camino.

II. El Anteproyecto está dividido en tres Libros:

1. El Primero desarrolla las Disposiciones Generales, en siete títulos: Principios Generales y aplicación de la ley penal; Conducta punible; Antijuridicidad, culpabilidad e imputabilidad y causas que la excluyen; las penas; las medidas de seguridad; la extinción de la acción penal y de la pena; y la responsabilidad civil.

2. El Segundo, sobre los Delitos, está integrado por dieciocho títulos referidos a la independencia y la seguridad del Estado; los relacionados con la vida y la integridad personal; la libertad y otras garantías; la lesa humani-

dad; la familia; la propiedad; la propiedad intelectual; el orden económico; la fe pública; los recursos naturales y el ambiente; la seguridad colectiva; la salud pública y la seguridad social; la cosa pública; la administración de justicia; el orden público; los medios de participación democrática; los derechos de los ciudadanos extranjeros; y a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y los símbolos patrios.

3. El último Libro, está dedicado a las Faltas, está dividido en cinco títulos: las relativas a las personas; la decencia pública; al patrimonio; la seguridad y la fe públicas; y el orden público.

III. Con miras a facilitar su conocimiento, la Fundación Gaceta Forense, lo divulgó en un libro. Los comentarios de treinta y cuatro profesionales dedicados a esta materia conforman esta nueva publicación, cuyo propósito es facilitar la labor de Magistrados y Asambleístas en la toma de sus decisiones. En orden alfabético, por autor, se difunden los siguientes estudios:

1. Rafael Aguiar-Guevara (**Derecho Médico y Reforma del Código Penal: Aproximación a la eutanasia**), desde la perspectiva del Derecho Médico y Sanitario, analiza el nuevo paradigma de la relación médico-paciente, esto es, el modelo horizontal que conlleva la expresión máxima del principio de autonomía de la voluntad y autodeterminación. Así, vincula el derecho a la vida con el derecho a la salud y los aproxima a la eutanasia para concluir que el primero de ellos, no tiene carácter absoluto. Termina formulando algunas propuestas relacionadas con el Artículo 217 del Anteproyecto.

2. Alejandro Angulo Fontiveros (**Anteproyecto de Código Penal**) fundamentado en la tesis hegeliana sobre la dialéctica, luego de referirse a las objeciones hechas al Anteproyecto, enfatiza sobre el objetivo primordial perseguido por sus autores: "hacer valer el derecho a la vida, propiedad privada y al honor de todos los ciudadanos".

3. Ana Isabel Arroyo Hernández (**Actualidad e importancia de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y su incorporación en el Anteproyecto del Código Penal**) enfatiza el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas –entendidas como entes colectivos sujetos de derechos y obligaciones– no aceptada en la

legislación positiva actual, salvo en el ámbito de los delitos económicos y ecológicos. Sin abordar la discusión dogmática sobre la materia, considera imprescindible una reforma legislativa que permita la adecuación de la legislación penal a las últimas tendencias internacionales en relación con este espinoso y controversial tópico.

4. Alberto Arteaga Sánchez (**El Anteproyecto Angulo Fontiveros**), considera que la normativa analizada desconoce la dignidad del ser humano, razón por la cual plantea la necesidad de reformularla con tal base y, de ese modo, posibilitar un Estado social y democrático de derecho.

5. Alegría Lilian Belilty Benguigui (**Perspectivas de la teoría del delito en Venezuela**), desde el punto de vista de los principios y garantías constitucionales, se refiere a la parte general del Anteproyecto. A su juicio, éste proporciona a los intérpretes, soluciones a los problemas a la luz de la teoría del delito, la ubicación del bien jurídico, la persona jurídica, los fines de la pena, la tipificación de nuevas conductas que tutelan bienes jurídicos acordes con el desarrollo científico-tecnológico, y la globalización con su incidencia sobre el derecho penal internacional.

6. Ángel Edecio Cárdenas (**Los delitos de comisión por omisión en el Anteproyecto de Código Penal elaborado por encargo de la Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia**), ontológicamente y a la luz del derecho comparado, alude a los Artículos 23 y 24 del Anteproyecto, que contemplan los delitos de comisión por omisión, caracterizados –a su entender– por contener el mandato de ejecutar una acción tendente a evitar la producción de un resultado típico, el cual, si finalmente se materializa, se le imputa al omitente que no lo impidió pudiendo hacerlo. Señala las dificultades de esas figuras delictivas, pues están comprendidas implícitamente en las figuras de los delitos de resultado. Cuestiona, finalmente, la inconstitucionalidad del castigo que se les atribuye.

7. Álvaro Castillo Zeppenfeldt (**Mis comentarios al Anteproyecto de Código Penal**) estudia los principios básicos del derecho penal moderno sobre la muerte por piedad y el régimen sancionatorio para jueces y fiscales. Critica la preceptiva propuesta en lo referido con el ejercicio de la acción civil en sede penal, la responsabilidad penal de las

personas jurídicas, el indulto, delitos contra la administración de justicia y ley penal en blanco.

8. Carlos Arturo Craca Gómez (**La violencia contra la mujer y su tipificación en el Anteproyecto de Código Penal venezolano**), desde la perspectiva histórico-legislativa, introduce el tema de la violencia contra la mujer. Luego de analizar los diversos tipos contemplados en el Anteproyecto para erradicar "la violencia contra la mujer en la sociedad venezolana" afirma que las reglas propuestas, si fuesen aprobadas, crearán mecanismos legales para la defensa, protección y promoción de los derechos considerados.

9. Skeyla Cuevas (**Reconocimiento de la víctima en el Anteproyecto**), a la luz del derecho comparado, reflexiona sobre el derecho de la víctima en el proceso penal venezolano; comenta el tema de la indemnización de las víctimas mediante el pago de la multa del condenado; y destaca, finalmente, la labor de organizaciones no gubernamentales dedicadas a brindar asistencia a las víctimas de la criminalidad común.

10. Máximo N., Febres Siso (**La responsabilidad civil derivada de delito y las medidas cautelares en el Anteproyecto de Código Penal. Comentarios**) se refiere a la responsabilidad civil cuando el hecho punible ha causado daño (material o moral) a la víctima. Justifica que la figura de la restitución, como categoría deferente, tal como la contempla el Anteproyecto, responde al deber de los jueces penales de proveer, en la sentencia condenatoria, sobre la restitución de la cosa o el pago de su valor, por el carácter de orden público de la ley penal. Comenta, por último, la institución de la cautela, no regulada en el Código vigente.

11. Fernando M. Fernández (**¿Reforma o nuevo Código Penal? Apuntes para un nuevo Código Penal**) considera que el Anteproyecto "no resuelve el drama de la exagerada punición dispersa en leyes diferentes", por una parte. Por la otra, que patentiza "el derecho penal simbólico o fetichismo penal (...) en la exagerada penalización, aumento de sus montos y acumulación de diversas modalidades de penas".

12. Mónica Fernández Sánchez (**Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Criminalidad de empresa. Tipos específicos del Anteproyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia**) se refiere al problema de la delincuencia empresarial (criminalidad de las personas jurídicas). Aun cuando reconoce la dificultad de captar esta posición, asegura que, al asumirla, se garantiza al inversionista, al consumidor y al productor que las normas de protección de la economía serán las más adecuadas para el desarrollo del mercado con las regulaciones necesarias.

13. Reynaldo Gadea Pérez (**Algunos comentarios al Anteproyecto de Código Penal**) justifica tanto el número de delitos y faltas tipificados en el Anteproyecto como la técnica legislativa utilizada en su concepción, diseño y redacción. Examina algunos de los tipos previstos y el carácter disuasivo de la pena privativa de libertad pues, asevera, una de las mayores causas de impunidad es la falta de rigidez de las sanciones penales.

14. María Esther Guía Tirado (**Reflexiones sobre las penas en el Anteproyecto de Código Penal propuesto por el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros**) se refiere al tema de las penas tal como aparece en el Anteproyecto, cuya finalidad debe ser preventiva. Cuestiona, finalmente, el carácter liberal atribuido a la propuesta pues, su incremento en determinados supuestos, la convierte en represiva.

15. Gladys Hernández (**Delitos de comisión por omisión. Posición de garante**) se refiere a algunas formas de conducta regladas en el Artículo 23 del Anteproyecto y examina la normativa sobre la posición de garante en el Derecho Comparado. Cita, para concluir, máximas jurisprudenciales del Tribunal Supremo español sobre lo tratado.

16. Gonzalo Himiob Santomé (**Comentario sobre el Artículo 397 del anteproyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Proscripción de la Tentativa en materia de drogas**) considera inconstitucional la inadmisión de la tentativa en los delitos que involucran sustancias estupefacientes y psicotrópicas, bajo el argumento de que el castigo de un delito imperfecto, como si fuere un delito consumado,

contraría el anhelo de justicia material y de la búsqueda de la verdad como objetivo primordial del proceso penal.

17. Neptalí Martínez Natera (**Comentarios, observaciones y sugerencias derivadas del estudio y análisis efectuado al Título VII atinentes a la responsabilidad civil en el Anteproyecto del Código Penal**), al comparar las normas sustantivas y adjetivas que regulan la materia, encuentra manifiesta contradicción entre éstas. Considera, además, que, habiéndose pautado un procedimiento especial en el Código Orgánico Procesal Penal para la reclamación civil derivada del delito en forma expedita, tal como lo consagra el Artículo 26 de la Constitución Nacional, es necesario adecuar el Anteproyecto a las disposiciones contenidas en el citado Código, toda vez que la finalidad u objetivo del proceso penal es la protección y la reparación del daño causado a la víctima.

18. Juan Luis Modolell González (**Observaciones a la parte general del Anteproyecto de Código Penal**) reflexiona sobre las diversas teorías penales contempladas en la parte general del Anteproyecto y las rechaza por estar superadas por el moderno Derecho Penal. En este sentido, opina: "un Código Penal debe ser lo más aséptico, o neutral posible, dejándole los problemas dogmáticos sobre interpretación y formulación de teorías a la ciencia del Derecho Penal".

19. José Fernando Núñez (**Penas y Medidas de Seguridad en el Anteproyecto Angulo para un nuevo Código Penal**) analiza los cambios e innovaciones que, en relación con las penas y medidas de seguridad, propone el Anteproyecto de Código Penal, cuyo aporte califica de "guía extraordinaria en la búsqueda del perfeccionamiento para el logro de un Código Penal para un Estado Constitucional Democrático y Social de Derecho y de Justicia".

20. Jesús Ollarves Irazábal (**La maldición de Sísifo y la necesidad de una codificación penal**) formula ciertas consideraciones sobre algunos de los temas que más comentarios han despertado por sus implicaciones metajurídicas, tales como: el aborto, los delitos de desacato, penas y multas, la responsabilidad internacional del Estado. A su juicio,

el Anteproyecto acierta al unificar en un texto una prolija cantidad de leyes que han dado lugar a una crisis de la codificación penal en el país.

21. Tulia G. Peña Alemán (**EUTANASIA: ¿Homicidio por piedad?**), fundamentada en algunas consideraciones éticas, religiosas y jurídicas, analiza, con una perspectiva holística, el nuevo tipo penal propuesto en el Artículo 217 del Anteproyecto de Código Penal. A su juicio, "descriminalizar la eutanasia implica atribuir a la libertad humana un significado perverso e inicuo: el de un poder absoluto sobre los demás y contra los demás".

22. María Inmaculada Pérez Dupuy (**Algunas consideraciones sobre la parte especial del Anteproyecto de Código Penal presentado por el Tribunal Supremo de Justicia**), antes de analizar la parte especial del Anteproyecto, propone la revisión de las distintas leyes penales y, con base en el principio de mínima intervención y de lesividad, seleccionar, para codificar de manera sistemática, aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, de conformidad con los postulados del Artículo 2 constitucional y respetando los límites del *ius puniendi* en un estado democrático y social de derecho y justicia.

23. Carlos Enrique Pinto Ottati (**Breves notas sobre la culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal Venezolano**) estudia la culpabilidad tal como la consagra el Anteproyecto, esto es, como "juicio de reproche" que se ha de situar junto al hecho psíquico del dolo y la imprudencia, así como la contrariedad al deber, la cual decaerá en caso de exculpación. Igualmente, la culpabilidad entendida por el autor como elemento autónomo e indispensable en el aspecto formal del delito. Concluye proponiendo una base de aplicación del tipo, en específico, sobre la culpabilidad del sujeto activo en el caso concreto.

24. Jesús R., Quintero P. (**Lectura Político Criminal del Anteproyecto de Código Penal propuesto por el doctor Alejandro Angulo Fontiveros, desde la perspectiva de la parte especial**) considera que el derecho penal ha de limitarse a proteger supuestos esenciales para la convivencia frente a los ataques más graves. En tal sentido, el proyectista debe tener ideas claras para la selección de los contenidos

de tutela por el derecho penal, pues no todo bien jurídico puede ser tutelable. Advierte, asimismo, que las incriminaciones deben garantizar el principio de certeza o seguridad jurídica y evitar la ambigüedad en el lenguaje. Igualmente, señala la necesidad de que la imputabilidad sea objetiva, de resultado y sean restringidas las normas relativas a la autoría y participación criminal.

25. Jesús Enrique Rincón Rincón (**Sucinto análisis del Anteproyecto de Código Penal**), a propósito de la dispersión de leyes penales especiales y de la pérdida de vigencia del Código Penal actual, comenta la necesidad de adaptar la nueva legislación a la Carta Fundamental, la doctrina, la jurisprudencia, la práctica judicial, a los requerimientos de la ley adjetiva penal y de justicia militar. Propone el debate y discusión de la propuesta presentada. Formula algunas consideraciones sobre los Libros Primero y Segundo del Anteproyecto.

26. Jorge L. Rosell Senhenn (**La determinación de la pena ante una eventual reforma penal**) aborda el estudio del sistema de determinación de la pena acogido por el legislador en el Artículo 37 del Código Penal vigente, transcrito casi literalmente en el Anteproyecto. Considera que dicho sistema vulnera los principios de la individualización de la pena, de la proporcionalidad y de la igualdad, ignorando el legislador las condiciones del sujeto activo del delito que, a su juicio, se reducen a circunstancias jurídicas relevantes.

27. José Tadeo Saín Silveira (**La prescripción de la acción penal**) centra su meditación en el tema de la prescripción de la acción penal desde el punto de vista dogmático y político-criminal. A su juicio, el Derecho Penal, dentro de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, debe cumplir un papel limitador del *ius puniendi*.

28. Juvenal Salcedo Cárdenas (**Extraterritorialidad**) discute la tesis de la extraterritorialidad planteada en el Artículo 12 del Anteproyecto a través de un caso práctico y propone adecuarla a lo establecido en la ley adjetiva penal. Defiende, igualmente, la tesis de que los delitos de acción pública cometidos por venezolanos contra venezolanos en el extranjero, son enjuiciables en Venezuela, por denuncia de la parte agra-

viada o del Ministerio Público, pues incoada la acción penal, dado el impulso procesal, toda la secuencia es responsabilidad del representante fiscal, si el delito es de acción pública. En cambio, opina que, si el delito consumado es de acción privada, requiere querella acusatoria.

29. Miguel Ángel Sandoval (**Elementos para una discusión sobre el Artículo 238 y siguientes del Anteproyecto de Código Penal**) reflexiona acerca de los bienes jurídicos que integran el tema del aborto como conducta típica y la libertad sexual. Propone la necesidad de ampliar la discusión sobre el control de la natalidad, la falta de educación sexual, la inmadurez, la utilización del sexo libre, sin limitaciones éticas ni legales y la superficialidad con que suelen abordarse estas materias. Más allá de la despenalización del aborto, afirma, está la necesidad de tutelar el bien jurídico de la vida como valor trascendental, de carácter ético, filosófico, moral y religioso.

30. José Luis Tamayo Rodríguez (**La Responsabilidad Civil derivada de delito, con especial referencia a su tratamiento en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal del TSJ**) estudia la institución desde la concepción del hecho punible incluido dentro de la doctrina civil como hecho dañoso, pues piensa que el Anteproyecto aclara que el responsable penalmente lo es también civilmente, si del hecho derivan daños y perjuicios. En consecuencia, si la comisión del delito no produce daños que reparar no surge la responsabilidad civil. Considera que las reformas propuestas sobre la materia, implican darle efectividad, cumplimiento y vigencia a la responsabilidad civil, en beneficio de las víctimas que sufran daños y perjuicios, a consecuencia del delito.

31. Magali Vásquez González (**Comentarios al Anteproyecto de Código Penal**) comenta, además de algunas de las instituciones generales desarrolladas en el Libro Primero, ciertos tipos previstos en el Anteproyecto. La "inflación penal" que lo caracteriza, sin embargo, vulnera los principios de subsidiariedad, mínima intervención y protección de los bienes jurídicos, amén de lesionar el carácter fragmentario del Derecho Penal. La norma penal, afirma, debe orientarse a la tutela del ciudadano como sujeto de derechos, pues el carácter social supone

la orientación de la pena hacia la prevención: sólo se justifica en cuanto necesaria para la protección de los ciudadanos.

32. Irasema Vílchez de Quintero (**Informe sobre el Anteproyecto del Código Penal**) se ubica en una posición intermedia entre el derecho y la moral en cuanto a la despenalización del aborto, por lo cual propone algunas eximentes de responsabilidad en relación con los "eugenésicos" o "éticos". Al mismo tiempo, critica la propuesta por vulnerar el principio de mínima intervención y el carácter fragmentario del Derecho Penal.

33. Miguel Villarroel (**Delitos contra la propiedad intelectual y la propiedad industrial**) comenta los delitos especificados en el título de su estudio a fin de destacar la importancia de proteger el derecho de propiedad intelectual, integrado por los de la propiedad industrial, de autor y conexos. Conocer la totalidad de sus implicaciones, señala, evitará se vulneren las leyes en general y, en especial, el derecho de los particulares de proteger sus obras del ingenio. De aprobarse la proposición, los afectados por estos tipos delictivos tendrán mayor acceso a la justicia.

34. Katia Yassín Issa (**Consideraciones psicológicas y legales del delito de violación**), desde una perspectiva psico-legal, analiza el delito de violación tal como lo consagra el Anteproyecto y, con tal fundamento, concluye señalando la necesidad de "mejorar las esferas de atención: sanitaria, policial, judicial y hasta legal" para que las víctimas denuncien los delitos sufridos.

IV. Quien suscribe reconoce la ayuda recibida de la Abogada Tulia Peña Alemán, *Magíster Scientiarum* en Ciencias Penales y Criminológicas, en la preparación de esta presentación. La Fundación Gaceta Forense agradece a sus autores el envío de las colaboraciones y espera que sean recibidas por la comunidad jurídica con el mismo beneplácito con que ha acogido las publicaciones anteriores.

Caracas, 29 de abril de 2004

Fernando Parra Aranguren

Derecho médico y reforma del Código Penal: Aproximación a la eutanasia

Rafael AGUIAR-GUEVARA[*]

Se ha producido un retraso en la autoconciencia de la sociedad...
...se trata de un miedo difuso de no poder asumir tal comportamiento
a través de una argumentación racional.

Günther Jakobs

SUMARIO:

Introducción
1. De la eutanasia.
2. Artículo 217 propuesto en el proyecto: comentarios.
3. Propuesta legislativa propia.
4. Conclusiones.
5. Preocupación legislativa en área salud.
Bibliografía

[*] **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de Derecho Médico. **Asociación Venezolana de Derecho Médico**, Presidente Fundador. **World Association for Medical Law**, Miembro Directivo.

INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Reforma del Código Penal, presentado recientemente por el Magistrado Dr. Angulo Fontiveros y colaboradores, significa un exhaustivo trabajo que, si bien pudiese tener algunos aspectos contradictorios entre diversos, honestos y serios, doctrinarios del Derecho, contiene aspectos relevantes de avanzada que muy bien valen la pena considerar a los efectos de la perfectibilidad que el mismo proyecto significa. Es por ello que me propongo, en las breves líneas que se me han permitido, intentar presentar un enfoque sobre los apuntamientos más importantes que considero deben ser discutidos, entendidos, quizás mejorados, de los artículos que, por su contenido, tienen una relación directa con el Derecho Médico y Sanitario, como rama especial del Derecho (Tulio, A. *Diccionario Médico Legal,* Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot. 1999), en el entendido de un conjunto de normas jurídicas y preceptos ético-morales, de carácter Público y Privado, que regulan la actividad del médico con motivo de su ejercicio profesional, la relación médico-paciente y las consecuencias que de ella se derivan, estableciendo así los principios fundamentales de la responsabilidad legal médica. (Aguiar-Guevara, Rafael. *Derecho Médico en Venezuela*. Livrosca. Caracas, Venezuela. 1996).

Es preciso aclarar que, para el cabal entendimiento de la discusión planteada, debemos formular algunas premisas fundamentales sobre las cuales se desarrolla el nuevo paradigma de la relación médico-paciente; siendo, la primera de ellas, la aceptación universal, pacífica, solidaria, en la doctrina internacional, del "modelo horizontal" de la relación médico-paciente, expresión máxima de la manifestación del principio de autonomía de voluntad y autodeterminación, como exteriorización del *animus* de una persona en contratar los servicios de otra que queda obligada, entre otras cosas, a informar todo lo relativo al padecimiento nosológico, procedimientos diagnósticos, alternativas terapéuticas, beneficios y riesgos, de forma cabal, oportuna y veraz, para que con esta información pueda la persona, en ejercicio pleno de sus derechos, tomar las decisiones concernientes a su proyecto vida y de salud, derogándose así el aborrecido y descartado "modelo vertical" de la relación médico-paciente, paternalista, proteccionista, mediante la cual el médico (fuerte

de la relación jurídica), tomaba las decisiones que en "su" opinión, creía más provechosa para "su" paciente, según "su" propio modo de pensamiento, "sus" convicciones ético-religiosas, y de acuerdo con "su" criterio científico, sin que el paciente pudiese entrar activamente en la toma de decisiones (débil de la relación jurídica) comportándose como un objeto, y no como un sujeto, de esa relación entre el profesional de la Medicina y el paciente.

Este derecho de las personas a la autonomía de voluntad y autodeterminación, dentro del nuevo modelo de relación horizontal médico-paciente, deviene informado, sustentado y correlacionado con algunos principios constitucionales, entre ellos: de la integridad física, psíquica, moral, no pudiendo nadie ser sometido a exámenes médicos ni de laboratorio, *ergo*, nadie podrá ser sometido a tratamiento, sin su consentimiento informado previo (CRBV 46, num. 3); libre desenvolvimiento de la personalidad (CRBV 20); a la información oportuna y veraz (CRBV 58); a la salud, como parte y derecho inmanente del derecho a la vida del cual forma parte (CRBV 83) y en el entendido de un derecho a la salud desde un punto de vista integral, holístico, que abarca, no solamente un mero estado de bienestar físico, mental y social, sino que depende del óptimo grado de confluencia de factores que interviene en la salud: medio ambiente y ecológico, biodiversidad, familia, trabajo, recreación, paz social, etc., y que concluye, inexorablemente, en un proyecto vida que significa, aún más que simplemente vivir, se traduce en una calidad de vida necesaria para que ese derecho a la vida quede finalmente consagrado, de la libertad de culto y religión (CRBV 59), libertad de conciencia (CRBV 61), de no discriminación (CRBV 21).

La segunda premisa a presentar es aquella que tiene que ver con el derecho a la vida. Estoy profundamente convencido que el principio del derecho a la vida, consagrado en nuestra Constitución (como en algunas otras, que no todas), y siendo que siempre viene acompañado con el epíteto "*… por tanto nadie podrá imponer la pena de muerte…*" está referido al principio garantista que el Estado me debe para que, aun cuando me aparte del patrón de comportamiento esperado por una sociedad determinada, de acuerdo con las normas de conducta preestablecidas y aceptadas, pueda yo ser sancionado con cualquier tipo de

pena pero nunca a costa de mi vida. Es por ello que he mantenido que el principio constitucional del derecho a vivir no puede nunca, *ad libitum*, ser traducido en una obligación de vivir. Principio constitucional que, al igual que todos los demás, tiene un carácter relativo, porque siempre se desarrolla dentro de aquellas limitantes que la propia Constitución y las leyes imponen.

Se ha llegado a comentar que el principio del derecho a la vida de absolutista, y respetados doctrinarios del Derecho Penal han opinado que: "...Venezuela es un país vitalista...el derecho a la vida es absoluto... la vida se consolida como un bien jurídico indisponible...Venezuela ha ratificado todos los tratados de DD.HH. en los que se protege la vida de forma integral..." (Doctor Fernando Fernández. *Derecho a la vida*. Artículo de Opinión. *El Universal*. 18 de febrero de 2004). Me permito disentir del concepto absolutista así diseñado, por cuanto si nuestra Constitución, en conjunción con nuestras normas positivas de Derecho (especialmente Penal), así lo considerase no existiese la posibilidad de impunidad cuando se dispone de la vida de otro en legítima defensa o por estado de necesidad; o la posibilidad de disponer de la vida de un feto por salvar la vida de la madre; o aun lograr una rebaja considerable de la pena cuando dispongo de la vida del feto por motivos tan abstractos como salvaguarda del "honor"; o por otra parte, quedar impune frente a la ley cuando se dispone de la vida de otro a quien no se le permite acceder a un centro de salud por bloquear una calle en un supuesto ejercicio constitucional del derecho a la manifestación.

Por otra parte, se proyecta el derecho absolutista de la vida desde las organizaciones internacionales de los Derechos Humanos; y me pregunto, ¿Son esos mismos organismos internacionales de Derechos Humanos que se sientan en la mesa a discutir del derecho a la vida con países que aún mantienen la pena capital (incluso en menores de edad)?; o ¿Serán aquellos mismos organismos internacionales defensores de los DD.HH. que desaplican la Convención de Ginebra cuando, *quid divinum*, califican de "combatientes irregulares" a presos de una invasión, y luego trasladan a estos "irregulares", encadenados, enjaulados, y dormidos (con anestésicos) contra voluntad, y sin vigilancia médica, para ser trasladados a sitios de reclusión donde se mantienen incomunicados,

sin debido proceso, sin derecho a la defensa, y con muchas otras violaciones básicas a los Derechos Humanos por parte de aquellos que, aún, se mantienen renuentes, por sus propias conveniencias e intereses, sin suscribir el Estatuto de Roma, para referirme a la materia estrictamente penal o que se niegan a suscribir el Convenio de Kioto, para mencionar alguno que de alguna forma tiene que ver, finalmente, con la salud?

El derecho a la vida y el derecho a la salud se mantienen estrechamente relacionados, y se traducen, exponencialmente, en el proyecto de una calidad de vida, a la cual, lejos de constituirse en un mero bien jurídico protegido o tutelado por el Estado, especialmente por el Derecho Penal, es un derecho inmanente del ser humano que nadie puede subrogarse para describir, otorgar, reconocer. Es de él, del ser humano, inherente de la persona, que involucra, en su concepto de progresividad, la defensa de aquellos derechos que, aún no descritos en nuestra Constitución, no por ello debe entenderse como una negación de los mismos por no figurar expresamente en su articulado (CRBV 22).

Es por ello que, a la luz de los artículo 43 y 83 de la CRBV no podemos seguir hablando, aisladamente de un derecho a la vida sin considerar el derecho a la salud, que forma parte inherente del primero, y nunca más podremos referirnos aisladamente a tales principios sin mencionar que ambos concretan en un **derecho a una calidad de vida** traducida por los factores antes mencionados. De allí que estos nuevos conceptos han llevado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en reiteradas oportunidades a considerar la conceptualización de la calidad de vida y al respecto ha sido diáfana al señalar en concreto:

> Estas ideas llevan, a su vez a la Sala a delimitar qué debe entenderse por calidad de vida. Desde un punto de vista estricto, que es el que interesa a esta Sala, la calidad de vida es el producto de la satisfacción progresiva y concreta de los derechos y garantías constitucionales que protegen a la sociedad como ente colectivo, como cuerpo que trata de convivir en paz y armonía, sin estar sometida a manipulaciones o acciones que generen violencia o malestar colectivo, por lo que ella, en sentido estricto, no es el producto de derechos individuales como

> los contenidos puntualmente en el Capítulo de los Derechos Humanos, sino del desenvolvimiento de disposiciones constitucionales referidas a la sociedad en general, como lo son –sólo a título enunciativo– los artículos 83 y 84 que garantizan el derecho a la salud; el 89, que garantiza el trabajo como hecho social; los derechos culturales y educativos contenidos en los artículos 99, 101, 102, 108, 111, 112 y 113 de la Carta Fundamental; los derechos ambientales (artículos 127 y 128 *eiusdem*); la protección del consumidor y el usuario (artículos 112 y 114), el derecho a la información adecuada y no engañosa (artículo 117) y, los derechos políticos, en general. (TSJ-SC. Decisión 656, 30-jun-2000; entre otras).

Concepto holístico integral del proyecto y calidad de vida que tomado individualmente debe ser defendido impidiendo que, por criterios meramente restrictivos, oprobiosos, fundamentados en creencias ajenas, pueda la sociedad, de forma colectiva o difusa, intentar limitar estos individuales y personalísimos derechos y abrogar los mismos imponiendo de forma punitiva una limitante que impida al individuo ejercer a cabalidad sus derechos individuales.

Comenta Jacobs en este sentido (Günter Jakobs. *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Civitas. España. 1997) que en esta época ya el Estado no es aquella institución que administra objetividad, verdad y moralidad, sino que, en el mejor de los casos, el Estado es garante de las condiciones externas para ello: protección, la previsión y las prestaciones del Estado que no solamente garantizan la supervivencia, sino también la **calidad de vida**.

Es entonces esta calidad de vida, informada por la conjunción de nuestros principios constitucionales contenidos en los artículos 83 y 43, lo que ha llevado a adelantar, en el Proyecto de Reforma del Código Penal, una alternativa, viable, siempre opcional no obligatoria, para que aquellos que no consigan objeción alguna de conciencia, puedan tener la posibilidad de adaptarlas dentro de su vínculo normal de desempeño en esta sociedad, llámese el paciente en fase terminal, llámese el profesional de la salud quien debe velar por su paciente, como persona, como sujeto de una relación jurídica, desde su inicio y hasta su finalización.

En la debida ponderación de los bienes jurídicos enfrentados, hemos de examinar la realización de las concretas acciones que se exigen a una persona quien, ante una enfermedad cualquiera (enfermedad terminal irreversible y muerte inminente; o por rehusar tratamiento médico como una transfusión de sangre en el caso de aquellos grupos religiosos que no la aceptan) es necesaria para la satisfacción del bien al que se ha reconocido un valor preponderante. Es indiscutible que el juicio ponderativo efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, confronta no meramente el derecho a la vida de las personas en tanto sí importa como el derecho a una calidad de vida expresada en los términos que nuestra Sala Constitucional ha señalado en diversas oportunidades. La vida no puede seguir siendo entendida exclusivamente, de forma abstracta, como un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional sino que además, es oportuno señalar que, la decisión de enfrentar la propia muerte, por negación de tratamiento médico, no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional; integrando a sí mismo en la noción que los conceptos de orden y salud públicas, como limitantes exclusivas del daño (principio limitante del daño como vía de excepción al ejercicio de la autonomía de voluntad y autodeterminación), no devienen aplicables en estos casos de rechazo a tratamiento médico, cuando por prevalecer un derecho a una calidad de vida aceptable y digna, la persona opta, libremente, por rechazar tratamiento médico, sin que pueda entenderse que exista afectación del orden o salud públicas, por cuanto no existen riesgos para la seguridad o salud del colectivo en general. La decisión, por reiterada jurisprudencia constitucional, incluso internacional, es personalísima, y no afecta intereses ni del Estado ni del colectivo y mucho menos de sus particulares.

Las premisas introductorias –así consideradas– nos inducen, dentro del marco del Proyecto de Reforma del Código Penal, *in commento*, a la discusión de si las personas, en expresión de su derecho a la autonomía de voluntad y autodeterminación, pueden, por ejemplo, rechazar tratamientos médicos; no solamente en el caso de rehusarse a aceptar medidas extraordinarias de sostén de vida (Unidades de Terapia Intensiva, ventiladores mecánicos, resucitación cardiopulmonar, etc.) sino también a ciertos tratamientos que, desde la óptica del dere-

cho a libertad de culto y religión, podría rehusar una persona a una transfusión de sangre, como en el caso de los Testigos de Jehová, quienes, dentro de sus profundas convicciones religiosas, prefieren enfrentar una muerte digna antes de violentar sus principios de fe y convicción religiosa que, aun diferentes a las del médico, éste se debe a su respeto, por mandato constitucional.

Así las cosas, ya podemos, *prima facie*, adentrarnos en el campo del derecho de las personas relativas al área de la salud, y de cómo este Proyecto de Reforma del Código Penal introduce conceptos de vanguardia, cabalmente respaldados por la doctrina y jurisprudencia internacional, que, lejos de estériles y arcaicos dogmas y mitos egocentristas, permitirán al profesional de la medicina poder respetar al ser humano como tal, y aceptar que, más allá de un culto a ultranza de la vida, también debe el galeno estar preparado a servir y acompañar a su paciente, con valor y profesionalismo, cuando éste decida rehusar algún tratamiento médico, como en el caso comentado *supra*, o como en tan debatido tema de la eutanasia, al cual también dispondremos algunas consideraciones.

1. DE LA EUTANASIA

El artículo 217 del Proyecto de Reforma del Código Penal, *in commento*, contempla, por vez primera en Venezuela, que no comete delito quien, en las formas alternativas descritas en el artículo, cause la muerte a alguien, quien padezca de enfermedad terminal o incurable.

La discusión doctrinaria sobre este tema siempre ha sido amplia y muy contradictoria; sin embargo, en la mayoría de las opiniones ofrecidas, encontramos argumentos que, *sancta sanctorum*, intentan secuestrar el tema e impedir que, dentro de los parámetros de racionabilidad científico-jurídica, pueda la eutanasia ser analizada sin aquellos visos de pecado o materia impura que ni el médico ni el abogado puedan siquiera considerar en sus pensamientos.

No es mi objetivo, en esta oportunidad, entrar en repetición de fundamentos que he ya presentado en obra escrita desde el año pasado (*Eu-*

tanasia: mitos y realidades. Editorial Thamer. Caracas. Septiembre-2003) y a la cual me permito referir al lector interesado en profundizar sobre el tema; pero, no deja de ser importante plantear algunas ideas que nos ayuden en la comprensión de la norma aquí analizada.

En la introducción presentamos dos premisas fundamentales sobre las cuales todos estos temas se desarrollan: autonomía de voluntad y autodeterminación; derecho a la vida, pero en la máxima expresión de calidad de vida; derecho a la salud como derecho inmanente del derecho a la vida; y por qué no, un derecho a morir con dignidad.

Dentro del derecho a vivir libremente, bajo el principio de la igualdad universal, sobre el cual cada ser humano es libre en su acción dentro del respeto del derecho de los demás, como limitante de excepción, debemos comprender que el ser humano debe estar capacitado para tomar decisiones que solamente lo afecten a él, y por cuyas decisiones no se afecten ni el orden ni la salud públicas.

En este contexto, y bajo el criterio jurisprudencial de diversas Cortes y Salas Constitucionales, se acepta que, la decisión de un particular, tan individualizada como el derecho a rehusar tratamiento por firme convicción religiosa, o rehusar a medidas extraordinarias de sostén artificial de vida, son decisiones tan personalísimas que en ninguna forma afectan, ni pueden ser consideradas como de afectación del orden o la salud públicas. Reciente decisión polémica de una enferma en Italia, de 62 años de edad, de Génova, quien presentaba una gangrena húmeda en su pie izquierdo, que seguramente evolucionaría hacia una gangrena séptica de no recibir tratamiento médico, y a quien se retiró, contra opinión médica del hospital, todo tipo de tratamiento médico. La paciente falleció recientemente (*Diario Il Corriere della Sera, reportado por Francisco León;* Cuadernos de Bioética, Marzo de 2004). Antes de dejarla marchar, los médicos de Milán consultaron a un juzgado de la ciudad, que ha recordado la jurisprudencia basada en una sentencia del Tribunal Supremo, que hace dos años estableció que no se puede aplicar un tratamiento en contra de la voluntad del paciente. Única posibilidad: la persuasión.

En mi opinión, no se puede, por razones, fundamentos, o criterios restrictivos como lo son el derecho a culto o religión, impedir una solución legislativa que ofrezca la alternativa, para aquel quien la desee, de poder optar por una decisión de final de vida que solamente interesa a aquel quien sufre una enfermedad con características terminales e irreversibles; y máxime cuando ni el Estado ni los particulares pueden garantizarle el derecho a una idónea atención médico-asistencial, ni tratamiento eficaz o efectivo para impedir los daños colaterales insufribles que este tipo de pacientes debe soportar, y tomando en cuenta que ya ni siquiera se pueden considerar que son de ningún tipo de utilidad, y que por tanto privarían al Estado y/o a la comunidad de algún servicio o desempeño especial.

Los argumentos que se han presentado en contra de la eutanasia son variados, pero resultan ser los mismos en todos los países; y presentan un factor común denominador: son argumentos pertenecientes a grupos minoritarios por lo que consideramos nula su aplicabilidad por cuanto no se puede, a partir de un criterio minoritario, imponer una norma de conducta restrictiva, que por lo demás va en detrimento de otros derechos de las personas.

Desde el punto de vista religioso, fundamentalmente católico, vale la pena mencionar:

> El principio de la sacralidad de la vida según el cual solamente Dios entrega la vida, *ergo*, solamente Dios puede quitarla. En concordancia con el principio de la trascendentalidad, mediante el cual no se puede aceptar, por concepto, que el hombre, que ya viene produciendo la vida a su antojo (técnicas de reproducción artificial o asistida, clonación, etc.), no debe, en consecuencia, poder también fijar el momento de la muerte, porque de aceptarlo, se trasciende el objeto, misión, esencia y la existencia misma de "El Creador": De la misma forma el principio de la redención, según el cual la enfermedad incurable y el dolor son un regalo de Dios que le permite a quien la sufre de redimirse y revivir la resurrección del Señor. Todos estos criterios, ciertamente respetables, funcionarían en tanto

> y en cuanto yo pertenezca a la misma religión (católica-apostólica) de aquel quien intenta impedir la alternativa legislativa a la eutanasia. Pero bajo el criterio del derecho constitucional del libre culto y religión, sin discriminación alguna, no se puede limitar, restringir, a un buen grupo de la población, una alternativa viable para aquellos quienes no comparten el criterio religioso del legislador.

Algún otro, así llamado doctrinario ortodoxo, ha opinado que la eutanasia no puede practicarse simplemente porque lo prohíbe la ley penal. Debemos recordar que la vinculación del Derecho Penal a la protección de bienes jurídicos debe ser entendida de forma progresiva por cuanto la misma concepción del bien jurídico, que aun siendo siempre de tipo normativo, no por ello es definitiva e incoerciblemente estática, porque dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico. (Claus Roxin. *Derecho Penal.* Parte General. Civitas. España. 2001).

Es por ello fácil entender que la protección de normas morales, religiosas, ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos de Estado democrático de Derecho que, por el contrario, también debe proteger las posiciones discrepantes de las minorías, y su puesta en práctica (*ibídem*).

En este sentido, si recordamos que una norma jurídica no es más que una regla de conducta que la comunidad ha aceptado como conveniente, necesaria, para que esa comunidad específica, sea regida al amparo de esa norma, dentro de un espacio geográfico y tiempo determinado (*opinio juris necesitatis*), podemos entender que la misma comunidad, adecuada y contemporanizada a otros tiempos más modernos, puede considerar innecesaria la norma previamente impuesta y reformarla para adecuarla a su nueva realidad; la norma jurídica es y será siempre reformable, por lo que el criterio simplista que la norma prohíbe es francamente inaceptable.

Como expresión externa del principio de la autonomía de voluntad y autodeterminación, internamente, debemos apreciar que, con base en

su derecho a la información oportuna y veraz, a la cual tiene derecho la persona quien sufre de algún padecimiento mórbido, es la persona quien refleja su *animus* interno de aceptación o no del tratamiento médico indicado mediante su consentimiento informado, legítimamente declarado, (ver: *Consentimiento Legítimamente Declarado* en *Tratado de Derecho Médico*. Rafael Aguiar-Guevara. Legis Lec Editores. Caracas. Agosto, 2001). El consentimiento legítimamente declarado es pieza fundamental en la relación médico-paciente y obedece, en su momento, al principio de integridad física, y libre desarrollo de la personalidad. Por su parte, son muchos los análisis realizados con respecto al consentimiento informado (legítimamente declarado), y de cómo esa libertad plena de acción de quien de forma consciente, libre, voluntaria, exterioriza su deseo o no a recibir tratamiento médico, puede excluir, en un momento determinado, según el caso, manifestar la exclusión del tipo penal o justificando la conducta. Sin embargo, algunos tratadistas que aceptan la eficacia del consentimiento en operaciones mutilantes como la esterilización, extracción de órganos, extracción de órganos en menores de edad quienes no pueden aun manifestar su voluntad, a los fines de servir de donantes para un hermano, o aun, como el reciente caso de Inglaterra mediante el cual se "crea" (no se procrea) por técnicas de reproducción artificial asistida un embrión que será (no realmente un hermano) sino un repuesto donador de médula ósea para el primogénito de la pareja que así lo había decidido, aun cuando estos tratadistas aceptan la eficacia del consentimiento para estos casos, que verdaderamente tienen repercusión social, no aceptan la eficacia de la voluntad interna, libre, soberana, autónoma, determinada, de aquella persona quien libremente decide por una opción de muerte digna ante una enfermedad ciertamente incurable, terminal, irreversible, y a quien la medicina paliativa no ofrece ninguna alternativa viable para aliviar su dolor o las condiciones oprobiosas bajo las cuales finaliza su propia vida; lo que resultaría, *prima facie*, una insostenible contradicción conceptual.

Sin embargo, doctrinarios contemporáneos coinciden en que la problemática actual, especialmente referida a la eutanasia, y a temas similares, es un una cuestión que obligadamente se discute desde los criterios de *lege lata* y que inevitablemente induce a la discusión académica del tema. Estoy profundamente convencido que no puede existir ningún in-

justo en los casos de la eutanasia, vista como una lesión mediada desde afuera, desde un tercero, quien, respetando la voluntad del paciente, en condiciones que la propia ley puede determinarle, actúa como autor mediato, participando incluso desde el exterior en la organización de la materialización del resultado final de muerte, y que debe ser siempre asimilable o comparable a aquellos casos de exclusión de penalidad en los supuestos de heterolesión por cuanto quien sufre la lesión elimina el injusto al consentir de manera expresa la actuación del tercero (médico) quien participa, no por su deseo o *animus* de matar simplemente, sino porque siendo quien tiene el conocimiento profesional, tanto de la irreversibilidad de la muerte como de la metodología científica para concluir el ciclo vital, es llamado a participar activamente en "ayuda" para ese paciente terminal.

Así las cosas, puedo entender que debemos analizar estos temas desde la *lege ferenda* que nos invita a participar, sin miedo, en un cambio de paradigmas, especialmente referidos a momentos en los cuales debemos asumir que el comportamiento humano sólo es socialmente relevante, y relevante para el Derecho Penal en cuanto al comportamiento que lesiona, no pudiendo existir exactamente una lesión en quien se espera su muerte en horas a máximo un par de meses, y quien solicita, en la mejor expresión de su derecho a no sufrir dolor, soportar condiciones indignas y oprobiosas de vida, no sufrir tratos degradantes, solicita lo único que la ciencia Médica puede ofrecer para el momento: una muerte con dignidad.

Es por ello que lejos de profundos análisis de si la conducta del médico pudiese entrar en el campo de la punibilidad, del tipo (en sus elementos subjetivos u objetivos), o de la exclusión del tipo en casos de la así denominada eutanasia indirecta; o si por el contrario, debemos asimilar el dolor eventual en los casos de uso de analgésicos potentes al considerar la representación del desenlace fatal como concausa (daño colateral) del efecto de la analgesia en las situaciones de la eutanasia indirecta, o si acaso el problema es más bien de culpabilidad, y de allí de considerar las conductas de omisión (no iniciando o continuando tratamiento médico) o de acción (desconexión activa de un sistema de ventilación automática), todo ello, en mi opinión queda muy bien para

los salones de nuestras Escuelas de Derecho, y desde un punto de vista meramente académico.

Mantengo que: eliminado el tipo se acabó la discusión. El mismo Roxin en sus consideraciones sobre eutanasia puntualiza con exactitud: "se trata de problemas existenciales que tratan acerca de la decisión de la vida o de la muerte, que hace que por lo general apenas puedan ser susceptibles de regulación a través de normas abstractas, pues el Derecho vive de situaciones cotidianas tipificables y no siempre puede acertar con la singularidad del proceso mortal a través de su conceptuación generalizadora; especialmente porque se dificulta un acuerdo sobre lo permitido y lo prohibido en la medida en que la eutanasia no es dominio exclusivo de los penalistas". (Klaus Roxin. *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. Revista de Derecho Penal.* RECPC, Julio-1999)

Es por ello que he planteado que el tema de la eutanasia se encuentra secuestrado; es una cuestión que, *ab initio*, no pertenece a los juristas, ni a los médicos, ni a los biólogos, ni a los religiosos. Es un problema de discusión social, le pertenece por derecho a la comunidad, a la sociedad. La ponderación debe ser absolutamente inclusive de la posición de *lege ferenda* que se propugne en esta materia; dejemos que la comunidad se manifieste, y luego, sí, entonces cuando la comunidad adopte su decisión podremos llamar al concurso de los médicos, juristas, bioeticistas, para que nos indiquen el camino de regulación, y poder concluir, *proeter legem*, hacia una alternativa legislativa viable, que respeta la voluntad incluso de minorías, y sea consecuentes con otros principios como el del derecho a religión, libre culto, libre desenvolvimiento de la personalidad, integridad física, psíquica y moral, salud integral, etc.

Considero finalmente que el argumento de la pendiente resbaladiza (*slippery slope*), mediante el cual se sostiene que de aprobarse la eutanasia entraríamos, inevitablemente, en una situación de descontrol, y que los casos de eutanasia se incrementarían injustificadamente, y especialmente a expensas de los llamados grupos minoritarios o vulnerables (Sida; privados de libertad, pacientes geriátricos, discapacitados, etc.) se ha erigido en una de las grandes falacias y mitos de este siglo que ya están, suficientemente debatidos, incluso científicamente, cuando conocemos,

por el Tercer Remmenlink Report (*del autor Gerrit Van Der Wals, correspondiente a mayo de 2003 e incluso publicado en una revista médica indexada internacionalmente: Lancet; y cuyas cifras mantengo actualizadas por comunicaciones personales que mantengo con el Presidente de la Sociedad Holandesa de Eutanasia (NVVA) Doctor Rob Jonquiere*) conocemos que el índice de procedimientos de eutanasia con respecto a la tasa de mortalidad general se ha mantenido estable en 2.4% a pesar de la legalización de la misma desde su promulgación en 2001, efectiva en 2002. Cifras similares se han logrado en Bélgica, país donde también se ha aprobado legislativamente; por lo que el misterio de la pendiente resbaladiza es un argumento estéril, sin sostén, sin fundamento. Según el Reporte, tampoco se ha evidenciado que disminuya la diligencia médica en los casos de pacientes en fase terminal; no ha habido incremento en los procesos de eutanasia a expensas de los grupos minoritarios o vulnerables; por lo que el criterio que con la eutanasia se llevarían a un exterminio de viejitas e incapacitados, es totalmente falso.

Vale la pena comentar, porque los detractores *ab irato* del tema también lo han alegado, que el mejor ejemplo de los peligros de la eutanasia lo constituye el caso alemán. Recordemos que jamás podríamos asimilar tal comparación por cuanto lo sucedido en Alemania, durante la época nazi hitleriana, fue un exterminio, injustificado, selectivo de población, con bases religiosas (exterminio de población judía), racista, sin enfermos y en contra de la voluntad de los fallecidos; es por ello que advertimos una manipulación sin causa por cuanto no es ni será nunca lo mismo lo que se constituyó en uno de los más inaceptable genocidios, como crimen de lesa humanidad, contra lo que significa el concepto de eutanasia.

Algo parecido sucede con el argumento de que en los Países Bajos (Holanda) habría aumentado los casos de eutanasia porque la gente migra a ese país para obtener el procedimiento; lo que evidencia una gran ignorancia en el tema, porque cualquiera que hubiese leído la ley y estudiado a fondo la problemática se daría cuenta de la realidad: aplica solamente para ciudadanos de esos países.

2. ARTÍCULO 217 PROPUESTO EN EL PROYECTO

Así las cosas, y sin dispensar más tiempo de lo necesario a la consideración de los fundamentos a favor o en contra de la eutanasia (que no es el objetivo central de este ensayo); bajo la premisa fundamental que acepto como válida y necesaria, bajo el principio universal de la libertad, una propuesta legislativa que nos permita contar con una opción libre, que a nadie obliga (ni al paciente ni a los médicos) de aceptarla en ningún momento determinado, intento ahora, analizar, constructivamente el artículo que se presenta en el Proyecto de Reforma del Código Penal, concluyendo con una propuesta legislativa sobre el particular.

El artículo del mencionado proyecto contempla:

> **Artículo 217.-** ***Dar muerte por piedad*****.** No comete delito quien para evitar o aliviar el inaguantable dolor o sufrimiento al que padezca *una enfermedad terminal o incurable, haga cesar* el tratamiento médico a sabiendas de que podría sobrevenir la muerte o aun que la producirá. Tampoco comete delito *quien* administre a un enfermo tal calmantes en *dosis masivas* que puedan mitigar el dolor pero también provocar la muerte. Ni cometerá delito el que por piedad y de modo directo cause la muerte para mitigar su dolor o sufrimiento.
>
> En todos estos casos se requerirá indefectiblemente el consentimiento del paciente, y dado de un modo consciente, expreso e inequívoco. Si no estuviera en condiciones de dar su consentimiento, éste podrá ser suplido por un testamento vital o documento auténtico en el cual haya manifestado su deseo *acerca de los tratamientos médicos que desea recibir o no recibir caso de sufrir una enfermedad terminal o irreversible*, cuando ésta le impidiere expresarse de viva voz o directamente en tal eventualidad. El *testamento* mencionado debe ser evaluado por una comisión integrada por un familiar del paciente, un médico y un abogado designados por el Estado. A esta comisión podrán agregársele un médico y un abogado designados por la familia. Si hubiere desacuerdo entre los inte-

> grantes de la comisión, éstos deberán enviar inmediatamente el testamento a un tribunal penal, al que corresponderá la decisión definitiva sobre el caso.
>
> Si pese a que no hubiere tal consentimiento ni aquel testamento o documento auténtico, alguna persona da muerte a otra y se comprobare que mediaron razones de misericordia, se tendrá esa acción como un homicidio pero la pena de prisión será de uno a cinco años y multa de cien a quinientas unidades tributarias. (**Nota:** he destacado los aspectos que, con mayor énfasis, deben ser considerados en la reforma.)

Comentarios:

Primero: La primera observación al artículo *in commento* es su propio titulado: *dar muerte por piedad, homicidio por piedad*.

Cuando se considera el homicidio, como conducta reprochable, que lesiona un derecho inmanente del hombre, que se considera interés jurídico protegido o tutelado por el Estado, el sujeto activo del delito lo realiza, en el caso del homicidio intencional, con un *animus* perfectamente definido: a) lograr la muerte, en sí misma, por: venganza, retaliación, sicariato, motivo político, pasional, recompensa; o b) como medio para lograr la impunidad o aseguramiento en la comisión de otro delito.

En nuestro caso en particular, el profesional de la salud, único que puede ser considerado como sujeto activo en esta situación, no tiene un *animus* especial de destruir la vida del paciente; el médico actuará, bajo condiciones restrictivas y supervisadas, en atención a la declaración de voluntad del paciente, sin que por ello se pueda aceptar que se encuentre en un estado de ánimo positivo, de satisfacción, de realización, por la actividad desempeñada. Se puede asemejar a aquella situación de *animus* en el cual se encuentra un médico cirujano de cabeza y cuello quien, ante un determinado cáncer, debe, por obligación, efectuar una operación de tipo "comando" la cual es mutilante, deformante, pero que, a pesar del *animus* interno del galeno, debe sin embargo, realizarla en función de la vida del paciente.

Es por ello que estoy profundamente convencido que nunca se deberá aceptar el titulado de este artículo bajo la denominación de "homicidio" especialmente cuando otras características del homicidio, como la ilegitimidad de la acción, el injusto cometido y la violencia con la cual se logra, no están en concurso en la eutanasia.

Por otra parte, la acción realizada por el médico no necesariamente es motivada o justificada por la piedad, consideración, lástima, pena, por el paciente quien sufre una enfermedad terminal. No puede aceptarse tal calificativo. La eutanasia no puede ser considerada como una obra de caridad. Es el respeto y obediencia legítima que el profesional de la salud debe a su paciente quien, como persona, tiene su pleno derecho a la autonomía de voluntad y autodeterminación, salvo la excepcional limitante del daño a terceros, y quien expresa de forma clara, expresa, indubitada, su propia voluntad de poner fin a su ciclo vital cuando, ante condiciones restrictivas determinadas en ley especial, y en función de no seguir manteniendo una calidad de vida impropia, oprobiosa, indigna, decide, libremente, solicitar al médico lo asista, en función de que él –el médico– es precisamente el profesional quien por sus conocimientos está en mejor posición de ayudar a su paciente, y que, como lo declara la conocida sentencia de la Corte Constitucional de Colombia *(*Sentencia C-239-97; Expediente D-1490; Demandante J.E. Parra Parra; demanda de inconstitucionalidad del artículo 326 del Decreto 100 de 1980 del Código Penal; Santafé de Bogotá, 20 de mayo de 1997), no se trata de ayudar al paciente "a" morir, sino ayudarlo "en" el morir.

Es por ello que el epíteto de pietístico, o por piedad, no puede sustentarse como título del artículo que ahora analizamos. No se trata de piedad, y mucho menos de un acto del médico; se trata de un pleno y cabal ejercicio de un derecho activo de las personas; se trata de la manifestación externa de la voluntad del paciente, quien decide, por cuenta propia, y ante una enfermedad terminal, poner fin a su ciclo de vida, mediante una metodología, rigor y respeto científicos, que le permitan morir con dignidad.

Soy de la opinión que el titulillo de este artículo debe ser referido, sin temor, ni reservas, a la eutanasia o, si se prefiere, de forma más conservativa, denominarlo: *del derecho a morir con dignidad*.

Segundo: la descripción articular de: "... No comete delito *quien...*" (*omissis*) no debe aceptarse. No se debe despenalizar genéricamente a: "*...quien...*" toda vez que el sujeto activo de esta relación jurídica *solamente* puede ser el profesional de la Medicina, el médico. Debe dejarse el tipo y la penalización para cualquier otra persona diferente al profesional de la salud. Solamente el médico, bajo un criterio científico, con la debida comprobación del diagnóstico, previos exámenes clínicos y paraclínicos, y con la debida corroboración por otro(s) galeno(s) podría no ser punible cuando respeta la voluntad del paciente y procede a la eutanasia. En este sentido, actuando en forma cónsona y consecuente, no solamente debería ser un médico cualquiera, en la ley especial que necesariamente acompañe a este artículo deberá preferirse al médico de familia, médico usual de tratamiento, quizás el médico oncólogo que lo está controlando en el tratamiento de su cáncer, quien es el profesional que verdaderamente conoce a su paciente, quien ha conversado ampliamente con él, conoce su entorno familiar, su personalidad, sus proyectos y es quien se encuentra más legitimado en el momento de acompañar la decisión de su paciente. Se constituye en su verdadero garante. La imagen de este médico de familia no es una utopía para nosotros. En el país ya han existido graduados especialistas en el campo de la medicina de familia; a todo nivel siempre existe un médico quien pudiese llamarse "de cabecera", aun en las instituciones públicas de salud, y especialmente en las redes primarias de atención médico-asistencial

Tercero: "Ni cometerá delito el que por *piedad* y de modo directo cause la muerte para mitigar su dolor o sufrimiento".

Insisto: no puede aceptarse la palabra por: "*piedad*" como explicamos anteriormente toda vez que no se trata de un acto de misericordia, de piedad, de lástima o pena ajena. La eutanasia no debe ser vista ni como un fracaso médico, ni como un acto de dolor, más allá del sentimiento de cada persona por la finalización de la vida de un familiar. Generalmente, este tipo de paciente ha pensado su decisión, la ha meditado, seguramente conversado con familiares y/o amigos; y al momento de tomar la decisión final, se hace desde la voluntad, de la clarificación de pensamiento y sentimientos, y nunca desde la pena.

Cuarto: Siempre, en cualquiera de las modalidades aceptadas (activa, pasiva, indirecta, etc.), deberá constar la manifestación de voluntad por parte del paciente, de forma clara, expresa, indubitada, escrita, de aceptar y solicitar el procedimiento. Sin rigor ni mayor formalismo, quizás simplemente en su historial médico, si acaso no ha tenido la oportunidad de realizarlo en forma auténtica ante autoridad competente.

Es decir, siempre debe existir constancia de un consentimiento informado, legítimamente declarado, el cual, como todo acto de voluntad, podrá ser siempre revocable por el paciente en cualquier momento que así lo desee.

La experiencia de países que han aceptado el procedimiento exigen siempre que tal consentimiento sea ratificado, al menos, en una oportunidad posterior a la manifestación original. Esta manifestación de voluntad, acorde con los principios constitucionales, deberá evitar la complejidad y formalismos. Podrá ser simplemente conferido en la historia clínica del paciente. Suscrita por médicos y paciente, además de otros testigos que puedan ser llamados a suscribir tal manifestación de voluntad. En todo caso, siempre existirá la posibilidad legítima de lograr, mediante documento auténtico, una manifestación adelantada de voluntad, *living will*, mediante la cual se especifique con claridad la voluntad del paciente para que, llegado un momento de no poder manifestar su voluntad a viva voz, por incapacidad física sobrevenida, se pueda conocer su voluntad y decisión, y poder conforme a ella proceder a la eutanasia, si así fuere el caso.

Quinto: Condiciones:

Es necesario entender que la presencia de una enfermedad terminal, por sí misma, no sería suficiente criterio para optar por eutanasia. Por ejemplo: un paciente de mediana edad, prácticamente asintomático, y en alguna evaluación médica, anual, preoperatoria, o motivado a otro padecimiento, se le diagnostica un cáncer, en algún órgano o sistema, y tiene un pronóstico vital de algunos años por delante. Un paciente diabético, quien, avanzada su enfermedad, inicia una insuficiencia renal, pero todavía susceptible de tratamiento médico. Son tipos de pacientes

quienes, bajo el criterio restrictivo impuesto en otros países, todavía no alcanzan la clasificación de paciente con enfermedad terminal, en fase terminal. Existe una diferencia conceptual entre la enfermedad terminal, la cual se sabe irreversible, a la luz de los conocimientos médicos actuales, pero de quien, todavía, no se espera un resultado inminente, de muerte, en el tiempo de horas a meses (fase terminal).

En el mismo ejemplo anterior, el paciente con cáncer ya hace metástasis, invasión a otros órganos o sistemas; o el paciente diabético, que ya entra en insuficiencia renal grave y quien necesita diálisis (hemodiálisis o diálisis peritoneal). Este criterio de enfermedad terminal, en fase terminal, permite limitar el número de casos posibles y permite transcurrir un tiempo útil para intentar tratamientos médicos paliativos.

Se exige, usualmente, que estos pacientes presenten dolor incontrolable médicamente, o algún otro tipo de sufrimiento físico o psíquico, o algún otro tipo de padecimiento, que haga oprobiosa la vida, y en quienes la medicina tradicional, o complementaria, ya no hayan producido más efectos beneficiosos.

Existen personas dispuestas a aceptar la eutanasia y quienes reclaman el derecho que tienen de ni siquiera tener que padecer de estos sufrimientos. Sin embargo, pienso que limitar el procedimiento a pacientes con enfermedad terminal, en fase terminal, con sufrimiento físico o psíquico, no solucionable con medicina paliativa (ortotanasia) sería muy conveniente para iniciar una legislación tan delicada y de este tipo, y esperar, con el tiempo, la posibilidad, de acuerdo con la experiencia nacional e internacional, de llegar a alguna otra conclusión diferente. Holanda y Bélgica, países pioneros en este tipo de legislación, han impuesto estas limitantes.

3. PROPUESTA LEGISLATIVA

> No será punible el médico que, habiendo cumplido con los requisitos y condiciones pautados en la Ley Especial Sobre Terminación de la Vida a Petición Propia, intencionalmente pone fin a la vida de quien, por su propia voluntad, lo haya, de cualquier forma, expresamente solicitado.

Comentarios:

1. Se propone para el Código Penal un artículo único, sencillo, simple, que permita la alternativa u opción para que las personas puedan, según su criterio y voluntad, optar por un procedimiento que los ayude a poner fin a su ciclo vital.

2. Debe dejarse las reglamentaciones, condiciones y requisitos a otra ley especial (sobre terminación de vida a petición propia), que también deberá ser breve (unos 20 artículos), y que sea la que establezca los parámetros y condiciones bajo los cuales se pueda proceder a la eutanasia. Esta ley comprendería, entre otros aspectos:

a) Requisitos de procedencia: tipos de enfermedad terminal en fase terminal;

b) Obligaciones del médico antes de considerar el procedimiento;

c) Tipos de personas que pueden ser elegibles;

d) Consentimiento informado legítimamente declarado;

e) Creación de Comisión Especial Nacional: integración, funcionamiento, atribuciones, obligaciones;

f) Obligaciones: a) del médico de informar a esta Comisión Nacional que el procedimiento, una vez cumplido, sea revisado; y b) la obligación de la Comisión de informar al Ministerio Público para inicio de la acción penal contra el médico o persona que no haya cumplido con los requisitos exigidos en la ley especial al momento de proceder a la eutanasia.

g) Otros.

3. Se sugiere la lectura de la ley de Holanda o Bélgica (ver capítulo final del libro *Eutanasia: mitos y realidades*, Rafael Aguiar Guevara, Editorial Thamer, 2003) como modelos que pueden servir de fundamento para el desarrollo de esta ley especial.

4. Considero prudente que la comunidad en general, la profesional (Medicina y Derecho, preferentemente) en especial, y la estudiantil y escolar, de forma específica, como expresión final del artículo, tanto en la reforma del Código Penal como de la ley especial sugerida, debe señalarse la obligatoriedad de enseñanza y tratamiento educativo que esta especial materia debe significar para la comunidad en general. Una buena campaña educativa, divulgativa, nos permitiría, en inmediato y mediato futuro, una garantía de aceptación, permanencia y buen cumplimiento de la norma modificada.

4. CONCLUSIONES

Planteada como ha sido la cuestión de interpretación del derecho a la vida, y abarcando sus fases iniciales y finales, podemos preguntarnos: a) si el derecho a la vida es absoluto; b) si su reconocimiento como derecho constitucional comporta el correlativo deber del Estado de protegerla más allá de la voluntad de su titular.

Son muchos los casos y situaciones jurídicas, incluso aquellas contenidas en la legislación nacional y comparada de Derecho Penal que me llevan a concluir que definitivamente no es un derecho absoluto; prueba de ello mencioné en los inicios de este ensayo los casos de legítima defensa, estado de necesidad, los países que aún mantienen pena capital y dirigen organismos internacionales de derechos humanos, y la conducta omisiva de estos organismos ante casos de muerte indiscriminada de civiles por personal militar bajo la impunidad de alegato del error técnico o del necesario daño colateral (casos Afganistán, Irak, Haití, etc.) y que no resultan ni punibles ni sancionables.

Con respecto a la segunda situación planteada, de si tal derecho constitucional a la vida significa, *némine discrepante*, una obligación de vivir, y que comporta el correlativo deber del Estado de protegerla más allá de la voluntad de su titular; pues ya he sentado mi criterio negativo al respecto, y siempre respetando la pluralidad de convencimientos porque entiendo y acepto que las discusiones doctrinarias al respecto son múltiples y variadas. Sin embargo, solamente como apoyo, quizás inne-

cesario pero siempre académico, la posición de autores como Cobo del Rosal y Carbonell según la cual la libertad se encuentra en la cúspide de los valores y el ordenamiento jurídico, y hay que interpretar todos los derechos fundamentales de la persona como emanaciones del derecho al libre desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad, o si se prefiere, de la dignidad de la persona humana. (Manuel Cobo del Rosal-Juan Carbonell. *Derecho Penal, Parte Especial.* Ediciones Tirant Lo Blanc. Valencia. España. 1988).

En mayor abundancia, y referido entre muchísimos otros autores, al tratar el tema de la eutanasia, valga la opinión de mi amigo Romeo Casabona: "En mi opinión, la Constitución Española no lo prejuzga así en su artículo 15, al igual que los Convenios Internacionales mencionados. De allí solamente se deduce que nadie puede ser desprovisto de la vida sin su voluntad. A ello se limita el deber del Estado derivado del reconocimiento de ese derecho fundamental: el deber de respeto de este derecho y de protección frente terceros". (Carlos María Romeo Casabona. *El Derecho y la Bioética frente a los límites de la vida humana*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1996).

El ejercicio de mis derechos constitucionales implica la limitación que los mismos tienen al acercarme al límite del inicio de ejercicio del derecho de los demás. Vivimos en una sociedad moderna, plural, dinámica, capaz, en la cual podemos fácilmente aceptar la posibilidad de una alternativa legislativa que le permita, a quien no presente ninguna objeción de conciencia, hacer uso de esa posibilidad (eutanasia) sin que por ello se pueda inferir que existe, de aprobarse, ninguna obligación ni para el paciente, ni para los médicos. Frente a los dilemas terapéuticos se presentan diversas modalidades de tratamiento. Frente a un cuadro de angioesclerosis, cardiopatía isquémica, infarto del miocardio, habrán los médicos conservadores que sugerirían tratamientos no invasivos a base de sustancias trombolíticas; como también existen aquellos que piensan que es mejor ser invasivos, y de allí modalidades: desde la angioplastia primaria con colocación de tallos, e incluso tallos (stem) con rapamicina que son sustancias que previenen la re-estenosis y cuyos costos se elevan hasta US$ 3500 (solamente el tallo). Un médico de uno de estos

criterios (no invasivo) no está obligado a seguir el criterio de los otros (invasivos) pero la alternativa existe; y al momento de desearla allí la tiene. Unos pediatras piensan que la fimosectomía (circuncisión) es más saludable, para él y para su pareja (menor incidencia de enfermedades urogenitales; y menor incidencia de cuello uterino en la mujer); pero otros médicos piensan lo contrario. Sin que se pueda decir, con certeza ni criterio absolutista, que ninguno de los dos tiene plenamente la verdad. Pero el paciente, al momento de ser informado, oportuna y cabalmente, podrá tener la oportunidad de decidir cuál de las dos opciones le parece más viable en su proyecto vida, en su proyecto salud.

Luchamos por una alternativa legislativa viable que no obliga a nadie. Tengo el derecho constitucional de circular por todo el territorio nacional; pero este domingo quizás decida no ejercer mi derecho, y decida quedarme en casa descansando. Pero si se me ocurriese a media tarde del domingo salir a pasear, estoy seguro (salvo las abominables costumbres inconstitucionales de los llamados trancazos impunes) de poder ejercer mi derecho a la libre circulación, por poseer esa alternativa legislativa y constitucional.

Es así que me manifiesto plenamente a favor de luchar por la alternativa legislativa propuesta, independientemente de la posición que se adopte frente a la eutanasia, al momento de tener que decidirla, como médico o como paciente; pero existe una gran cantidad de personas que definitivamente están a favor y prueba de ellos están las encuestas nacionales que he tenido oportunidad de realizar, y otras de conocer y que evidencian una inclinación de 87% a favor de la alternativa legislativa.

5. PREOCUPACIÓN LEGISLATIVA EN ÁREA SALUD

Expresaba con sabiduría Lois Pasteur, en 1888, con motivo de la inauguración se su Instituto en Francia (Richard Gordon. The Alarming History of Medicine. 1993): "**…**de esto podemos estar seguros: la ciencia obedeciendo la ley de la humanidad trabajará siempre para engrandecer las fronteras de la vida…".

Comentado algunos principios sobre la eutanasia y complementado con una propuesta legislativa, no podría finalizar, como hubiese sido mi intención, sin esbozar, al menos, algunas líneas para demostrar mi preocupación sobre la urgencia legislativa que debemos a ciertos temas que, por avances de la tecnología y de las ciencias de la salud, no debemos omitir nosotros, y muchos menos en la presencia de un Proyecto de Reforma de Código Penal.

He planteado, incluso en la Subcomisión de Salud de la Asamblea Nacional, en algunas oportunidades, la necesidad que tenemos en el país, con carácter de urgencia, de legislar sobre temas como: Medicina asistida por tecnología de informática y comunicación; cibercirugía; portales cibernéticos de salud (salud on line); comercialización de embriones, cambios de embriones, responsabilidad penal en técnicas de reproducción asistida; transplantes de órganos y delitos penales; naturaleza jurídica de la historia clínica y delitos relacionados: en la práctica médica y durante la fase de investigación preliminar penal por parte de los operarios de justicia; defraudación o delitos contra la actividad aseguradora (ya existió una tipificación sobre delitos (médicos) contra la actividad aseguradora con la Ley sobre Empresas de Seguro y Reaseguro del año 2001, pero que fue "derogada" (¿?) por una medida cautelar (!) del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 07 de noviembre de 2002); regulación y tipificación penal de los delitos cometidos por las empresas de medicina prepaga en el país que se encuentran sin regulación (no obedecen al campo regulado de las empresas de seguro, ni a la Superintendencia de Seguros) y a través de las cuales, no solamente casos graves de mala práctica médica sino otros delitos relacionados con la atención médico-sanitaria y que no son sancionados por carecer de normas específicas que la regulen; hechos irregulares atípicos en las instituciones privadas de salud, como privación ilegítima de libertad cuando el familiar y/o el paciente son retenidos hasta la completa cancelación de los gastos médicos y hospitalarios; Medicina, y salud en el régimen penitenciario; Medicina eugenésica y delitos genéticos; Medicina ambiental y ecológica, y delitos derivados; en fin, un sinnúmero de situaciones que deben estar enmarcadas, como en otros países, dentro de normativa especial, y que en Venezuela, lamentablemente no tenemos, (no men-

cionamos el tema del aborto porque ya el proyecto incluye las diversas variantes por lo que su discusión especial la reservamos para otra oportunidad). Quedamos aún con la esperanza de poder iniciar el debate de estos y otros temas.

Felicito en esta oportunidad al Magistrado Angulo Fontiveros y su grupo de colaboradores por ofrecernos, al menos, la alternativa de discutir sobre temas que, como éste y muchos otros, se encontraban secuestrados y que, con criterio científico-jurídico han sido adelantados e incluidos en el proyecto.

"Todos se percatan de que sus leyes de vida no funcionan ya, de que viven según los viejos códigos y que ni su religión ni su moral corresponden a lo que necesitamos" ("Die geschichte von Emil Sinclairs Jugend"):

Hermann Hesse (en Demian, Capítulo VII).

Anteproyecto de Código Penal

Alejandro ANGULO FONTIVEROS*

La directiva del Tribunal Supremo de Justicia, cuando yo no la integraba y a través del Presidente de la Sala de Casación Civil, magistrado Franklyn Arrieche Gutiérrez, me confió su elaboración. Contribuyó mucho un grupo de valiosos abogados y principalmente los distinguidos juristas José Luis Tamayo, Gladys Hernández, Mónica Fernández y Miguel Villarroel.

* **Tribunal Supremo de Justicia**, *Sala de Casación Penal,* Magistrado Presidente. **Universidad Central de Venezuela,** Abogado, **Universidad Católica Andrés Bello,** Especialista en Ciencias Penales y Doctor en Derecho, ex Profesor en Pregrado y Posgrado. **Universidad Santa María,** ex Profesor de Derecho Penal. Autor de varias obras.

También colaboraron con su valioso aporte los abogados Ana Isabel Arroyo de Recaredo, Yraima Brito Mongradón, Anabella Carballo Capella, Skeyla Cuevas Carrasquel, Gabriela Graterol Laffée, Mily Luzardo Arenas, Carmen Pérez Jiménez, Olga Tsalikis, María García de Valverde y Katia Yassín Issa.

En relación con el anteproyecto presentado, que ha tenido por principal norte el hacer valer el derecho a la vida, propiedad privada y al honor de todos los ciudadanos, los proyectistas hemos estado muy dispuestos a escuchar complacidos las críticas que se hagan pues tal contribuye a mejorar todo trabajo. En la dialéctica hegeliana la tesis requiere una antítesis para lograr la superior síntesis. Prueba de esa disposición es que en la presentación del anteproyecto señalé lo siguiente:

> *"... Es necesario que los distinguidos señores Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia le hagan las correcciones y sugerencias que crean necesarias.*
>
> *Ojalá que también lo hagan todos los abogados del país.*
>
> *Sería conveniente también que opinaran todos los sectores y no sólo los profesionales del Derecho..."*.

Y en mi artículo "Nuevo proyecto de código penal", publicado en El Universal el 2 de enero de 2004, expresé:

> *"... Pronto se difundirá el anteproyecto para que cuando los muchos buenos penalistas venezolanos opinen, al igual que el gremio en general y todos los sectores, se hagan las correcciones finales y, si el TSJ lo aprueba, se envíe a la Asamblea Nacional para su consideración..."*.

Ahora bien: como tener la mejor receptividad a las objeciones hechas a los trabajos propios no implica, como es natural, el no poder defender esos trabajos, procedo a efectuar algunos comentarios y presento excusas por hacerlos rápido y a vuelapluma porque, aunque deseaba dedicar a este trabajo el tiempo requerido y en especial por respeto a los lecto-

res, por razones de mi trabajo como magistrado no tuve ese tiempo ni mucho menos.

Tales comentarios los numeraré para diferenciar los temas.

1) La inseguridad en Venezuela es terrible y sobre todo en Caracas. Últimamente algunos asaltantes tiran a las víctimas una substancia líquida llamada "cuerno de venado": ¡ácido muriático!

Un caso así tiene la Fundación para la Protección a las Víctimas de la Criminalidad Común (FUNDAPROVIC) respecto a un ciudadano que fue asaltado hace un año para robarlo y quedó ciego. FUNDAPROVIC (creada por todos los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y financiada por éste) lo está ayudando y pagará los gastos de los trasplantes de córneas, etc. El vil ataque criminal tuvo lugar en Petare y también se reportan casos por el estilo en Bello Monte, al nivel de la Torre América.

No ha habido hace décadas una respuesta efectiva del Estado contra la criminalidad. Hay la sensación de que las así llamadas "democracias" son reluctantes a "reprimir" porque esto las parangona con las "dictaduras"; pero la más oprobiosa dictadura es la que desde hace décadas ejerce la criminalidad contra el pueblo venezolano y con la más escandalosa impunidad.

2) Justamente sensibilizados por la situación descrita en el numeral anterior, los proyectistas, en labor precursora, hicieron una justiciera innovación al proponer (art. 7) que la pena pueda ser corporal y acumulativamente pecuniaria e indemnizatoria a la víctima. Así se da a los derechos de las víctimas máxima importancia: en Venezuela por vez primera la pena consistiría también en que los victimarios indemnicen a sus víctimas. O si no el Estado por medio del allí propuesto Fondo Estatal de Indemnización y Ayuda a las Víctimas de la Criminalidad. Estas víctimas siempre habían sido olvidadas en Venezuela y la continua invocación de todos a los derechos humanos parecía reservar éstos sólo a los delincuentes.

No fue casualidad que la principal reforma, la verdadera reforma habida respecto al Código Orgánico Procesal Penal, haya ido también en ese mismo sentido de hacer justicia para las víctimas de la criminalidad y para que sus derechos humanos sean respetados: dos de los proyectistas influyeron en esa reforma: principalmente el profesor JOSÉ LUIS TAMAYO, quien también trabajó de modo protagónico en el proyecto de código penal. Y muy modestamente el autor de estas anotaciones, pues a través de una intensa campaña crítica (con artículos de prensa e intervenciones en radio y T.V. y hasta en un foro público o debate realizado en la Asamblea Nacional Legislativa) sobre las gravísimas deficiencias que presentaba el inicial COPP, hube de influir en alguna pequeña medida en la reforma. Así lo destacó el profesor JOSÉ LUIS TAMAYO, con una generosidad que mucho le he agradecido, en los reconocimientos de su valiosísima obra "Manual Práctico Comentado Sobre la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal".

3) El Derecho Penal tiene como principal misión la de mantener el orden público y dar protección a la ciudadanía. La pena cumple también una función preventiva porque contribuye con el mantenimiento del orden social. Así que en el proyecto se decidió elevar las penas en relación con algunos delitos que vienen yugulando a la población. Por ejemplo, aumentó drásticamente la pena para la violación, de 12 a 16 años (hoy de 5 a 10); el secuestro, de 20 a 25 años (hoy de 10 a 20); y el asalto o robo, de 14 a 20 años (hoy de 8 a 16).

Empero, no es la severidad de las penas la característica del proyecto porque pensamos que es aún más importante la certeza en el cumplimiento de ellas que su duración. Ese criterio de los proyectistas ha recibido críticas por la debilidad de las penas en determinados delitos. Verbigracia la difamación. Pese a que en tal caso se agravó la pena, acepto como bien válida esa crítica pues la considero muy puesta en razón.

4) Se propone tipificar por vez primera los crímenes de lesa humanidad. Ello revista mucha importancia porque son los crímenes que dañan del modo más grave a la humanidad. El daño supone principalmente uno de índole moral originado en la gran malignidad implícita en tales crímenes, que ofenden el sentido ético y por ello repugnan a la conciencia de los pueblos.

En sentido estricto son los crímenes de aquella índole cometidos con univocidad de dolo y sistemáticamente por el Estado o funcionarios que lo representen o cumplan sus órdenes, o por particulares que actúen en connivencia con el Estado. El Estatuto de Roma, en el cual cifra ¿o cifraba? los más grandes anhelos la humanidad, perfiló el históricamente desdibujado contorno de tales crímenes y los describió en precisos tipos penales. Tal tipificación representa un inmenso adelanto.

Sin embargo, estoy en profundo desacuerdo con la concepción que tiene el Estatuto de Roma acerca de los crímenes de lesa humanidad: no califica como tales ni el narcotráfico ni el terrorismo. El proyecto sí lo hace. Aparte la convicción de que el narcotráfico lo es, el proyecto se basa en la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela pues al narcotráfico lo trata como un crimen de lesa humanidad ya que lo declara imprescriptible y esto lo ha reservado especialmente para aquel tipo de crímenes.

El hecho de que el proyecto incluya el narcotráfico dentro de los crímenes de lesa humanidad, se basa también en la jurisprudencia de las Salas de Casación Penal y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

No es inaudito el considerar al narcotráfico como un crimen de lesa humanidad: en Caracas hubo el 6/3/98 la Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia. La entonces Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Magistrada Dra. CECILIA SOSA GÓMEZ, aseveró:

> *"... ¡Qué flagelo más grande amenaza a nuestras sociedades que el narcotráfico! Las Cortes Supremas deben enfrentar este delito con toda la seriedad y dureza que esté al alcance de su mano. Si es necesario debe solicitar a las otras ramas del Poder Público la promulgación de leyes y la celebración de tratados, que tipifiquen con claridad las conductas del uso de sustancias estupefacientes y sicotrópicas como delito contra la humanidad". Y los Presidentes coincidieron némine discrepante (sin ningún voto salvado) así: "las Cortes y Tribunales Supremos declaran al narco-*

tráfico como un delito contra la humanidad, por cuanto trasciende el ámbito jurisdiccional de cada Corte...".

Cuanto al terrorismo, bastaría recordar los atentados del aquel tristemente célebre 11 de septiembre en los Estados Unidos de América y, ha muy pocos días, el de Madrid, para responderse la pregunta de si esos crímenes deberían filiarse como de lesa humanidad o no.

En mi trabajo sobre "Crímenes de lesa humanidad", a la venta en algunas librerías y en la Fundación Gaceta Forense del Tribunal Supremo, me refiero a eso y a la curiosa ideación de que sólo el Estado puede perpetrar esos crímenes atroces.

5) Se insertaron los delitos informáticos.

En Venezuela ya existe una adecuada "Ley Contra Los Delitos Informáticos". El proyecto se basó en esta ley e hízole algunos cambios.

La red tiene grandes ventajas y riesgos. Ventajas científicas, informativas, educativas, comerciales y hasta amorosas. Riesgos causados porque la red propicia el espionaje, la prostitución infantil, las difamaciones, la evasión fiscal, el tráfico de drogas, armas y órganos, el lavado de dinero, los hurtos (es posible sustraer bienes incorporales e intangibles), estafas y apropiaciones indebidas, delitos contra el derecho de autor (uso de programas de "software", etc.) y la propiedad industrial, violación de secretos, etc.

Internet es un fenómeno tecnológico y social de primer orden, con alcance mundial. La dificultad en la red es mayor sin el concurso del centro servidor que provee el acceso y los delitos allí deben ser agravados: baste señalar que se puede instalar programas que clandestinamente registren las comunicaciones de un usuario. La legislación debe permitir cifrar la denominada "encriptación" (aplicación de algoritmos matemáticos para hacer ilegible la información) porque todos tienen derecho a garantizar la confidencialidad de su correspondencia. La calamidad es que también eso promueve el lavado de dinero porque (al igual que las tarjetas "inteligentes") no permite descubrir su origen. Y el

dilema es que la protección de la privacidad y seguridad, en todo sentido, propicia el blanqueo de dinero. Ejemplos de ilocalización (por la opacidad de la red) de capitales en el ciberespacio:

1. Obtención de renta oculta en el país de residencia.

2. Materialización de esta renta en ahorro.

3. Transferencia del ahorro al exterior.

4. Aportación del ahorro transferido a una sociedad no residente.

5. Obtención de rentas en el exterior y generadas por los capitales transferidos.

6. Obtención formal de rentas por la sociedad no residente.

7. Materialización de estas rentas en nuevos ahorros totalmente ilocalizables.

8. Materialización de estas rentas por la sociedad en nuevos ahorros disponibles libremente por la sociedad.

9. Inversión de la sociedad no residente en el país de residencia del propietario.

Una de las principales características de la red es el anonimato. La Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. declaró inconstitucional la ley *Communications Decency Act*, que obligaba a las páginas WEB a identificarse. ¿Cuál es el fundamento legal del anonimato del emisor en la red? ¿La libertad de expresión? No puede haber libertad contra la libertad y la gente es libre de no recibir los mensajes que no quiere.

La mayor y más indignante aberración es la de hacer a los niños víctimas de crímenes sexuales en la muy creciente red de prostitución infantil: hasta niños de dos años y anestesiados. Por ello, en Italia –agosto del año 2000– el diario romano *La Repubblica* registraba enardecidos clamores por la castración química y pena de muerte a los paidófilos.

Es urgente crear un tipo de ley que castigue como criminal cualquier difusión por cualquier medio de material pornográfico infantil, aunque la grabación y difusión se hagan desde el exterior y los receptores sean mayores de edad. E incluso deberá castigarse la transmisión de imágenes de niños en una sospechosa o aparente actitud o situación sexual: a grandes males, grandes remedios. Y también –como hace el derecho francés– no contar la prescripción sino cuando las víctimas llegan a la mayoridad. Así mismo, debe ser obligatoria la instalación de un *software* para impedir a los niños el acceso a contenidos perjudiciales.

Para enfrentar el crimen del ciberespacio es imprescindible la cooperación internacional. También es indefectible que se asocien el Estado y los particulares. Los teléfonos celulares y las comunicaciones por satélites contribuyen a la mayor latitud del problema y acrecientan la característica global de la red, lo cual la convierte en una experiencia planetaria única y en un modelo inédito de formidable cooperación total, pero dificulta legislar con armonía y eficiencia, así como controlar y reprimir, por haber muchas leyes diferentes.

Esa globalidad de la red ha influido mucho en todas partes: tómese lo bueno (que viene a ser la mayor parte) e impídase la colonización cultural, que hasta afea el idioma con su salpicón de términos impropios e incrementan los horripilantes de moda como “logicidad”, “accesar”, “aperturar” y, el más repulsivo, ¡“reversar”!

Y por si fuera poco, el Internet propicia también el terrorismo. No sólo en su vertiente más conocida, pues por ejemplo da mensajes encriptados y fórmulas para confeccionar bombas, así como para facilitar atentados da identificación y datos de víctimas. Pero el mayor uso lo hace una versión menos conocida de tal crimen: el “cyberterrorismo” ataca los sistemas informáticos que gestionan los servicios esenciales de un país, como los de emergencia, energía, satelitales, aéreos y financieros. Este nuevo modo de difundir la violencia en Internet permite a los terroristas no arriesgar su integridad física, porque cometen el crimen en la seguridad de su hogar y a un control tan remoto que puede ser desde cualquier parte del mundo. Así ocurrió el atentado con gas sarín, cometido en 1995 por la secta La Verdad Suprema en Japón. El FBI ha ras-

treado rutas y descubierto *WEBS* informativos de cómo sabotear sistemas de energía (incluyendo la atómica), de agua y de gas, con el uso de dispositivos digitales. En EE.UU. creen que así los ciberterroristas están en el umbral de usar la red para derramar sangre y matar mucha gente. Esto es un grave problema mundial porque un ataque a los sistemas informáticos puede provocar desastres nacionales. Combatirlo requiere la colaboración internacional en todo sentido.

Cadena perpetua para esos terroristas estipula una nueva ley estadounidense ("CSEA" o *Cyber Security Enhancement Act*) aprobada por una mayoría aplastante del Congreso y cerca de ser refrendada por el senado. Si sus crímenes no implicaran peligro de muerte, las penas son de veinte años de cárcel. Desde aquel 11 de septiembre se ve el cibercrimen como una muy lesiva forma de terrorismo porque *"puede devastar nuestros negocios, economía* (sic) *o la infraestructura nacional"* y se impulsaron leyes para condenarlo. El gobierno de EE.UU. promovió, en el año 2002, centros contra el ciberterrorismo y en defensa de los servicios financieros, de telecomunicaciones y suministro de energía. En enero de 2003 emitió el informe para la seguridad en la red (*National Strategy to Secure Cyberspace*). La CIA advirtió al senado sobre la pavorosa amenaza del ciberterrorismo. Allá se afirma que los ataques por motivos políticos "han subido notablemente". Los siete países más industrializados y Rusia, en La Cumbre de los Ocho (G-8), exige a los Estados tomar medidas contra el ciberterrorismo. El Comité de Ministros del Consejo Europeo ha hecho lo propio. El jefe de la unidad de delitos de alta tecnología de la Guardia Civil en España, ANSELMO DEL MORAL, alertó sobre comunicaciones entre neonazis y consideró un objetivo del ciberterrorismo el suministro energético. EDWARD BEJARANO, del FBI, dijo que un condenado por el atentado contra las Torres Gemelas de 1993, tenía en su ordenador planes para destruir aviones comerciales. Expertos previnieron al Presidente BUSH (el 7/2/2002) de agresiones a aviones en vuelo mediante boicots a las torres de control y él lanzó un plan de dos mil millones de dólares contra el terrorismo. RONALD DICK, director del Centro Nacional de Protección de Infraestructura del FBI, teme más a los ataques contra el sistema telefónico de emergencia "911" o contra las fuentes de energía.

La organizada criminalidad transnacional informática puede dañar las estructuras vitales de un país al penetrar los canales informáticos. El crimen organizado es uno de los riesgos más graves contra la democracia.

Acaso nunca un avance científico produjo tánto bien y mal. La revolución informática irrumpió causando una explosión de la cibercriminalidad que desconcierta a los Estados porque no tiene barreras de tiempo ni espacio. Es rápida, técnica e internacional; pero la reacción defensiva es lenta, profana y nacional. Por ello los avances tecno-informáticos son tan propicios a los criminales. En 1980 sólo el 10% de éstos conocían informática. Hoy el 90%. El mundo vive la ciberedad. Venezuela debería suscribir el acuerdo de Budapest contra la cibercriminalidad; pero si no fuera posible (sólo países europeos lo han hecho) debería impulsar un similar convenio americano que logre el ideal de conciliar en la red la seguridad y la libertad, sin caer en exageraciones como las de los estadounidenses que por proteger la "libertad de expresión" no castigan la incitación al odio racial.

La paidofilia, como se dijo antes, es uno de los crímenes más repulsivos del elenco cibernético. (En algunas ciudades de Venezuela recientemente ha habido grandes escándalos en relación con este delito, pues han sido acusados de cometerlo –aunque no por medio de la red informática– varios sacerdotes católicos). Por Internet han filmado y difundido violaciones de niños e incluidos nenes de pocos meses a los que han anestesiado al efecto. Hay quienes violan a sus propias hijas e hijos y además los ofrecen por vía de prostitución. Urge vigilar los diálogos *(chats)* de niños y adolescentes pues los paidófilos tratan de ganarse su confianza. Aunque es difícil reconocerlos porque no mencionan lo sexual, su marcado interés en identificarse con los gustos del menor los hace sospechosos: si a un niño le gustan los patines, aquéllos se transforman en especialistas en eso. Como hay millones de imágenes y es imposible vigilar a tanto paidófilo, hay que concentrarse en los activos y más peligrosos (con antecedentes, si han usado a sus propios hijos e intercambian muchas imágenes): asociar éstas (por la visión de una colcha, un cuadro o mueble) y a partir de una imagen buscar la serie porque los paidófilos filman el acto completo. Como tales sujetos exigen que se les envíen fotos porno-infantiles (para poder acceder a sus foros en la red)

y casi no tienen tiempo de revisarlas, se les podría mandar una de p.ej. un paisaje y quizá lo admitan y se logre infiltrarlos. Se debe observar a quienes trabajan con niños (sin ofenderlos por su tan noble dedicación) y aun los casos de adopción pues a veces úsase para encubrir estos crímenes (y otros pavorosos como el trasplante de órganos) contra niños. Es relativamente fácil recuperar los documentos que el usuario creía borrados: esos que "bajan" fotos de niños suelen borrarlas y guardan –en otro soporte– las que consideren "interesantes". Asociar imágenes permite descubrirlos y debe informarse al FBI. Se dice que ya se hace el ADN de la imagen. En protección de niños y jóvenes la *Communications Decency Act* hacía presos y multaba con $ 250.000 a quien usare expresiones indecentes u ofensivas si los menores podían verlas; pero la Corte Suprema de EE.UU. la declaró inconstitucional porque limitaba la libertad de expresión.

El ciberterrorismo no sólo causa daños al dar fórmulas para preparar explosivos (lo cual ha matado niños que jugaban con eso) sino que puede ser devastador para la Economía (saboteando sus fuentes) e infraestructura nacional (p.ej. al sabotear sus sistemas energéticos, redes hospitalarias y desabastecer los cajeros automáticos y al país de víveres y medicinas). Ha habido ya desastres nacionales con el tema y puede haber peores. Hay que especializar en cibercriminalidad a jueces, fiscales y policías.

Sin embargo, los beneficios de tan maravillosa revolución tecnológica superan con creces el designio criminal que la manipula. Así que no hay que anatematizar la red por una especie de nostalgia cultural y odio cibernético: basta recordar que en el ultrasalutífero deporte (también fenómeno globalizado) se patentiza más aún la incitación a una violencia glorificada e impunidad al respecto.

6) Por primera vez se tipifica en Venezuela el delito de transmisión sexual de inmunodeficiencia humana (SIDA) y hepatitis B, C ó D. Esta lógica propuesta (contagiar a sabiendas es como dar una puñalada), que tiene como antecedente legislativo el novísimo Código Penal español, ha desatado en Venezuela una serie de falsedades (¡una más!) como el afirmar que así se discrimina a los homosexuales. Esto tal vez

sería cierto si éstos fueran los únicos en tener relaciones sexuales. La verdad es que el único punto en el cual esa propuesta coincide a ojos vistas con los homosexuales (también denominados "Gays") es en que al sida se le llamó al principio "Cáncer Gay" porque les era –y les sigue siendo–comunísimo. Se llegó a afirmar que el anteproyecto "prohíbe fornicar". En realidad pensé que se le acusaría de lo contrario puesto que propone la eliminación de los delitos de adulterio, la seducción bajo promesa matrimonial, etc.

7) Manipulación genética. Se tomó como antecedente el artículo 132 del Código Penal colombiano del año 2000 donde se consagra a la manipulación genética como un nuevo tipo penal al igual que la omisión de socorro, el tráfico de óvulos, las lesiones al feto, etc.

8) Delincuencia organizada. Los delitos cometidos por la delincuencia organizada y las organizaciones criminales, tuvieron como documentos legales de análisis la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, sus dos protocolos y la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada.

9) Torturas. Los antecedente son los artículos 243 del Proyecto de Código Penal Sosa-Tamayo y el 7 (párrafo 1 letra f y párrafo 2 letra e) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

10) Hospitalización maliciosa de otro. A veces pasa que alguna persona sana es víctima de una patraña e internada en un hospital como enferma. Es más factible que tal ocurra en un sanatorio de enfermos mentales, ya que resulta menos difícil simular una enfermedad mental. Hay que salir al paso de semejante acción –muy canallezca porque son víctimas propiciatorias los ancianos o personas más indefensas– que siempre tiene por fin el de apartar a alguien y aislarlo sobre todo.

11) El manejar ebrio. En Venezuela es aún más grave el problema del tránsito en cuanto al número de lesiones y muertes resultantes. El licor es un factor que multiplica sobremanera el ya de por sí grave problema causado por una combinación diabólica: conductores temerarios hasta el extremo e impunidad absoluta al respecto.

El proyecto propone una medida que sin duda solucionaría en buena parte el problema, al castigarse como un delito autónomo. La legislación penal española también contiene esa disposición en su Capítulo IV: "De los delitos contra la seguridad del tráfico" que tipifica:

> *"Art. 379. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, será castigado con la pena de arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, respectivamente, por tiempo superior a uno y hasta cuatro años".*

12) El acoso sexual. En la entrevista televisiva que les hizo el periodista ADELSO SANDOVAL, los Doctores ARENAS CANDELO y ARTEAGA SÁNCHEZ rechazaron esa proposición por considerarla "discriminatoria" contra los hombres. En realidad, por su menor fuerza física y menor capacidad consiguiente de repeler ataques o abusos, las mujeres son las que por lo general son víctimas de ese tan repugnante delito que, ciertamente, debe ser reducido a sus justos límites para no incurrir en ridiculeces que hagan prácticamente imposible la vida laboral común entre mujeres y hombres. Es muy infrecuente que algún individuo sea víctima de acoso sexual y menos aún que desee querellarse por esto. Incluso podría decirse –sin *animus jocandi*– que la mayoría de los hombres sentiríanse más bien halagados por ese "acoso". La propuesta halla su antecedente legislativo en el artículo 184 del Código Penal español.

13) Robo a entidades bancarias. Desde hace mucho, una de las facetas que más acusa el serísimo problema de la criminalidad en Venezuela es el continuo asalto a bancos: por la fuerte protección que suele rodear a éstos –por obvias razones– demuestra el alto grado de atrevimiento de los ladrones y la impresionante puesta en peligro no sólo para los empleados bancarios sino para los usuarios y ciudadanía en general. Es imprescindible, entonces, castigar severamente esa conducta criminal. Y además se refuerza la protección a la propiedad privada que, como se manifestó al inicio de las presentes anotaciones, es uno de los objetivos

perseguidos en este anteproyecto: defender debidamente la vida, el honor y la hacienda de los ciudadanos.

14) Cobro a los presos por trasladarlos a los tribunales. Si ya es una desgracia el estar preso (lo que desde ha muchas décadas pareciera estar exclusivamente reservado a los pobres en Venezuela), con mayor razón cuando se les atenaza con crímenes como ése y además hay la más incomprensible impunidad al respecto. Ciertamente una de las conductas que refleja mayormente la profunda descomposición del sistema penitenciario es ese cobro tan repugnante y por eso, por primera vez en Venezuela, se decidió proponer su agravación.

15) Invasiones a inmuebles. En consonancia con lo que ha de ser un código penal en cuanto a proteger personas y sus derechos esenciales, entre los cuales indudablemente está el de la propiedad privada, por una parte; y con la realidad habida respecto a las actuales invasiones de inmuebles (actividad que no es nueva sino de muy vieja data en el país), frente a las cuales el discurso y la acción del Gobierno han sido del todo inadecuados, como también ante la criminalidad en general, se ha propuesto aumentar la pena del delito de invasión de inmuebles rurales y, por otro lado, tipificar un nuevo delito para castigar la invasión de inmuebles urbanos pues, aunque sea increíble, no se castiga como delito en Venezuela. Por cierto que el abogado Fernando Fernández (en su empeño –tan curioso cuan a todas luces frustrado– de regatear cualquier mérito a los proyectistas) aseguró crasamente (en El Nacional del 13/1/2004, pág. A-4) que esas invasiones a inmuebles urbanos sí se pueden castigar ¡como autojusticia! Esto es falso de toda falsedad porque ninguna justicia pueden invocar los invasores. Sus acciones no satisfacen ninguno de los requisitos que, de modo indefectible, exige el criterio ontológico de la autojusticia o delito de arbitrario ejercicio de pretendidos derechos propios. Entre otros requisitos esenciales, no reproduce esa conducta invasora –para que pudiera hablarse de autojusticia– los que siguen: 1) Creer en el *Fumus boni juri* (“Humo de un derecho justo”) o en que se tiene un derecho reivindicado al hacerse justicia por sí mismo (pero reitero que ninguna justicia pueden invocar los invasores); 2) Haber debido y podido acudir a la autoridad (pero ésta tendría que haber impedido tal reivindicación justamente porque esos invasores

no tienen ningún derecho). Así que semejante opinión ignora lo más elemental de la ciencia penal sobre la autojusticia. Además hoy se pena ésta apenas con multa de doscientos cincuenta a dos mil bolívares y, si hay violencia, con prisión de uno a seis meses. En cambio el proyecto pena estas invasiones con multa de hasta veintinueve millones seiscientos cuarenta mil bolívares y prisión de doce años.

16) Dolo eventual. Entiendo que ningún código latinoamericano lo ha definido. Tampoco en España. Pero es conveniente hacerlo y darle cabida porque es un grado de dolo que se presenta no tan rara vez y sobre todo en delitos de tránsito. La propuesta del anteproyecto encuentra su antecedente en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia (sentencia N° 1.703 del 21/12/2000, con ponencia mía). Por lo demás, el tomar en cuenta tal grado de dolo (que no es perfecto ni de primer grado) en un código penal, da toda la posibilidad de hacer justicia al no descargar todo el peso de la pena sobre el culpable pues la interesantísima figura del dolo eventual permite morigerarla debidamente. Aquella sentencia del Supremo es un ejemplo perfecto y hasta mereció elogios de varios penalistas (incluso por la prensa) por su alto contenido justiciero. Ciertamente algún otro penalista (HERNANDO GRISANTI AVELEDO) formuló una exasperada crítica en la sección de "Cartas a El Nacional" del 9 de junio de 2001; pero el proyectista JOSÉ LUIS TAMAYO lo fustigó muy severamente en un artículo publicado en la página 4 de El Mundo del 29 de octubre de 2001.

17) Delitos cambiarios. No se quiso proponer la tipificación de los delitos monetarios (o "cambiarios", como es forzoso llamarlos en Venezuela a contrapelo de la pacífica denominación habida al respecto) para no ser "más papistas que el Papa" y habida cuenta de que el Gobierno no ha propuesto –que yo sepa– esa tipificación. Y como a veces todo hay que decirlo, dejo constancia de que no hubiera sido tan difícil el incluir esos delitos en el anteproyecto que con mucho esfuerzo y aun sacrificio hemos presentado, pues en 1995 escribí y publiqué un libro cuya denominación es precisamente "Delitos Cambiarios" y subtitulado "Control de Cambios, Ley sobre Régimen Cambiario". Pero, sin que con esto desee restar o desconocer la enorme gravedad que en determinadas circunstancias puedan tener los delitos monetarios, el hecho de que no

haya nada más condicionado por la política que la delincuencia económica y que, una misma conducta a veces sea delictiva y otras no, conduce por fuerza a un indiferentismo respecto a su implicación ética, nos permitió (a los proyectistas) prescindir de esa proposición.

18) Hurto famélico. De antiguo nadie discute que los delitos por hambre deben recibir un trato benigno: así los hindúes, chinos y judíos. Para el Derecho canónico el robo famélico tuvo enorme importancia y ejecutado en extrema necesidad no es pecado. Así lo juzgaron los teólogos por unanimidad. El más conspicuo de ellos San Tomás de Aquino. La impunidad cubría no sólo al hurto sino también al robo (implica violencia) e incluso cometido por un tercero a favor del hambriento. En la Edad Media los prácticos ratificaron a una sola voz esa impunidad. El famosísimo código italiano La Carolina eximió el "Robo en caso de hambre verdadera". El Derecho germánico, "penetrado por las ideas de que la necesidad es invencible y de que la solidaridad entre los pobres debe inspirar los actos humanos", legisló acerca de las necesidades de los pobres y la impunidad del robo famélico. En Portugal hubo un precepto concreto eximiéndolo y en la época moderna se hizo lo propio en Alemania y Suiza, p.ej., al igual que en Colombia, Méjico y Cuba. Pero por decir lo mismo se desató contra el proyecto una andanada increíble de farsas: todas acerca de que legalizaba el crimen y el robo violento, así como los saqueos.

En 1898 hubo en Francia la célebre sentencia del juez Magnaud que absolvió a la procesada Ménard por un robo famélico. La prensa francesa y extranjera la publicó y fue aprobada por inmensa mayoría. El sabio penalista Jiménez de Asúa, de quien se copian estas enseñanzas, dedicó cincuenta páginas a justificar el hurto famélico y condenó el "fariseísmo repugnante" al rechazar unas censuras de la prensa contra esa sentencia:

> *"El Journal des Debats y la République Francaise, con un fariseísmo repugnante, acusan a Magnaud de tener 'una visión bastante falsa de la sociedad y del papel de un magistrado'. De haber absuelto a una 'ladrona' pues 'todo delito merece una pena' ".*

Pero, por decir lo mismo, repito, se concitaron contra el proyecto la más increíble tanda de falsedades, en una conjunción de ignorancia (hasta confundir el hurto –sin violencia– con el robo –caracterizado por la violencia–) y mala fe: pese a las múltiples aclaraciones de que se trataba de casos sin violencia (desfavoreciendo así a quienes atentan contra la propiedad por hambre pues incluso están exentos de pena aun si usan la violencia) y además excepcionalísimos por tratarse de una pobreza extrema, sostenida y notoria.

Una de las cosas espantables que descubrí al llegar a la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, era que muchas personas estaban condenadas como culpables de homicidio pese a matar en legítima defensa. Mayor injusticia es condenar un inocente que absolver un culpable. Una de las satisfacciones más grandes fue la de libertar de una prisión inmerecida a esos inocentes. Además –entiendo– nunca en el más alto tribunal se absolvió de oficio a nadie por ese motivo y mis ponencias fueron precursoras en tal sentido. Pero quedé preocupado por tan injustas condenas y la implícita inconciencia de muchos jueces penales al respecto. Quien castiga con el presidio a quien mató en defensa justa, con más razón lo hace por motivos no tan evidentemente justificados. Por ello decidí recordar la impunidad del hurto famélico o situación excepcionalísima de quien sin violencia y en una urgencia de vida o muerte hurta alimentos o medicinas. Pienso que así quizá se logre sensibilizar a los jueces sobre un drama humano tan doloroso.

Con relación a este asunto, el anteproyecto tuvo prudencia: sólo se refirió al hurto sin violencia pese a que el estado de necesidad exime también la violencia. Se planeó inducir la sensibilidad de los jueces y la idea ciudadana de que la violencia no es impunible en esos casos, aunque en rigor lo esté. Pero retiré la propuesta del hurto famélico para que no se siga angustiando a la población y porque ya el tema es tan conocido como deseaba.

En torno a la proposición del anteproyecto acerca del hurto famélico, y nunca se insistirá lo bastante en esto, se hicieron un gran número de falsificaciones al cual más ridícula: éste ha sido uno de los aspectos del anteproyecto más tergiversado junto con el aborto y la eutanasia. La

coda de falacias incluyó que se autorizaba el saqueo para así ¡poder matar mucha gente! Otros dijeron que así no se resolvía el problema ¡de la pobreza! Según estos criterios selváticos, cuando su eminencia intelectual VÍCTOR HUGO hizo del personaje que robó por hambre el tema central de su magna obra "Los Miserables", quería proponer políticas económicas para resolver el problema de la pobreza en Francia... Su autor comenta que *"hay personas que observan las reglas del honor como se hace con las estrellas: desde lejos"*.

Sobra hacer la clarificación de que el concepto del honor incluye la honradez intelectual. Un intelectual debe estar comprometido con la verdad. De lo contrario se convierte en militante de la mentira, va por la vida como atado a un cadáver y, como es natural, deja de ser intelectual.

Un editorial del Diario de Caracas del 15/1/04, titulado "El hurto famélico", censuró esta propuesta de *"la reforma prevista al Código de Enjuiciamiento de Venezuela* (sic)*"*. El 21/1/04 apareció mi réplica en la misma página editorial y debajo del correspondiente al día. Por cierto que, en abierta violación al derecho constitucional de réplica y en un impúdico ventajismo, ese diario estampó –al lado de mi réplica– una "Nota del editorialista", que pretendió contrarreplicarme; pero la nota de marras fue tan falsa como huera y no valió la pena responderla. A continuación mi réplica de ese día:

> *"En verdad en Venezuela no existe ningún 'Código de Enjuiciamiento de Venezuela' y la propuesta se hizo para un eventual nuevo código penal. Después advierten que muchos 'deben estar haciendo maletas, vendiendo establecimientos o comprando pasajes a Madeira, pues lo que se les viene encima, de ser aprobado el articulito de marras, es Enea (sic)' y me aluden así: 'Pues bien, querido jurisconsulto –suponemos que usted será abogado, ¿o no?–, le encomendamos releer los textos de Introducción al Derecho y Derecho Romano de primer año (...). Le remitimos, asimismo, a Luis Jiménez de Asúa, padre de la criminología (sic) hispana (...)'.*

Pues bien: el ilustre criminalista Jiménez de Asúa dedica cincuenta páginas a justificar el hurto famélico por ser un perfecto estado de necesidad. Y en relación con una censura hecha por la prensa respecto a la sentencia del juez francés Magnaud absolviendo a una mujer hambrienta que hurtó, expresó:

'El Journal des Debats y la République Francaise, con un fariseísmo repugnante, acusan a Magnaud de tener 'una visión bastante falsa de la sociedad y del papel de un magistrado'. De haber absuelto a una 'ladrona' pues 'todo delito merece una pena'".

Espero que publiquen esta réplica en la misma página editorial".

En realidad de verdad, toda la increíble serie de tergiversaciones habidas alrededor del tema del hurto famélico y los vanos intentos por caricaturizar la noble propuesta, me han hecho recordar también sendos pasajes de GÖETHE en dos de sus monumentales y eminentemente liberales obras:

1) "–¡Esto de que la gente –exclamé– en cuanto empezáis a hablar de un asunto tengáis en seguida que decir: eso es una locura, o eso es sensato, eso es bueno o eso es malo! ¿Qué importa todo ello? ¿Habéis examinado la situación íntima de una acción? ¿Sabéis determinar con precisión las causas por las que ocurrió, por las que tuvo que ocurrir? Si lo hubierais hecho, no seriáis tan precipitados en los juicios.

–Me concederás –dijo Alberto– que ciertas acciones siguen siendo reprobables cualquiera que sea su motivo.

Me encogí de hombros, y se lo concedí:

–Pero, querido amigo –proseguí–, aquí también se encuentran algunas excepciones. Es verdad que robar ganado está

mal, pero el hombre que quiere salvarse, a sí mismo y a los suyos, de la inminente muerte por hambre, y comete un robo, ¿merece compasión o castigo? ¿Quién tirará la primera piedra contra el hombre de honor que en su justa ira sacrifica a su esposa infiel y a su despreciable seductor? ¿O contra la muchacha que en una hora de delicia se pierde en los incontenibles gozos del amor? Nuestras propias leyes, aun con su pedantería de sangre fría, se dejan conmover y retiran su castigo" ("Los sufrimientos del joven Werther").

2) "El hombre ridiculiza lo que no comprende, incluyendo lo bueno y lo bello, cuya bondad y belleza no puede entender" ("Fausto").

19) Eutanasia. Hay una tendencia mundial –sobre todo en los grupos más desarrollados económicamente y emancipados de prejuicios y supersticiones– a respetar la voluntad ajena en relación con la fase terminal de su vida. Por eso el proyecto postula la eutanasia liberadora e inspirada en principios estoicos, porque la vida es un derecho pero no un deber. Pero en esto ha influido mucho la cultura religiosa del pueblo. El catolicismo sostiene que la gente debe morir cuando Dios quiere y como Dios quiere. Que nadie se debe oponer al dolor, porque éste es un valle de lágrimas. En realidad, la católica es una religión que rinde culto al dolor. Se ve en su iconografía y hasta en los nombres de las mujeres: Dolores, Angustias, Martirio. Y muchos –como en las Filipinas–, se autoflagelan y clavan a cruces. El punto es que respetar al ser humano principia por respetar su voluntad. Y si es de no sufrir, y de que si le duele algo inaguantablemente, quiere que le metan siete chutes de morfina, no tiene por qué salir nadie a obligarlo a sufrir. Pero un denominador común de las religiones y la católica va de las que llevan la batuta en esto, es la de ser totalitarias pues quieren imponer a los demás sus creencias a sangre y fuego o, cuando menos, so pena de condenas, excomulgaciones o de llamar a nosotros los proabortistas, por ejemplo, asesinos de niños. Estos asesinatos morales son intolerables. Así lo hizo el jesuita español LUCAS, que trajeron de Roma como una especie de exorcista contra el proyecto, puesto que lo han demonizado, y el párroco de Valencia, DE FREITAS. Y junto con el Dr. ALBERTO ARTEA-

GA llaman al proyecto nazi porque propone la eutanasia. Si así, con tanta ligereza, se juzga y define la mentalidad nazi, más la tendrían algunos curas católicos puesto que no se opusieron al genocidio nazi y hasta elogiaron a Hitler en Yugoslavia y España y hasta, al parecer, bendijeron los tanques de guerra a los nazis en Italia. Asesinatos en masa cometieron los nazis, al igual que se cometieron en las cruzadas y la Inquisición. Han calumniado al proyecto con que se permitiría "asesinar" a inválidos, etc. Esto es falso porque el proyecto exige como condición indefectible el consentimiento *"consciente, expreso e inequívoco"* del paciente. La Constitución manda respetar el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a no recibir tratos degradantes: a nadie se puede obligar a recibir tratamiento médico.

El doctor ALBERTO ARTEAGA acusó a los proyectistas de "nazis" por proponer lo mismo que él. Pruebas al canto:

En su artículo "El derecho del paciente a morir con dignidad" (Diario de Caracas del 14/04/88, pág. 7) rogó aliviar el dolor *"aunque ello acorte la vida del enfermo"* y mostró un documento *"A mi familia, a mi médico, a cualquier hospital: (...) pido que se permita morir (...) Pido la administración de medicamentos para combatir el sufrimiento aunque acorten lo que me queda de vida"*. Él propuso así la eutanasia activa indirecta: administración masiva de analgésicos aunque causen la muerte. Y la sigue suscribiendo porque el 15 de marzo de 2004 (en El Mundo) confesó: *"...Esto no es eutanasia prohibida, sino ortotanasia o, como también se dice, eutanasia pasiva. Esta es la posición que defendí y defiendo, ayer y hoy"*. (La verdad es que la gran mayoría dice eutanasia pasiva y muy pocos dicen ortotanasia, denominación que no tuvo éxito según el muy distinguido médico AUGUSTO LEÓN en su obra "Eutanasia"). El eminente penalista español JUAN BELLOCH aseveró en una entrevista: *"¿Qué entendemos por eutanasia pasiva? Lo que entiende todo el mundo en bioética y en Derecho penal. Puedes cesar tratamientos médicos sabiendo que produce la muerte"*.

Pues bien: el proyecto también propone la eutanasia pasiva. Entonces ¿por qué nos acusa de nazis y de querer matar enfermos e indefensos?

¿Porque también se propone la eutanasia activa directa? (Ésta no es delito según el eminentísimo penalista alemán GÜNTHER JAKOBS). Pero en El Nacional del 27/01/2001 sólo propuse la eutanasia pasiva (lo mismo que él) y también salió con lo del nazismo y *"la eliminación de los más débiles"* (El Nacional del 30/01/2001) pese a que allí se informó: *"Angulo Fontiveros aseguró que repudia la eutanasia eliminadora"*. ¿Cómo es posible tánta ligereza? Insisto: ¿Por qué la eutanasia es buena si la propone el Dr. Arteaga y nazi si la proponemos nosotros?

En verdad, muchos están confundidos acerca de lo que es la eutanasia. Algunos hasta justifican la eutanasia pero niegan que eso sea eutanasia. Hay quienes creen que el retiro de esos medios –cuando no hay esperanza de sobrevivir– no es eutanasia sino el "respeto a la vida humana terminal". Están muy equivocados. Eso sí es eutanasia y más exactamente la pasiva. El muy distinguido penalista español Juan Belloch (factótum del Código Penal de España, que despenalizó la eutanasia en 1995) aseveró en una entrevista: *"¿Qué entendemos por eutanasia pasiva? Lo que entiende todo el mundo en bioética y en Derecho penal. Puedes cesar tratamientos médicos sabiendo que produce la muerte"*. Otros, incluso muy talentosos, rechazan la eutanasia porque es *"provocar la muerte del enfermo antes de su terminación natural (...)*". Y es que una desconexión ¿no significa provocar la muerte del enfermo? Eso es más cruel. La desconexión de un respirador provoca una de las muertes más terribles: por asfixia. El archifamoso criminalista alemán GÜNTER JAKOBS (hoy el más traducido al español) enseña que hablar de eutanasia pasiva es un eufemismo porque la desconexión de un respirador no requiere menos actividad que la inyección de un veneno (en su obra Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal, de 1999). En verdad no hay tánta diferencia entre la eutanasia pasiva y la activa indirecta (administración masiva de analgésicos que causan muchas veces la muerte) para que se justifique la pasiva (*"respeto a la vida humana terminal"* y *"derecho a morir")* y se condene la activa por *"matar"* y *" asesinar"*. Me corrijo: sí hay mucha diferencia: la activa no hace sufrir y la pasiva sí y por eso es la única cruel y no "más cruel". Y por esto la activa respeta más la vida humana terminal que la pasiva. El respeto al ser humano debe empezar por respetar su voluntad. Y si es de no sufrir, no tiene por qué salir un grupo a pretender obligarlo a su-

frir. Respeto las opiniones contrarias; pero esto último (obligar a otros a sufrir) si que parece muy poco respetable...

La verdad es que la mentalidad eutanásica promueve la vida digna e implica ideas avanzadas, propias de una élite cultural con independencia de criterio y fe en la razón.

20) Aborto.- El aborto, en general, es la pérdida del producto de la concepción antes de que sea viable y lo es cuando pueda vivir fuera del seno materno: es probable que cuando es producto de un embarazo que ha durado por lo menos veintiocho semanas (196 días), con medidas no menores de treinta y cinco centímetros. Si la pérdida del producto de la concepción se debe a una extracción, se trata de un aborto provocado, y ello da lugar a que cuando se hable del aborto en general surja una primera gran clasificación: 1) aborto espontáneo o patológico y 2) aborto provocado o inducido. El aborto se divide así:

1) Espontáneo.

2) Provocado:

A) Terapéutico.

B) El propiamente antinatalista.

B.1.- Legalizado.

B.2.- Clandestino.

Así tenemos que el aborto, reitérase, se divide en espontáneo o provocado. El espontáneo es un proceso patológico y no un medio de prevención de nacimientos. Dentro del aborto provocado o inducido cabe distinguir varias especies: el terapéutico y el propiamente antinatalista; éste a su vez puede ser legalizado o clandestino o criminal.

El aborto terapéutico ha dado lugar desde hace mucho tiempo a grandes disquisiciones filosóficas y a discusiones de índole moral, una vez plan-

teado el problema de si es legítima la operación abortiva cuando la salud o vida de la madre está en peligro por el hecho del embarazo.

A pesar de no contarse con la autorización de la madre debe procederse al aborto para salvar a ésta. Es evidente que lo ideal sería contar con la autorización de la madre, pero pudiera ser que ésta no estuviere en condiciones de darla por, pongamos por caso, hallarse inconsciente. En verdad, existiría en este caso el "animus deffendi" (animo de defender) y, guardando las distancias, sería como que alguno empuje violentamente a otro, lastimándolo, para salvarlo de ser atropellado por un tren: no habría delito. Es más: no hacerlo podría significar la comisión de un delito negligente por parte del médico que incumpla así su deber.

Esa justificación de sacrificar al embrión (en los tres primeros meses de gestación) o feto, debe regir no sólo para salvar la vida de la madre, sino también la salud de ésta; desgraciadamente, nuestro Código Penal únicamente comprende en su justificación del último aparte del artículo 435, la situación del *"facultativo que provoque el aborto como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta..."*. Y así no deja a salvo las eventualidades que amenacen la salud de la mujer, aunque la opinión de los penalistas (como lo observa el Dr. MENDOZA adhiriéndose a ella) es la de que en esos casos procede la aplicación de la causa de justificación. En verdad, debe precaverse todo posible daño inminente y grave a la vida y salud de la parturienta o gestante. Con la inclusión del último término (gestante) se solucionaría la incongruente redacción del artículo 435 ejusdem, ya que *un aborto no puede ser posible en una parturienta –que es una mujer en trance u ocasión de parto–, porque aborto y parto son conceptos que se excluyen e* incluso sería conveniente crear el término abortante ya que no existe en la lengua castellana. En efecto, el término *"abortante"* es tan específico como el de parturienta y, ambos, dentro del concepto genérico de gestante. Así, *"gestante"* es quien está en gestación; *"parturienta"*, es quien está en trance u ocasión de parto; y *"abortante"* sería la que esté en trance u ocasión de aborto.

El aborto clandestino, criminal o ilícito es hoy día muy frecuente y de incidencia quizás creciente en todos los países que no lo han legalizado.

Constituye un verdadero problema epidemiológico. La legislación venezolana sólo reconoce el aborto terapéutico dentro de los provocados (y obviamente no castiga el espontáneo o patológico). Ese aborto terapéutico debe ser "*quod-vitam*", es decir, para salvar la vida de la *"parturienta"* (la doctrina extiende esto de acuerdo al estado de necesidad: MENDOZA y otros).

En el Derecho Penal venezolano se incriminan cuatro figuras delictivas de aborto:

1) El procurado por la misma mujer embarazada (art. 432) .

2) El provocado por tercera persona (art. 433).

3) El sufrido (art. 434).

4) El honoris causa (art. 436).

El aborto debe ser legalizado en su forma más amplia. No sólo en lo que concierne a su modalidad terapéutica (cuya negación sería ya el súmmum del absurdo), sino desde todo punto de vista: incluyendo, desde luego, a la mujer que desee abortar por el motivo bastante de que así lo desea y en ejercicio de su innegable derecho a controlar su propia reproducción.

Una legislación prohibitiva es incapaz de luchar eficazmente contra el aborto voluntario. No logra siquiera reducirlos y sólo cambia la técnica ejecutiva: de técnicas correctas a burdos procederes de la propia mujer embarazada o de impreparados intervinientes, que ponen en peligro aun su vida.

Potísimas razones justifican la legalización del aborto inducido: una doctrinaria y la otra epidemiológica. La primera es la que emana del derecho de toda mujer a decidir, controlar o regular su propia reproducción. Derecho que nadie negará si se considera que en la noble empresa de procrear un ser humano, la mujer arriesga su salud y hasta su vida, y aun en la pareja es la única que se expone a tales riesgos. La segunda deriva de que ello contribuye a la lucha contra el aborto clandestino y

desde luego a su disminución. El aborto clandestino es un verdadero flagelo social, con su estela de mortalidad, rastros patológicos y hasta sobrecarga institucional.

Los católicos condenan –desde la Encíclica *Casti Connubii*– el aborto siempre y hasta cuando la mujer lo haga para salvar su propia vida. Por el sumo valor de la vida humana, se propone eliminar la tan incomprensible cuan odiosa atenuación del homicidio denominado *honoris causa* en el art. 413 del Código Penal y *"privilegiado"* por matar un hijo en los primeros días de su vida. Por cierto que jamás se oyó a quienes se desgarran las vestiduras en contra del aborto (por matar "bebés", dicen), pronunciarse en contra de esta aberración criminal de matar niños de verdad y por el supuesto negado y no concedido de obedecer ello a razones ¡honoríficas!, ni por basarse algunos en semejante "honor" para abandonar niños recién nacidos, como un dolorosísimo caso que atiende FUNDAPROVIC en la actualidad.

En el mundo se recomiendan dos soluciones para el problema de si y cuando debe hacerse un aborto: I) La de las indicaciones: 1) Médica: si por el embarazo peligra la vida o salud de la gestante. 2) Ética: si el embarazo es producto de una violación o de un incesto. 3) Eugenésica: si el ser nacería con graves taras físicas o psíquicas. 4) Social: si el embarazo causa una angustiosa necesidad a la embarazada. II) La solución del plazo**:** si lo hace un médico antes de los tres meses de gestación (no hay actividad cerebral en el embrión y la operación es de mínimo riesgo e incluso –se afirma– menor que el riesgo habido en una amigdalectomía). Se acepta, por ejemplo en Alemania, Austria, Dinamarca, muchos estados de EE.UU., Finlandia, Francia, Inglaterra, Noruega, Suecia y países socialistas.

Venezuela sólo reconoce el aborto terapéutico en el art. 435 del Código Penal *('para salvar la vida de la parturienta')*, lo cual es doblemente absurdo porque no lo autoriza para salvar la salud y porque un aborto no puede ser posible en una parturienta –mujer en trance u ocasión de parto– pues aborto y parto son conceptos excluyentes: conviene, como se dijo, crear el término "abortante", tan específico como el de parturienta y ambos dentro del concepto genérico de gestante. Aquella limi-

tación (la del art. 435) es farisaica, discriminatoria y de muy escasa caridad cristiana por lo inhumana: 1) No hay educación sexual ni planificación familiar y tal ocasiona que el aborto se use como control de la natalidad por quienes hubieran podido impedir la procreación. 2) Las clases acomodadas pueden comprar más anticonceptivos y si hay embarazos pueden ir a EE.UU. y abortar: aquí el aborto es delito sólo para el proletariado. 3) Se impone a la mujer un hijo indeseado y un cambio de vida con el cual su infelicidad es probable. Y si aborta lo hará de modo clandestino y con graves riesgos para su vida y salud.

Por todo eso se propuso la solución del plazo como la mejor, al quedar autorizadas todas las mujeres e independientemente de su clase social y al evitarse el aborto clandestino: aborto legal (intervenciones sanitariamente correctas y técnicamente realizadas) contra aborto clandestino o torpes maniobras de la embarazada o de impreparados auxiliadores e incluso curanderos. Un embarazo indeseado no puede justificar el que se prive a una mujer para siempre de buscar su felicidad personal: después del nacimiento se contrae con los hijos una responsabilidad eminente e irrenunciable y son derechos fundamentales de la persona el poder determinar si y cuántos hijos quiere tener; así como también es un derecho esencial de todas las personas el de tener una vida sexual activa pese a que controle su natalidad. Los más culpables de que se dé ese mal necesario llamado aborto, son los que se oponen ferozmente a cualquier forma de control de la natalidad por considerarlo un pecado gravísimo: incluso para ser consecuentes con sus ideas deberían proponer el encarcelar a las mujeres que tomen la píldora “del día siguiente” pues al impedir la anidación del cigoto en el útero, funciona como un abortivo.

No habría violación del art. 43 constitucional, ya que éste se refiere a las personas y el embrión no lo es. Esta es una opinión jurídica prácticamente mundial o como diríase ahora “globalizada” (así lo reconocían hasta en Italia hasta que hace muy poco el parlamento aprobó una ley considerando persona al feto, lo cual provocó grandes críticas allá. No se quiere en modo alguno desconocer la vida del embrión o *nasciturus:* la vida es el principal derecho y la del *nasciturus* goza de protección constitucional porque hay la obligación de no interrumpir u obstaculizar la gestación y la de proteger jurídicamente tal vida e incluso con sancio-

nes penales. Pero debe haber excepciones y las hay en efecto: cuando se presenta un conflicto entre la vida del *nasciturus* y otros bienes o derechos constitucionales, deben prevalecer éstos: la vida de la gestante sobre la del embrión, ya que seria injusto impedirle defender su vida y se protegería más la vida del no nacido que la del nacido: es absurdo porque mayor entidad jurídica tiene la vida del nacido y su aniquilación es homicidio. También es injusto imponer a la gestante el sacrificio de su salud. Es injusto obligar a la mujer a soportar un embarazo por una violación (repárese en la vigente tragedia de las prisioneras en territorios ocupados y si es justo obligarlas a tener hijos –contra los cuales sentirían invencible repugnancia– de criminales y hasta enemigos) y humillar su vida ante un crimen que vulneró a más no poder su dignidad: propiciaría los repugnantes homicidios (infanticidios) por causa de "honor". Y es injusto –no exigibilidad de otra conducta– compeler a la gestante si hay contraindicaciones eugénicas. Y es injusto constreñir a la gestante si el embarazo implica sufrir un conflicto grave. En estos supuestos deben primar los derechos constitucionales de la mujer (incluso al libre desenvolvimiento de la personalidad) y subsistiría la protección penal del *nasciturus* de no haber tales indicaciones o estado de necesidad. Extremar la defensa de la vida conduciría a negar lo aceptado aun por la Iglesia Católica: la legítima defensa.

Por ejemplo, en Bolivia y Méjico la ley permite el aborto en casos de violación e incesto. Igual en España (cuyo entorno jurídico es de países que aceptaban la indicación social y acaban de aprobar el aborto libre), Italia y Portugal e incluyen el peligro a la salud mental de la gestante. La solución del plazo impide complicaciones: la indicación social (si el embarazo y consiguiente maternidad son muy gravosas para la madre por razones económicas o sociales y angustiosas siempre), aun irreconocida, encaja por lo común en la médica que preserva la salud y ésta comprende lo mental, que se afecta por la angustia. Pero se requeriría la autorización oficial y ello implica probables retardos burocráticos: para evitarlos y hasta por el temor de no recibir la autorización, las desesperadas mujeres recurrirían entonces al aborto clandestino. Mas siempre se ha de apoyar estatalmente a las mujeres que decidan –sobre todo frente a la indicación socio-económica– proseguir su embarazo. Creo indiscutible que si la gestante prefiere abortar, en holocausto de su ins-

tintivo, clásico e insuperable amor de madre, se debe a que es víctima de terrible angustia y subsiguiente deterioro de su salud psíquica; pero si tal decisión es tomada con serena frialdad, también creo mejor librar a la futura criatura de tamaña desgracia. Con hartura de razones opina el filósofo español SAVATER que si ya es una tragedia vivir siendo querido, júzguese cómo será "sin que lo quieran a uno".

Algunos han censurado el proyecto por ser innecesario que una vez legalizado el aborto libre se mencionen el terapéutico, eugenésico, ético y social. Ignoran así la primera misión del Derecho Penal: informar. Y la enorme importancia que da a esa misión el eminente penalista alemán ARMIN KAUFMANN (citado por MIG PUIG en la pág. 88 de la nueva edición –la sexta, del 2002– de su obra "Derecho Penal"). Pese a que por prensa, TV y radio, aclaré con reiteración que también se incluyeron esos tipos de aborto para cumplir esa esencial labor informativa. Y hasta –por no perder de vista que la proposición está sólo en un anteproyecto– para que si no se aprueba lo del aborto libre (lo cual es muy probable por estar muy influidos por ideas religiosas la mayoría de magistrados del Supremo y diputados), quizá se salvaran esos otros tipos de aborto y para que Venezuela comenzara así, en esta materia, a salir de la barbarie jurídica.

Se distorsiona al máximo el tema cuando se pregunta ¿usted está a favor de la vida o de la muerte? Éste es un modo engañoso de plantear el debate pues por una fuerza casi irresistible se responde que por la vida. Pero por la inducción del sofisma se respondió instintivamente y sin saber de qué se trata el fondo del problema. El planteo sincero del conflicto debería poner a escoger entre una vida (la del embrión) y otra vida (la de la gestante). Basta imaginar cualesquiera indicaciones de las enumeradas antes, para comprender que si la mujer tiene un hijo en esas circunstancias y contra su voluntad, se reducirán drásticamente las probabilidades de que la vida de esa mujer sea feliz. Entonces ya no habría un falso dilema (entre la vida y la muerte) sino un correcto planteamiento dilemático entre una vida y otra vida.

El Doctor ARTEAGA, quien ha sido critico furibundo del proyecto por, entre otras razones, haber propuesto el aborto, escribió el 10/10/87 el

artículo “La polémica sobre el aborto” en la pág. 6 del Diario de Caracas y aseguró: *“Moral y jurídicamente, el juicio sobre la culpabilidad debe tomar en cuenta las circunstancias concretas en que se realizó el hecho y las mismas pueden conducir a la inculpabilidad humana, moral y jurídica de los atribulados seres que realizan tales hechos”*. No debía, pues, disgustarse tánto el Doctor ARTEAGA porque hayamos propuesto el aborto por las mismas razones enarboladas por él en ese entonces. O ¿es que si lo proponemos nosotros está mal, pero si lo propone él está bien? La verdad es que esto no me persuade...

La tendencia mundial es a reconocer un derecho absoluto al aborto en el lapso propuesto en el proyecto (que no exceda los tres meses de gestación) y a reconocer a la mujer el derecho a su vida y libre desarrollo personal sobre el bien representado por la vida del *nasciturus*.

Hay autores que parecen partir de la premisa de que el aborto provocado siempre es delito. La verdad es que no siempre lo es: aquí mismo en Venezuela, el aborto terapéutico se halla tan dentro de la ley como cualquiera cirugía común y corriente. Así, por ejemplo, se habla de la “impunidad” del aborto, en lugar de la legalización o de la liberalización.

Los enemigos de la legalización del aborto dicen que es acto “antinatural”. Esto puede suscitar millares de páginas en réplica. Lo mismo podría decirse de una cesárea. Y en general de toda o casi toda la cirugía (quitar un estómago, amputar un miembro, extirpar próstata, bazo, etc. etc.) y aun de toda la terapéutica, ya que las enfermedades son procesos naturales. También el embarazo es un proceso natural. Pero el “quid” no está en que los procesos sean naturales o no, sino en que pongan en peligro la salud y la vida, y evitar o neutralizar este peligro.

En efecto, la vida humana comienza desde el momento de la concepción. Pero esto no es el problema, sino lo que debe hacerse –o si alguien cree que no debe hacerse nada y el porqué– en el caso de que esa vida intrauterina ponga en peligro, por ejemplo, la vida o bienestar de la gestante o la familia.

Las secuelas por el trauma psíquico de un aborto son menores cuando éste se ha considerado médicamente necesario o indispensable, análo-

gamente a otras cirugías como la orquidectomía (castración) o la mastectomía radical cuando constituyen perentoria necesidad; o la amputación del pene, o la amputación de miembros o de partes de miembros. Sin embargo, nadie rechaza estas otras intervenciones porque puedan dejar secuelas psicológicas.

Se dice que el aborto provocado, aun en las mejores condiciones operatorias, tiene riesgos. Pero toda operación los tiene y ninguna se deja de hacer si está médicamente indicada. (Un aborto provocado, según se ha dicho, tiene una mortalidad inferior a la de una amigdalectomía).

Además: el argumento de que hay peligro para la mujer aunque un facultativo intervenga en la operación, lejos de ser contra el aborto es a favor de éste, ya que con mucha mayor razón hay peligro si no lo practica un facultativo, que es precisamente lo que ocurre cuando no se permite el aborto, dado que se incrementa entonces el clandestino practicado por ignorantes y en condiciones antihigiénicas. La legalización del aborto reduce sensiblemente el clandestino, siendo éste un terrible flagelo social.

Se dice que el Estado debe proteger a las "familias numerosas". ¿Sólo a las numerosas? El Estado debe proteger a todas las familias. Aparte de que eso es una política demográfica expansionista que en el mundo, en general, y en Venezuela, en particular, es de lo más absurdo habida cuenta del gravísimo problema que constituye la explosión demográfica. (ARNOLD TOYNBEE ha dicho que significa el primer problema mundial, ya que la explosión demográfica puede causar la destrucción por las armas nucleares de todo género de vida). Hoy día ni la Iglesia Católica discute la problemática del crecimiento de la población e insiste en su control, pero mediante la ¡abstención sexual! Y en Venezuela menos se puede propiciar una expansión demográfica, ya que la tasa de natalidad es alta y no hay proporción adecuada entre población y recursos demográficos. (Estos no son los territorios de los países, como ingenuamente creen algunos que hacen la relación entre población y territorio, sino alimentación, vivienda, educación, etc.).

Se sostiene que no debe abortar una violada, ya que "debe imponerse el amor". Resulta inaudito obligar a una madre a tener un hijo en semejantes condiciones. Pareciera que para esa afirmación se impusiera una lógica afectiva, que no científica en absoluto. Creo una aberración pretender imponerle una situación de esta índole a una mujer.

Los partidarios del aborto por indicaciones eugenésicas (al menos en mi caso y no sé de opiniones distintas) no queremos organizar "matanzas de mongólicos y otros oligofrénicos, dementes y paralíticos". En mi caso lamento mucho la indiferencia con que hace muchísimos años el Estado ve la tristísima situación de los dementes que deambulan por calles y autopistas caraqueñas. Y pienso que nada tiene que ver una cosa con la otra: no se hace ningún bien a un anormal (como los que –por las madres haber usado la droga talidhomida– nacían sin brazos ni piernas) trayéndolo a juro al mundo a sufrir y ser blanco de burlas de malvadas personas. Y opino así poniéndonos en lugar del "otro" (del "prójimo" en la terminología cristiana), que en este caso es el que nacería con semejantes anomalías.

Y si de la empatía se trata (virtud de ponerse en lugar de los demás), creo que las mujeres que están embarazadas como producto de una violación, o las que por causa de un embarazo están en peligro de muerte, o las que teman tener un hijo anormal, también merecen que nos coloquemos en el punto de vista de ellas. Y desde esa óptica luce justificable el aborto.

21) El Profesor JULIO ELÍAS MAYAUDÓN, primer suplente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, pese a admitir que "El anteproyecto de reforma tiene muchos aspectos positivos", lo criticó porque el hurto famélico sólo debe ser un atenuante; pero esto es falso de toda falsedad: en la ciencia penal es una verdad ontológica –y como tal indiscutible e indiscutida– que el hurto por hambre es un perfecto estado de necesidad y exime por completo de la pena.

Y lo criticó también porque plantea el control de la natalidad y –según él– "Esta es un posición colonialista e imperialista".

La respeto, pero estoy en absoluto desacuerdo con su posición: los países imperialistas han sido poblacionistas. Por ejemplo, el Sacro Imperio Romano castigaba el control de la natalidad en cualquiera de sus formas, porque lo privaba de combatientes y perjudicaba la política expansionista y colonialista (recordar los emperadores JULIO CÉSAR y AUGUSTO). En la Unión Soviética y los países del Este de Europa encadenados a la U.R.S.S. (el caso de Hungría fue característico), que practicaban el control de la natalidad por medio del aborto (lo cual contradecía el indiscutible principio de salud pública de que es preferible que el hijo abortado no hubiera sido concebido), cuando advirtieron la amenaza nazi decidieron estimular la natalidad para tener más "carne de cañón" y cesaron o disminuyeron al mínimo los abortos. Además ¿qué tiene que ver el tan manido "imperialismo" con la patología social representada por la explosión demográfica y el hecho de que no haya cómo mantener los hijos y darles ni siquiera alimentos ni educación y esto aconseje no tenerlos? Se imponen, pues, algunos análisis al respecto.

Uno de los rasgos de los países más civilizados o, cuando menos más educados, es la preocupación por el devenir de la población y principalmente por el crecimiento de la población, que es la principal fuente de los llamados problemas de población. En general se dice que hay problemas de población cuando no hay una relación adecuada entre población y recursos, anomalía que se manifiesta por coexistir con ciertos fenómenos demográficos, económicos, sociales, geopolíticos, médicos, educativos, etc. Dicha anomalía puede ser determinada o agravada por una "explosión demográfica", debida, por lo general, a la inexistencia o ruptura del equilibrio que debe existir entre la natalidad y la mortalidad. Para decirlo más sencillamente, una explosión demográfica es el violentísimo crecimiento de la población que ocurre cuando la natalidad es demasiado mayor que la mortalidad. Crecimiento que puede causar un gran malestar social, porque los recursos serán menores que las necesidades. De ahí la necesidad de una regulación de la natalidad, que puede ser aplicada por quienes lo deseen.

La explosión demográfica es para TOYMBEE el más grave después del de la destrucción de la humanidad por las armas nucleares e inclu-

so el primero si se considera que genera expansionismo y consiguientes guerras.

Fue hasta mitad del siglo XIX que la población mundial alcanzó los mil millones de habitantes; pero bastó menos de un siglo para aumentar otros mil millones y otros treinta años para llegar a los tres mil. Y cuando alboreó el siglo XXI, más de siete mil millones. Por ello todos han coincidido (capitalistas y socialistas) en la extrema necesidad de regular la fecundidad. Hasta la Iglesia Católica concuerda y patrocina centros de planificación familiar y sólo difiere en los métodos: sólo por serios motivos que eximan de la esencial obligación ("creced y multiplicaos") de procrear en el matrimonio, postula el de abstinencia total y parcial o "natural" (del "ritmo" y de Ogino y Knauss) y categóricamente repudia los artificiales, aunque el ilustre Pontífice Pío XII (alocución del 28/11/51) pareció sugerir una eventual conformidad con la contracepción artificial; pero la natural, insisto, fue aceptada el 10/2/1880 por León XIII (Encíclica Arcanum Divinae Sapientiae) y ratificada el 31/12/30 por Pío XI (Encíclica Casti Connubii). La O.M.S. y las NN.UU. han hecho tajantes pronunciamientos a favor del control de la natalidad.

Una política demográfica propende a lograr el óptimum en la calidad de la población y ésta se afecta por su crecimiento incontrolado. (Una multiparidad excesiva, además, predispone al cáncer cervical). Es equivocado creer que si se tiene un gran territorio no hay problema de superpoblación. No se debe relacionar la población con su territorio sino con sus recursos demográficos disponibles: alimentos, agua, educación, vivienda y un largo etcétera que incluye las posibilidades de comunicación, estacionamiento y recreación. Luchar por la asistencia (médica sobre todo) y aquellos bienes y servicios, es la presión demográfica. Ojalá que Venezuela no reincida en el nefasto equívoco por su gran territorio propicio a esa tentación. Hace unas cuatro décadas la tasa de natalidad llegó hasta 45 y ha ido descendiendo (por la inflación y carestía) hasta el 21,6 de ahora. Mas el proletariado (de prole, prolífico) sigue sufriendo un crecimiento galopante (cual autodestructivo cáncer y al compás de la denominada "fecundidad natural") y hay que ayudarlo: se ven madres muy pobres cargadas de hijos, en patética contraposición a las ricas que tienen dos o tres. Además así se lucharía contra el flagelo del aborto y según el antes

mencionado principio de salud pública de que es preferible que el hijo abortado no hubiera sido concebido. Se combatiría también la criminalidad, pues la pobreza influye y aunque no como su causa principal que es la impunidad. Es admirable la madre que ha tenido el valor y el honor de dar la vida; pero hasta los animales regulan sus nacimientos cuando no es propicia la circunstancia. Dentro del derecho a la educación debe figurar la sexual para que las familias procreen los hijos que puedan mantener y educar: hay que proteger a los pobres en su básico derecho humano a decidir su número de hijos y liberarlos con una educación que promueva su dignidad y potencialidades.

Por lo demás, el control de la natalidad existe desde la antigüedad: el *coitus interruptus* o pecado de Onán (onanismo incluido) según la Biblia. Así Confucio y los chinos (el exagerado crecimiento de la población –creían– afecta el nivel de vida); y PLATÓN, ARISTÓTELES y los griegos en general (establecían relación entre población y riqueza y evitación de pobreza y guerra con la infecundidad voluntaria); en 1850 a. de C. hay recetas anticonceptivas en el Papiro de Petri. Mucho después la doctrina malthusiana fue trascendental en lo demográfico y económico. Y aun DARWIN fue influido y aplicó las leyes malthusianas del crecimiento a animales y plantas y concluyó en el principio de la lucha por la existencia y selección natural. El genial inglés MALTHUS fue cura y enseñó que la población crece en progresión geométrica y las subsistencias en progresión aritmética, así como el influjo de la población en el porvenir del hombre. El famoso Lord KEYNES biografió con sumo elogio a MALTHUS.

La prevención de nacimientos es un fenómeno biosocial natural, fatal e irreversible: hombres y especialmente mujeres no siempre desean procrear. Se añaden indicaciones médicas (haya problemas demográficos o no) en protección de la mujer, prole, familia y sociedad. Y de política criminal, para disminuir la procreación indeseada y lacras sociales como el aborto clandestino, el infanticidio, la infancia abandonada y la criminalidad en general. En el Estado moderno y Derecho social, con su derecho a la salud a través de la Medicina social u oficial, se debe atender a los problemas médicos de la reproducción y, en nombre de una justicia social sanitaria o asistencial, proporcionar a todas las clases

sociales la protección de que siempre han disfrutado las más privilegiadas. Agréganse indicaciones sociales inherentes a los derechos de la mujer a controlar su reproducción. La necesidad de la planificación familiar, como asistencia médico social, es indiscutible e indiscutida y está organizada en proporción al adelanto de los países, que la consideran parte de la salud pública o Medicina social. Hasta la Encíclica *Populorum Progressio* aconsejó la intervención del Estado al respecto *"para dar información y tomar medidas"*.

La explosión demográfica originó, por política poblacional, otra concepción del control de natalidad que sí resulta discutida y aunque cada vez menos: evitar la superpoblación es algo difícil de discutir. La población crece ilimitadamente, pero en espacio limitado; crece más rápido que los alimentos (MALTHUS) y recursos disponibles (PAULO VI); la natalidad está o varía en razón inversa del grado de civilización (LEROY-BEAULIEU) y de la prosperidad (STRUMILIN); debe haber una relación adecuada entre población y recursos y entre natalidad y mortalidad (SMILLIE, quien además sostenía que la multiparidad puede incidir en la baja inteligencia de los últimos hijos); y uno de los mayores obstáculos al desarrollo integral es la presión demográfica.

En Venezuela urge controlar la natalidad. Nunca se insistirá lo bastante en el gravísimo problema, con el cual vinculo todas las calamidades del país. Que no se sigan engañando con lo del gran territorio. Lo que cuenta no es la relación entre el territorio y la población sino entre ésta y los recursos efectivos. Hace décadas crece la población sin progreso en sanidad, educación y Economía: cantidad sin calidad. Con la calidad de la población baja su inteligencia. Otro mito es que basta el desarrollo económico. Debe añadirse el control de la natalidad.

22) Proyecto "Autoritario". El Doctor Arteaga acusa al proyecto de "autoritario" porque comienza por los delitos contra el Estado. Igual hacen los mejores penalistas del mundo: los alemanes. No se debe confundir el Estado con el Gobierno. El Estado somos todos porque su componente esencial es la nación. Él postula *"un derecho* (sic) *penal garantista* (sic), *ajustado a las exigencias de un estado social y democrático de derecho* (sic)*"*.

Pues bien: la estabilidad del Estado democrático es indefectible para garantizar los derechos humanos. Y un Derecho Penal garantizador debe dar preeminencia a la normalidad del Estado. Y lo acusa de tener *"un claro sesgo ideológico"* y un *"signo bolivariano"*. De ser a favor del Gobierno, en suma. (Debería revisar la lista de los proyectistas). Eso es falso de toda falsedad: basta con destacar, p.ej., que, como se dijo antes en este trabajo, no se tipificaron delitos monetarios o cambiarios o en relación con el control de cambios: que yo sepa éste no le gusta en absoluto a los señores de la oposición y su tipificación hubiera sido un dogal para ellos. Y no me hubiera sido tan difícil concebirlos porque tengo escrito un libro de 1995 cuyo título es "Delitos Cambiarios".

Censura el Doctor Arteaga curiosamente que el proyecto "amplíe" el delito de rebelión (está exactamente redactado que en el código actual) y de que sea delito el sustraer a la Fuerza Armada a la obediencia del Gobierno. Y ¿a cuál Poder o institución oficial le debería obediencia? O quizá mejor ¿a una institución privada? El Gobierno en sentido estricto es el Poder Ejecutivo y a su cabeza está y debe estar el Presidente de la República, quien es el Comandante en Jefe de la Fuerza Armada. ¿A qué persona le debería obedecer la Fuerza Armada? ¿A un ex-Presidente acaso?

No es verdad que el proyecto tenga un sesgo ideológico. El Doctor ARTEAGA nos atribuye eso porque sufre una proyección: evidentemente él sí contamina sus criterios penales con un tan notorio como intenso sesgo ideológico a favor de una determinada parcialidad política.

En lo que sí le doy la razón es en lo de los delitos contra la memoria del Libertador. Me equivoqué. (Pero no es una nueva idea mía: la tengo desde ha mucho y lo prueba mi artículo "Bolívar: un 'tipo' devaluado", en El Nacional del 27/11/86.). Pero en esta época fue un error mantener esa propuesta. Aunque hace años escribí el artículo "A Bolívar ¿le faltó pueblo?" (así lo he creído siempre), no imaginé que alguna vez los venezolanos pudieran tomar tan mal la idea de defender la memoria del Padre de la Patria...

23) Tipificación expresa sobre delitos en el deporte. Resolví escribir sobre esta innovación del proyecto, porque el Lic. ÉDGAR LÓPEZ escribió el 10 de enero de 2004 un largo reportaje sobre el proyecto en la página A2 de El Nacional y, entre otras cosas, vaticinó que habría mucha polémica por la tipificación de los delitos en el deporte y *"como si se tratare de cualquier homicidio o lesión personal"*.

Al respecto puedo y debo decir que los homicidios o lesiones en el deporte sí son como *"cualquier homicidio o lesión personal"*. Antes de hacer constar aquí el porqué, es oportuno primero transcribir su opinión:

> *"... Igualmente polémicas serían las innovaciones en cuanto a la tipificación y penalización de delitos cometidos en el deporte. Específicamente en el artículo 229 del proyecto se establece que 'quien participe en una competición y al actuar de modo irreglamentario mate o lesione a otro competidor será castigado de acuerdo con lo establecido en los capítulos precedentes', es decir, como si se tratara de cualquier homicidio o lesión personal. En la exposición de motivos se responde al que pudiera argumentar que el deporte se rige por reglas y autoridades propias, que no puede haber un orden legal paralelo e independiente del Derecho Penal. Y al especialista en la materia que dijera que el consentimiento destruye el tipo, los proyectistas contestas que los competidores no consienten en ser lesionados de modo irreglamentario sino en correr los riesgos normales de la competición, al abundar en argumentos se indica: 'un deporte desviado de su esencial oriente noble es un factor criminógeno directo y también indirecto a través de tan pernicioso cuan ultrapresenciado ejemplo de conducta que habrá de repercutir esencialmente sobre niños y adolescentes'"*.

Aquella su creencia –máximamente extendida por lo demás en el planeta– se origina en creer que el deporte es "pura fiesta" y en que por consiguiente todo lo que en una competición ocurre está legitimado de antemano y aun glorificado. Esa falsa creencia, como todo espejismo,

conduce por una vía errada y a una meta o conclusión enteramente desviada. El problema estriba en que el error se comete en la actividad más vista por la humanidad en Venezuela y en el universo mundo. Y en que el error incide en los delitos perpetrados en esa actividad y supone claudicar en su valoración, al extremo de creer que lo que son evidentes delitos no son delitos y haber propiciado así la siguiente aberración: la criminalidad violenta habida en el deporte es la única que en el orbe es filmada con el consentimiento y complacencia de los perpetradores de tales delitos y de la cual (criminalidad) se hace mundial apología.

Cuando alguien degüella o roba o viola a otro, el sentimiento de la comunidad es que cometió un delito y que debe ser castigado por eso. En abierta desemejanza, cuando de propósito alguien lesiona o mata a otro en una competición deportiva, nadie ve o quiere ver delito. Este falso y laxo sentimiento del vulgo, por muy extendido que sea, no es verdadero ni conveniente. Tanto más perniciosa esa creencia cuanto compartida por comunicadores sociales e intelectuales en general y hasta abogados e incluso ¡penalistas! Esto ha causado el gran problema de la impunidad de los delitos en ocasión del deporte: su impacto es formidable y nocivo en la educación de los pueblos y en especial de los niños y adolescentes. Sobre el particular, hay algunos comentarios en la exposición de motivos del anteproyecto. Ahora deseo hacer otros sobre el tema en general.

El verdadero problema es el de la impunidad de los delitos en el deporte. Delitos que han limitado los penalistas estudiosos del tema a los producidos por la violencia, como lesiones y homicidios. Éstos, aunque se produzcan, no se castigan. De modo que su resolución por los conocimientos sobre dolo y culpa, queda en pura teoría o en un mundo aéreo. El verdadero problema no puede ser el que ya y desde hace mucho está resuelto no por una sino por múltiples teorías, al escoger. Me refiero al supuesto problema de la justificación de las naturales violencias del deporte. Al estar el deporte permitido y al implicar violencias naturales a él ¿cómo podrían éstas castigarse? De ninguna manera. Y por tanto eso no puede ser ningún problema. Pienso que lo útil en esta materia no es detenerse en la contemplación de lo ya solucionado a plenitud como el caso de la violencia ínsita en el deporte sino estudiar la situación de las violencias no permitidas y consiguientes daños a la integridad corpo-

ral, para determinar si son éstos delictuosos y, en caso afirmativo, cuál es el motivo de su impunidad.

Es fácilmente demostrable la multiplicidad de acciones violentas irreglamentarias generadas en el deporte y que causan los delitos más frecuentes en el deporte: las lesiones personales intencionales.

Estos delitos son muy graves, ya que atentan contra la integridad física de las personas. Son los más frecuentes en el deporte por lo cual representan el máximo problema en su práctica y en materia delictiva. El lesionar con intención a otros es de una gravedad tal que sólo es superada por los homicidios voluntarios.

La no castigabilidad penal de esas lesiones intencionales, pues, ha intentado explicarse de diversas formas y así mismo por una costumbre generalizada de no hacerlo.

Sin embargo, esta pretendida impunidad enarbolada por algunos profanos y sobre la base de dudosas teorías, ha sido aplastada en el plano teórico-científico (no así por desgracia en la realidad práctica) por la "communis opinio" de muchos juristas. Principiaré por los venezolanos.

HELENA FIERRO HERRERA ha escrito: *"¿Es el deportista profesional un delincuente?"* Agregó que, en el deporte es necesario admitir la *"posibilidad de la existencia de delitos dolosos"*, ya que la vocación criminal puede aprovechar la lucha, el boxeo y el fútbol, *"para causar intencionalmente un daño al adversario"*. Narró el caso del boxeador KID SULLIVAN quien, al pelear con guantes preparados con tintura de belladona, *"cegó en pleno match"* a BATTLING NELSON, en una *"criminal tentativa que pudo haber costado a NELSON la vida"*. Expresó también que *"son igualmente factibles los delitos deportivos preterintencionales culposos"*. (Homicidio Deportivo, Revista de la Facultad de Derecho, N° 15, 92ss., U.C.V., Caracas). Igual narración contiene la Enciclopedia Jurídica Omeba (Tomo VI, p. 285, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1991).

HÉCTOR FEBRES CORDERO anotó que, como no existe aquí una regulación especial para la muerte o las lesiones acaecidas en los deportes, deben conocer de tales hechos los jueces; y quedarían sujetos *"a las reglas generales del delito común resultante"* (Curso de Derecho Penal. Delitos Contra las Personas, 149 s., VII, 260, Universidad de los Andes, Mérida, 1962).

TULIO CHIOSSONE precisó:

> *"Nos estamos refiriendo a los hechos punibles que resultan del ejercicio normal de la actividad deportiva, pues si en las lesiones personales que se produzcan hay dolo o culpa de parte del agente que las causó, no puede haber exención de responsabilidad penal". (Manual de Derecho Penal Venezolano. 713, Imprenta Universitaria, U.C.V., Facultad de Derecho, Caracas, 1972).*

ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ asentó:

> *"Pero en relación a otros efectos, daños o lesiones que puedan producirse, que no forman parte del deporte mismo y que éste no supone necesariamente (lesiones más graves o muerte), el problema de la responsabilidad penal posible debe resolverse conforme a los principios generales de la culpabilidad, en atención al nexo psicológico (dolo, culpa, preterintención, caso fortuito), tomándose en cuenta básicamente, que se hayan observado las reglas del juego o deporte (habrá entonces caso fortuito y se excluirá la culpabilidad) o que no se hayan observado (y se planteara entonces el problema de la culpabilidad, a diverso título)".* Derecho Penal Venezolano. Parte General, 207. 2° ed., Imprenta Universitaria, U.C.V., Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 448. Caracas, 1984.

Interesa conocer lo que en el exterior han opinado los penalistas al respecto.

CUELLO CALÓN expresó:

> *"Cuando no se obre con la debida prudencia y cautela que suponen la observancia de las reglas lícitas del deporte puede existir un delito de lesiones (o de homicidio) por imprudencia, a menos que el ejercicio deportivo se utilice como medio de encubrir una voluntad criminal encaminada a causar un mal corporal (o la muerte), en cuyo caso el culpable respondería de un delito doloso"* (Derecho Penal. Parte Especial, II, 565. Bosch, Barcelona, 1975).

GUILLERMO CABANELLAS opinó que hay jugadores que causan fracturas, otras lesiones, **e incluso la muerte,** a sus contrincantes, por actos totalmente ilícitos; y cabe denominarlos *"criminales del deporte pues delinquen con saña contra los adversarios, a los que lesionan y hasta inutilizan para siempre con práctico impunismo por ahora"*. (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, III, p. 89, 660. ED. Heliasta, Buenos Aires, 1982).

RAÚL GOLDSTEIN indicó que la infracción dolosa de las reglas deportivas conduce a la responsabilidad delictiva común; y la infracción por culpa, al concepto de delito deportivo. Y que durante el juego deportivo puede cometerse una acción dolosa, es decir, con la intención dirigida a ocasionar un daño al adversario. Afirmó que puede haber culpa, como cuando se autoriza una pelea desigual "de box", o el árbitro no la detiene oportunamente. (Diccionario de Derecho Penal y Criminología, p. 213, 2° ed., 677. ED. Astrea, Buenos Aires, 1978).

Y concluyó refiriéndose a cualquier jugador:

> *"**Si tuvo intención de provocar un daño corporal y el desarrollo de la competencia le brindó ocasión para hacerlo, la intención dolosa no tiene por qué estar amparada en justificante alguna, ya que el deporte no es vehículo de impunidad ni desahogo de pasiones malsanas, y el autor tendrá que responder a título de lesiones**"* (subrayado mío). Id., 464 ss.

ALFREDO ETCHEBERRY opinó que hay actitudes dolosas como el futbolista que "intencionalmente quiebra la pierna de otro de un puntapié". Y que su punibilidad debe decidirse atendiendo al factor culpabilidad (si hubo dolo, o culpa, o se trató de un caso fortuito) (Derecho Penal. Parte General, I, 319. P. 226 s. Ed. Carlos E. Gibbs A., Santiago de Chile, 1964).

GIUSEPPE MAGGIORE señaló:

> *"En cuanto a las lesiones producidas en los juegos deportivos, hay que hacer distinciones. Si han sido producidas con la intención de causar lesión, el jugador será responsable de ellas, a título de dolo. Si han sido producidas sin esa intención, pero como efecto de actos prohibidos o cometidos por imprudencia, negligencia o impericia, el autor de esas lesiones es responsable a título de culpa"* (Derecho Penal. El Derecho Penal - El Delito, I, 642. [Tr. It. José Ortega Torres: "Diritto Penale"]. p. 445, 2° Ed., Temis, Bogotá, 1971).

Las opiniones expresadas por los autores citados con anterioridad, demuestran que sí se cometen delitos en el deporte. Nótese que se refieren sólo a lesiones y homicidios. En el mismo sentido, se expresan los autores JOSÉ R. MENDOZA TROCONIS, ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, CARLOS FONTAN BALESTRA, FERNANDO CASTELLANOS, GIUSEPPE CABANELLAS, ISAÍAS SÁNCHEZ TEJERINA, GUSTAVO LABATUT, ARMANDO M. RAGGY Y AGEO, y LUIS CARLOS PÉREZ.

Actualidad e importancia de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y su incorporación en el anteproyecto del Código Penal

Ana Isabel ARROYO HERNÁNDEZ*

SUMARIO:

Introducción

1. Algunas soluciones que se han propuesto para el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: 1.1 *Las posibilidades del propio sistema dogmático de*

* **Universidad Católica Andrés Bello,** Abogada, *Especialista en Derecho Penal.* **Universidad Santa María,** *Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas,* tesista. **Tribunal Supremo de Justicia,** *Sala de Casación Penal,* Primera Conjuez, Abogada Asistente del Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros. Anteproyecto de Código Penal, Colaboradora.

imputación penal existente para sancionar penalmente a las personas jurídicas. **1.2** *La creación de un sistema de imputación penal propio de la persona jurídica.* **1.3** *Principales características de las propuestas doctrinarias para responsabilizar a las personas jurídicas.*

2. **Jurisprudencia en el ámbito internacional en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**
3. **Iniciativa legislativa en el Derecho Comparado para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas.**
4. **Jurisprudencia nacional en relación con las personas jurídicas.**
5. **Conclusiones.**
6. **Reflexiones finales en torno al establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el anteproyecto de Código Penal: 6.1** *Incluyen a las personas jurídicas como sujetos de Derecho.* **6.2** *Se propone un sistema de imputación paralelo: el de la responsabilidad individual y el de las personas jurídicas.*
7. **Impone a las personas jurídicas sanciones penales apropiadas como *última ratio* y en proporción con el daño social causado.**
8. **Implementa la responsabilidad objetiva únicamente para las personas jurídicas**

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del presente trabajo se pretende enfatizar el tema inherente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y debido a la multiplicidad de lesiones a los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal.

En relación con este aspecto, tradicionalmente la doctrina nacional y extranjera ha considerado a las personas naturales como las únicas que pueden ser sujetos activos del delito, pues sólo éstas pueden realizar la conducta típica.[1] No obstante, en la casi totalidad de los delitos se plantea

[1] Roxin Claus: (²97), *La estructura de la teoría del delito Penal.* Parte General. Fundamentos, trad. y notas de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, ed. Alemana. De Vicente Remesal. Madrid. Civitas. 319 y ss, "... la acción sólo es antijurídica en cuanto obra de un determinado autor... La antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un determinado autor".

un tema conflictivo, que es el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por cuanto en la actualidad se percibe que la mayor agresión es ejecutada por las grandes industrias y corporaciones fabriles.

A tales efectos, la denominación personas jurídicas comprende a las empresas, asociaciones, fundaciones o sociedades que, aunque sean de distintas tipologías, tienen un denominador común, ya que son entes colectivos organizados con personería jurídica para reconocerle como sujeto de imputación jurídica, esto es, un sujeto con derechos y obligaciones.

De lo anterior se percibe un problema ampliamente discutido en el Derecho Comparado, y en el que corresponde formularse la siguiente interrogante: ¿Será el sistema dogmático tradicional, basado en la responsabilidad individual, suficiente para resolver la criminalidad cometida por las personas jurídicas?

Este sistema es el que acoge nuestro Código Penal vigente y que no contiene disposición alguna en relación con el cambio de paradigma que impone la criminalización de tales organizaciones complejas. En este sentido, se puede aseverar que el Derecho Penal venezolano acoge el principio tradicional y dominante *societas delinquere non potest*.

En la actualidad, el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra relacionado principalmente al ámbito de los delitos económicos y ecológicos.

En este contexto, resulta de especial importancia la criminalidad de empresa como suma de todos los delitos que se cometen a partir de la empresa o a través de entidades colectivas. Así nos encontramos con delitos cometidos al margen de la organización empresarial y delitos cometidos dentro de la empresa, contra la empresa misma o contra miembros de la empresa.

Es, pues, imprescindible una reforma legislativa que permita la adecuación de la legislación penal a las últimas tendencias internacionales en relación con este espinoso y controversial tópico.

El anteproyecto del Código Penal elaborado por el Magistrado Presidente de la Sala de Casación Penal, Doctor Alejandro Angulo Fontiveros, pretende ofrecer acertadas, eficaces y oportunas propuestas e incorpora substanciales modificaciones e introduce aspectos novísimos de vanguardia, incluso no aceptados de manera pacífica por la Doctrina en el Derecho Comparado y rechazados en su opinión mayoritaria, entre ellos, el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En el presente trabajo no se pretende abordar la discusión dogmática surgida en relación con este debatido tema, muy discutido por reconocidos autores en el ámbito internacional, estudiado por algunos autores venezolanos y desarrollado suficientemente en la jurisprudencia extranjera. No obstante, algunas de sus premisas fundamentales serán comentadas y constituyen un elemento de referencia obligatorio como punto de partida para algunas reflexiones que se harán en su oportunidad. La finalidad primordial de estos breves comentarios es exponer la insuficiencia e incapacidad del sistema dogmático de la responsabilidad individual en materia penal para el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y meditar cuál sistema de imputación resulta más apropiado en nuestra legislación penal venezolana, a través de un replanteamiento global del sistema sancionador de naturaleza penal para las personas jurídicas, (como el establecido en el anteproyecto) semejante al sistema dogmático establecido para las personas naturales, a cuyo efecto servirán como fuente de información el Derecho Comparado, las últimas tendencias doctrinales sobre la materia y las soluciones aportadas por la jurisprudencia nacional como extranjera.

Particular interés revisten para el Derecho Penal los problemas de imputación y de prueba que surgen dentro de este tipo de criminalidad, fundamentalmente por el hecho de que son personas físicas las que actúan para la empresa.

En este mismo orden de ideas, Angulo Fontiveros expresó lo siguiente:

> La moderna empresa implica complicaciones cuantitativas y cualitativas, así de trabajadores como de aparataje. Todo esto

> genera marchas y contramarchas de recomendaciones u órdenes, impartidas de modo verbal o incluso computado, creándose así una serie de responsabilidades que permanecerían subyacentes. En consecuencia, los directivos no siempre e *ipso facto* serán responsables de los delitos cometidos por la empresa para la cual trabajan. En otras palabras, para que se dé la responsabilidad de esos directivos es menester que su conducta encaje a plenitud en el tipo delictivo del que se trata, es decir, en la conducta allí descrita como delictiva, y que además sea causal. Las dudas que sombrean el tema explícanse porque podría formarse una tupida maraña de responsabilidades, en las cuales habría que deshilvanar para hallar los culpables. La brumosa situación nos conduce, sin vuelta, al muy discutido problema de la causalidad jurídica.[2]

Los comportamientos delictivos de colaboradores de la empresa contra la empresa misma o contra otros de sus colaboradores no plantean mayores problemas; en general, se pueden someter sin dificultad a las reglas de imputación de los delitos comunes desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal y, a su vez, plantean problemas de política criminal muy diversos a los que plantea la criminalidad de la empresa.

En sentido estricto, la empresa (como unidad organizada y determinada por un fin), plantea otra clase de problemas: la influencia criminógena de la "actitud criminal de grupo", las dificultades de determinación normativa de las competencias, la imputación jurídico-penal y la averiguación del verdadero responsable, entre otros problemas. En este aspecto, Rodríguez Devesa plantea lo siguiente:

> ...Entre los partidarios de la responsabilidad penal, las opiniones se dividen. Unos entienden que la impuesta a las personas jurídicas excluye la punición de quienes la componen. Otros que, además de la pena a imponer a la persona jurídica en

[2] Angulo Fontiveros, Alejandro: *Los Delitos Cambiarios.* Ed. Redicopy C.A, Caracas 1995, p. 59.

> cuando a tal, deben aplicarse penas individuales a sus miembros... El problema me parece ficticio. Se trata, en definitiva, de poner coto a determinadas actividades de entes corporativos. Esto pertenece al Derecho Penal cuando los individuos que lo componen constituyen una asociación criminal, y no es preciso para ello exceder la frontera de la responsabilidad penal individual. Cuando no todos los que componen el ente colectivo están implicados en sus actividades criminales, el extender a ellos la pena sería para nuestra sensibilidad de una palmaria injusticia. Ni siquiera el proceso de Nuremberg se atrevió a llegar a esta consecuencia.[3]

Según Silvina Bacigalupo, el concepto de "criminalidad de la empresa" abarca todo el ámbito de los delitos en general (principalmente económicos y ambientales), en los que por medio de la actuación para la empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la misma.

1. ALGUNAS SOLUCIONES QUE SE HAN PROPUESTO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En su interesante libro *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas,* Laura del Carmen Zúñiga Rodríguez expresa que dentro de las opciones posibles para imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas se pueden proponer dos soluciones fundamentales:

> – Utilizar los mecanismos de imputación existentes en la dogmática penal, los cuales demostrarían una funcionalidad incluso para sancionar penalmente a las personas jurídicas.
>
> – Diseñar un sistema nuevo de imputación penal para el propio ente, construyendo categorías y principios especialmente

[3] Rodríguez Devesa. Citado por Angulo Fontiveros: *Ob. Cit.,* p. 53.

> elaborados a partir de las características de las organizaciones complejas.

Antes de dar una respuesta a esta disyuntiva, deben analizarse las **posibilidades de la teoría del delito para solucionar los supuestos de criminalidad cometidos en organizaciones complejas como la empresa.**

1.1 *LAS POSIBILIDADES DEL PROPIO SISTEMA DOGMÁTICO DE IMPUTACIÓN PENAL EXISTENTE PARA SANCIONAR PENALMENTE A LAS PERSONAS JURÍDICAS*

Dentro de algunas categorías existentes, se han intentado normativas para dar una respuesta preventiva satisfactoria y aportar soluciones para sancionar penalmente los delitos cometidos en sistemas complejos, dentro del sistema de la teoría del delito de responsabilidad individual. De allí la afirmación del carácter funcional del sistema dogmático y que es asumido mayoritariamente en el Derecho Penal.

> ...Se está llegando por las corrientes funcionalistas al consenso de que el tema de la responsabilidad penal es una cuestión de imputación, esto es, al decir de Hassemer[4] "la cuestión de cuándo y bajo qué condiciones se puede establecer una relación, penalmente relevante, entre una persona y un suceso, de manera que a esa persona se le pueda aplicar una sanción penal". Lo relevante jurídica, social y políticamente es la cuestión de las condiciones por las cuales hacemos responder por un suceso a un sujeto. En Derecho Penal suceso relevante es aquel que produce dañosidad social, esto es, que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos. Y sujeto jurídico es aquel que tiene un deber

[4] *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, *Ob. Cit.* p. 157. Anteriormente, *vid.* Harwig: Die Zurechnung. Ein Zentralproblem Strafrechts, *Ob. Cit.*, 1957, passim, especialmente, págs. 164-175: "Un suceso es imputable a un sujeto jurídico, cuando el Derecho establece esa relación. La vinculación del suceso al Derecho, hace relevante jurídicamente ese suceso. En esa relación entre el suceso y el Derecho la que da sentido a ese suceso". Citado por Zúñiga Rodríguez: *Ob. Cit.*, p. 222.

> jurídico de protección de los bienes jurídicos, conteniendo los riesgos jurídicos, conteniendo los riesgos o no lesionándolo.[5]

Aunque Zúñiga asuma la concepción funcionalista (inaugurada por Roxin en los años 70[6] y seguida por Jakobs y Silvina Bacigalupo) y considere que los criterios que determinan la responsabilidad penal son la función de la norma penal y de la pena, no pareciera que la imputación se pueda fundamentar en la funcionalidad del sistema social, cuando asevera "soy crítica con el sistema social que tenemos y no creo que haya que estabilizarlo, sino todo lo contrario, transformarlo hacia paradigmas de mayores cuotas de libertad del hombre (los derechos fundamentales)".[7]

Por tanto, el carácter abierto del sistema dogmático y su funcionalidad dirigida a los fines de la pena deben orientarse hacia el paradigma de la realización de los principios fundamentales establecidos en las constituciones de los estados, y en el respeto a los derechos fundamentales y no hacia la estabilización del sistema social.

---

[5] Sujeto Jurídico en Derecho Penal es el sujeto activo del delito, el cual está vinculado con la capacidad de acción penal; éstos a su vez son criterios de imputación referidos a la función de la norma penal y a quienes se dirige. Una sanción penal es una consecuencia jurídica correspondiente a la infracción de una norma de conducta. Ésta contiene los imperativos y el mandato de la norma, en tanto abstracción de la conducta prohibida y de los sujetos a quienes se dirige el mandato. En temas fundamentales del Derecho Penal como lo son los presupuestos de la responsabilidad penal, difícilmente podemos estar de acuerdo todos, y quizás, éste sea "el talón de Aquiles" del tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero creo que hay consensos mínimos, a los cuales aludo. Zúñiga Rodríguez: *Ob. Cit.*, p. 222.

[6] Según Bacigalupo, Silvina: *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona. 1998, p. 359, la responsabilidad penal de las personas jurídicas las soluciones que pueden proponerse son: "a) rebajar las exigencias del principio de culpabilidad; b) elaborar un sistema específico de responsabilidad de las personas jurídicas; y, c) desviar el ámbito del Derecho Administrativo o Civil". De acuerdo con esta propuesta, descartaría las opciones a) y c). La primera, porque ya se ha visto que es posible conciliar el principio de culpabilidad con la responsabilidad (penal o administrativa) de las personas jurídicas y, más bien, se ha insistido en la necesidad de equiparar principios –relativamente, en función del bien jurídico– en todo orden sancionador, a partir del paradigma penal. La segunda, porque ya se ha puesto en evidencia que la prevención de la criminalidad, para los casos graves, debe estar siempre en manos del orden penal, ya sea cometida por persona física o jurídica.

[7] "...el carácter abierto del sistema dogmático y su funcionalidad hacia los fines de la pena, deben orientarse hacia otros paradigmas, que no es la estabilización del sistema social, sino la realización de los principios fundamentales constitucionalmente asumidos, que se sintetizan en la fórmula de respeto a los derechos fundamentales". Zúñiga Rodríguez: *Ob. Cit.*, pp. 217 ss.

Un sistema de imputación que no esté orientado sobre la base de estos paradigmas puede ser incluso hasta ilegítimo, incluso hasta infructuoso en su labor de racionalización de los conceptos y, por tanto, de constituir un límite al *ius puniendo* del Estado.

La flexibilización extrema de las categorías penales existentes para responder a la macrocriminalidad amenaza de contaminar a todo el sistema de responsabilidad individual (por este afán de adaptabilidad), pudiendo perder validez las garantías ganadas y elaboradas durante siglos.

En definitiva, según Zúñiga, pareciera que la solución que más se adecúa con el desarrollo social de la macrocriminalidad ocasionada por las organizaciones complejas es la de diseñar un modelo de la imputación propio para los sistemas complejos.

1.2 *LA CREACIÓN DE UN SISTEMA DE IMPUTACIÓN PENAL PROPIO DE LA PERSONA JURÍDICA*

Reconocidos autores como Tiedemann, Heine y Lampe han propuesto el diseño de un sistema de imputación penal exclusivo para las sociedades o las personas jurídicas, construido de acuerdo con sus características análogas en función de la naturaleza compleja de la organización.

Además, en el momento del desarrollo actual, los sujetos colectivos son los que están teniendo el mayor protagonismo, inclusive en el mundo de la criminalidad, y son los llamados a proteger los bienes jurídicos colectivos de nueva generación (**medio ambiente**, derechos de los trabajadores, seguridad e higiene en el trabajo, etc.). Por ende, deben responder penalmente en los casos de más grave lesión a los bienes jurídicos.

> ...La responsabilidad penal debe ser entendida en su función social, como atribución de pena de acuerdo a los parámetros constitucionales de protección preventiva de bienes jurídicos. Esto significa que la discusión dogmática se está abriendo a los problemas sociales, siendo esto el resultado del cambio de paradigma que está produciendo en todas las ciencias, en que su *legitimidad se basa en la capacidad funcional para*

> *resolver los problemas que se le plantean*...[8] (cursivas de la autora).

En su magnífica obra, Zúñiga comenta que los propios cambios del sistema (en su concepción abierta de la responsabilidad penal y de la culpabilidad) nos permiten replantear la punibilidad de las personas jurídicas. El giro de la discusión cambia porque la culpabilidad ha dejado de ser un reproche personal por "no haber actuado de otro modo" o no responder el "*hombre medio*", y se ha convertido en una función social para proteger preventivamente bienes jurídicos.

> El tipo de obligaciones que el principio de responsabilidad estimula a descubrir (y ésta ya es la primera obligación del principio de responsabilidad) es el de la responsabilidad de instancias de actuación que ya no con personas concretas, sino nuestro edificio político-social, una oscura y vaga palabra, pero que se puede concretar más. Esto significa pues, que la mayoría de los grandes problemas éticos que plantea la moderna civilización técnica se han vuelto cosa de política colectiva.[9]

Zúñiga Rodríguez, en su citada obra, considera que seguir sosteniendo la irresponsabilidad penal a las personas jurídicas constituye un gran retraso social, pues significa dotar de impunidad a los entes colectivos, gérmenes fundamentales de nuestro sistema social, y el sistema de impunidad individual de la dogmática penal no ofrece acertadas y adecuadas soluciones.

---

[8] Es importante observar, que la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha girado tradicionalmente sobre un círculo vicioso: sólo las acciones penales (entendidas como acciones personales) son objeto del juicio de culpabilidad y este juicio sólo se hace respecto a acciones penales. Indudablemente, un razonamiento que no salga de ese círculo vicioso, no puede llegar a otra solución que no sea la irresponsabilidad de las personas jurídicas. *Cfr.* Sobre este círculo vicioso, Lampe: "Verantwortumg und Verantwortlichkeit im Strafrecht". Citado por Zúñiga Rodríguez: *Ob. Cit.*, p. 224.

[9] Jonás: *Técnica, Medicina y Ética. La práctica del Principio de Responsabilidad*, Barcelona. Paidós 1997, p. 178.

1.3 *PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS PROPUESTAS DOCTRINARIAS PARA RESPONSABILIZAR A LAS PERSONAS JURÍDICAS*

Numerosos y muy autorizados autores apoyan la opción de construir un sistema de imputación sancionatorio (penal o administrativo) propio para responsabilizar a las personas jurídicas.[10]

Resalta dentro de este grupo la propuesta de Zúñiga Rodríguez, la cual que se fundamenta en las ideas siguientes:

1.- El mantenimiento del sistema dogmático de las personas naturales con sus garantías, porque flexibilizar este sistema puede tener efectos devastadores en el Derecho Penal existente y sus principios rectores. Además, este sistema sirve para perseguir a los sujetos individuales que se valgan de una persona jurídica para cometer delitos.

2.- La creación de un nuevo sistema paralelo de responsabilidad del propio sujeto colectivo, diseñado sólo para él.

3.- Establecer criterios de atribución sancionatorios para los entes colectivos con la garantías del sistema penal, que sirva para sancionarlas en lo penal o administrativo, según la importancia del bien jurídico y de las formas de ataque.

4.- La prevención debe estar dirigida hacia la propia empresa ideando clases de sanción intimidatorias para la propia organización a través de reglas de imputación claras.

5.- La existencia de un modelo paralelo de responsabilidad dirigido a la propia empresa facilita la distinción entre los ilícitos propios de la empresa y los de los sujetos individuales, pues se trata de injustos distintos.

[10] En Venezuela en la Ley Penal del Ambiente existe un sistema sancionatorio *sui generis* propio de las personas jurídicas paralelo a la responsabilidad penal de las personas naturales.

Así, la responsabilidad de la empresa no depende de la responsabilidad de determinados sujetos, que podrían actuar con eximentes, atenuantes, justificantes, etc.

7.- Se erradica la eventual vulneración al principio *non bis in ídem*, y la infracción del principio de culpabilidad personal, pues al tratarse de injustos diferentes, cada uno responde como sujeto jurídico que es, con su propia responsabilidad.

También desde **otros puntos de vista** que persiguen el mantenimiento del criterio dominante y tradicional del delito y de la pena, se ha propuesto la elaboración de nuevos conceptos de acción y de culpabilidad exclusivamente válidos para las personas jurídicas, al aplicar las reglas generales de la "coautoría" y de la "autoría mediata" para afirmar la existencia de capacidad de acción de las personas jurídicas. Por otro lado, en aplicación de los principios de la *actio libera in causa* y de los delitos "impropios de omisión", se ha afirmado la capacidad de culpabilidad propia de las personas jurídicas orientada en categorías sociales y jurídicas (Tiedemann). Asimismo, (Shünemann) ha propuesto establecer un nuevo criterio de legitimación para (sin alterar los principios del sistema de imputación del Derecho Penal individual) fundamentar la aplicación de una sanción a las personas jurídicas sin la existencia de culpabilidad. Otra de las propuestas de un sistema de responsabilidad penal específico para las personas jurídicas se ha fundamentado sobre principios de imputación elaborados a partir de las "características específicas de las personas jurídicas" (Heine).

2. JURISPRUDENCIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En el Derecho Comunitario se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas. En este sentido, para aplicar una sanción a la asociación **se exige que entre la empresa y la asociación exista una unidad empresarial**. Se trata del concepto de "unidad económica", que permite llevar a cabo una interpretación del concepto "asociación de empresas" en el que se debe comprobar que entre las empresas exista tal

unidad económica. En relación a este concepto son importantes las sentencias: Christiani & Nielsen de 18-6-1969, Farbstoffe de 24-07-1969, Continental Can de 09-12-1971, Zoja/ICI 14-12-1972, Hoffmann La Roche de 09-06-1976, Hugin/Liptons de 18-12-1977, Johnson & Johnson de 25-11-1980, Moet & Chandon de 27-11-1987, AEG de 06-01-1982 y Zinc Producer Group de 06-08-1984, entre otras.

Desde otra óptica, en **el Derecho Comunitario no se sanciona al autor individual que obra en nombre de una persona jurídica**, apartándose de la mayoría de los ordenamientos nacionales (Alemania, Francia, España, Holanda, Portugal) al no contener ninguna disposición sobre el actuar en nombre de otro. Tal exclusión conduce a reducir el efecto intimidatorio de la sanción, dado que son las personas naturales las que realizan y deciden la acción, pero es la persona jurídica la única en sufrir la sanción.

Sin embargo, un sistema como el establecido por el Derecho Comunitario tiene "un fuerte efecto preventivo indirecto", porque refuerza los controles internos de la empresa con la finalidad de evitar tales sanciones que pueden afectar a ésta.

En favor de la no responsabilidad de la persona física que actúa en nombre de la persona jurídica, se sostiene que se vulneraría el principio *non bis in ídem*, pues ello significaría un doble castigo por la misma acción.

En la exigencia de elemento subjetivo, **el Derecho Comunitario se aparta de los ordenamientos penales nacionales al equiparar el dolo y la culpa**. En este sentido, las sanciones serán aplicables cuando la acción se haya llevado a cabo "deliberadamente o por negligencia" como sostienen tanto la práctica de la Comisión como la jurisprudencia del Tribunal de la Comunidad Europea.

Como ejemplo de este criterio, es interesante resaltar algunas sentencias o decisiones importantes al respecto:

> 1) En el caso *Farbstoffe,* la Comisión consideró suficiente para aplicar la sanción comprobar que **la empresa supo o**

> **tuvo que saber** que tales comportamientos constituyen infracciones a la ley.
>
> 2) En el caso *Bayo-n-ox,* la Comisión consideró suficiente los siguientes argumentos: **La asociación tiene que haber sabido** que la obligación de proveer un 100% supone o podría suponer una limitación de la competencia.

Las últimas sentencias reproducen de manera sistemática la fórmula: la empresa ha actuado con dolo o, al menos, de forma negligente.

Se trata, pues, de la reiteración de la fórmula "supo o hubiera debido saber" en la que radica la diferencia entre el dolo y la culpa.

Al equiparar el dolo y la culpa puede incluso afirmarse que **es irrelevante para el Derecho Comunitario la exigencia del elemento subjetivo, atribuyéndole la responsabilidad objetiva a las personas jurídicas.**

3. INICIATIVA LEGISLATIVA EN EL DERECHO COMPARADO PARA RESPONSABILIZAR PENALMENTE A LAS PERSONAS JURÍDICAS

El Consejo de Europa recomienda a sus estados miembros la incorporación a sus ordenamientos nacionales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Valga por ejemplo la Resolución (77) 28 sobre la contribución del Derecho Penal a la protección del **medio ambiente** que sugiere en su párrafo segundo reexaminar los principios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para estudiar la introducción de ciertos casos de responsabilidad penal de las personas morales privadas o públicas.

También en el **Código Penal Tipo para Iberoamérica** se recomienda la inclusión de regulaciones concretas sobre el fenómeno de la criminalidad cometida por entes colectivos, y de la necesidad de tomar decisiones y medidas eficaces contra esta inocultable forma de criminalidad, proponiendo como sugerencia para el segundo encuentro de la Comi-

sión Redactora, la creación de un nuevo orden de imputación propio de las personas jurídicas.

En esta misma dirección se encuentra la última y más innovadora propuesta del Derecho Comunitario a través de la creación de un **Corpus Juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea,** el cual tiene como finalidad introducir disposiciones penales y procesales penales para la mejor protección del presupuesto comunitario.

La cuestión más relevante radica en que el *Corpus Juris* en la determinación de los sujetos de derecho establece en su artículo 14 la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas con carácter general, con independencia de la responsabilidad de sus representantes.

Esta responsabilidad directa es reflejo de la política comunitaria ya contenida en los artículos 85 y 86 del Tratado y de la Unión Europea, reafirmada por la práctica de la Comisión y la constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El artículo 14 establece lo siguiente:

Responsabilidad penal de las entidades colectivas:

> 1.- Serán igualmente responsables de las infracciones definidas con anterioridad (Arts. 1-8) las entidades colectivas que tuvieran personalidad jurídica, así como las que tuvieran la calidad de sujeto del derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando la infracción hubiera sido realizada por cuenta del ente colectivo por un órgano, un representante o cualquier persona que hubiera actuado en nombre propio o con un poder de decisión de derecho o de hecho.
>
> 2.- La responsabilidad penal de las entidades colectivas no excluirá la de las personas físicas, autores, inductores o cómplices de los mismos hechos.

De ser sancionado el *Corpus Juris* por el Parlamento europeo, esta disposición no sólo introduciría la responsabilidad penal de las personas jurídicas de forma directa para todos los estados miembros, sino que también incluiría la responsabilidad de las personas físicas que hubieran actuado en nombre de la personas jurídicas, y que se encuentra excluida en el marco del Derecho Comunitario hasta el presente.

Los códigos penales de **América Latina** siguen la tradición hispánica y se mantienen arraigados al principio *societas delinquere non potest*. Pese a esto, en gran parte de estos países se prevén sanciones contra las empresas a través de la legislación penal especial, leyes antimonopólicas, leyes de fraudes a los consumidores, contrabando, defraudación fiscal, **medio ambiente**, delitos monetarios, etc.

Ante esta evidencia, ha surgido la necesidad de un replanteamiento del principio *supra* citado que clama por el reconocimiento jurídico de un hecho real del Derecho Penal contemporáneo: la sancionabilidad de las empresas u organizaciones complejas.

En **Argentina**, la dogmática actual ha abandonado el sistema de imputación sobre bases causales, ónticas o naturales, aproximándose a un sistema de imputación normativo, en el cual las personas jurídicas podrían estar sometidas a la decisión normativa de atribución. Sobre estas consideraciones, el profesor Baigún ha ideado un modelo teórico de imputación, paralelo al de responsabilidad individual, adaptado a las características de las sociedades.

En **Colombia** se destaca la reciente sentencia de la Corte Constitucional (Nº C-320 de 1998) que establece que no hay razones constitucionales ni legales que impidan criminalizar determinadas conductas antijurídicas desarrolladas en el ámbito de las empresas o sociedades y, en consecuencia, las mismas pueden ser sujetos activos de los delitos contra los recursos naturales, previstos en el Código Penal.

A través de esta sentencia, se reabre la discusión del dogma *societas delinquere non potest* tan necesario en un país lamentablemente infiltrado por el narcotráfico y el terrorismo, cometidos por la criminalidad organizada.

El Código Penal francés y el proyecto de Código Penal de Guatemala establecen un doble orden de imputación: el específico para las personas físicas, que responde a la idea de injusto personal y el principio de culpabilidad y otro orden, propio de las personas jurídicas, que responde a otros principios de imputación prevalentemente objetivo.

El **Reino Unido** constituye uno de los modelos de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas más antiguo en Europa en el que la idea de la empresa como sujeto del Derecho Penal está muy bien afianzada.

La doctrina judicial de la identificación *doctrine of identification* ha sido la evolución más significativa. Se basa en el reconocimiento de que toda empresa funciona en la medida en que personas físicas actúen y controlen de forma directa las actividades de la misma, y éstas pueden ser consideradas como su *alter ego*. Por tanto, todo hecho cometido por dichas personas (incluido cualquier delito de carácter penal) podrá ser imputado como propio de la empresa.

No obstante, algunos autores tienen sus dudas sobre la efectividad de dicha responsabilidad, toda vez que las sanciones son de carácter económico y pueden ser calculadas como parte de los gastos de la empresa.

Figura como partidario de esta postura Bajo Fernández cuando expresó:

> También puede parecer chusco que se hayan opuesto los sistemas anglosajón y continental, aquél admitiendo y éste negando la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, cuando una observación práctica nos conduce al resultado de que en ambos sistemas las personas jurídicas sufren las mismas sanciones. En el anglosajón, pese a la responsabilidad criminal, la propia naturaleza de las cosas obliga a limitar las penas a imponer a aquellas que, por su naturaleza, sean aplicables a los entes colectivos. De este modo, no se les priva de libertad recluyéndolas en un establecimiento penitenciario, ni se les priva del derecho de sufragio o del permiso de conducir, sino que se imponen penas de multas, disolución, privaciones de derechos, etc. En el continental, donde la persona jurídica es criminal-

> mente irresponsable, sufre, sin embargo, los mismos castigos de multa, disolución, privaciones de derecho, etcétera, por la vía de las sanciones administrativas. Sin embargo, no implica ninguna burla la declaración de la vigencia de *societas delinquere non potest*, porque encierra un valor político de importancia, ya que entraña reafirmar también la vigencia de los principios de culpabilidad y de responsabilidad de las penas.[11]

Existe además extensa jurisprudencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y numerosas leyes que la establecen. Uno de los ejemplos más recientes es la ley Natural Heritage (Scotland) (27-06-1991) que trata sobre la protección del **medio ambiente** y la naturaleza, que prevé preceptos de carácter penal referidos al uso indebido de aguas para riego y contravenciones sobre las ordenanzas relativas a la sequía. Además, se establece la responsabilidad penal de los directivos o altos empleados de las empresas, si el delito fuera cometido con su consentimiento.

Alemania no acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas debido a la vigencia y reconocimiento con rango constitucional del principio de culpabilidad. Sin embargo, ello no obstaculiza que se reconozca la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.[12]

Ahora bien, ¿será factible en Venezuela imputar un hecho punible a las personas jurídicas aplicando la legislación vigente? Si acudimos a las previsiones del Código Penal, en principio sólo las personas físicas pueden ser responsables penalmente. En consecuencia, las personas jurídicas o entes jurídicos complejos no son susceptibles de ser sometidos al control penal y, por tanto, no pueden tener responsabilidad penal. En este sentido, se entiende que en nuestro Derecho Penal rige la máxima: *societas delinquere non potest* y, desde una perspectiva de *lege lata*, las personas jurídicas no se encuentran sometidas al Derecho Penal.

---

[11] Bajo Fernández, F. citado por Angulo Fontiveros: *Ob. Cit.* 55.
[12] Criterio compartido por Tiedemann, Klaus: *Lecciones de Derecho Penal Económico*. (Comunitario, español, alemán) PPU. Barcelona 1993, p. 232 ss.

4. JURISPRUDENCIA NACIONAL EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS JURÍDICAS

La decisión N° 240, dictada por la Sala de Casación Penal del 29 de febrero de 2000 con ponencia del Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros (Caso Procter & Gamble), si bien no trata de manera específica el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resalta entre varios de los aspectos analizados la importancia de una adecuada interpretación (desde el punto de vista literal o gramatical y teleológico) de la ley penal, así como la ampliación de la noción de sujeto pasivo, que aunque circunscrito a un delito en particular (difamación), es muy clarificadora al expresar: **la tutela penal abarca a todas las personas, ya sean éstas naturales y jurídicas, y para ello utilizó los términos "el que", "quien", "quienquiera", "el individuo", "la persona" y otros.**

La interpretación dada en esta decisión a la noción de sujeto pasivo (siempre y cuando por su propia naturaleza tenga la capacidad legal para ser titular del bien jurídico que se trate), **podría ser objeto de análisis y reflexión por nuestros juzgadores y trasladarla en relación con la noción de sujeto activo** en la comisión de delitos, en su totalidad "impunes" por la concepción restrictiva del Derecho Penal clásico basada única y exclusivamente en la responsabilidad penal de las personas naturales.

El cambio de paradigma basado en la responsabilidad criminal de las personas jurídicas patentiza la necesidad de que también en nuestra legislación sea revisado el principio tradicional *societas delinquere non potest*.

La dogmática criminal debe ser el vehículo y no el obstáculo para prevenir y sancionar nuevas formas de criminalidad, como lo constituyen (según ya se ha dicho con reiteración) los delitos cometidos por las personas jurídicas.

En Venezuela y aun en la mayoría de las legislaciones, las razones de política criminal que justifican la sanción penal a las personas jurídicas se encuentran todavía enfrentadas a los conceptos clásicos de la dogmática penal.

Ante esta situación (y mientras no se incorpore una reforma legislativa), queda en manos de nuestros jueces penales la debida interpretación de las leyes vigentes y de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Venezuela para impedir que las personas jurídicas sigan ocasionando grandes perjuicios a los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal.

De igual manera, en este contexto si se consideran las decisiones (708 de 2001 y 3.157 de 2002) de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia relacionadas con el derecho a la **tutela judicial efectiva** hasta la presente fecha pudiera aseverarse la existencia de un estado de "impunidad absoluta" respecto a la actividad ilícita que despliegan las empresas. Lamentablemente en nuestro país no se determinó en el orden legal dicha responsabilidad, y tampoco nuestros juzgadores han aplicado de manera efectiva las sanciones que sí prevé una ley especial: la Ley Penal del Ambiente.

Es en este último aspecto en el que cobra importancia el ejercicio (por parte de todo ciudadano) del derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende como uno de sus elevados fines "**el derecho a que cumplidos los requisitos legales, los órganos judiciales conozcan el fondo de sus pretensiones**" y que resulta determinante para la eficacia de un verdadero sistema judicial.

Resulta una realidad inocultable que **en nuestro sistema judicial penal, cuya competencia está reservada a los jueces penales ordinarios, no se han dictaminado pronunciamientos de fondo en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas** y, por ende, no se le han aplicado las sanciones previstas en la ya mencionada ley especial, por lo que podría afirmarse que la implementación de esas sanciones en nuestra legislación ha resultado ineficaz para combatir tal reciente forma de criminalidad.

5. CONCLUSIONES

5.1 *El sistema basado en responsabilidad individual está en crisis* y no resuelve los problemas que se suscitan en la denominada "criminali-

dad de empresa". En la actualidad la realidad de las modernas sociedades industriales demuestran de una manera creciente que los actos con relevancia penal no son cometidos sólo por personas particulares, sino por estructuras organizativas complejas o corporaciones.

5.2 *El principio societas delinquere non potest ya no tiene una vigencia absoluta en el Derecho Penal Comparado Moderno ni en nuestra legislación penal venezolana*, a pesar de que la doctrina mayoritaria se aferra a ello. De lo que se colige la necesaria revisión del mencionado principio, no sólo desde el punto de vista negativo, en el sentido de lo que "no resuelve" a través de la óptica político-criminal para prevenir la delincuencia realizada en el seno de organizaciones complejas, sino también desde el punto de vista positivo en el sentido de que "resuelve mal" de la coherencia sistemática del ordenamiento jurídico en su aparato sancionador.

Se asume pues la necesidad dogmática y político-criminal de construir un sistema de imputación penal para las personas jurídicas.

5.3 *La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la punibilidad de las personas naturales responsables*. Ambas responsabilidades (la del individuo y de las personas jurídicas) caminan una junto a la otra.

6. No existe una tutela judicial efectiva en materia penal a pesar de que tenemos una Ley Penal Ambiental que establece sanciones a las personas jurídicas. Los órganos judiciales no conocen el fondo de las pretensiones y ello se debe a multiplicidad de factores, entre los que se pueden enunciar, el cúmulo de casos manejados por los jueces penales ordinarios y por los fiscales del Ministerio Público, quienes ejercen la acción penal en nombre del Estado.

7. La concepción clásica de la noción de las personas naturales como sujetos de derechos y obligaciones es la que **rige en nuestra legislación venezolana,** y originó el establecimiento de sanciones administrativas para eludir la problemática relacionada con la capacidad de acción y culpabilidad de las personas jurídicas.

Existe una dificultad para establecer la relación de causalidad en los delitos cometidos por las personas jurídicas en general: la autoría es raramente identificada al momento del daño, debido a que es muy frecuente la pluralidad de partícipes.

Se sugiere el ensanchamiento del círculo de personas naturales cuyo comportamiento es imputable por encima de sus órganos, y que resulta muy adecuado debido a la compleja estructura que pueden revestir las personas jurídicas. Esto contribuiría a una disminución de la impunidad, por ejemplo, personas a las que se les confían especiales tareas de dirección, vigilancia o control, como lo constituye un gerente medio. Asimismo, se trata de un planteamiento que resulta más ajustado a la denominada estructura organizativa descentralizada de la empresa moderna.

6. REFLEXIONES FINALES EN TORNO AL ESTABLECIMIENTO EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

6.1 Incluyen a las personas jurídicas como sujetos de Derecho.

El Derecho se ocupa de las relaciones entre los sujetos y la noción de sujeto de Derecho es un concepto superior que constituye el punto de partida para el planteamiento de cualquier cambio de paradigma en el ámbito jurídico penal. Además, determina todos los conceptos manejados por la teoría del delito y proporciona una solución que establecería los nuevos linderos del Derecho Penal.

6.2 Se propone un sistema de imputación paralelo: el de la responsabilidad individual y el de las personas jurídicas

Se propone un doble sistema de imputación: a) mantener el de la responsabilidad individual para sancionar a los sujetos que se aprovechen de la cobertura de la empresa para realizar delitos; b) diseñar un sistema de imputación análogo para las personas, similar al ya existente en la Unión Europea para la libre competencia, en el caso que se presente un injusto de la empresa misma, es decir, que produzca un daño social evitable y que ésta sea imputable a toda la organización. Así se logran

dos objetivos: primero, responder a las demandas político-criminales de persecución eficaz a la criminalidad de empresas; y segundo, plantear una respuesta económica sin desbordar las garantías del sistema de responsabilidad penal que hoy conocemos para las personas individuales, sino más bien construyendo un sistema paralelo que también respete las garantías de imputación penal para las personas jurídicas.

7. IMPONE A LAS PERSONAS JURÍDICAS SANCIONES PENALES APROPIADAS COMO *ÚLTIMA RATIO* Y EN PROPORCIÓN CON EL DAÑO SOCIAL CAUSADO

Se adecuan las sanciones penales a la naturaleza de las personas jurídicas. En este sentido, resultan de gran utilidad la implementación de sanciones severas como: la pérdida de beneficios fiscales, la prohibición de contratar con el Estado, la eliminación de subvenciones estatales o la exclusión de obtener las ventajas de agrupaciones de países de la región, tales como Mercado Común del Sur "Suramérica" (MERCOSUR), Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), por nombrar sólo unas. Con la implementación de estas sanciones se introducen nuevas consecuencias jurídicas orientadas preventivamente a conjurar la peligrosidad de las personas jurídicas y que conlleva a una modificación substancial del concepto tradicional de la pena.

8. IMPLEMENTA LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA ÚNICAMENTE PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

Crea un sistema de imputación para el propio ente, independiente y paralelo al de las personas naturales que las integran, como una excepción al principio de culpabilidad. De esta forma, el legislador penal eliminaría los problemas dogmáticos para adaptarlos a la realidad.

En efecto, estipula en su artículo 4:

> **Principio de culpabilidad.** No hay delito ni pena sin culpabilidad. Nadie podrá ser castigado por un hecho tipificado en la ley como delito si no es imputable y culpable. La excepción a este principio la constituyen las personas jurídicas, pues siem-

> pre responderán por el eventual daño causado y a título de responsabilidad penal objetiva (negrillas del original).

En definitiva, criminaliza la actividad lesiva de estos entes, incapaces de actuación culpable, de acrecentados efectos dañosos, hasta ahora impunes y que constituyen signos de nuestros tiempos.

Mantiene pues el sistema de responsabilidad individual con base en el tradicional principio de culpabilidad, impedido de ofrecer una acertada y adecuada respuesta al problema de punición de estas complejas organizaciones.

Así mismo, en la Ley de Diversidad Biológica, publicada el 24 de mayo de 2000 en *Gaceta Oficial* Número Extraordinario 5.468, se establece de manera expresa el principio "el que contamina, paga", lo que podría configurar la consagración en nuestra legislación venezolana de una forma de responsabilidad objetiva o por el resultado, que se perfecciona cuando un individuo es susceptible de ser sancionado de manera independiente de que haya querido o previsto el acto antijurídico y que se trata de un concepto construido a partir de un enfoque antropocéntrico, pues requiere al individuo como polo neurálgico.

No obstante, la autora considera que la implementación de este tipo de responsabilidad debe ser únicamente en el ámbito de las personas jurídicas, en la que el eje es el producto social (organización compuesta, sociedad o corporación) y no el hombre. Por tanto, la responsabilidad no se asienta en éste, sino en aquélla.

En tal sentido, el legislador y los jueces penales a través de la interpretación jurisprudencial deben fijar bajo qué supuestos una persona jurídica u organización es responsable en el orden jurídico-penal, por lo que se considera conveniente (desde el punto de vista de la política criminal) el establecimiento de reglas claras para disminuir las graves perturbaciones de aquellas infracciones cometidas por organizaciones complejas.

El anteproyecto Angulo Fontiveros: Observaciones críticas

Alberto ARTEAGA SÁNCHEZ*

SUMARIO:

1. **Consideraciones generales. La necesidad de la reforma penal.**
2. **Las críticas al Anteproyecto presentado por el Doctor Alejandro Angulo Fontiveros: 2.1** *El tratamiento de la parte general del Código Penal.* **2.1** *El tratamiento de la parte especial. El sesgo ideológico y político.* **2.3** *El sesgo ético del anteproyecto.*

Conclusión

* **Universidad Central de Venezuela,** *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Decano Emérito.

1. CONSIDERACIONES GENERALES. LA NECESIDAD DE LA REFORMA PENAL

A comienzos del año 2004, ha conocido la luz pública un Anteproyecto de Reforma del Código Penal Venezolano, cuyo autor y promotor es el Doctor Alejandro Angulo Fontiveros, acompañado de un grupo de abogados entre los cuales figuran José Luis Tamayo, Mónica Fernández, Miguel Villarroel y Gladys Hernández.

Este Anteproyecto, en la medida en que se constituye como una aportación al proceso de reforma de la legislación penal, debe ser acogido con beneplácito, ante la imperiosa necesidad de impulsar una nueva ley penal que sustituya al viejo, maltrecho, deshilachado y noble Código Penal de 1926, inspirado en las ideas liberales del Código de Zanardelli de 1889, sobre todo en su Parte Especial y en disposiciones del Código Penal Español de 1850, en su Parte General, sobre la base del modelo francés de 1810, a los inicios de la codificación penal moderna, que recogió la reacción contra el absolutismo y dio a luz dispositivos penales garantistas que sentaron las bases de un derecho penal estructurado sobre el principio de legalidad, exigencias culpabilistas y tipos delictivos a través de los cuales se pretende sancionar, fundamentalmente, hechos que afectan o ponen en peligro bienes individuales, con escasa consideración a los intereses colectivos.

El Código Penal Venezolano vigente aparece así como desfasado de la realidad, divorciado de las exigencias de un Estado social y democrático de derecho, fuera del contexto de la normativa internacional que rige la materia de los derechos humanos y, por fuerza de las modificaciones impulsadas por otras leyes, complementado por un sinnúmero de instrumentos legales colaterales que han llenado, sobrepasado y multiplicado los tipos penales, en una maraña legislativa que nadie conoce y con dispositivos que derogan, contradicen, exceden o ignoran las normas generales y especiales del mausoleo penal que recobra vida con su precaria aplicación a la distorsionada realidad criminal venezolana.

Ante esta realidad, cabe afirmar de manera rotunda la necesidad de reformar o rehacer la ley más importante después de la Constitución, lo

cual constituye una delicada y compleja tarea, por los intereses en juego, por las materias que deben ser reguladas y por la naturaleza de las sanciones que, básicamente, afectan el bien de la libertad personal.

Hasta el presente todos los intentos de reformar el Código Penal han sido infructuosos, contándose alrededor de nueve proyectos que no tuvieron el apoyo legislativo, ni la voluntad política para hacerlos leyes vigentes.[1]

Tan sólo improvisadas reformas parciales han podido concretarse después de la entrada en vigencia del Código Penal de 1926, en los años 1964 y 2000, obedeciendo a circunstancias del momento, en el cual actores de la política han visto en la amenaza de sanciones penales una aparente vía para resolver problemas sociales o atender coyunturas del acontecer nacional.

En mi opinión, la reforma del Código Penal debe ser el producto de la más seria reflexión por parte de especialistas, desprovistos de prejuicios, ajenos a la satisfacción de intereses políticos, libres de posiciones inflexibles doctrinarias y expresión de la más amplia consulta a la ciudadanía y, en particular, a los operadores del derecho, con el fin de oír opiniones y confrontarlas en orden a la presentación de un texto que, en definitiva, pueda ser sometido al órgano legislativo.

En el plano general de la metodología de trabajo y de la técnica legislativa estimo que el nuevo Código Penal debe ser un instrumento manejable, que no contenga demasiados artículos; debe escapar a la tentación

[1] Entre los proyectos de reforma del Código Penal cabe mencionar: El Proyecto Chiossone de 1938; el Proyecto Mendoza de 1944; el Proyecto de la Comisión Codificadora Nacional de 1947; el Proyecto Jiménez de Asúa, Mendoza y Méndez, de 1948; el Proyecto del Instituto de Codificación y Jurisprudencia de 1955 (Ponencia del Doctor Tulio Chiossone); el Proyecto del Instituto de Codificación y Jurisprudencia de 1961 (Ardila, Tamayo Medina); el Anteproyecto de 1967 (Jiménez de Asúa y José Agustín Méndez); y el Proyecto de 1969 (Ascanio J.; Marín Gómez, O.; Tamayo, J.M.). En 1974, el Congreso designó una comisión integrada por los doctores José Miguel Tamayo y Jorge Sosa Chacín, para la elaboración de un nuevo proyecto de Código Penal. En el mes de marzo de 1976, la comisión designada remitió al Congreso el Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Penal con la correspondiente Exposición de Motivos (sobre el Libro Primero del Código Penal). En el año 1983 esta misma comisión, después de diversas revisiones, envió al Congreso el texto completo, parte general y especial, de la Reforma del Código Penal.

de pretender resolver, por la vía legislativa, discusiones doctrinarias; debe evitar el casuismo o la ejemplificación que sólo consigue sembrar dudas y multiplicar las lagunas; y mantenerse alejado del peligro de las definiciones que, en definitiva, nada aclaran y contribuyen a confundir y hacer perecedero el instrumento legal.

Además en especial, el nuevo Código debe esmerarse por conservar dispositivos de arraigada tradición entre nosotros, cuyo contenido sigue vigente, cuyas fórmulas no deben ser alteradas; y debe tenerse sumo cuidado en no ser prolijos en el lenguaje, en aras de la sencillez y de la claridad de las normas.

Finalmente, entre estas consideraciones generales que se orientan hacia el contenido del nuevo Código, en aras de producir un instrumento legal de efectiva vigencia, estimo que debe eliminarse, de una vez por todas, el inútil Libro III, De las Faltas, demostrada su inaplicación en el sistema penal ordinario, para propiciar la promulgación de un Código de Faltas en manos de la jurisdicción de paz, lo que permitirá acercar la justicia penal a la comunidad.

2. LAS CRÍTICAS AL ANTEPROYECTO PRESENTADO POR EL DOCTOR ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS

Dejando a un lado aspectos positivos del Anteproyecto presentado, tanto en la parte general, como en la parte especial, me referiré a las cuestiones que considero objetables desde el punto de vista técnico-jurídico o desde la perspectiva del tratamiento de temas que tocan exigencias éticas, concepciones ideológicas o asuntos de política criminal.

2.1 *EL TRATAMIENTO DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL*

Como observación general a las normas del Anteproyecto, contenidas en el Libro I, en relación a los principios que rigen el Derecho Penal y que hacen referencia a la teoría del delito, a las condiciones para determinar la responsabilidad penal y a la teoría de la pena, considero que el texto propuesto, si bien procura ajustarse a postulados de la ciencia

penal moderna, acorde con un derecho penal garantista, se impone señalar que, de una parte, se pronuncia por determinadas posiciones teóricas, resuelve discusiones abiertas en doctrina, como el caso del tratamiento del error y sus consecuencias, acogiendo por lo demás una clasificación superada como la del error de hecho y de derecho; asume tesis insostenibles, como la consideración como inimputables de los indígenas, equiparándolos a los enfermos mentales o la de la inimputabilidad de los adolescentes, sometidos hoy a un régimen de responsabilidad penal que se fundamenta en su culpabilidad, la cual supone capacidad penal. Y ésta, cuando es excluida, hace que también se excluyan las posibles sanciones aplicables a quienes han cumplido 12 años.

Es necesario, entonces, revisar estos dispositivos de la parte general, reducir las definiciones, eliminar la pretensión de poner fin a polémicas doctrinarias, salvo en aquellos asuntos en que sea, en verdad, pacífica la doctrina; y prescindir de soluciones que hoy no pueden ser compartidas a la luz de la Constitución y de un moderno Código Penal.

2.2 *EL TRATAMIENTO DE LA PARTE ESPECIAL. EL SESGO IDEOLÓGICO Y POLÍTICO*

La lectura del Libro II del Anteproyecto, en su enunciado de los delitos y las penas, en el orden o secuencia que se propone y en el análisis de los tipos concretos, sin mayores esfuerzos o lucubraciones, claramente nos muestra la orientación ideológica y el sesgo político del texto que se propone.

El enunciado de los tipos delictivos comienza –en el Capítulo I– con los delitos de **Traición y otros Delitos contra el Estado,** formando parte del Título I, **Delitos contra la Independencia y Seguridad del Estado**.

Por lo demás, en la Exposición de Motivos se justifica –sin ambages– la prioridad de la materia al señalar: “El tratar en primer término los Delitos contra la Independencia y Seguridad del Estado, se hace tomando en cuenta que la estabilidad del Estado democrático es condición esencial y básica para la normal y adecuada garantía de los derechos humanos y para su correcto ejercicio: *salus patriae*, *prima lex* (la salud de la Patria es la ley primera”).

Queda claro, entonces, que la orientación del Anteproyecto no es otra que la que responde precisamente a la denominada tesis de la Razón de Estado, por la cual *Salus Reipublicae suprema lex,* esto es, el interés de Estado es la ley suprema o el fin supremo, supeditándose a ello los derechos ciudadanos. Esta posición se encuentra en abierta colisión con las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho que concibe al Estado, no como un fin, sino como un medio para garantizar y preservar los derechos ciudadanos.

No es de extrañar, entonces, en esta concepción, no sólo la prioridad de los delitos contra el Estado y los Poderes Públicos, sino la sobrevalorización de la función pública y de sus titulares, revestidos así de la "majestad del poder público", considerándose hechos graves delictivos las ofensas a quienes desempeñan cargos en el Estado, protegidos contra cualquier crítica o censura de los ciudadanos con la amenaza de penas privativas de libertad.

De la misma manera, a esta ideología responde asimismo el tratamiento de los delitos políticos en el Anteproyecto, el cual se esmera en el incremento de los casos o ejemplos de rebelión; en la previsión del nuevo delito de sedición con hipótesis inaceptables por violatorias del principio de legalidad en razón de su vaguedad e imprecisión; y por el mantenimiento de figuras delictivas que no se justifican en un sistema de libertades.

Para ilustrar lo dicho con ejemplos, cabe hacer referencia: 1) a la nueva consagración de los delitos de desacato, agrupados en el Capítulo IV del Título I, según las cuales se sancionan con penas aumentadas en relación al Código vigente las ofensas o las agresiones contra altos funcionarios públicos; 2) a los nuevos supuestos de rebelión que consideran como tal la conducta de quienes se alcen públicamente en actitud hostil, no sólo para deponer al Gobierno legítimamente constituido o impedirle tomar posesión del mando, como lo expresa el Código vigente, sino "para impedir o coartar, aunque sea breve o temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales..." y que califican como rebeldes a los que sustraigan a cualquier parte de la Fuerza Armada Nacional a la obediencia del **Gobierno** (sic)

"(artículo 190), en franca alusión a los hechos que ocurrieron en Venezuela en abril de 2002 y en fechas subsiguientes; 3) y a los incorporados casos del nuevo delito de sedición, bajo cuyo título se castiga con prisión de 2 a 6 años a los que ejercen "algún acto de hostilidad u odio o de venganza en la persona, familia o bienes de alguna autoridad o de los funcionarios o ataquen 'a los funcionarios que intentan detener a cualquier persona o que conduzcan presos o detenidos' o traten de liberar a éstos" (artículo 193, numerales 6 y 8).

No puede, por lo demás, dejarse de mencionar el dispositivo contenido en el artículo 192, según el cual se sanciona, en fórmula lesiva al principio de legalidad por su vaguedad y contrariedad a la exigencia de tipicidad, el delito de instigación a la rebelión o a la guerra civil que impone prisión de 4 a 8 años a quien públicamente o por un medio de comunicación social incita al pueblo venezolano o a la Fuerza Armada Nacional a **"desconocer el régimen de justicia, derecho, democracia y libertades públicas consagrado en la Constitución";** previéndose, asimismo, que si no se conoce a los autores, se aplica lo dispuesto en el artículo 270, norma que, en definitiva, sanciona por la vía de la responsabilidad objetiva y por el hecho de otro a los directores de los medios de comunicación social.

Finalmente, no puede dejar de señalarse, como expresión de sesgo ideológico y marca revolucionaria bolivariana, la inclusión, entre los delitos de traición a la Patria, de las ofensas a la dignidad de un embajador extranjero u ofensas a la sede diplomática o consular (artículo 186), tipo delictivo que nada tiene que ver con el bien jurídico allí protegido; y el último Capítulo del Libro II, que remata el enunciado de los hechos delictivos con la descripción de los "Delitos contra el Libertador y los Símbolos Patrios" sancionando como difamación e injuria contra su memoria, el irrespeto, ultraje o menosprecio a su nombre, efigie o títulos de Libertador y Padre de la Patria (artículo 986 y siguientes)

2.3 *EL SESGO ÉTICO DEL ANTEPROYECTO*

Además de reparos técnico-jurídicos y políticos, la propuesta de reforma del Código Penal enfrenta graves cuestionamientos por las solucio-

nes que adopta en asuntos que tienen que ver con el valor supremo de la vida, al optar por la legalización del aborto y de la eutanasia.

En estas materias, en las que se mueven posiciones irreconciliables entrelazadas por creencias religiosas, posiciones éticas y conflictos jurídicos, no se puede pretender imponer, a rajatabla, como lo hace el Anteproyecto, la concepción pretendidamente liberal del aborto libre (artículo 243) y de la eutanasia directa (artículo 217).

Encontrándose en juego la vida, bien supremo declarado inviolable por la Constitución (artículo 43) resulta cuesta arriba la defensa del aborto y su legalización, así como liquidar de un plumazo todas las disposiciones que imponen no propiciar la muerte directa de quien concluya su proceso vital como deber de los médicos y el respeto a la vida, aun en fase de conclusión (artículo 80 del Código de Deontología Médica), [2] no pudiendo aceptarse, sin más, un pretendido derecho a morir o a disponer de la propia vida lo cual, a mi juicio no se da, siendo la vida un bien indisponible, excluida por la ley la posibilidad de donar órganos de los cuales ella depende y sancionándose a quien induce a otro a que se suicide. Por lo tanto, no puede decirse que sea indiferente ante nuestro ordenamiento jurídico disponer de la propia vida, ya que si así fuera, no se sancionaría a quien induce a que otro se quite la vida.

La vida existe desde el momento de la concepción y, como tal, debe ser protegida por el derecho penal, debiendo sancionarse a quien atenta contra ella, sin que se justifique la eliminación de un ser inocente que a nadie ha agredido y cuya muerte no puede considerarse lícita por pretendidas razones eugenésicas, sociales, económicas o por agresiones sufridas por la madre. En todo caso, los problemas que subyacen o acompañan a tales razones no pueden ser enfrentados recurriendo al sacrificio de vidas inocentes, ni a los atropellos padecidos cabe añadir nuevos atropellos. Así, como no hay justificación alguna para defender y apli-

[2] **Artículo 80.-** Es obligación fundamental del médico el alivio del sufrimiento humano. No puede, en ninguna circunstancia, provocar deliberadamente la muerte del enfermo, aun cuando éste o sus familiares lo soliciten.

car la pena de muerte, aunque nos encontremos ante crímenes atroces, **a fortiori**, ante seres inocentes, no cabe desconocer su derecho a vivir.

Por lo demás, los casos extremos que suelen exponerse y que plantean el dramatismo o la crudeza de situaciones que pueden conducir a un aborto, cuya sanción no debería darse, perfectamente se resuelven sin justificar el hecho, recurriendo a causales que excluyen la culpabilidad del agente, como ocurre en el aborto terapéutico –para salvar la vida de la madre– o en otras situaciones ubicadas en el límite, en las que no es exigible otra conducta, en razón de un estado de necesidad.

Y en relación a la eutanasia, ésta, a mi juicio, entendida como conducta activa u omisiva, dirigida a poner fin a una vida de enfermos graves, por razones de piedad y para aliviar los sufrimientos que se padecen, debe ser rechazada y castigada como homicidio, aun con el consentimiento del paciente.

Sin embargo, no se califica como tal –aunque algunos no logran comprender la diferencia– la conducta orientada a garantizar la muerte digna y en paz de una persona, en la etapa terminal de su vida, con alivio de sus sufrimientos y sin la utilización de medidas extraordinarias o desproporcionadas (ortotanasia), sin recurrir a la prolongación artificial del proceso de la muerte o a prácticas de encarnizamiento terapéutico (distanasia), a las cuales, de manera clara, no están obligados los médicos, a tenor de lo que dispone el artículo 28 de la Ley de Ejercicio de la Medicina.[3]

Por lo demás, temas como éstos, de la eutanasia y del aborto –como lo han señalado algunos– deberían ser sometidos a la consulta popular, vía referéndum, para que no queden en el ámbito de la discusión doctrinaria de especialistas, juristas o legisladores.

[3] **Artículo 28.-** El médico que atienda a enfermos irrecuperables no está obligado al empleo de medidas extraordinarias de mantenimiento artificial de la vida. En estos casos, de ser posible, oirá la opinión de otro u otros profesionales de la medicina. El Reglamento desarrollará el contenido de esta disposición.

CONCLUSIÓN

Las anteriores son simples reflexiones de un aficionado a la materia penalística sobre el texto de un Anteproyecto de Código Penal, cuya orientación no comparto, aunque aprecio el trabajo realizado, el cual, en el marco de una sociedad pluralista y con el más respetuoso apego a un sistema de libertades, debe ser discutido y revisado, a los fines de hacer posible un texto que recoja las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, en cuyo centro se coloca la dignidad del ser humano, valor fundamental en un nuevo Código Penal, el más importante instrumento legal después de la Constitución.

Perspectivas de la teoría del delito en Venezuela

Alegría Lilian BELILTY BENGUIGUI*

SUMARIO:

Introducción

1. **La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**
2. **El Código Penal vigente.**
3. **Leyes penales especiales.**
4. **Perspectivas de la reforma del Código Penal.**
5. **Del anteproyecto de reforma.**
6. **De las especies delictivas.**
7. **Otros aspectos.**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. **Universidad Central de Venezuela**, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Mención Honorífica. Profesora de Derecho Penal. **Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas**, *Corte de Apelaciones*, Juez de la Sala Nº 10.

INTRODUCCIÓN

La reforma del Código Penal, requiere el estudio de planteamientos multidisciplinarios e interdisciplinarios que refleje una realidad integral-autóctona, y atienda a soluciones con miras a lograr seguridad jurídica, que reduzca la violencia, logre el equilibrio entre derechos de la víctima, el victimario y la sociedad, y en definitiva, que atienda a la paz social para vencer las antinomias entre legalidad y política criminal.

Es indudable que las leyes penales cambian con el tiempo, incluso algunas conductas adquieren o pierden el carácter de punible. Esta sucesión de leyes, debería ser producto del consenso de los integrantes de la sociedad, más que del poder del Estado o grupos de presión.

Sin embargo, ello no ha sido así, la experiencia vivida hasta el presente, se ha caracterizado por la tipificación indiscriminada de conductas, cuya consecuencia ha sido la de un derecho penal, hiperinflacionario, hipertrofiado, casuístico e ineficaz.

Ello necesariamente nos conduce a vislumbrar el futuro del derecho penal, hacia la perspectiva de la política criminal alternativa, basada en el cumplimiento de los principios constitucionales que permita el desarrollo de la igualdad, la justicia; en definitiva, formas de vida en sociedad más humana.

En virtud de lo cual, analizaremos brevemente, sin ánimos de pretender ser futurista, las perspectivas de la teoría del delito, con cara al siglo XXI, partiendo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, del Código Penal vigente y del Anteproyecto del Código Penal propuesto por el Magistrado de la Sala de Casación Penal, Doctor Alejandro Angulo Fontiveros.

1. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es promulgada en 1999 y marca el inicio del siglo XXI en nuestro país; la llamada "Nueva Era de Venezuela", primero con el cambio de denominación de

República Bolivariana de Venezuela; cuyo preámbulo consagra entre otros aspectos:

> Con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para ésta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad.

El artículo 2, expresa la forma de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia (artículo 2); contiene varias disposiciones referentes a los principios, delitos y penas, que de seguidas brevemente, procedemos a indicar:

– *En cuanto a los principios:*

En cuanto a los principios relacionados con los derechos humanos, establece entre otros aspectos, la garantía a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, del goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos previstos en la misma, en los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y en las leyes que los desarrollen y que la falta de ley reglamentaria de estos derechos no se menoscaba el ejercicio de los mismos (artículos 19 y 22).

Asimismo, consagra el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las

demás y del orden público y social. (Artículo 20) y de dignidad humana (artículo 46).

Igualmente, estatuye los principios previstos en las precedentes constituciones, como son el principio del debido proceso (artículo 49); de igualdad ante la ley (artículo 21); de irretroactividad de la Ley, salvo *favor rei* (artículo 24); de legalidad (artículo 49, numeral 6º); de defensa (artículo 44, numeral 2º, 49, numerales 1º, 5º); de presunción de inocencia (artículo 49, numeral 2º); de Juez natural (artículo 49, numeral 3º); de respeto a la vida e integridad física (artículo 43); de cosa juzgada (artículo 49, numeral 7º); de libertad (artículo 44, numeral 1º, 43, numeral 5º) y, el derecho de acceso a la justicia (artículo 26).

También, consagra el derecho de ampararse ante la violación o amenaza de garantías constitucionales (artículo 27); el derecho de acceso a informaciones o datos sobre sus bienes que consten en registros oficiales o privados –*hábeas data*– (artículo 28); el derecho de respeto de las comunicaciones (artículo 48); el derecho de petición (artículo 51); el derecho de asociación lícita (artículos 52 y 53); el derecho de protección por parte del Estado (artículo 55, encabezamiento); el derecho a la participación por parte de los ciudadanos en programas destinados a prevención, seguridad ciudadana y administración de emergencias (artículo 55, primera parte); el derecho a la libertad de expresión, sin restricciones, salvo anonimato, propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o que promuevan la intolerancia religiosa (artículo 57); la libertad de culto irrestricto (Artículo 59); el derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación y limitación de la informática a tales fines (artículo 60); la solución de conflictos por medio de árbitros (artículo 258); la inmunidad parlamentaria (artículo 200), del defensor del pueblo (artículo 282).

Asimismo, establece la prohibición de extradición de venezolanos (artículo 69), no así la de los extranjeros por los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos (artículo 271).

– *En cuanto a los delitos:*

En cuanto a los delitos, expresa entre otros aspectos lo siguiente:

Refiere entre otros, la responsabilidad por actos atentatorios contra la vida (artículo 43); contra la libertad (artículo 49, numeral 1°); contra los derechos humanos, de lesa humanidad, crímenes de guerra (artículo 29, encabezamiento, 46); la desaparición forzada de personas - su forma ampliada de participación –tentativa y participación de personas– y el encubrimiento (artículo 45); el comercio con seres humanos (artículo 54); la interceptación ilegal de las comunicaciones (artículo 48); el delito de asociación ilícita –agavillamiento– (artículo 52); delitos contra independencia de la nación, los delitos de difamación, injuria, propaganda de guerra, mensajes discriminatorios y, los que promuevan la intolerancia religiosa (artículos 57, 58, 60 y 61); delito de daño contra bienes pertenecientes al patrimonio cultural (Artículo 99) y, al medio ambiente (artículo 127).

Igualmente, cita la responsabilidad por actos relativos al monopolio (artículo 113); al ilícito económico, a la especulación, al acaparamiento, a la usura, a la cartelización y a otros delitos conexos (artículo 114); también cita, a los delitos tributarios (disposición transitoria) y a la evasión fiscal (artículo 317 primer aparte –*in fine*–); además, hace mención a los delitos contra el patrimonio público (artículo 65 y 116, 271); al delito de enriquecimiento ilícito al amparo del Poder Público (artículo 116).

Expresa, de la misma forma, supuestos del delito de tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional (artículos 116 y 271).

Prevé supuestos de responsabilidad por el uso indebido de armas o sustancias tóxicas por parte de los cuerpos de seguridad del Estado –salvo casos de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley– (artículo 55); el comercio de sustancias tóxicas y peligrosas (artículo 129) y, la fabricación de armas nucleares, químicas y biológicas (artículo 129).

Así, establece la responsabilidad del Presidente, del Vicepresidente y Ministros por el desempeño de sus cargos y en particular del Presidente, por violación de garantías constitucionales y la independencia de la nación (artículos 232, 241 y primer aparte del 244). También, la responsabilidad por actos que atenten contra la violación de la inmunidad parlamentaria (artículo 200, único aparte).

La responsabilidad del Estado de indemnizar las víctimas y sus herederos por violaciones a los derechos humanos, incluido el pago de daños y perjuicios, por delitos contra libertad, integridad física (artículo 30, 46, numeral 4º, 140); por abuso o desviación de poder (artículos 139, 259, 140 y 141); por violación o menoscabo de derechos constitucionales (artículos 25, 139, 140 y 141).

La responsabilidad de los Jueces por error judicial, retardo u omisión injustificados (artículo 49, numeral 8º) y, por los delitos de cohecho y prevaricación (artículo 225); de los militares por delitos comunes y crímenes de lesa humanidad (artículo 261).

En relación a las causas de ausencia del delito, prevé la ausencia en el caso de la obediencia debida (artículo 25) y el ejercicio de oficio o cargo –principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad– (artículo 55).

En cuanto a la participación, en la comisión de delitos, refiere, al autor intelectual, material, cómplice del delito de desaparición forzada de personas (artículo 45); la participación del patrono en caso de simulación o fraude para burlar la legislación laboral (artículo 94); la complicidad para los delitos tributarios (disposición transitoria quinta, numeral 5°); la participación secundaria en delitos tributarios a cargo de asesores, abogados, auditores y otros profesionales (disposición transitoria quinta, numeral 5°); la participación de los directores, asesores en caso de convalidar delitos tributarios (disposición transitoria quinta, numeral 10); como la responsabilidad penal de la persona jurídica en casos contra el patrimonio publico y tráfico de drogas (Artículo 116).

En cuanto a la prescripción, consagra la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra (artículo 29), delitos contra

los derechos humanos, delitos contra el patrimonio público, delitos de tráfico de estupefacientes (271), delitos tributarios graves, delitos de daños a los bienes del patrimonio cultural (artículo 99); Asimismo, refiere aumento de prescripción para otros delitos tributarios (disposición transitoria quinta, numeral 6).

– *En cuanto a las penas:*

En cuanto a las penas, entre otros aspectos expresa:

Establece el principio de personalidad y proporcionalidad de las penas (artículo 46, numeral 3°); también el límite de la pena a treinta años (artículo 46, numeral 3°) y; la protección a la vida de las personas privadas de libertad (artículo 43).

Proscribe la pena de muerte (artículo 43); la prohibición de aplicar torturas (artículo 46, numerales 1 y 3), penas infamantes, penas perpetuas (artículo 44, numeral 3°); pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos (artículo 50); pena de confiscación de bienes, salvo mediante sentencia firme, en los casos de delitos cometidos contra el patrimonio público y de tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes (artículo 116).

Establece que la finalidad de la pena, consistente en la rehabilitación de los penados por medio del trabajo, del estudio, del deporte y de la recreación; así como la reinserción social del ex recluso (artículos 272 y 103).

Refiere como causas de extinción de la pena, la amnistía e indulto, salvo delitos contra derechos humanos y los delitos de lesa humanidad (artículo 29, primer aparte).

Como consecuencias de la pena, indica entre otras, la prohibición de optar a cargo de elección popular por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público; y, los supuestos de circunstancias agravante y atenuantes para delitos tributarios “para hacerla más estricta” (disposición transitoria quinta, numeral 7°).

Consagra aumento penas y severidad sanciones, del doble para los funcionarios públicos en caso de evasión fiscal (disposición transitoria quinta, numeral 6 y artículo 317); para los asesores, abogados, auditores y otros profesionales que actúen en complicidad para cometer delitos tributarios, incluyendo períodos de inhabilitación en el ejercicio de la profesión (disposición transitoria quinta, numeral 5°); y, la responsabilidad con los bienes de los directores o asesores en caso de convalidar delitos tributarios (disposición transitoria quinta, numeral 10).

2. EL CÓDIGO PENAL VIGENTE

El Código Penal vigente, como expresa Arteaga, data de 1926, con la misma línea del de 1915, siendo copia del código italiano de 1889[1] (2001:13). En el mismo sentido Mendoza, quien expresa lo siguiente::

> Es una copia del código penal italiano de 1889, de modo que la doctrina y la jurisprudencia italianas que se refieren a ese código ilustran la interpretación del nuestro. Adopta un marcado sabor clásico. Conserva el sentido de la retribución y la expiación, como resultado del concepto de justicia absoluta. El castigo se fundamenta en la responsabilidad moral i, (sic) en la determinación del delito, se atiende más a la objetividad de éste que a la consideración de la persona. Está fundado, pues, en el hecho penal, en el resultado producido por la manifestación de voluntad del autor. Se incluye en denominado "Derecho penal de hecho".[2]

Deroga el Código Penal anterior, manteniendo la división en tres Libros con un total de 548 artículos, es prácticamente el vigente

Mantiene los principios indicados, como son los de legalidad, irretroactividad, territorialidad; aumenta la pena los delitos contra la independen-

[1] Arteaga Sánchez, Alberto: *Derecho Penal Venezolano. Parte General*. Caracas, McGraw-Hill, 2001, p. 13.
[2] Mendoza Troconis, José Rafael: *Curso de Derecho Penal Venezolano*: *Parte General*. Caracas, Editorial El Cojo 1989, p. 134.

cia de la nación; orden público, vilipendio, entre otros; agrega nuevo supuesto para el tipo de homicidio agravado y nuevos apartes en cuanto a la responsabilidad civil *ex delicto*, suprime la antigua fórmula de diversas clases de penas, concebidas como cerrado, abierto, arresto mayor, menor, que pasaron a ser, como son comprendidas en la actualidad de presidio y prisión y consagra, la pena corporal en base a los principios constitucionales, no podía superar los veinte años.

Como indica Jiménez de Asúa:

> ...aunque rigiese en tiempos de dictadura es un Código liberal, puesto que no mantiene la pena de muerte, y conserva la protección penal de los derechos políticos. En verdad que los tiranos como Juan Vicente Gómez no necesitan modificar los Códigos para ejercer sus regímenes, que defienden con toda clase de medidas policíacas y con pena extra-legales...[3]

El Código Penal de 1926, es derogado por el de 1964, continúa la misma línea de los anteriores en cuanto al incremento de las penas para los delitos contra la independencia de la nación, así para los delitos contra las personas, secuestro de una pena máxima de nueve años aumento a veinte años.

Al respecto, Olbrich, expresa: que este Código, tipifica el delito de corrupción de menores, establece nuevos sub tipos para el hurto simple; cambia de terminología en el delito de homicidio intencional simple (en el anterior, se indicaba el término voluntario); aumento de pena para el tipo de homicidio agravado y para el delito de hurto calificado.[4]

En efecto, en esta reforma, se mantienen los principios indicados, se aumenta la pena para los delitos contra la independencia de la nación; de hurto simple, al cual, se agregaron supuestos; así para los delitos

[3] Jiménez De Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal* (Tomo I). Buenos Aires, Editorial Losada, 1950, p. 956.
[4] Olbrich Gudrun: *Historia del Derecho Penal Venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, 1989, p. 216.

contra la libertad (artículo 182); en cuanto al delito de secuestro se añadió el supuesto de alarma, así: "Si el secuestro se ejecutare para causar alarma, la pena será de dos a cinco años de presidio". También se amplió el tipo previsto en el artículo 367, primer párrafo, con cláusulas referentes a los estupefacientes (derogado por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas)

Para Arteaga, fue una reforma apresurada,

> ...en la que se incluyeron algunos tipos y se aumentaron penalidades, todo ello, en líneas generales afectando la coherencia de todo el sistema, para continuar con una legislación apartada de la realidad y que no responde a las condiciones políticas, sociales y económicas del país...[5]

En el mismo sentido Sosa "esta reforma, que en ningún instante puede ser considerada como sustancial, pues deja incólume la estructura del Código y se limita a modificar accidentalmente algunos tipos delictuales...".[6]

El código indicado es reformado por el 2001, en el que se tipificó en base a la disposición transitoria tercera, numeral 1º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la desaparición forzada de personas (Art. 181-A), cuyo tipo prevé grados de participación, supuestos de figura continuada, prescripción, entre otros aspectos.

Además, el legislador aumentó el límite de la pena para delitos contra el orden público, en particular los artículos 275, 277 y 278; también agregó agravante específica para el tipo de fabricación, comercio, posesión y porte de armas en contravención de las disposiciones del presente Código y de la Ley sobre Armas y Explosivos cometidos por funcionarios policiales, públicos, de resguardos de aduanas, vigilantes privados legalmente autorizados y empleados públicos.

---

[5] Arteaga Sánchez, *Ob. Cit.*, p. 13.
[6] Sosa Chacín, Jorge: *Teoría General de la Ley Penal*. Caracas: Ediciones Liber, 2000, p. 99.

Cambió la redacción del artículo 358, relativo a la colocación de obstáculos en la vía de circulación, la inclusión del siguiente supuesto en el primer aparte:

> "Quien cause interrupción de las vías de comunicación mediante voladuras o quien por este mismo medio cause el descarrilamiento o naufragio de un medio de comunicación, será castigado con pena de prisión de seis a diez años" por el anterior que expresaba. "Quien causare descarrilamiento, naufragios o interrupción en vías de comunicación mediante voladuras, será penado con presidio de cinco a diez años".

También, se modificó la redacción del artículo 359, quedando en los siguientes términos: "Cualquiera que dañe las vías férreas, las máquinas, vehículos, instrumentos u otros objetos y aparejos destinados a su servicio, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años".

3. LEYES PENALES ESPECIALES

En el año de 1999, fueron promulgadas leyes, reformadas otras; entre las que podemos citar, la Ley de Contrabando y Defraudación de 1950 (derogada por la Ley Orgánica de Aduanas de 1957, 1965, 1972, 1973, 1978 y 1999); la Ley de Armas y Explosivos de 1940, reformada en 1999; la Ley Sobre Violencia contra la Mujer y la Familia de 1999; la Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera requeridas por el Interés Público de 1999, en ejercicio de la atribución que le confiere el ordinal 8° del artículo 190 de la Constitución de 1961 y la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley en las materias que se delegan del 13 de noviembre de 2000.

Igualmente, durante los años 2000 y 2001, fueron promulgadas, varias leyes, como son la Ley sobre el Hurto y Robo de Vehículos Automotores (2000); la Ley Especial contra Delitos Informáticos (2001), la Ley General de Puertos (2001), la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y de los o las particulares ante la Asamblea Nacional o sus comisiones (2001); el decreto N°

1.436, del 30 de agosto de 2001 que en ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1, numeral 3, literal c) de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Fuerza de Ley en las Materias que se delegan, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.076 de fecha 13 de noviembre de 2000, en Consejo de Ministros, como son la Ley de Comercio Marítimo, la Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, la Ley Orgánica de Identificación; y la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001); así como, el Código Orgánico Tributario (2001); y Ley Contra la Corrupción –deroga la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público– (2003); Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000); Ley de Reforma Parcial de la Ley de Régimen Penitenciario (2000); la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional (2000); la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2000**)**; en materia indígena, la Ley N° /14/, Ley de Demarcación y Garantía del Habitad y Tierras de los Pueblos Indígenas (2001); la Ley N° 41. Ley Aprobatoria del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (2001); la Ley N° 81 Ley Aprobatoria del Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (2002); la Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y el Reino de Dinamarca sobre el Traslado de Personas Condenadas (2001); la Ley N° 21 Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Minerales Relacionados (2001); la. Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas (2001); la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (2001); el Decreto N° 1.453 con Fuerza de Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana (2001); la Ley Orgánica de Identificación (2001); la Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos (2001); la Ley Aprobatoria del protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2001); la Ley Aprobatoria de la Convención sobre la

Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (2001); la Ley Aprobatoria del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta, Prostitución Infantil y Utilización de Niños en Pornografía (2002); la Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. (2002); la Ley para el Desarme (2002); la Ley Orgánica del Poder Electoral (2002); la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación (2002); la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana Contra el Terrorismo (2003).

Asimismo, vale la pena señalar entre otras, la Ley de Tránsito Terrestre de 1972 (derogada en 1986 y 1998); la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 1986; la Ley de Ejercicio de la Medicina de 1942 (derogada en 1982); la Ley de Narcóticos de 1930 (derogada por la Ley de Estupefactivos de 1934 y por la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1984 y 1993); el Estatuto de Menores de 1949, (reformado en 1975; derogado en 1980 por la Ley Tutelar de Menores de 1980 y por la Ley Orgánica de Protección del Niño y Adolescente de 2000); la Ley de Trasplantes de Órganos de 1992; la Ley de Sometimiento a Juicio de 1979 (derogada por la Ley de Beneficios en el Proceso Penal de 1993 y el Código Orgánico Procesal Penal de 1998 y 2001); la Ley de Régimen Penitenciario del 1981 (derogada en el 2000); el Decreto Reglamentario de la Ley sobre importación, Comercio, detención y Porte de Armas de 1938, Decreto sobre Explosivos de 1914; la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional de 1992; la Ley de Sanidad Nacional (derogada por la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley Penal del Ambiente de 1992), entre otras.

4. PERSPECTIVAS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

– NOCIONES

Todo proceso legislativo, debe estar enmarcado en las previsiones constitucionales, en el respeto a los derechos y garantía, individuales y sociales, que determinan límites de la potestad punitiva de la autoridad

estatal, bajo el pacto constitucional, que como lo expresa La Roche (91:329), comporta "El reino de la constitución dentro de un país".[7]

En consecuencia, debemos partir inicialmente de los principios aplicables, como se indica a continuación:

– *Principios aplicables*

Los principios aplicables en el ordenamiento jurídico penal estarán en consonancia con el modelo de estado de un país determinado. Así, nuestro país se inscribe bajo un esquema de Estado de Derecho, Democrático, Social y de Justicia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que brevemente expondremos de seguidas.[8]

Para Rondón de Sansó, dicha concepción o modelo de Estado están representados en valores básicos, como son: la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y material y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio.[9]

El Estado de Derecho, como lo indica José Araujo Juárez vendría a ser "*un cajón de sastre*", donde se encuentran, entre otros, la división de poderes, los principios, las garantías, los límites a las actuaciones de los poderes públicos destinados a eliminar la arbitrariedad de los órganos del Estado, en cuanto a su intervención en la esfera de las libertades del ciudadano.[10] (1996:25) y para Mir "El Estado de Derecho impone el sometimiento de la potestad punitiva al derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad".[11]

---

[7] Humberto J. La Roche. *Derecho Constitucional*. La Universidad del Zulia, 8ª Edición, Maracaibo, 1963.
[8] "Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político".
[9] Rondón de Sansó, Hildegard: *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*. Caracas. Editorial Ex Libris, 2001, p. 65.
[10] Araujo Juárez, José: *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*. Valencia-Caracas-Venezuela, Vadell Editores, 1996, p. 25.
[11] Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1990, p. 81.

El Estado Social, como lo expresa Elsie Rosales,[12] representa la respuesta a la necesidad de intervención del Estado, lo que garantiza el equilibrio social, propiciando el bienestar colectivo. Un Estado con obligaciones sociales que permita legitimar la función de prevención, un medio para lograr la justicia social y en el mismos sentido, Mir expresa que sirve para legitimar la función de prevención en la medida que sea necesaria para proteger a la sociedad.[13]

El Estado Democrático, representa por su parte el ejercicio del poder delegado por el pueblo que lo ha elegido libremente, en virtud de lo cual se garantiza el goce de las libertades públicas e individuales, como lo indica Brewer-Carías, se fundamenta en "la forma de ejercicio de la soberanía, mediante mecanismos de democracia directa y de democracia representativa".[14]

El Estado de Justicia, por último, procura garantizar el acceso a la administración de justicia, a la obtención de una tutela efectiva de los derechos e intereses de las personas, permitiéndose este modo el equilibrio entre la intervención del Estado y el respeto efectivo de los derechos humanos, como lo indica Brewer-Carías, se fundamenta en "que tiende a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal".[15]

Dentro de los principios propios del marco de este Estado, hallamos los siguientes:

1) **El principio de legalidad:**

Los orígenes del principio de legalidad, se ubican en el artículo 39 de la Carta Magna Inglesa (*Magna Charta Libertatum*) de 1215 (Juan Sin Tierra), así como en la Constitución Alemana (*Constitutio Criminalis Carolina)* de 1532.

[12] Rosales Elsie, Borrego Carmelo y Bello Rengifo Carlos Simón: *Constitución, Principios y Garantías Penales.* UCV. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas 1996, p. 24.
[13] Mir, *Ob. Cit.*, p. 81.
[14] Brewer-Carías, Allan: *La Constitución de 1999.* Caracas, Editorial Arte, 2001, p. 47.
[15] Ídem.

El mismo representa igualmente la inspiración fundamental de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, y es recogido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 49, numeral 6° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.[16]

Este principio ha sido identificado con el viejo aforismo latino *nullum crimen, nulla poena, sine lege.* En virtud de este principio, sólo por ley –acto del poder legislativo– se pueden establecer delitos e imponer penas, con base al contrato social.

El contrato social, como lo indica Zeitlin, citado por Bravo Dávila,[17] representa la nueva sociedad que permite al individuo ser absorbido por la voluntad general, sin perder su propia voluntad, obteniendo así la seguridad de que será protegido por la fuerza total de esa sociedad contra las usurpaciones de individuos y de grupos.

El principio de legalidad representaba para Von Liszt la carta magna del delincuente, en virtud de la cual se pretendía proteger a todos los ciudadanos, honrados o no, del castigo de toda conducta que no haya sido declarada como punible antes de haber ocurrido el hecho.

En virtud del aforismo indicado, observamos que por ley deben estar previstos los dos eslabones, como son el delito y la pena –o medida de seguridad–. El primero, como la acción típica antijurídica y responsable. De lo que tenemos:

– *Del delito*

a) *Nullum crimen sine accione*, por lo cual se entenderá como acción los actos procedentes de la voluntad humana, representada por manifestaciones externas, voluntarias y dirigidas a un fin, excluyéndose por

[16] "Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueron previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes".
[17] Bravo Dávila, Luis Alfonso: *Cambio Social, Criminalidad y Control del Crimen en Margarita.* Caracas. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1993, p. 26.

tanto los pensamientos no exteriorizados *(cogitationis poenam nemo patitur)*, los delitos calificados por el resultado, los movimientos incorporales, los movimientos reflejos y los actos preparatorios, entre otros.

b) *Nullum crimen sine typus*, en virtud del cual la acción debe estar previamente contemplada en la ley, la cual debe ser escrita, cierta, determinada, inequívoca, excluyéndose por tanto los tipos abiertos o de peligro.

c) *Nullum crimen sine injuria*, entendiéndose la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico, a la que se agrega la lesividad de bienes jurídicos (exigencia antijuricidad material) que para Maurach y Roxin, entre otros, representa la función del derecho penal, no así para Jakobs, quien critica el funcionalismo teleológico y considera que la finalidad del derecho penal es la protección de las normas y no la protección de los bienes.

d) *Nullun crimen sine culpa*, que implica la cualidad del sujeto en relación con el hecho típico y antijurídico realizado, y cuyos presupuestos comprenden la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, la posibilidad del conocimiento de la responsabilidad, la normalidad de la situación en la que se actúa, excluyéndose entre otros supuestos la enfermedad mental grave, las anomalías causadas por ingestión de drogas, el trastorno mental transitorio, la minoridad de edad, el error de prohibición, la no exigibilidad de otra conducta y la exclusión de la responsabilidad objetiva.

– De la pena

La descomposición y análisis del segundo eslabón citado –pena y medida de seguridad– implica que no sólo por ley se debe determinar el delito, sino también la pena o medida de seguridad a imponer –mandato de determinación–. Esto comporta a su vez algunos subprincipios, cuales son:

a) *El de pena humanitaria:*

El postulado de pena humanitaria fue el punto central de la Ilustración y la Revolución Francesa, orientado a que la pena debería estar siempre prevista en la ley, desprovista de crueldad, ser proporcional al hecho cometido y ser respetuosa de la dignidad del ser humano. Posterior-

mente, por la vía del positivismo criminológico se agregarían los fines de resocialización y rehabilitación, como modalidades de la prevención especial y complementos del principio en cuestión.

b) *El de la proporcionalidad de la pena:*

El principio de proporcionalidad, implica la relación de adecuación entre el bien jurídico afectado o lesionado y el castigo a imponer. Igualmente la prohibición de imponer más de una pena por un delito –*non bis in ídem*– llamado principio de prohibición de doble valoración.

Las consecuencias del principio de legalidad, son entre otras:

1) La prohibición de analogía, entendida como el traslado de una regla jurídica a otro caso no contemplado por la ley, por la vía de la similitud, salvo que sea a favor del reo (*bonam partem)*, tal como lo expresa Mezger,[18] quien lo llamó "*palladium* de la libertad ciudadana", según el cual las puertas de la prisión se cierran detrás del procesado únicamente por imperio de la ley, pero se abren (*pro libertate*) a partir de consideraciones extralegales especialmente de carácter social-valorativo.

2) La prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen sine lege scripta*).

3) La prohibición de retroactividad, sólo admitida en virtud del principio *favor rei,* excluyéndose en los casos en que un hecho, que no era punible en el momento de su comisión, pueda ser penado retroactivamente respecto de una acción que ya es punible, o en la introducción retroactiva de una pena más grave (prisión en vez de multa) o bien en la agravación de la pena dentro de una misma clase.

4) La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), en base al principio de reserva, de determinación o taxatividad como lo explica Jakobs, catálogos

[18] Mir, *Ob. Cit.,* p. 83.

de figuras delictivas por las que no es posible dar calificación diferente, ni ser intercambiables.

El principio de legalidad anteriormente indicado comprende a su vez los siguientes subprincipios:

a) *El del hecho:*

La pena o la medida de seguridad impuesta a una persona, sólo lo será por la acción externa realizada y concretada en un tipo (derecho penal del acto), excluyéndose la responsabilidad por la conducción o estilo de vida, personalidad o carácter, lo que en otras épocas se refería a principio de autor u otros anteriores como la concepción caracterológica de la culpabilidad.

Al respecto, ya Von Liszt, citado por Roxin,[19] mencionaba que:

> (...) castigar al autor sólo por el hecho cometido por el mismo ...(Aunque) debo reconocer... quizás lo consecuente con nuestra concepción sería atender sólo la actitud interna, y no tener que aguardar hasta el hecho; del mismo modo que el médico de la familia no espera hasta que aparezca la enfermedad, sino que trata de prevenirla.

b) *El principio de bien jurídico:*

La finalidad del derecho penal es la tutela, la protección de bienes jurídicos legalmente reconocidos.[20] Esta posición no es compartida por Welsel, para quien la misión del Derecho Penal consiste en crear conciencia ético-social sobre los valores del acto; ni por Jakobs, quien considera que la función del derecho penal es la protección de las normas.

---

[19] Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 178.

[20] Según Rosales, *"El bien jurídico le da sentido a la norma penal al constituir su ratio legis, a la cual atiende la interpretación jurídico penal. Así como también la protección de bienes jurídicos esenciales contra ataques graves conforma la razón de ser y la función del Derecho Penal, entendido como Derecho protector de bienes jurídicos, habiéndose superado hoy en día el debate en cuanto a las pretendidas funciones preventiva y represiva del Derecho penal y en particular, de la pena"*. (*Ob. Cit.* p. 94).

c) *El principio de mínima intervención o de última ratio:*

De acuerdo a esta idea, el derecho penal sólo debe actuar en los casos de ataques graves a los bienes esenciales, de mayor trascendencia social, cuando sea necesario e imprescindible para la vida en común y fracasen las demás medidas de política criminal.

Al respecto, Roxin[21] expresa:

> Como el Derecho Penal posibilita la más dura de las intromisiones en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener éxito lo suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico.

d) *El principio de culpabilidad*

El principio de culpabilidad representa el axioma más importante del Estado Democrático y de Justicia, según el cual el hecho debe pertenecer al autor, tanto material como psíquicamente. De esta manera, se excluye la responsabilidad por hechos casuales, fortuitos o por el mero resultado no querido por el agente –delitos calificados por el resultado–.[22]

2) **La tipificación de conductas:**

a) *Nociones:*

El proceso de criminalización de las conductas, mediante el cual ciertos comportamientos, son colocados en la lista o catálogo de tipos, debe ser

---

[21] Roxin, *Ob. Cit.*, p. 66.

[22] Fernández Carrasquilla, indica que una de las funciones del principio de culpabilidad es: "Dirigir la responsabilidad penal exclusivamente a las lesiones tipificadas de bienes jurídicos, con los límites que determine el concepto legal de culpabilidad, específicamente en las causas de inculpabilidad e inexigibilidad". *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal.* Santafé de Bogotá, Colombia. F. Grupo Editorial Leyer. Santafé de Bogotá, 1998, p. 343.

producto de las disposiciones constitucionales y del consenso social, que atienda a la necesidad, legitimidad y oportunidad; ya que de lo contrario sus consecuencias pueden ser muy graves, tanto desde el punto de vista individual, como social.

También es importante referirnos en este contexto no sólo a la creación o criminalización de conductas, sino al proceso de despenalización, en virtud del cual ciertos actos punibles con el transcurrir del tiempo, dejan de ser considerados como tal, por ejemplo en algunos Estados de Europa el aborto o en otros países el adulterio, el consumo de drogas (como en el nuestro), lo que se manifiesta porque hay una ausencia de reacción social para ese delito, por ejemplo como señalábamos en el primer capítulo, al hacer mención de las conductas prohibidas en el siglo XIX, se castigaba la propaganda comunista y hoy en día no es así, porque dejó de ser considerada peligrosa o bien por las medidas de autocomposición procesal –acuerdos reparatorios, suspensión condicional del proceso, principio de oportunidad–, que concluyen en sobreseimientos, extinción de la acción penal o bien, bajo la fórmula de despenalización ante la existencia de una conducta criminalizada que por diversas razones no es judicialmente sancionada.

A continuación esbozaremos brevemente las consideraciones a tomar el legislador a los fines de criminalización de las conductas:

b) *Criterios de criminalización y descriminalización de conductas:*

En virtud de lo indicado, en los apartes precedentes, tenemos que como norte, la reforma del Código Penal, debe basarse en la especial consideración que de los que se indican a continuación hace la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a saber, entre otros los siguientes:

– Contra la vida

– Lesa humanidad (Estatuto de Roma).

– Delincuencia organizada internacional (Estatuto de Roma).

– Comercio de sustancias tóxicas y peligrosas (Ley Orgánica de Aduanas).

– Económicos.

– Contra la libertad.

– Fabricación de armas nucleares, químicas y biológicas.

– Tributarios.

– Contra los derechos humanos.

– Tráfico de seres humanos (Estatuto de Roma).

– Uso indebido de armas o sustancias tóxicas por parte.

– Contra el patrimonio público.

– Desaparición forzada de personas.

– Crímenes de guerra (Estatuto de Roma).

– Asociación ilícita.

– Contra el patrimonio cultural.

– Tráfico ilícito de drogas. Deslegitimación de capitales.

– Contra la independencia de la nación.

– Difamación, injuria, propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o la intolerancia religiosa.

– Interceptación ilegal de comunicaciones.

– Cohecho y prevaricación a cargo de los Jueces.

Ahora bien, consideramos que, sin embargo, atendiendo a la estructura de cada uno de los delitos y en particular al bien jurídico protegido,

pueden ser sometidos a sanciones reparatorias de naturaleza civil o administrativas y por lo tanto en la reforma del Código Penal, bien con miras a su descriminalización o compensación a la víctima; por ejemplo delitos contra la propiedad o bien, aduaneros; como expresa Nils:

> Claro está que el derecho civil no consiste simplemente en participación y palabra. Se supone que van a seguir los actos. Si las cosas están mal, se deben corregir. Debe restituirse la paz, particularmente, la víctima debe ser compensada..
>
> (...)
>
> Será importante para nosotros avanzar a tientas hacia soluciones que obliguen a quienes están implicados, en vez de usar la fuerza, buscar arreglos, en vez de dar órdenes, soluciones que fomenten la compensación en vez de represalias y que, en términos pasados de moda, animen a los hombres a hacer el bien en vez de como en la actualidad el mal.[23]

c) *Estructura de los delitos:*

La estructura de los tipos debe estar orientada a los siguientes aspectos:

> – Adoptar la estructura cerrada y no abierta; es deci,r que la conducta prohibida esté agotada, que permita su adecuación o subsuncion a un supuesto de hecho determinado, que permite hacer efectivo las garantías de seguridad, certidumbre y precisión.
>
> – Precisar y determinar el supuesto de hecho y la pena en forma clara y cierta.
>
> – Eviten la inclusión de elementos normativos que dependan de la valoración judicial.

[23] Christie Nils: *Los Límites del Dolor.* México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 128.

– Evitar el empleo de delitos de peligro abstracto, como expresa Hassemer: "*prescinden de presupuestos de la pena, tales como el resultado o la causalidad y permiten imponer una pena sólo con que el sujeto realice una determinada acción peligrosa, por ejemplo, presente una solicitud falseando los datos para conseguir una subversión pública*".[24]

– Excluir la responsabilidad por el resultado o por el azar, *versari in re illicita*, como expresa Hassemer, ello es contrario a la imagen del hombre y a los criterios de justicia.[25]

d) *La concepción de la pena:*

En armonía con los principios constitucionales y a lo expuesto anteriormente, el sistema de determinación de las penas que debería ser adoptado es el de determinación legal, en virtud del cual el legislador establece una medida variable entre un mínimo (caso de atenuantes) y un máximo (en caso de agravantes) y al juez le corresponderá la aplicación del término medio entre ambas penas y atendiendo al caso concreto, procederá a rebajarla o aumentarla, sin llegar a superar ambos extremos.

Por otra parte, en cuanto a las penas, tenemos que de acuerdo a los principios constitucionales indicados, la pena no podrá superar el límite de los treinta años; sin embargo, como expresa Roxin, no es posible ante el incremento de los hechos punibles, ni deseable por motivos de política criminal, penas privativas de libertad de manera masiva.[26]

En definitiva, los fines de la pena en el nuevo Código Penal, acorde con los principios constitucionales, deben estar orientados hacia las teorías relativas o de la prevención de la pena, es decir, comprendiendo la pena como medio para alcanzar otros fines como prevención, rehabilitación, resocialización; por lo que debe ser suprimida la pena de presidio y sus

[24] Hassemer Winfued: *Persona, Mundo y responsabilidad*. Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1999, p. 9.
[25] Hassemer, *Ob. Cit.*, p. 55.
[26] Roxin Claus: *Dogmática Penal y Política Criminal*. Perú, Idemsa, 1998, p. 451.

consecuencia; manteniéndose la pena privativa de libertad, como prisión y arresto (a pesar de que colide con la idea de rehabilitación, sin embargo, en los actuales momentos es impensable en nuestro país); además de consagrar nuevas penas (algunas ya previstas en leyes especiales, como la Ley Penal del Ambiente), como son: El trabajo comunitario, el cierre de establecimiento, pagos de dinero (adecuándose a las unidades tributarias) –caso de persona jurídica–; la reparación civil (señalado en los apartes precedentes); así como suspensión de derechos, como concurrir a determinados lugares, portar armas, suspensión de licencias de conducir, suspensión de la profesión (caso mala praxis); del cargo (funcionarios públicos).

En el mismo sentido, con las medidas de seguridad, cuya finalidad consiste en remover al sujeto de las causas que lo llevaron a delinquir en base a la teoría de la prevención especial, adecuándose a la proporcionalidad, que consiste en internamiento en centro especiales, asistencia a centros de tratamiento; entre otras.

5 DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA

Sin pretender hacer pronósticos pocos conocidos, no escapa a nuestra realidad que el comienzo del siglo XXI, se ha visto matizado en nuestro país por profundos cambios en los aspectos económicos, sociales, culturales; que indudablemente afectan las nociones del delito, en el que dichas transformaciones está inmerso.

Dicho presente y futuro, debe estar orientado al renacimiento y evitar el regreso a la inhumanidad, con penas crueles, criminalización excesiva de conductas, que en todo caso conducirían a la involución del Derecho Penal y por ende, al incremento de la violencia y la desigualdad.

Una mirada hacia el reciente pasado, no asomaba la idea de los descubrimientos científicos e informáticos que hoy conocemos, por ejemplo, nuevos tratamientos médicos para cura de enfermedades, las redes informáticas, Internet; estos experimentos en algunos casos han desfigurado las finalidades para la cual fueron creados; y, han sido utilizados en algunos casos para atentar contra la dignidad humana, la paz y el desarrollo armónico de la sociedad.

Es de amplias dimensiones el reto que tiene el Derecho Penal en nuestros días y encomiable la labor del proyectista, Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros en la elaboración del mismo, que en líneas generales pretende proporcionarle al intérprete soluciones a los problemas que abarcan: La teoría del delito, como son los contenidos de los elementos del hecho punible –acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad–; la ubicación del bien jurídico; el problema de la persona jurídica; los fines de la pena; el fenómeno de la globalización y la incidencia del Derecho Penal Internacional, en virtud de lo cual, tipifica nuevas conductas.

Con base a lo expuesto, corresponde en esta parte del presente trabajo analizar brevemente la **estructura del delito** del anteproyecto de reforma, en particular los principios, la estructura de los delitos y las penas, de la siguiente forma:

– *GENERALIDADES*

– *En cuanto a los principios*

Destaca el anteproyecto de reforma, la finalidad del derecho penal, tomando como preeminencia el principio de la dignidad humana "*en general, y en particular a las víctimas de los delitos y también a los autores de éstos*"; consideramos que esta mención, señala el proyectista en la Exposición de Motivos, de la siguiente forma:

> ...El Derecho Penal, pues, no sólo limita la libertad sino que crea libertad al proteger los derechos humanos de los más graves desafueros y, así, propicia la vida del hombre en condiciones de una dignidad que no existe si se tolera que impunemente sea víctima de diversos crímenes: todo ello justifica el poder punitivo (*ius puniendi*) del Estado. Ciertamente, lo más contrario a los derechos humanos es permitir que un pueblo sufra tantos horrores por la acción impune de los criminales...

Resalta la Exposición de Motivos, la importancia del Derecho Penal como mecanismo de Control Social, que como expresa Mir Puig, tiene por finalidad "*evitar determinados comportamientos que se reputan*

indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen…",[27] en el respeto de la libertad, el respeto de la persona humana en situaciones de igualdad y equilibrio entre víctima-victimario.

Destaca el anteproyecto, el principio de legalidad (artículo 2) la función del bien jurídico (artículo 45), la función de la culpabilidad (artículo 51) y la función de la pena (artículo 7).

Igualmente consagra el proyectista, la finalidad de la interpretación judicial (artículo 2); los principios relativos a la validez especial y temporal de la Ley Penal (artículos 12 y 5), al concurso de leyes (artículo 19); entre otros.

– *En cuanto a la estructura de los delitos*

La teoría del delito es la rama de la ciencia del Derecho Penal, que determina las características positivas o negativas del delito; mediante un análisis de sus componentes, determinado por niveles o estratos que en su conjunto expliquen el fenómeno-delito y por ende, aporten la solución a los casos que se presenten.

El anteproyecto, define el delito como un comportamiento humano, típicamente antijurídico, culpable, imputable y punible (artículos 2, 22, 45, 50, 62 y único aparte del artículo 7), que de seguidas se pasa brevemente a explicar:

– *En relación a la acción típica*

El anteproyecto del Código Penal, en el artículo 23, expresa:

Artículo 23.- Acción y omisión. Las conductas punibles pueden ser realizadas por acción u omisión.

> Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado típico y no lo evite, estando en posibilidad de impedirlo, estará sujeto a

[27] Mir, *Ob. Cit.,* p. 4.

> la pena señalada en la respectiva disposición penal, siempre que tenga a su cargo la protección en concreto del valor o bien jurídico tutelado, o que se le haya confiado la vigilancia de una determinada fuente de riesgo para el bien, sobre la base de la Constitución o las leyes.
>
> Se considerará a los efectos de este código que una persona se encuentra en la posición de garante en las situaciones siguientes:
>
> 1.- Cuando asuma voluntariamente la protección real de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
>
> 2.- Cuando exista una libre y estrecha comunidad de vida entre varios sujetos.
>
> 3.- Cuando emprenda en forma libre y consciente la realización de una actividad peligrosa para bienes jurídicos concretos.
>
> 4.- Cuando por un acto preparatorio haya creado una situación antijurídica de riesgo próximo e inmediato para el bien jurídico, siempre que la conducta no esté expresamente tipificada como delito autónomo.

Los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo sólo se aplicarán en relación con los tipos penales contra la vida e integridad personal y la libertad individual.

Así, el encabezamiento del artículo 61, expresa:

> Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.

De las anteriores disposiciones, se desprende que al referirse a la conducta punible, hace mención al comportamiento humano constitutivo del hecho típico, el cual puede manifestarse, bien en la forma de acción, omisión y de comisión por omisión y los supuestos del deber de garante.

Ello, se corrobora cuando se refiere al problema de la persona jurídica, como sujeto activo y se adscribe al principio *societatis no potest*, como es la fórmula descrita en el artículo 640 del anteproyecto, que expresa:

> Será penado con prisión de dos a seis años y multa del veinte al setenta por ciento del valor de los bienes objeto del delito, el presidente, vicepresidente, director, administrador, gerente, secretario, contador, comisario, síndico, liquidador, funcionario o empleado o cualquier otro que obre en representación de la sociedad, que sin la autorización previa y unánime de los órganos de dirección y de vigilancia y control de la sociedad…

Así, el único aparte del artículo 4 del anteproyecto, expresa:

> ...las personas jurídicas pues siempre responderán por el eventual daño causado y a título de responsabilidad penal objetiva.

Igualmente, precisa el anteproyecto, cuando el resultado es efecto causal de ese comportamiento, y se adscribe a la teoría de la causalidad adecuada, al indicar

> Se considera que el delito es consecuencia de la acción u omisión cuando éstas sean comúnmente idóneas para producirlo.

– *En cuanto a la antijuricidad*

A diferencia del Código vigente, el anteproyecto define la antijuricidad formal y material al expresar en el artículo 45:

> Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

En cuanto a las causas de justificación, a diferencia del Código vigente, en el artículo 45, numeral 2; amplía la extensión de la legítima defensa, al comprender tanto la propia persona o derecho como la de otro, manteniendo los supuestos indicados para su concurrencia y en relación al esta-

do de necesidad; y, distingue los planteamientos señalados por la doctrina, al diferenciar el estado de necesidad justificante del inculpable.

– *En cuanto a la culpabilidad*

El artículo 51, expresa:

> Formas de culpabilidad. Nadie puede ser penado por una acción u omisión que la ley tipifica como delito si no es dolosa, preterintencional o culposa. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.

Así, los artículos 52, 53 y 54, definen las formas de dolo, dolo eventual, preterintención y culpa de la siguiente manera:

> Artículo 52.- Dolo. El delito es doloso cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.
>
> Habrá dolo eventual cuando el agente se representa como probable la consecuencia de su ejecutoria, pero continúa procediendo igual.
>
> Artículo 53.- Preterintención. El delito es preterintencional cuando de la acción u omisión se derive un resultado más grave del que quiso producir el agente, siempre que éste hubiera podido prever tal resultado.
>
> Los delitos preterintencionales sólo son punibles en los casos determinados expresamente en la ley.
>
> Artículo 54.- Culpa. El delito es culposo cuando el resultado, aunque haya sido previsto, no ha sido querido por el agente y se produce a causa de imprudencia, negligencia o impericia.
>
> Los delitos culposos sólo son punibles en los casos expresamente determinados en la ley.

De esta manera, observamos que el anteproyecto, se adhiere a la concepción causalista en particular a la escuela neoclásica de la teoría normativa de la culpabilidad, con los aportes de Frank, Goldschmidt y Freudenthal, en virtud de la cual, la culpabilidad se entiende como un juicio de valor, es decir, el juicio de reproche que se hace al autor por el acto cometido, que asume la forma en el dolo y la culpa y cuyo presupuesto es la imputabilidad.

– La imputabilidad

Dentro de la estructura del delito, incluye a la imputabilidad como elemento aparte, y la define en el artículo 62, de la siguiente manera:

> quien tiene la capacidad de querer y entender y por ello pudo comprender la ilicitud del hecho en el momento en que lo perpetró. No pudo comprender tal ilicitud quien por un defecto **permanente o transitorio** (destacado nuestro) de su estado mental, no halló en ese momento cómo ajustarse a las normas del Derecho.

De acuerdo a la definición indicada, señala que por imputabilidad la noción históricamente conocida como la capacidad de querer y entender un hecho; que hacen posible que se le pueda ser atribuido como su causa consciente y libre.

– En cuanto a las causas de ausencia del delito

– Del error:

Los artículos 56 a 60, consagra los supuestos del error de hecho –tipo–, error de derecho –prohibición–, error por culpa, error *in personae* y error *aberratio ictus*; en los cuales a diferencia del código vigente; amplía, los casos en los cuales el autor incurre en error o desconocimiento en los elementos del tipo o de su antijuricidad, sean éstos vencibles o invencibles.

Así, consagra el supuesto previsto en el artículo 505, identificado como el hurto por error, que expresa*:*

> Quien se apropie de una cosa que hubiere llegado a su poder por consecuencia de un error o de caso fortuito, será sancionado con prisión de uno a cuatro meses y multa del veinticinco por ciento del valor de los bienes objetos del delito.

Por otra parte, el anteproyecto considera el supuesto de la error de prohibición vencible, por deficiente motivación de la norma en el caso previsto en el artículo 40, en los casos de pobreza e ignorancia y desigualdad sobrevenidas, que implique la evidente falta de integración al sistema normativo nacional

– De las causas de justificación

Dentro de las causas de justificación, distingue el anteproyecto en el artículo las causas de justificación generales, previstas en el artículo 46, como son:

> 1. Acto lícito. Quien obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, sin traspasar los límites legales.
>
> 2. Legítima defensa. Quien obra en legítima defensa de su propia persona o derechos o en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias siguientes:
>
> a) Agresión ilegítima por parte de quien resulta dañado por la acción.
>
> b) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión.
>
> c) Que la agresión no haya sido provocada de modo suficiente por el agredido que se defiende ni por el que lo defiende.
>
> 3. Estado de necesidad justificado. Quien causare un mal a las personas o en las cosas para salvar su persona o derechos o la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

a) Que el peligro sea grave e inminente.

b) Que no tenga otro medio practicable menos perjudicial para impedirlo.

c) Que el mal producido fuere menor que el evitado.

d) Que el peligro no haya sido provocado voluntariamente por el agente.

e) Que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Asimismo, contempla como causa de justificación especial, el caso del hurto famélico, previsto en el artículo 504, el cual expresa:

> Quien se apodere de alimentos, medicinas o bienes muebles de escaso valor, para calmar un hambre prolongada por una situación notoria de extrema pobreza o para curar alguna grave enfermedad, sufrida por sí mismo o por sus padres, cónyuge o hijos, actúa por un estado de necesidad y no será castigado por el delito de hurto.

– *De las causas de inculpabilidad*:

Consagra el anteproyecto, la causa de inculpabilidad general, como es el caso del estado de necesidad inculpable, cuando expresa: en el artículo 46, numeral 4:

> Quien causare un mal a las personas para salvar su vida o integridad corporal o la de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, padre o hijo adoptivo, o de personas estrechamente ligadas a él por el afecto o gratitud o quien causare un mal en las cosas para salvar otras, siempre que concurran las circunstancias de los incisos a), b), d) y e) del numeral 3 de este artículo, aunque el mal impedido sea igual que el causado.

Así, consagra en el artículo 49, como causa de inculpabilidad especial, el caso de la obediencia jerárquica y debida, que expresa:

> No es culpable el que obra en virtud de obediencia jerárquica y debida, siempre que la orden causante del delito dimane de una autoridad competente para darla y que no sea manifiestamente contraria a la Constitución y a las leyes.
>
> En este caso las penas correspondientes se le impondrán al que resultare haber dado la orden ilegal.
>
> Parágrafo primero.- Si el subordinado cree que la orden es legítima y en tal convicción la ejecuta, podría estar en situación de error de prohibición sobre el carácter antijurídico de la orden y en una situación de inculpabilidad. Esa situación deberá ser establecida por el juez.
>
> Parágrafo segundo.- Si la orden es manifiestamente contraria a la Constitución, criminal o violatoria de los derechos esenciales, la orden no debe cumplirse, sea cual fuere su fuente y quien la cumpla se hace responsable.

Supuesto el cual igualmente hace mención al supuesto de error de prohibición, en el caso de que el subordinado crea que la orden es legítima y la ejecuta.

– La inimputabilidad

Dentro de la estructura del delito, incluye a la imputabilidad como elemento aparte, y la define en el artículo 62, como "quien tiene la capacidad de querer y entender y por ello pudo comprender la ilicitud del hecho en el momento en que lo perpetró. No pudo comprender tal ilicitud quien por un defecto **permanente o transitorio** (negrillas nuestras) de su estado mental, no halló en ese momento cómo ajustarse a las normas del Derecho".

De la definición anterior, se desprende que un supuesto de inimputabilidad es el trastorno mental permanente o transitorio.

Así, el artículo 70, incluye como causal de inimputabilidad el sueño natural, provocado o sonambúlico, "siempre que para el momento de su realización el sujeto careciera de la capacidad de comprender o de querer".

Igualmente en el único aparte del artículo citado, incluye la *vis* compulsiva "*quien perpetró el delito, por comisión u omisión, constreñido por otro mediante violencia a la cual no haya podido resistir o substraerse*".

En el mismo sentido, consagra en el artículo 71, como causa de inculpabilidad, el supuesto de la acción libre en la causa, cuando expresa:

> El que deliberadamente se cause un estado mental que lo incapacite para comprender y querer y pretenda provocarse así un estado parcial o total de inimputabilidad para poder cometer un delito sin ser castigado, no será declarado inimputable.

– En cuanto a las penas y medidas de seguridad

Los fines de la pena de acuerdo al anteproyecto están previstos en el único aparte del artículo 7 que expresa: son "*la prevención, retribución y reinserción social del condenado";* adhiriéndose de esta forma a las teorías unitarias o eclécticas de la pena, iniciada por Merkel con finalidades retributivas y preventivas, en virtud de la cual la base de la pena está en la retribución, y sobre ella, la pena busca los fines preventivos.

Disposición esta planteada por el Proyecto Alternativo Alemán de 1962, que indica que la pena sirve *a los "fines de protección de los bienes jurídicos y reincorporación del sujeto a la sociedad"*.

Los artículos 72 y siguientes del anteproyecto, distinguen en penas privativas de libertad, privativas de otros derechos y multas; también en principales y accesorias.

Elimina la pena de presidio, manteniendo como penas privativas de libertad, la prisión y el arresto; prevé la pena de comiso y la publicación de la sentencia en la prensa cuando el juez así lo disponga, como penas accesorias y comunes a toda pena principal.

Así como penas privativas de otros derechos, establece la inhabilitación política, para el ejercicio de funciones públicas, para ejercer alguna profesión, arte o industria; la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad; la privación del derecho de conducir vehículos automotores; la privación del derecho a la tenencia y al porte de armas.

Igualmente, el artículo 76, establece como penas accesorias a la de prisión, la inhabilitación política, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso, cuando el condenado fuere funcionario o empleado público, esta pena comporta la suspensión del empleo o función que venía ejerciendo, la inhabilitación para el ejercicio de una profesión, arte o industria, cuando en el ejercicio de ella fue cometido el delito por el que ha recaído la condena.

En cuanto a la pena de multa, comprende la obligación de pagar a la víctima, al Fisco Nacional o al Fisco Municipal, en unidades tributarias (que estuviere vigente para el momento de la comisión del delito) que de acuerdo con la ley determine la sentencia; la cual será destinada a la creación, fomento y mantenimiento de un Fondo Estatal de Indemnización y Ayuda a las Víctimas de la Criminalidad, que tendrá por objeto coadyuvar con la restitución del valor de la cosa cuando aquélla no sea posible y al resarcimiento del daño causado.

También consagra como pena, en el Artículo 84, la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad, los cuales no podrán imponerse sin consentimiento del penado que permiten la prestación de su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública

Otros supuestos, como son la privación del derecho de conducir vehículos a motor y ciclomotores (artículo 85) y la privación del derecho a la tenencia y al porte de armas (artículo 86).

Incluye el anteproyecto, las medidas de seguridad y establece las clases en el artículo 119 y siguiente con la finalidad de rehabilitar al autor del delito y con una duración determinada, adaptándose a las previsiones constitucionales en este sentido.

Por otra parte, el anteproyecto del Código Penal, consagra penas para las personas jurídicas, dentro de las cuales se comprenden la clausura, disolución, intervención, suspensión de la empresa, prohibición de realizar determinadas operaciones de la empresa.

6. DE LAS ESPECIES DELICTIVAS

El anteproyecto de reforma del Código Penal, mantiene tipos previstos en el Código vigente, criminaliza nuevas conductas (algunas de ellas en armonía al texto constitucional y tratados internacionales) y otras son trasladadas de las leyes penales especiales; entre las que tenemos:

– Delitos de homicidio. Artículos 210 y siguientes.

– Delitos de lesa humanidad Artículo 338.

– Delito de genocidio. Artículo 340.

– Delito de terrorismo. Artículo 347.

– Delito de delincuencia organizada. Artículo 930.

– Delito de Comercio de sustancias tóxicas y peligrosas. Artículo 664, numeral 15.

– Delitos económicos. Artículo 564 y siguientes.

– Delito contra la libertad. Artículo 278 y siguientes-332.

– Delitos contra el ambiente. Artículo 706.

– Delito de tráfico de seres humanos. Artículo 955.

– Delito de depósito, uso indebido de armas o sustancias tóxicas. Artículo 351.

– Delitos contra la administración pública o (contra el patrimonio público). Artículo 835.

– Delito de desaparición forzada de personas. Artículo 274 - 359.

– Crímenes de guerra (Estatuto de Roma). Artículo 400.

– Delitos contra el patrimonio histórico. Artículo 977 y siguientes.

– Delitos de tráfico ilícito de drogas. Artículo 373.

– Delitos contra la independencia de la Nación. Artículo 168 y siguientes.

– Delitos contra el honor. Artículo 265 y siguientes.

– Delitos de interceptación ilegal de comunicaciones. Artículos 300 y siguientes, 325 y siguientes.

– Delitos informáticos. Artículos 318 y siguientes.

– Delitos contra la participación democrática. Artículos 338 y siguientes.

– Delitos de violencia intrafamiliar. Artículos 443 y siguientes.

– Delito de invasiones. Artículos 563 y siguientes.

– Delitos contra la propiedad intelectual. Artículos 577 y siguientes.

– Delitos relativos al uso de la sangre y órganos humanos. Artículos 807 y siguientes.

– Delito de manipulación genética. Artículo 819.

– Delito de fraude procesal. Artículo 906.

– Delito de devastación o saqueo, alteración del orden público, organización de cuerpos armados e intimidación al público. Artículo 937.

– Delitos electorales. Artículos 946 y siguientes.

– Delitos laborales. Artículos 959 y siguientes.

– Delitos societarios. Artículo 640.

7. OTROS ASPECTOS

– En relación con la tentativa. A diferencia del vigente, consagra en el artículo 26, tan sólo una especie de tentativa, que define de la siguiente manera:

> El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad.

La pena podrá ser atenuada por debajo del mínimo fijado por la ley para la acción consumada, sin que pueda descender de la tercera parte de este límite; mantiene en relación con el código vigente el mismo supuesto para la tentativa desistida y a diferencia del anterior penaliza el delito imposible.

– En relación con la participación de las personas en la comisión del delito. Modifica el texto vigente, incluyendo el supuesto de autor mediato, la denominación del auxiliador necesario y en otro acápite establece las penas correspondientes.

– Define la ley penal en blanco, las leyes excepcionales, que consagra que las acciones perpetradas durante su vigencia se juzgarán de acuerdo con lo establecido en la correspondiente ley penal y –agrega– e incluso después de haber vencido el término de su vigencia y aun si perjudicare al imputado. Supuesto éste que podría afectar el principio de legalidad.

– En relación a la extradición de venezolanos, mantiene los principios constitucionales e internacionales (Convención Interamericana de Extradición o Convención de Caracas de 1981), en el sentido de prohibir su extradición en todos los casos y, en cuanto a la extradición de extranjero se adecúa a lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y establece el artículo 16, primer aparte: *No procederá la extradición de un extranjero:*

1.- Por delitos no tipificados en la ley venezolana.

2.- Por delitos políticos.

3.- Por delitos que sean sancionados en el país solicitante con pena de muerte o cadena perpetua. En estos casos se condicionará la entrega del solicitado a que la eventual pena por aplicar no sea de muerte ni exceda del límite constitucional de treinta años fijado en Venezuela.

– En cuanto a la extinción de la acción penal, adapta los supuestos a las previsiones del Código Orgánico Procesal Penal en el artículo 129, como es en el numeral 8,

> "El cumplimiento de los acuerdos reparatorios, verificado por el juez"; "9. El cumplimiento de las obligaciones y del plazo de la suspensión condicional del proceso, verificado por el juez. Y 10. Los demás supuestos de sobreseimiento contemplados en el Código Orgánico Procesal Penal, en cuanto fueren aplicables a la acción.

El anteproyecto del Código Penal como indicamos anteriormente representa un encomiable aporte del proyectista en la solución de problemas que han caracterizado nuestro sistema normativo, que podríamos sintetizar de la siguiente forma:

1.- Soluciona la hiperinflación legislativa, al tipificar conductas dispersas en numerosas leyes especiales, algunas de las cuales fueron indicadas anteriormente, como son entre otras, los delitos informáticos, fiscales.

2.- Estructura los elementos del delito.

3.- Plantea soluciones dogmáticas a la problemática del delito. En este sentido consideramos menester hacer las siguientes observaciones:

– En relación a la relación causal:

Precisa el anteproyecto, en el artículo 24, único aparte, lo siguiente:

> Se considera que el delito es consecuencia de la acción u omisión cuando éstas sean comúnmente idóneas para producirlo.

El problema de la relación causal, es un aspecto muy discutido por la doctrina, que parte de determinar cuándo una determinada causa, produce un resultado, que permita atribuirle una determinada conducta que interese al Derecho Penal.

En este sentido, han surgido en la dogmática diversas teorías que van desde la teoría de la *conditio sine qua non*, la teoría de la causalidad adecuada, la teoría de la causa eficiente, la teoría de la causa humana, la teoría de la relevancia típica; y, finalmente, la llamada "nueva teoría", de la imputación objetiva.

De acuerdo a la redacción del citado artículo, al indicar "*Se considera que el delito es consecuencia de la acción u omisión cuando éstas sean comúnmente idóneas para producirlo*"; se infiere que como respuesta a la pregunta, sobre ¿cuál es la causa que produce el resultado? Se adscribe a la teoría de la causalidad adecuada, entendida como expresa Bello, la condición que, en abstracto, es generalmente apropiada para producir el resultado;[28] es decir, el comportamiento humano será causa del resultado, cuando éste sea idóneo para producirlo, lo que se determinará por la experiencia de casos semejantes; la cual ha sido criticada, entre otros aspectos por restringir el campo de la relación causal, tan sólo a la idoneidad o no de la causa; y, además de ser impreciso el concepto de la idoneidad como factor causal.

Disposición ésta que consideramos que pudiera afectar las posibilidades de libertad de Interpretación del juzgador que bien pudiera adherirse a la teoría de la imputación objetiva, causa humana u otra, máxime cuando el anteproyecto expresa en la parte *in fine* del artículo 2: "*Los*

[28] Bello Rengifo, Carlos Simón: *Derecho Penal General. Casos.* Caracas, McGraw-Hill, 1997, p. 76.

jueces aplicarán la ley penal indagando con anterioridad su espíritu, propósito y razón"; además que atendiendo a las objeciones expuestas, tenemos que la misma, no soluciona el problema causal.

– En relación al estado de necesidad justificante e inculpable:

El anteproyecto plantea soluciones ante las diferentes posiciones de la dogmática en distinguir los supuestos de estado de necesidad justificante e inculpable; sin embargo, consideramos que tal como se refirió en el punto precedente, dicha disposición afecta la libertad del intérprete, al limitar su comprensión y ubicación dentro de las causas de justificación o de inculpabilidad.

– En relación con la definición del dolo:

Si bien el anteproyecto, tiene el aporte de definir el dolo, cuando expresa: *"El delito es doloso cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización";* sin embargo, no se comprende si el conocimiento del dolo abarca tanto los hechos típicos como su significación antijurídica

Por otra parte, cuando define el dolo eventual, se adhiere a una de las teorías elaboradas por la doctrina, como es la teoría de la voluntad, consideramos como indicamos anteriormente y ante la existencia de más de tres teorías, al ceñirse el proyectista a una de ellas, pudiera afectar la función del intérprete, quien bien pudiera considerar la teoría de la probabilidad o de la representación u otra, máxime cuando el anteproyecto expresa en la parte *in fine* del artículo 2: *"Los jueces aplicarán la ley penal indagando con anterioridad su espíritu, propósito y razón"*.

Así, cuando se refiriere a la preterintencionalidad como forma típica de la participación psicológica del sujeto en el hecho, siendo que la misma, surge a título excepcional y que, lesiona el principio del hecho o del acto, el cual es definido por Mir Puig, "*cuando el autor quiere realizar un tipo doloso de distinta significación penal al que resulta*".[29]

[29] Mir, *Ob. Cit.*, p. 308.

– *En relación al tipo de hurto famélico,* preceptuado en el artículo 504, que expresa: *"Quien se apodere de alimentos, medicinas o bienes muebles de escaso valor, para calmar un hambre prolongada por una situación notoria de extrema pobreza o para curar alguna grave enfermedad, sufrida por sí mismo o por sus padres, cónyuge o hijos, actúa por un estado de necesidad y no será castigado por el delito de hurto"*; no es más que un caso de estado de necesidad

– *En relación al error:*

El error es el desconocimiento bien de los elementos constitutivos del tipo o de la conciencia de la antijuricidad, en el primer caso estamos ante el llamado error de tipo y en el segundo supuesto ante el error de prohibición. Terminología ésta empleada en las legislaciones y doctrina contemporánea.

Los artículos 56 a 60, consagra los supuestos del error de hecho –tipo–, error de derecho –prohibición–, error por culpa, error *in personae* y error en el golpe o *aberratio ictus,* con lo que se amplía el campo de los supuestos de error a las previsiones vigentes.

Merece especial atención el supuesto relativo al error en la culpa, al cual ya se hace referencia en los casos de error de hecho –tipo– y error de derecho –prohibición– vencible; e igualmente, el supuesto previsto en el artículo 505, identificado como el hurto por error, que expresa*: "Quien se apropie de una cosa que hubiere llegado a su poder por consecuencia de un error o de caso fortuito será sancionado con prisión de uno a cuatro meses y multa del veinticinco por ciento del valor de los bienes objetos del delito"*. Consideramos que no es necesario regular este supuesto, ya que como la misma disposición indica, puede encuadrarse en un supuesto de error o caso fortuito, en cuyo caso el intérprete aplicaría los principios generales pertinentes

Así, el artículo 49, regula el supuesto de la obediencia jerárquica, como causa de inculpabilidad e igualmente consagra el supuesto de error de prohibición –aunque anteriormente se refiere al error de derecho–, al indicar: *"Parágrafo primero.- Si el subordinado cree que la orden es*

legítima y en tal convicción la ejecuta, podría estar en situación de error de prohibición sobre el carácter antijurídico de la orden y en una situación de inculpabilidad…". Supuesto éste que también puede ser solucionado por el intérprete, aplicando los principios generales.

– La inimputabilidad

Dentro de la estructura del delito, incluye a la imputabilidad como elemento aparte, y la define en el artículo 62, de la siguiente manera:

> quien tiene la capacidad de querer y entender y por ello pudo comprender la ilicitud del hecho en el momento en que lo perpetró. No pudo comprender tal ilicitud quien por un defecto **permanente o transitorio** (destacado nuestro) de su estado mental, no halló en ese momento cómo ajustarse a las normas del Derecho.

Al señalar como supuestos de inimputabilidad la enfermedad mental o transitoria, supera las dificultades y diversidad de criterios en la doctrina y jurisprudencia nacional en cuanto a la inclusión del trastorno mental transitorio.

Así, como otras causas de inimputabilidad, el artículo 70, incluye el sueño natural, provocado o sonambúlico, siempre que para el momento de su realización el sujeto careciera de la capacidad de comprender o de querer y también la vis compulsiva, al expresar el supuesto de la persona "quien perpetró el delito, por comisión u omisión, constreñido por otro mediante violencia a la cual no haya podido resistir o substraerse". Así como indicamos anteriormente afecta la posibilidad de interpretación al consagrar el sueño natural como causa de inimputabilidad, cuando por ejemplo, otras posturas dogmáticas lo comprendan como causa de ausencia de acción (como lo indica la parte inicial del artículo).

– La responsabilidad penal del indígena

Merece especial atención la responsabilidad penal del indígena como causa de imputabilidad, que el artículo 68 del anteproyecto, expresa:

> El juez podrá declarar inimputable al indígena que ejecute una conducta tipificada como punible, teniendo en cuenta su inadaptación a la cultura y su eventual incapacidad para comprender la ilicitud de tal conducta o para adecuarla a las disposiciones del Derecho.

En relación con este punto, Gladys Irureta,[30] luego de hacer un análisis histórico de las consideraciones jurídicas penales del comportamiento típico del indígena, concluye que es aplicable en estos casos el supuesto de error de prohibición, por tratarse de personas que no están integradas desde el punto de vista cultural, y no como la ausencia de capacidad física para verse motivado por la norma, y que es precisamente el planteamiento que se desprende del capítulo VII, artículos 119 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que reconocen "*la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida…"* (artículo 119)*;* el derecho a "*mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones". (artículo 121*); el derecho a "*mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades" (artículo 122); así como* el derecho a "*la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas"* y a la participación política; de lo que se desprende que la Constitución en ningún momento refiere que el indígena adolece de capacidad de *"querer y entender"*.

[30] Irureta, Gladys: *El indígena ante la Ley Penal.* Publicación Procuraduría General de la República y el Instituto de Ciencias Penales, Universidad Central de Venezuela, 1981, p. 130.

– La responsabilidad penal de la persona jurídica:

Establece el único aparte del artículo 4 del anteproyecto: *"...las personas jurídicas pues siempre responderán por el eventual daño causado y a título de responsabilidad penal objetiva"*. Dicha disposición afecta el principio de culpabilidad, del hecho o acto, así se trate de una persona jurídica, en base al principio *versari in re illicita* (de origen medieval) en cuyo caso la sociedad, respondería penalmente de un resultado lesivo, aunque fuere fortuito e imprevisible, a consecuencia de una conducta inicial ilícita

– En cuanto a la ley penal en blanco y las leyes excepcionales:

Define la ley penal en blanco, las leyes excepcionales, que consagra que las acciones perpetradas durante su vigencia se juzgarán de acuerdo con lo establecido en la correspondiente ley penal y –agrega– e incluso después de haber vencido el término de su vigencia y aun si perjudicare al imputado. Supuesto éste que podría afectar el principio de legalidad.

4. Preceptúa derechos a las víctimas:

Supuestos, como en el caso de la pena de multa, entendida como la obligación de pagar a la víctima, en unidades tributarias que de acuerdo con la ley determine la sentencia; una cantidad destinada a la creación, fomento y mantenimiento de un Fondo Estatal de Indemnización y Ayuda a las Víctimas de la Criminalidad, que tendrá por objeto coadyuvar con la restitución del valor de la cosa cuando aquélla no sea posible y al resarcimiento del daño causado.

5. Finalidad de la pena:

Adapta el tipo de pena y medidas de seguridades a las finalidades preventivas especiales; además de adaptarse a la realidad social, al eliminar la pena de presidio y adecuar la pena de multas a unidades tributarias, así como la imposición de trabajos comunitarios para las personas.

6. Se adscribe al sistema causalista (neoclásico) del delito, entre otros aspectos al comprender el injusto desde el punto de vista de su dañosidad

social y al comprobar que la culpabilidad, es un juicio de valor, que se valora desde el punto de vista de la reprochabilidad que se le formula al sujeto por la realización del hecho antijurídico cuando era exigible obrar conforme a derecho, compuesto por: la imputabilidad o la normalidad mental del sujeto, la concreta relación psíquica del sujeto con el hecho –dolo, culpa– y la normalidad de las circunstancias en que el sujeto actúa.

CONCLUSIONES

El tema expuesto, consagra planteamientos que sobrepasan las líneas citadas y tan sólo hemos pretendido esbozar los lineamientos del futuro de nuestra legislación.

Estamos seguros que esta época de nuestra historia, busca con más ahínco, la comprensión del fenómeno delictivo, su relación con los principios garantistas, con la pena y los participantes –Estado, Víctima, Victimario–.

La generación que nos está tocando vivir ha llegado en este período a la conclusión de que la armonía y la paz social, no la garantiza la tipificación de conductas y el aumento de penas; sino que la llave está en descubrir los fines que puede dar al ser humano la verdadera razón de vivir en sociedad.

No debemos subestimar los peligros que afrontamos ante una realidad que algunos han calificado de caótica, donde luchamos por asegurar los valores y principios garantistas, sobre las bases legales y constitucionales con cara al equilibrio entre víctima-victimario, en el cual el Derecho Penal actúe, como última razón, cuando las demás políticas sociales fracasen; con la finalidad de ordenación social, logro de la paz, seguridad jurídica, la reinserción social del penado frente al resarcimiento a la víctima.

Nuestra historia ha demostrado que efectivamente podemos lograr la evolución que esperamos y, por ende la convivencia entre los conciudadanos, puesto que en nuestra historia, pasamos entre otros aspectos a los siguientes:

– De la aceptación a la prohibición de pena de muerte.

– De la detención a la libertad; de penas crueles a humanas.

– De tipos que protegían bienes morales a que tutelan bienes jurídicos.

– Del establecimiento del *ius puniendi* del Estado a sus límites.

– Del rescate de derechos para la víctima y el victimario.

Entonces para finalizar, podemos concluir que esperamos que con la reforma del Código Penal, se logre los tres pilares: La justicia, la verdad y la paz.

ESQUEMA DE LAS ESCUELAS CLÁSICA Y POSITIVISMO

	CLÁSICA	**POSITIVISMO**
OBJETO	Estudio del delito y de las penas	El delincuente
Delito	Entidad Jurídica. Infracción de la Ley del Estado. Compuesto por dos fuerzas: 1) Moral (voluntad y daño moral) y 2) Física: (acción corporal y daño material)	Fenómeno social, natural: factores individuales, físicos y sociales, biológicos
Culpabilidad	Libre albedrío. Responsabilidad moral. El hombre no está determinado	Fundamento social. peligrosidad social. El hombre está determinado
Pena	Retribución. (variantes con la prevención)	Debe ser indeterminada, atendiendo a la categoría de delincuente. Fin: Resocializador
Medida de seguridad	Administrativa	Penal

POSTULADOS-REPRESENTANTES

CLÁSICA

Carrara: La ciencia penal está al servicio de la libertad del hombre: El derecho es la libertad. La ciencia criminal bien entendida es, pues, el supremo código de la libertad que tiene por objeto sustraer al hombre de la tiranía de los otros y ayudarlo a librarse de la tiranía de sí mismo y de sus propias pasiones - (Zaffaroni Eugenio: *Manual de Derecho Penal.* Buenos Aires, Editorial Ediar, 1998, p. 222.)

POSITIVISMO

Lombroso: la delincuencia era un fenómeno atávico

Ferri: La responsabilidad penal se derivaba del hecho de vivir en sociedad y el fin del derecho penal era la defensa social. "frente al hombre que está determinado a defenderse" - (Zaffaroni Eugenio 1998. *Manual de Derecho Penal.* Buenos Aires, Editorial Ediar, 1998, p. 222)

CAUSALISMO	CLASICA	NEOCLASICA	FINALISMO	FUNCIONALISMO
ACCIÓN	OBJETIVA		SUBJETIVA	SUBJETIVA
TIPICIDAD	OBJETIVA	OBJET/SUBJ (Algs. casos)	OBJ/SUBJ	OBJ/SUBJ
ANTIJURICIDAD	OBJETIVA	OBJ/SUBJ	OBJ/SUBJ	OBJ/SUBJ
CULPABILIDAD	SUBJETIVA	SUBJETIVA	SUBJETIVA	SUBJETIVA

ESQUEMA DE LA TEORIA DEL DELITO

CAUSALISMO

	CLÁSICA	NEOCLASICA	SOCIAL
ACCIÓN	Movimiento corporal voluntario que produce un cambio en el mundo exterior	Introduce elementos valorativos	Relevancia social
TIPICIDAD	Hecho descrito en la ley como punible – compartimientos estancos independientes.	Objetivo + Subjetivo (a veces)	=
ANTIJURICIDAD	Hecho contrario al derecho: a) Aspecto formal: Violación normas objetivas de Derecho b) Aspecto material: Lesividad.	Introduce elementos valorativos	=
CULPABILIDAD	Imputabilidad + Nexo psicológico entre el autor y el hecho (dolo-culpa)	Introduce la Normalidad circunstancias en que el sujeto actúa. EXIGIBILIDAD – teoría normativa-	=

FINALISMO

ACCIÓN	Ontológica: Fases: 1) Interna (Anticipación mental del fin + efectos concomitantes) + 2) Externa: (Curso causal transcurre en el mundo físico y social) FINALIDAD— VIDENTE - CAUSALIDAD: CIEGA
TIPICIDAD	Elementos objetivos (sujeto + objeto + acción – relación causalidad resultado). Elementos subjetivos: tipo doloso y culposo
ANTIJURICIDAD	Elemento Subjetivo – conocimiento y objetivo: Bienes jurídicos + desvalor acción
CULPABILIDAD	Culpabilidad: Imputabilidad + Conciencia de la antijuricidad + La exigibilidad de otra conducta. Reproche personal que se hace al autor consistente en la afirmación de que no se ha actuado conforme a las exigencias del derecho a pesar de que podía y debía hacerlo.
PENALIDAD = PREVENCIÓN GENERAL	

FUNCIONALISMO (Teleológico)

ACCIÓN	No ontológico. Sí valorativo de tinte socio-jurídico
TIPICIDAD	**Elementos objetivos** (sujeto + objeto + acción - relación causalidad -resultado). **Elementos subjetivos**: tipo doloso. Tipo culposo. Fin prevención general. Motivar al sujeto para que omita la actuación descrita en el mismo o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada. Conduce a: a) interpretar la ley teleológicamente Principios. Fin protección bienes jurídicos.
ANTIJURICIDAD	Categoría de todo el ordenamiento jurídico. Funciones política criminal: soluciona colisión de intereses: porque sitúa el hecho dentro del contexto social y soluciona colisiones entre agresor-defensor-salvador y quien sacrificó la propiedad Sirve punto de enlace para medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas: prevención especial. Enlaza derecho penal con todo el ordenamiento jurídico: garantiza unidad y falta de contradicción de todo el ordenamiento jurídico
CULPABILIDAD	Responsabilidad = culpabilidad + necesidades de prevención.
PENALIDAD = PREVENCIÓN GENERAL y ESPECIAL	

TEORÍAS DE LOS FINES DE LA PENA

	Retribución o absoluta	**Prevención**	**Unión**
Fundamento	Se castiga porque se ha delinquido Razones: Justicia (Hegel). Éticas (Kant)	Medio para alcanzar otros fines como prevención, rehabilitación “ No se pena porque se ha pecado, se pena para que no se peque” Clases: Especial = Particular General = Sociedad	Absoluta + Prevención. Fases: 1.- Legal: Protección bienes Jurídicos = Prevención General 2.- Judicial: Lesión Bienes jurídicos = Prevención Especial 3.- Ejecución = Prevención Especial
Fines	Justicia	Utilitaria	Justicia y prácticos
Aporte	Límite *ius puniendi*	Von Liszt decía que esta teoría puede actuar: Protegiendo a la comunidad mediante el encierro de los delincuentes. Intimidando para que no cometan futuros delitso, corrigiendo y evitando la reincidencia. Además de ser función informativa mantiene confianza.	=
Critica	No, Estado democrático	Injerencia derecho penal en la esfera actitud interna del ciudadano (Luzón Peña). No aplicable generalidad.	

Los delitos de comisión por omisión en el anteproyecto de Código Penal elaborado por encargo de la Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia

Ángel Edecio CÁRDENAS[*]

SUMARIO:

Introducción

1. **Consideraciones sobre la estructura ontológica de la omisión.**
2. **La omisión propiamente dicha y los delitos de comisión por omisión. Generalidades. La posición de garante.**

---

[*] **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 difundidos en publicaciones especializadas.

3. **Derecho comparado.**
4. **Proyectos venezolanos anteriores.**
5. **Anteproyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Elaborado por Alejandro Angulo Fontiveros y otros colaboradores: 5.1** *Análisis de la norma (Art. 23)*

INTRODUCCIÓN

Una novedad importante en el anteproyecto es la regulación de los delitos de Comisión por Omisión. Nuestro viejo Código Penal consagra únicamente ciertas hipótesis que constituyen delitos de omisión propiamente dicha, que como se sabe se asemejan a los delitos de mera actividad en los cuales se sanciona una conducta de naturaleza estrictamente negativa que consiste sólo en un no hacer lo que se debe o se espera del sujeto activo. Como ejemplos de tipos penales de omisión con esa naturaleza se pueden señalar los contemplados en los artículos 239 y 440 del Código Penal, referidos a la omisión de servicios legalmente debidos y a la omisión de socorro. El anteproyecto regula –lo que no hace el vigente código– en los artículos 23 y 24 las exigencias normativas respecto a los delitos de Comisión por Omisión, los cuales se caracterizan porque comprenden un mandato de realizar una acción que persigue evitar la producción de un resultado típico, el cual si finalmente acaece, se la imputa al omitente que no lo impidió pudiendo hacerlo. Resulta importante encarar a la luz del anteproyecto el estudio de esas formas delictivas, pues no son pocos los problemas que ellas presentan en la doctrina y particularmente en el código vigente; así: A falta de regulación expresa se considera que los delitos de Comisión por Omisión, llamados también impropios de omisión, están implícitamente comprendidos en las figuras de los delitos de resultado, por ejemplo que el delito doloso por omisión está incluido en el artículo 407 del Código Penal, a pesar de que en su texto sólo se alude expresamente a las conductas activas "El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de doce a dieciocho años". Esto obviamente plantea serios problemas desde el punto de vista del principio de legalidad y por ello se ha llegado hasta cuestionar la constitucionalidad de su castigo. Se ha pretendido obviar tales cuestionamientos señalándose, por ejemplo, en el caso del homicidio previsto en el artículo

407, que el tipo no hace una especial referencia al medio con que se debe causar la muerte y por lo tanto la madre que omite dar alimentos a su hijo recién nacido, lo ha matado, por supuesto que esa omisión se considera comprendida en el verbo que describe la conducta típica en los delitos de resultado, si se interpreta con arreglo al sentido usual de las palabras; pero no todo el que no evita un resultado pudiendo hacerlo puede ser sujeto activo de un delito de comisión. Hay delitos de omisión propiamente dichos llamados también delitos puros de omisión, los cuales son calificados por el resultado, mas no puede decirse que constituyan en realidad delitos de Comisión por Omisión. Estos últimos son delitos especiales en los cuales sólo pueden ser sujeto activo las personas que reúnan determinadas características.[1]

1. CONSIDERACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA ONTOLÓGICA DE LA OMISIÓN

Muchas veces y de manera equivocada se simplifica en exceso al señalarse que la diferencia entre Comisión y Omisión consiste que en la primera existe un acto material positivo, movimiento muscular o conjunto de movimientos musculares que producen un cambio en el mundo exterior, mientras en la omisión el sujeto no hace nada, permaneciendo en la inmovilidad, en la inercia; con lo que se distingue en definitiva entre un hacer físico o un no hacer. La verdad es que tanto en los delitos de Comisión por Omisión como en los delitos de simple omisión el sujeto o bien hace lo que no debe para evitar el resultado o realiza lo que no es necesario para cumplir con la norma que en el caso por ejemplo del artículo 440 lo obliga a ayudar a la persona que se encuentra en situación de peligro. De allí que tiene razón el profesor Frías Caballero cuando señala que la distinción entre los tres grupos de delitos (comisión por omisión, comisión y delitos de simple omisión) es fundamentalmente normativa y no naturalista, de modo que sólo puede lograrse a partir de la norma, como lo había señalado Grispini y se acepta hoy pacíficamente: Si la norma es prohibitiva (no matarás) el delito es de comisión; mien-

[1] *Vid.* Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal Español.* Parte General III. p. 263. Tecnos, año 2001.

tras que en el delito de Comisión por Omisión se vulnera a la vez una norma prohibitiva y otra que contiene un mandato: se comete un homicidio omitiendo (no realizando la acción exigida por el Derecho para evitar la muerte).[2]

En efecto, Grispini sostiene que

> ...no es posible llegar a un concepto exacto de la omisión si no se parte del siguiente principio: la omisión no es concepto naturalista, sino un concepto exclusivamente normativo, es decir, que no tiene significado ni razón de ser sino en relación con una norma. En verdad, la omisión –como tal– no tiene una existencia objetiva, es decir, que en la realidad psicosocial no existe una conducta que por su naturaleza, objetivamente considerada, constituya una omisión. En la realidad objetiva se verifican inactividades pero éstas, como se dijo, no son siempre omisiones. Quien no hace nada no se puede decir que por esto omita. Y por otra parte, quien hace alguna cosa puede ser autor de una omisión.[3]

Ha existido cierto debate sobre si la conducta omisiva es una realidad ontológica o si, por el contrario su existencia se fundamenta solamente en que no tiene verdadera existencia en el mundo fenoménico, ya que ella depende de la norma, sin la cual no puede tener realidad, pues ella y sólo ella impone un deber de obrar, de activarse. Los naturalistas, sin negar que hay que recurrir a la norma para elaborar la teoría de la omisión sostienen que ésta existe realmente en el mundo natural, como una entidad captable sensorialmente, con vida propia de manera igual que la acción positiva. Alberto Dall Ora nos dice "...la constatación del **non facere** es observación de un dato de la naturaleza tanto como lo es la constatación de un **facere**. Ni las dos representaciones separadas de una realidad eventualmente contextual postulan el recurso a la norma. Si no existiera alguna ley ni norma alguna, también fuera de la juridici-

[2] Caballero, Jorge Frías. *Teoría del Delito.* Editorial Librosca C.A. Caracas. 1996. p. 146
[3] Filippo Grispini, *Diritto Penale Italiano,* volumen I. p. 32

dad el hombre podría establecer lo que el hombre hace o no hace".[4] La omisión según este autor puede ser relevante o no para el Derecho Penal, lo que le da carácter penal es su eficacia causal y la contrariedad a una específica obligación jurídica (antijuricidad). Para la concepción naturalista de la acción, la omisión representa una realidad por sí misma en el mundo natural que preexiste al mundo de los valores representado por la arquitectura normativa.

Desde ese punto de vista naturalístico, la conducta activa o acción se entiende como una actividad, como un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales destinados a producir determinado evento, en el mundo externo y la omisión se entiende como un **Nihil,** como una inactividad pero que constituye en definitiva una realidad, un dato ontológico, un no hacer, es decir, un **Nihil Facere**.

Giuseppe Magiore afirma que: "ha de considerarse como sofística la tesis que declara absurda toda concepción de la omisión no expresada en términos normativos".[5] Otros autores se preocupan en destacar para la omisión un elemento de carácter físico que sería lo único que permitiría considerarla como conducta humana. Ellos destacan que dicho elemento no sería sólo un no hacer, sino que comprendería también la acción en particular que el individuo desarrolla en lugar de la conducta debida. Además consideran que constituye elemento físico de la omisión la inervación muscular con la cual se desarrolla la acción inhibitoria (omisión). Tiene razón Arteaga cuando se muestra en contra de estas posiciones señalando que la esencia de la omisión sólo puede determinarse con relación a la norma y radica, fundamentalmente, en la no realización de la conducta prescrita por el ordenamiento jurídico, no interesando para nada lo que el sujeto hace en lugar de lo que debía hacer. Por supuesto esto conduce directamente a la exigencia de la voluntad para que la conducta sea de interés al Derecho Penal. Incluso quien se olvida de

[4] Alberto Dall Ora. *Condotta omisiva o condotta permanente nella teoría General del reato,* Milano, Giuffré 1950, p. 13.
[5] Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal,* Volumen I, Bogotá, Editorial Temis, p. 351.

realizar una acción que podría llevar a cabo también la omite, se trataría entonces de una omisión culposa, pero también voluntaria "en cuanto depende de la voluntad del sujeto omitir el cuidado debido de no prestar la atención que imponen sus deberes".[6] Para otros autores la capacidad concreta de acción es el elemento constitutivo de la omisión. El concepto de omisión no requiere por tanto la presencia de un acto de voluntad actual, sino que basta con que el sujeto pudiera llevar a cabo un acto de voluntad (basta con un acto de voluntad posible). La voluntariedad no es inherente al concepto de omisión.[7]

También se ha negado la voluntariedad de realización[8] en la omisión, por lo que, el dolo en los delitos de omisión tendrá que ser concebido de un modo diferente que en los delitos de acción. El dolo, en la omisión, consistirá simplemente en la conciencia de la no realización de una acción con conocimiento de la capacidad concreta de acción.[9]

2. LA OMISIÓN PROPIAMENTE DICHA Y LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN. GENERALIDADES. LA POSICIÓN DE GARANTE

Como se ha dicho, un delito puede cometerse no sólo mediante un comportamiento activo, sino también mediante una Omisión cuando el propio Código Penal incrimina la conducta delictiva expresamente se habla de delitos propios de omisión, se trata de tipos penales sin mayor complejidad. Sin embargo, la situación se torna más compleja cuando no existe un precepto penal que castigue expresamente la conducta omisiva cuando ésta puede configurar los delitos de omisión impropia o de Comisión por Omisión. Bacigalupo considera incorrecta la expresión: "delitos de omisión impropia" y la sustituye por la de "delitos impropios

[6] Arteaga Sánchez, Alberto. *Derecho Penal,* 9ª Edición 2001. p. 177.
[7] Cerezo, José Mir. *Curso de Derecho Penal. Español. Parte General III. Teoría jurídica del delito.* Editorial Temis. 2001. p. 253.
[8] El artículo 61 presume la voluntariedad de la acción, pero no la voluntariedad del resultado, no hay presunción de dolo en el Código Penal.
[9] Armin Kaufman, *Die Dogmatik der Unterlassung delitke*, p. 35 y Hans Welzel, Das deutsche Strafrecth, p. 201 citados por Cerezo Mir, p. 253.

de omisión" al estimar que la impropiedad es al delito, no a la omisión, que como tal se da o no se da, pero no es propia ni impropia.[10]

En los delitos de omisión propiamente dichos la conducta delictiva consiste en no hacer algo que se debe hacer (*non facere qued debetur*). En consecuencia, estos delitos llamados también de omisión pura o propia, en los que se castiga la simple infracción de un deber de actuar que viola una norma impositiva o preceptiva (un mandato de acción) la cual exige un mandato de acción. Estos delitos de omisión pura u omisión simple siempre están tipificados. Estos delitos equivalen a delitos de simple actividad.[11] En estos delitos no se requiere que se produzca un resultado. Ejemplo en nuestra ley, como se ha dicho anteriormente, lo encontramos en el artículo 440, en el cual se castiga expresamente al simple no actuar conforme al mandato legal.

En los delitos de Comisión por Omisión, que son los que realmente nos interesan, se debe indicar que ellos se presentan cuando se logra una verdadera mutación en el mundo exterior, no haciendo aquello que se espera del agente. Puede decirse que se está en presencia de un delito de Comisión por Omisión, en aquellas hipótesis en que el agente al omitir una conducta produce un resultado. El delito de Comisión por Omisión es un delito de resultado.[12] Para Ranieri lo que caracteriza los delitos de Comisión por Omisión es que en ellos el sujeto "viola un mandato de acción junto con una prohibición de comisión, o sea, que el agente no hace lo que debe hacer, ocasionando con ello un resultado que no debe ser ocasionado. El ejemplo citado por todos los autores: la madre que deja morir de hambre a su hijo, consuma el delito de homicidio, pero la forma del delito es comisiva mediante omisión, porque la madre que no hace lo que debe hacer (omisión) produce un resultado que podría evitar, el cual no debía ocasionarse".[13] La doctrina considera los delitos de Comisión por Omi-

[10] Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del delito.* Editorial Astrea. Buenos Aires 1974. Y en delitos impropios de omisión. Ediciones Panedillo 1970. pp. 97-103.
[11] Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito.* Editorial Temis. 1990. Bogotá Colombia. p. 31.
[12] Conde Muñoz. p. 33, *Ob. Cit.*
[13] Ranieri, Silvio. *Manual de Derecho Penal.* Volumen I. Editorial Temis. Bogotá, 1975, p. 29.

sión como una especie de los delitos de Comisión, llegándose a esta conclusión al considerar que en la Comisión por Omisión la norma violada tiene carácter prohibitivo como en los delitos de comisión. Ante una norma prohibitiva, su infracción puede consistir en la ejecución física del resultado, como en una omisión que lleve a ese mismo resultado; si de otra parte el sujeto tiene el deber jurídico de evitarlo.

El problema esencial se presenta cuando se trata de determinar en qué condiciones la no realización de una acción (omisión) tendente a evitar un resultado previsto en una norma prohibitiva, puede ser equivalente a la realización activa (comisión) de ese resultado.[14] La doctrina mayoritaria señala que el no impedir un resultado se equipara a su causación, cuando en el sujeto no existe el deber jurídico de evitarlo. La cuestión se torna de mucha dificultad al no existir un precepto penal que castigue expresamente la conducta omisiva. A primera vista, pareciera que el principio de legalidad ha de impedir el castigo de dichas conductas omisivas no previstas explícitamente, pues no se da la necesaria tipicidad.[15] Precisamente como quiera que los Códigos Penales no definen las condiciones en las cuales la omisión es equivalente a la realización activa del resultado del delito, aparece en la doctrina alemana "la posición de garante". Maurach enseña que ésta implica una obligación especial frente a los demás miembros de la sociedad en la defensa de un bien jurídico señalado que "al sujeto no solamente se le impone un simple deber de acción, esto es, un deber de actuación, sino un deber precisamente dirigido a evitar el resultado típico que amenaza: el especialmente obligado debe responder frente a la sociedad de que el resultado no se producirá" y agrega "...la ley, por la objetiva y personalmente incrementada esfera de deberes, tiene el derecho a exigir la evitación del resultado, y a equiparar al garante que omite contrariamente a su deber, al autor de un hecho comisivo...".[16] Los Códigos Penales suelen establecer con

[14] Bacigalupo *Ob. Cit.* p. 156.
[15] Claus Roxin, Gunther. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ariel. Barcelona. 1989. p. 77.
[16] Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo II. Ediciones Ariel. 1968. p. 284-285.

carácter general que quien se abstenga de evitar un resultado que está previsto en el tipo es castigado sólo cuando tenga la obligación jurídica de evitar tal resultado que se ha producido, haciendo equivaler esa omisión a la realización del tipo mediante una conducta activa (cláusula de equivalencia). En los delitos de Comisión por Omisión la posición de garante no está expresamente establecida en los tipos penales. En esos delitos, según la doctrina dominante, su punibilidad está subordinada a la existencia de los siguientes presupuestos:

1.- La obligación de realizar una determinada acción, lo que se traduce en el deber jurídico de actuar; es decir, de impedir el resultado.

2.- La posibilidad mediante esa acción de evitar el resultado prohibido en la norma.

3.- La imputación objetiva del resultado que no se evitó y que efectivamente se produjo.[17]

Obviamente que en el ámbito del tipo subjetivo doloso se requiere que el sujeto garante del bien tenga conocimiento de la situación típica, de la

[17] La exigencia de un resultado plantea el problema de la imputación objetiva del mismo a la omisión de la acción que lo hubiera evitado.
El tema se ha tratado clásicamente como una cuestión de causalidad (Art. 24 del anteproyecto). Pero en la dogmática moderna los problemas de causalidad han perdido considerable importancia. Hoy no se pregunta si una acción u omisión son causales del resultado sino si el resultado es objetivamente imputable a la acción o a la omisión. La diferencia entre una y otra pregunta se deriva de lo siguiente: mientras los problemas de causalidad deben resolverse según reglas físicas, los que plantea la imputación objetiva dependen de criterios derivados de la finalidad y contenido de las normas. Hay hoy en día consenso sobre que las normas no prohíben ni mandan causaciones. La relación entre el resultado no evitado y la omisión no es una relación de causalidad, sino de imputación objetiva. Existirá dicha relación cuando la acción omitida hubiere evitado el resultado producido. No se trata de una causalidad real sino "Potencial". No se requiere exigir una seguridad absoluta que de realizarse la acción omitida el resultado no se hubiere producido. Basta con poder afirmar que la acción omitida probablemente hubiere evitado el resultado. Según el primer criterio, no habría Comisión por Omisión cuando el médico omita un tratamiento que podría haber salvado al paciente, pero que no podía considerarse en el momento de la omisión como un medio que seguramente hubiera impedido el resultado. La exigencia de la "seguridad" siempre habría que comprobarse *ex post*, por lo que en la mayoría de los casos se debería aplicar *el indubio pro reo*. Por ello es más lógico apreciar si se disminuyó o no y en qué medida la protección del bien jurídico y el riesgo a que se le expuso para que se produjera el resultado que aconteció (*Vid.* Bacigalupo. Manual de Derecho Penal. *Ob. Cit.* 1989, p. 320).

posibilidad de conocer la forma de evitar el resultado. El desconocimiento debido a error vencible puede dar lugar a la imputación por imprudencia.[18] El principal problema que nos encontramos en los delitos de Comisión por Omisión es el referente a la determinación precisa de las personas que tienen posición de garante, pues los tipos penales comisivos no mencionan expresamente los deberes que corresponden al concepto de garante, y por lo tanto resulta difícil determinar a quién corresponde, pues sólo se describe expresamente una acción positiva. De allí que se formulan reparos de orden constitucional (infracción del principio de legalidad de los delitos) contra la figura de los delitos de Comisión por Omisión. Nos encontramos aquí con "Tipos Abiertos" en los que una parte del tipo viene descrita en la ley, teniendo el juez que buscar los restantes elementos que son precisamente los que fundamentan la posición de garante.[19] En una primera aproximación se puede decir que sólo los que tienen una especial vinculación pueden ser considerados garantes de la integridad de un bien jurídico, así sucede con los progenitores del infante que tienen la obligación de alimentarlo para que no muera. El médico tiene la obligación de atender al herido y tratar de salvarlo.[20] Como bien afirma Muñoz Conde, la razón de ser garante y eventualmente castigarse al agente como autor del hecho está "en que tanto un precepto legal, como el ejercicio de una determinada profesión o el manejo de una fuente de peligros, impone a determinadas personas la obligación de impedir que se produzca un resultado lesivo. La obligación de impedir el resultado prohibido surge en opinión de Ranieri, ex-

[18] Muñoz Conde. *Ob. Cit.*, p. 34.
[19] Muñoz Conde, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 36.
[20] Tiene especial importancia entre nosotros la conducta del médico que no atiende a un enfermo grave y como consecuencia de ello se produce un daño a la integridad personal o su muerte. Dicha conducta omisiva suele suceder en clínicas privadas donde son llevados estos pacientes, quienes ni siquiera son admitidos en ellas por existir órdenes de la Administración de no admitir a quien no deposite dinero suficiente o dé garantías de pago a dichas clínicas. El médico puede responder por homicidio intencional o lesiones, pues según disposiciones legales el médico tiene un deber especial de protección (posición de garante) sobre la vida y la integridad física de los pacientes cuando se presentan concretamente estas "urgencias", si el peligro surge como consecuencia de la omisión, puede haber determinación a cometer delito (Art. 83): autoría intelectual o inclusive coautoría propiamente de los directivos de la clínica. Incluso, puede haber causas de inculpabilidad de parte de los médicos, según los casos consistente en error de prohibición, o no exigibilidad de otra conducta.

clusivamente de una norma jurídica "cualquiera que sea, y, por lo mismo no sólo de una norma de Derecho Penal sino de Derecho Público o de Derecho Privado en general".[21]

Maurach, por su parte, limita las fuentes de que surge la posición de garante a cuatro situaciones: a) fundamentación legal (una orden de ley); b) libre aceptación (relación contractual, relaciones de confianza); c) pertenecer a especiales comunidades de vida o de peligro (deber de cuidado de ciertos parientes desvalidos, deber del marido de impedir la prostitución de la mujer); d) conducta anterior peligrosa (quien por descuido encierra a una persona se hará culpable de secuestro sino la pone inmediatamente en libertad.[22]

Bacigalupo, por su parte, amplía las situaciones que pueden constituir hipótesis en cuanto a estar en posición de garante, haciendo la siguiente clasificación:

1-. Posición de garante enmarcada en un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo. Una primera constelación de éstos vendrían por quienes tienen a su cargo la protección de un bien jurídico, como ejemplo se señala la situación de quien tiene por objeto el cuidado de personas necesitadas (un niño por su niñera o un enfermo por su enfermera). También se puede pensar en el deber de cuidado de quienes realizan actividades de vigilancia de personas que pueden resultar en un peligro (el salvavidas en una playa pública). "...Se reconoce la existencia de un deber de protección que genera una posición de garante entre familiares cercanos y en los casos de convivencia en las que en situaciones en que un peligro amenace la vida o la integridad personal. Con frecuencia un deber de esta naturaleza incumbe a los funcionarios respecto del peligro de lesión de bienes jurídicos que corresponden a su competencia".[23]

---

[21] Ranieri, Silvio. *Manual de Derecho Penal.* Volumen I. Editorial Temis. Bogotá 1975.
[22] Maurach Reinhart. *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* Tomo I. Traducción Juan Córdova Roda. Ediciones Ariel. Barcelona 1962.
[23] Bacigalupo, E. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Editorial Temis. 1989. p. 231.

2.- La vigilancia de una fuente de peligro.

En estos casos, como anota Bacigalupo: "...La posición de garante tiene aquí por contenido la dirección y el encauzamiento de algo que produce, por su utilización, peligro para bienes jurídicos en la vida social, por cuyo motivo en determinado sujeto o sujetos tienen como función evitar y prevenir daños...".[24] Por ejemplo, las empresas de transporte (aéreo, terrestre o marítimo) que deben dirigir y encauzar adecuadamente la fuente de peligro y por eso tienen el deber especial de protección sobre la vida de los usuarios. También se adquiere la posición de garante, cuando se crea un peligro anterior (injerencia) que culmina en la lesión de un bien jurídico. Por ejemplo, el conductor que atropella a un peatón levemente y luego omite prestarle ayuda. Si por consecuencia de la omisión se produce la muerte, responde por el delito de homicidio.[25] Otros casos que suelen ejemplificarse como de conducta anterior responsable en los cuales no existe coincidencia en la doctrina serían los siguientes: el que le sirve alcohol en abundancia a otro y una vez embriagado no impide que conduzca el vehículo con el cual se atropella imprudentemente al peatón ¿debe responder en este caso por omisión culposa quien suministró el alcohol? En otros casos no hay duda, tal como sucede en el caso del funcionario público frente a los intereses del Estado y de los particulares. "El funcionario público de policía o el militar que no intenta seriamente impedir el exceso de sus subordinados respecto a los bienes o intereses de los particulares, responde indudablemente como si hubiera causado él mismo esos resultados...".[26]

Por otra parte, en los delitos de Comisión por Omisión dolosa se exige desde el punto de vista de su culpabilidad el dolo que debe estar integrado por el elemento cognoscitivo y el elemento volitivo. El primero supone que el agente conozca su deber de actuar y puede quedar excluido por un error sobre la antijuricidad (error de prohibición). El elemento volitivo puede excluirse por una causa de inculpabilidad [miedo insupe-

[24] Bacigalupo, Enrique. *Delitos impropios de omisión.* Editorial Temis. Bogotá. p. 146.
[25] *Cfr.* Rodríguez Maurullo, Gonzalo. *El delito de omisión de auxilio a la víctima y al pensamiento de la injerencia.* Anuario de Ciencias Penales. Madrid 1973, Separata, p. 501.
[26] Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal* ya citado. p. 232

rable, no exigibilidad de otra conducta (causa supralegal, estado de necesidad, miedo insuperable, coacción moral, etc.)]. En cuanto al delito imperfecto, llamado por algunos: mecanismos amplificadores de los tipos penales, cabe la tentativa idónea e inidónea.[27] Si el sujeto no hubiera podido en una probabilidad rayana en la certidumbre, evitar la producción del resultado delictivo, pero hubiera disminuido el peligro de su producción, estaríamos ante una tentativa "...Será idónea si desde una perspectiva "ex ante" aparece como no absolutamente improbable o incluso como probable la evitación de la producción del resultado. Si aparece "ex ante" como imposible o absolutamente imposible estaremos ante una tentativa inidónea, impune en nuestro código".[28] Por otra parte, puede haber coautoría en la Comisión por Omisión (Art. 83 del Código Penal Vigente) tal cual sería el caso de que ambos padres no suministran el alimento al niño recién nacido y lo dejan morir o los médicos de guardia en la clínica que se niegan a atender al paciente que probablemente se hubiese salvado de morir en el supuesto de recibir la adecuada atención.

3. DERECHO COMPARADO

Muchos códigos extranjeros han establecido normas penales que regulan la Comisión por Omisión con lo que aspiran a una mayor precisión y tecnicismo en sus ordenamientos jurídicos.

A manera de ejemplos tenemos los siguientes:

> **Alemania:** (Art. 13 del Código Penal Alemán).
>
> "Comisión por Omisión".
>
> 1.- El que omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una norma penal, será castigado según ésta sólo sí tenía la obligación jurídica de responder de que tal resultado no se pro-

[27] Cerezo MIR, José. *Curso de Derecho Penal. Cit.* p. 271.
[28] Cerezo MIR, José. *Ob. Cit.,* p. 272.

dujera y si la omisión es equiparable en la realización del tipo, a un hacer.

2.- La pena podrá ser atenuada conforme a lo dispuesto en el artículo 49 parágrafo 1º.

Italia: (Art. 40 del Código Penal italiano).

"No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de impedir equivale a su causación".

Austria: (Art. 2 del Código Penal austríaco).

"Comisión por Omisión".

"Si la ley conmina bajo pena la causación de un resultado, será también castigado el que omita evitarlo, a pesar de hallarse obligado a tal evitación por el ordenamiento jurídico en virtud de un deber que recae personalmente sobre él. La omisión de la evitación del resultado es equiparable a una equiparación del tipo legal por un hacer".

Portugal: (Artículo 10 del Código Penal portugués).

"Comisión por acción y por omisión".

1.- "Cuando un tipo legal de delito comprenda cierto resultado, tal tipo abarca no sólo la acción adecuada para producirlo, sino también la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo que otra fuere la intención de la ley".

2. "La Comisión por Omisión de un resultado sólo es punible cuando recarga sobre el omitente un deber jurídico profesional que obligue a evitar ese resultado".

3.- "En el caso del número anterior la pena podrá ser atenuada de modo especial".

España: (Artículo 11 del Código Penal español).

"Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto, se equiparará la omisión de la acción.

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

4.- Proyectos venezolanos anteriores:

1. Proyecto elaborado por José Miguel Tamayo y Jorge Sosa Chacín (año 1974).

Artículo 39.- "Relación de Causalidad".

"Cuando el resultado del cual depende la existencia del delito sea consecuencia de la omisión, para poder atribuirlo a quien omite, se requiere que el agente tenga el deber jurídico de evitarlo y que sea producido directamente mediante su omisión".

2. Proyecto de 1944.

"Relación de Causalidad".

"Nadie puede ser condenado por un hecho previsto en la ley como delito, si el daño o peligro del cual depende la existencia del delito no resulta ser la consecuencia de su acción u omisión. No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar equivale a producirlo".

3. Proyecto de Código Penal de la Comisión Codificadora Nacional de 1947.

Artículo 9.- "Relación de Causalidad".

"Nadie puede ser condenado por un hecho previsto por la ley como punible, si el efecto dañoso o peligroso del cual depende su existencia no es la consecuencia de la acción u omisión del reo. Cuando se tiene la obligación legal de impedir un efecto, no impedirlo equivale a producirlo".

4. Proyecto del Instituto de Codificación y Jurisprudencia de 1955.

"Relación de Causalidad Material".

Artículo 11.- "Nadie puede ser condenado por un hecho previsto por la ley como punible sí el efecto dañoso del cual depende su existencia no es la consecuencia de la acción u omisión del culpado. **La ley determinará los casos en los cuales el efecto se atribuye al culpado como consecuencia de su acción u omisión"** (negrillas nuestras).

5. Anteproyecto de 1967.

"Comisión por Omisión".

Artículo 40.- "Cuando el agente está obligado a evitar un resultado perteneciente a una específica figura penal, será penado como autor o partícipe, si ese resultado se produce directamente por causa de su no hacer".

6. Proyecto de 1967.

"Comisión por Omisión".

Artículo 38.- "Cuando el agente está obligado a evitar un resultado perteneciente a una específica figura penal, será penado como autor o partícipe, sí ese resultado se produce directamente por causa de su no hacer".

En el último proyecto de reforma que reposa en la Asamblea Nacional (anterior Congreso de la República) es decir, el proyecto de 1974 elaborado por los distinguidos juristas venezolanos José Miguel Tamayo y Jorge Sosa Chacín el anteproyecto de 1967 (elaborado por Luis Jiménez de Azúa y José Agustín Méndez) es objeto de crítica por haber establecido una norma expresa para la "Comisión por Omisión", pues se consideran que la Comisión por Omisión no constituye "una categoría autónoma", ya que opinan (los proyectistas de 1974) que en definitiva de lo que se trata es del problema que plantean ciertas formas de omisión que llevan al juez a la necesidad de estudiar la posible "relación causal de un resultado material" dañoso o peligroso con el no hacer de quien estaba **jurídicamente** obligado a actuar para evitarlo.[29]

4. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. ELABORADO POR ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS Y OTROS COLABORADORES

En el artículo 23 se dispone lo siguiente:

> **"Acción y Omisión".** Las conductas punibles pueden ser realizadas por acción u omisión.
>
> Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado típico y no lo evite, estando en posibilidad de impedirlo, estará sujeto a la pena señalada en la respectiva disposición penal, siempre que tenga a su cargo la protección en concreto del valor o bien jurídico tutelado, o que se haya confiado la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, sobre la base de la Constitución o las leyes. Se considera a los efectos de este código que una persona se encuentra en la posición de garante en las situaciones siguientes:
>
> 1.- Cuando asuma voluntariamente la protección real de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

[29] Código Penal I. *Informes al Congreso.* Ediciones 77. p. 350, año 1974.

2.- Cuando exista una libre y estrecha comunidad de vida entre varios sujetos.

3.- Cuando emprenda en forma libre y consciente la realización de una actividad peligrosa.

4.- Cuando por un acto preparatorio haya creado una situación antijurídica de riesgo próximo, siempre que la conducta no esté expresamente tipificada como delito autónomo.

Los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo se aplicarán en relación con los tipos penales contra la vida e integridad personal y la libertad individual.

Y en el artículo 24 se dice lo siguiente: **Relación de Causalidad: Principio General.** Nadie puede ser penado por un delito si éste no es la consecuencia de su acción u omisión.

Se considera que el delito es consecuencia de la acción u omisión cuando éstas son comúnmente idóneas para producirlo. **"Cuando el delito sea consecuencia de la omisión del agente y para poder atribuirlo a éste, se requiere que tal agente tenga el deber jurídico de evitarlo y que el delito sea causado directamente por su omisión".** (Las negrillas son nuestras).

5.1 *ANÁLISIS DE LA NORMA (ART. 23)*

Lo primero a destacar es que a diferencia de lo que sucede con la mayoría de los códigos modernos, el epígrafe se denomina: "Acción y Omisión" en vez de "Comisión por Omisión", como es el nombre asignado en el caso de la legislación alemana (Art. 13), austríaca (Art. 2), portuguesa (Art. 2). Pareciera que la denominación seleccionada obedece a que se considera que la "Comisión por Omisión" no constituye una categoría autónoma, sino un mero problema de casualidad entre una acción y un resultado dañoso o peligroso producido por quien tenía la obligación de actuar para evitarlo. Si ésta es la razón, habría coinci-

dencia en este punto con el Proyecto de 1974. Sin embargo, debemos observar que al exigirse tal cantidad de requisitos normativos para responsabilizar al autor de la omisión (tener el deber jurídico de impedir un resultado típico, tener la posibilidad de impedirlo, tener a su cargo la protección del bien jurídico tutelado, o que se le hubiere confiado la vigilancia de una fuente de riesgo para el bien, sobre la base de la Constitución o las leyes), se está acudiendo al elemento valorativo (tipicidad) para imputar el resultado al sujeto, lo cual constituye una distinción clara con los delitos de acción y resultado, como el homicidio en los cuales la relación causalidad (elemento naturalista) es imprescindible, relación ésta que no se da en los delitos de comisión por omisión, ni en los delitos de mera actividad en los que la lesión del bien jurídico no constituye un resultado material tal cual es la estructura de los delitos de omisión propiamente dicha.[30] De manera que sí queda evidenciada la diferencia entre las diferentes categorías de delito de omisión (Omisión propiamente dicha y Comisión por Omisión) lo que justificaría a nuestro modo de ver su separación en el anteproyecto en obsequio de la mayor técnica jurídica.

Por otra parte, en el artículo 24 del anteproyecto bajo el epígrafe que se denomina: **Relación de Causalidad: Principio General** se señala que: "...cuando el delito sea consecuencia de la omisión del agente y para poder atribuirlo a éste, se requiere que tal agente tenga el deber jurídico de evitarlo y que el delito sea causado directamente por su omisión". Con esto no se está reconociendo que la omisión sea causa material del resultado sino que se hace necesario para poderlo atribuir a alguien que tal conducta constituya la violación de un deber.

En otro sentido, nos parece desafortunada la regulación establecida en el precitado artículo 23 del anteproyecto que comentamos, lo que puede llevar a una inconveniente ampliación de las conductas punibles, pudiéndose pasar de una mínima punibilidad como existe hoy en día al abuso en cuanto a la incriminación de los delitos que se aprecian come-

[30] Modalell, Juan Luis. *Bases Fundamentales de la Teoría de la Imputación Objetiva* (con citas de Bajo Fernández p. 121 y de Gimbernat p. 113) Livrosca. 2001. Caracas.

tidos por Comisión por Omisión. En efecto, en el primer aparte del artículo se observa la presencia de una cláusula de carácter general en el cual se afirma "...Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado típico y no lo evite, estando en posibilidad de impedirlo, estará sujeto a la pena señalada en la respectiva disposición penal, siempre que tenga a su cargo la protección en concreto del valor o bien jurídico tutelado, o que se le haya confiado la vigilancia de una determinada fuente de riesgo para el bien, sobre la base de la Constitución o las leyes..." Tal cláusula de carácter general puede dar a lugar a que los jueces examinen en todos los delitos de resultado la posible comisión por omisión. Por esta razón nos mostramos partidarios como lo propone para la legislación española Cerezo Mir y como se proponía igualmente en el proyecto del Instituto de Codificación de 1955 (Art. 11), de seguir un criterio de excepcionalidad para el castigo de las conductas de Comisión por Omisión. En el mencionado Art. 11 se establece "...La ley determinará los casos en los cuales el efecto se atribuye al culpado como consecuencia de su acción u omisión" Cerezo Mir propone un precepto similar al artículo 12 del Código español, referido a las conductas imprudentes que quedaría así: "La Comisión por Omisión sólo será punible cuando expresamente lo disponga la ley".[31]

La especificidad de los supuestos de los supuestos en los cuales una persona se encuentra en "posición de garante" contenida en los cuatro numerales del artículo 23 del anteproyecto constituye casos específicos aplicables sólo a los delitos contra la vida e integridad y la libertad individual.[32]

---

[31] Cerezo Mir José, *Ob. Cit.* p. 26.

[32] Dispone el Art. 23 "...se considera a los efectos de este Código que una persona se encuentra en la posición de garante en las situaciones siguientes:
1.- Cuando asuma voluntariamente la protección real de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2.- Cuando exista una libre y estrecha comunidad de vida entre varios sujetos.
3.- Cuando emprenda en forma libre y consciente la realización de una actividad peligrosa para bienes jurídicos concretos.
4.- Cuando por un acto preparatorio haya creado una situación antijurídica de riesgo próximo e inmediato para el bien jurídico, siempre que la conducta no esté expresamente tipificada como delito autónomo.
Los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo sólo se aplicarán en la relación con los tipos penales contra la vida y la integridad personal y la libertad individual. (Negrillas nuestras)

Cabe anotar que el Titulo II del Libro Segundo del anteproyecto que se denomina "Delitos contra la vida y la integridad personal" abarca diez capítulos y comprende delitos tan diversos que vulneran bienes jurídicos tan disímiles, como son los diferentes tipos de homicidio (Capítulo I), Aborto (Capítulo III), Violación (Capítulo VI), Acoso Sexual (Capítulo VII), Rapto (Capítulo VIII), Delitos contra la dignidad y el pudor publico (Capítulo IX) y Delitos contra el honor y la reputación (Capítulo X), otro tanto sucede con el título III denominado "Delitos contra la libertad y otras garantías" que contiene XII capítulos con la más variada gama de delitos. Sin duda será sumamente complicado para los jueces discernir en cuales de esos tipos es posible la Comisión por Omisión. Por ello proponemos que en la parte especial del Código debería indicarse en que delitos de resultado es posible la Comisión por Omisión. Por otra parte, se observa que en el libro segundo del anteproyecto se establecen varias hipótesis de delitos de omisión pura, por ejemplo en el artículo 248 (Omisión de socorro) Art. 249 (Omisión de asistencia por el conductor de vehículos automotores) Art. 876 (Omisión de denuncia) Art. 877 (Omisión de impedir un delito) Art. 872 (Omisión de abrir la investigación penal). Ahora bien, en el caso del delito de Omisión de Asistencia por el conductor de vehículos automotores (Art. 249), en su último aparte se establece un delito de omisión propia con resultado cuando se ordena elevar al doble el tiempo señalado de pena para el conductor que omita la asistencia oportuna y abandone al atropellado "**si el conductor perpetró culposamente el atropello e independientemente de las penas que correspondan por el homicidio o lesiones en que haya incurrido de modo culposo**" (negrillas nuestras). En este último supuesto a nuestro parecer se estaría planteando un conflicto aparente de tipos penales, pues nos preguntamos si el atropellado muere se debe castigar al sujeto por la simple omisión calificada por el resultado, o por el delito de homicidio intencional a título de comisión por omisión, si la persona no prestó ayuda, pudiendo prestarla y existiendo la probabilidad de evitar la muerte ¿Será acaso doloso o culposo ese homicidio? Nos inclinamos porque sea doloso. Pues resultaría de una contradicción inaudita que a alguien que por un simple acto preparatorio haya creado un riesgo para el bien jurídico (la vida) (ordinal 4º del artículo 23) se le considere en situación de garante y se le castigue

por homicidio intencional como autor de un delito de acción por comisión y a quien ocasionó la muerte por un acto de ejecución se le sancione como reo de homicidio culposo.

De las normas previstas en el anteproyecto (artículos 23 y 24) se deduce que la casualidad entre la omisión y el resultado no es suficiente, ya que se requiere no sólo que se determine el resultado, que éste sea consecuencia de la omisión sino, además que el sujeto se haya abstenido de cumplir con un deber de naturaleza jurídica que hubiera servido para impedir su verificación. Pero no se trata de un deber cualquiera sino de un deber de naturaleza o carácter jurídico y no simplemente moral o ético. El anteproyecto pareciera apuntarse con una posición intermedia en cuanto a las diversas teorías que se han expuesto para la determinación de lo que debe entenderse por "deber jurídico" de evitar el resultado. En efecto, hay teorías que lo restringen a aquellos casos en que la ley establece expresamente la obligación de impedir un resultado, o sea, que debe ser una norma jurídica la que de manera explícita obliga en forma concreta impedir la producción de un resultado. Esta posición se amplía a los casos o convenios que crean un deber de actuar y con los casos de "acción comenzada" cuando el agente empieza una acción determinada de cuya suspensión puede derivarse daños para otras persona; ejemplo de esto último se daría en el supuesto comprendido en la expresión "deber jurídico" de quien se ofrece ayudar a la anciana ciega a cruzar la calle, que no puede abandonarla en la mitad del cruce; pues si resulta atropellada responderá por el resultado a título de Comisión por Omisión. Hay otros autores que opinan que también "el deber jurídico" está contenido en la llamada "convivencia social", entre estos autores destaca Jiménez de Asúa, quien expone tal tesis en su tratado de Derecho Penal, sosteniendo que también las normas de convivencia social, las que Binding y Mayer llamaban "normas de cultura", es decir, aquellos principios básicos que estructuran una sociedad y que rigen su funcionamiento se incluirán dentro del concepto del "deber jurídico".[33]

[33] Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Lozada, Buenos Aires. 1956 p. 280.

Por su parte, Arteaga señala que no se trata simplemente de deberes morales "...sino que la solidaridad social constituye un derecho y un deber que entre nosotros, encuentra su fundamento en el artículo 135 de la constitución y que ello sirve de base para afirmar la responsabilidad por la omisión de sus legítimas exigencias.[34]

Por último, nos parece comentar en particular el 4° caso del artículo 23 que señala la existencia de la *posición de garante* cuando la persona "por un acto preparatorio haya creado una situación antijurídica de riesgo próximo e inmediato para el bien jurídico, siempre que la conducta no esté expresamente tipificada como delito". Es suficientemente sabido que en nuestra legislación, salvo casos excepcionales, el *minimun* punible es la tentativa que supone actos idóneos que *dan principio a la ejecución* del delito (Art. 80 del Código Penal vigente y 26 del Anteproyecto), razón por la cual debe concluirse que los actos preparatorios son impunes, toda vez que no constituyen en *principio de ejecución*.[35]

Pensamos que resulta inconveniente problematizar la situación de cuando alguien esté en posición de garante con conceptos tan polémicos e imprecisos como el de **Actos Preparatorios,** que según el anteproyecto deben crear una situación de riesgo próximo para el bien jurídico, lo que podría interpretarse como si se tratara más bien de un Comienzo de

[34] Alberto Arteaga. *Ob. Cit.*, p. 177.

[35] Es conveniente recordar que según Carrara la teoría de la **Univocidad** de los actos permite indagar si los actos externos constituyen sólo actos preparatorios no punibles o actos externos de **comienzo de ejecución**. Para los partidarios de la **Teoría Material Objetiva,** el criterio para el deslinde entre **Actos preparatorios** y **Actos ejecutivos** se fundamenta en que la ejecución comienza cuando los actos alcanzan a caer dentro de la esfera del bien jurídico. Según la teoría del **"Comienzo Típico de Ejecución"** de Beling el deslinde entre preparación y ejecución surge objetivamente en cada caso del contenido de cada delito tipo. Juan del Rosal reconoce que no es posible un criterio diferenciador rígido de efecto general y aplicable por tanto a todos los delitos y advierte que sólo el arbitrio judicial puede determinar cuando se está ante una acción ejecutiva o preparatoria, para lograrlo será necesario recurrir a lo estatuido en los tipos penales entendidos **formal** y **materialmente**, sin que pueda descuidarse "la perspectiva que brinde el peligro para el bien jurídico y la actitud psíquica del sujeto" (Del Rosal, Juan. Tratado. Tomo I, p. 313. 1972).

Ejecución. Una hipótesis como la referida es de tal ambigüedad que puede llegar a afectar principios tan importantes para la teoría del Derecho Penal Moderno como sería el principio de la **legalidad** y de la **ofensividad** del bien jurídico y en todo caso se produce como efecto una gran confusión respecto a quienes pueden estar en Posición de Garante; mucho más cierta resulta esta afirmación cuando se observa en el mismo anteproyecto que el acto preparatorio generador del riesgo para el bien jurídico debe estar constituido por una conducta que "no esté expresamente tipificada como delito autónomo".

Mis comentarios al anteproyecto de Código Penal

Álvaro CASTILLO ZEPPENFELDT*

La presentación del Anteproyecto de Código Penal, por parte del Magistrado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Doctor Alejandro Angulo Fontiveros, ha animado al que suscribe a someter a la consideración del mismo, sus comentarios sobre dicho Anteproyecto.

En primer lugar, quiero expresar mi reconocimiento a la loable labor cumplida por el Magistrado Angulo Fontiveros, como coordinador, y al equipo que laboró conjuntamente con su persona, de lograr presentar un Anteproyecto de Código Penal que contiene los fundamentales cambios que han surgido con motivo de la legislación penal descodificada existente actualmente en Venezuela. En el Anteproyecto queda clara-

* **La Universidad del Zulia**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho*, Profesor de Derecho Penal. Juez Penal Jubilado. Abogado en ejercicio.

mente establecido el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, cumpliendo con el conjunto de condiciones y principios, que determinan la legitimidad de la amenaza; queda claramente respetada la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, como fundamento del orden político y de la paz social, ya que impide que puedan tomarse en cuenta en la individualización de la pena los fines de prevención general, el principio de la proporcionalidad de las penas; no es moralizador ni impone una determinada ideología, estableciendo que las penas están orientadas a la reeducación y reinserción en la sociedad.

Contiene el Anteproyecto el *principio de legalidad* (Art. 2), que representa uno de los principios básicos del Derecho Penal moderno, refiriéndose no sólo al delito sino también a la pena, ya que la persona no sólo debe conocer el límite de lo prohibido, sino también la pena que le puede ser impuesta si la contraviene, principio considerado por Liszt, como "la carta magna del ciudadano", ya que en un Estado como Venezuela, que garantiza la *presunción de inocencia* (Art. 49.2 CRBV), el Juez nunca tiene delante de sí a un delincuente, pues nadie puede ser considerado como tal mientras no se haya dictado una sentencia condenatoria en su contra, representa un derecho fundamental a favor de los ciudadanos, cuya vulneración puede fundamentar la interposición de un recurso de amparo. Una de sus principales consecuencias, es la prohibición de *aplicación retroactiva de la ley penal*, ya que el Anteproyecto (Art. 5), sólo permite su aplicación en cuanto favorezca al imputado, acusado o penado, coherente con lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, previniendo que cuando exista duda, se aplicará la que más favorezca al reo.

La regulación de las *Medidas de Seguridad* es plausible en el Anteproyecto, con independencia de las dificultades que su aplicación pueda plantear. En dicho Título se contienen los principios generales que rigen en relación a dichas medidas, basadas en la peligrosidad del autor, rigiendo en esta materia también el principio de la legalidad. Por ello, el artículo 119 hace depender la aplicación de las medidas de seguridad de la concurrencia de los presupuestos establecidos previamente por la ley.

Críticas en contra del Anteproyecto, se derivan de la disposición contenida en el artículo 217, referida a la eximente de *Dar muerte por piedad*, cuando establece:

> **Artículo 217**.- Dar muerte por piedad. No comete delito quien para evitar o aliviar el inaguantable dolor o sufrimiento al que padezca una enfermedad terminal o incurable, haga cesar el tratamiento médico a sabiendas de que podría sobrevenir la muerte o aun que la producirá. Tampoco comete delito quien administre a un enfermo tal calmantes en dosis masivas que puedan mitigar el dolor pero también provocar la muerte. Ni cometerá delito el que por piedad y de modo directo cause la muerte para mitigar su dolor o sufrimiento.

Sobre este artículo han recaído severas críticas por parte de distinguidos profesionales, así encontramos que Gustavo Linares Benzo ha señalado:

> ...la eutanasia significa, en su acepción más cotidiana, provocar la muerte del enfermo antes de su terminación natural, normalmente con la intención, al menos aparente, de evitar los dolores que significaría esperar la muerte natural. Así entendida, la eutanasia no se distingue del homicidio, aunque medie petición de la víctima, y por lo tanto es absolutamente injusto e inconstitucional que se la despenalice, sería equivalente a eliminar al homicidio como delito...

No compartimos estos criterios y estamos de acuerdo, tal como está concebida la norma, pues ella, además de permitir el derecho a morir con dignidad, establece condiciones objetivas de punibilidad, a saber:

> a) El consentimiento del paciente dado y de un modo consciente, expreso e inequívoco;
>
> b) Caso de no poder dar el consentimiento, éste podrá ser suplido por un testamento vital o documento auténtico en el cual haya manifestado su deseo acerca de los tratamientos médi-

> cos que desea recibir o no recibir caso de sufrir una enfermedad terminal o irreversible, cuando ésta le impidiere expresarse de viva voz o directamente en tal eventualidad.

O sea, que la norma no está concebida como la pretenden señalar quienes la han criticado, sino que está sujeta a esas condiciones objetivas de punibilidad, que de no darse y alguna persona da muerte a otra y se comprobare que mediaron razones de misericordia, se tendrá acción como un homicidio, castigado con pena de prisión de uno a cinco años y multa de cien a quinientas unidades tributarias (Segundo Aparte Art. 217).

En este sentido, quiero reproducir aspectos religiosos relacionados con la eutanasia: Monseñor Lambruschini, en Declaraciones a *L'Osservatore della Domenica*, el 23 de enero de 1969, proclamó: "Si no haya nada que hacer para mantener una vida humana, se pueden omitir medidas excepcionales para prolongar la vida en unas condiciones particularmente penosas".

La Declaración Pontificia *Iura et bona*, Roma, 1980, proclamó:

> "...derecho de morir con toda serenidad, con dignidad humana y cristiana", puesto que es "importante proteger, en el momento de la muerte, la dignidad de la persona humana y la concepción cristiana de la vida contra un tecnicismo que corre el riesgo de hacerse abusivo", y, por ello, "es lícito renunciar unos tratamientos que procurarían solamente una prolongación precaria y penosa de la existencia".... (*Enciclopedia Jurídica Opus*. Tomo IV. F-I. p. 406. Ediciones Libra C.A. Caracas. 1994).
>
> **Artículo 28 Ley de Ejercicio de la Medicina**. El médico que atienda a enfermos irrecuperables no está obligado al empleo de medidas extraordinarias de mantenimiento artificial de la vida...
>
> **Artículo 77 Código de Deontología Médica**. El moribundo tiene derecho a exigir se le permita morir sin la aplicación in-

> discriminada de medidas extraordinarias de mantenimiento artificial de la vida, respetándose también su decisión de que no le sean aplicadas medidas de reanimación. El desatender este deseo puede considerarse como una violación a los derechos del enfermo de morir en paz.
>
> La interrupción de las medidas extraordinarias no exonera al médico de su obligación de asistir al moribundo y suministrarle la ayuda necesaria para mitigar la fase final de su enfermedad.

Considero que las disposiciones contenidas en el Anteproyecto, referidas a las sanciones que se establecen para los jueces y fiscales del Ministerio Público, son de vital importancia, ya que las mismas harán tomar conciencia a dichos funcionarios, de la delicada función que desempeñan.

Con tales disposiciones debe desaparecer el reiterado criterio jurisprudencial, de que la responsabilidad civil de los jueces por omisiones en el cumplimiento de sus funciones sólo puede ser exigida a través del Recurso de Queja, que regula el Código de Procedimiento Civil en su Libro Cuarto, Título IX, cuando por ignorancia o negligencia inexcusable, aun sin intención y sin dolo, dicten providencia manifiestamente contraria a la ley expresa, o falten en algún trámite o solemnidad que la ley les mande acatar bajo pena de nulidad.

En caso de que la conducta fuese dolosa, la persona afectada debe recurrir a la jurisdicción penal, presentando la acusación penal correspondiente, que conforme a nuestra legislación penal vigente está referida a los delitos de **denegación de justicia, colusión y prevaricación**.

Hechos estos comentarios, me limitaré a comentar algunos aspectos que a mi juicio, chocan con las normas del Código Orgánico Procesal Penal y puntos que deben ser aclarados, a los fines de evitar interpretaciones erróneas, acomodaticias o sometidas a la discrecionalidad del juez, que pudieran entorpecer el verdadero sentido de la norma.

En cuanto al artículo 165 del Anteproyecto, observo lo siguiente:

> **Artículo 165.- Ejercicio de la acción civil**. La acción civil contra persona distinta a la que cometió el hecho, se ejercerá en juicio separado con intervención de ambas partes.

Esta norma es complementada con la del artículo 153 del Anteproyecto, que establece:

> **Artículo 153. Alcance de la responsabilidad civil**. Los condenados penalmente ser regirán en cuanto a su responsabilidad civil por este código y demás leyes.

La responsabilidad civil de quienes no lo sean penalmente, se regirá por el Código Civil y demás leyes".

Estas normas están en manifiesta contradicción con lo dispuesto en los artículos 422 y 427, Primer Aparte del Código Orgánico Procesal Penal, ya que el primero de ellos, prevé que:

> Firme la sentencia condenatoria, quienes estén legitimados para ejercer la acción civil **podrán demandar, ante el juez unipersonal o el juez presidente del tribunal que dictó la sentencia**, la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios. (Negrillas nuestras).

Y el segundo establece que:

> ...**Si se trata de un tercero**, podrá agregar a esas objeciones aquellas basadas en la legalidad del título invocado para alegar su responsabilidad.... (Negrillas nuestras).

Evidentemente, que tal como están concebidas dichas normas, se presentarán conflictos de competencia en cuanto al conocimiento de la acción civil derivada del hecho punible, cuando esta responsabilidad se pretenda ejercer en contra de un tercero, que no tuvo participación en la comisión del hecho, y que por ende, no puede ser susceptible de sanción penal. Es por ello, que el Código Orgánico Procesal Penal permite,

que el tercero, una vez ejercida la acción civil derivada del delito conforme al procedimiento pautado en el Título IX, y ordenada la reparación del daño o la indemnización de perjuicios por el Juez unipersonal o el Juez presidente del tribunal que dictó la sentencia penal condenatoria, podrá objetar la legalidad del título invocado en su contra para alegar su responsabilidad.

En cuanto al Capítulo II del Anteproyecto, referido a las **personas jurídicas**, tengo serias reservas, por cuanto soy del criterio que sólo las personas físicas pueden ser punibles. Otras personas o entes jurídicos, no deben ser considerados sujetos del Derecho Penal; por lo tanto, no pueden tener responsabilidad penal. El Capítulo en estudio se refiere a la posibilidad de aplicar sanciones administrativas o civiles, previa audiencia de los administradores o sus representantes legales, sin señalar cuál es el procedimiento a seguir en dichos casos, lo cual pudiera violentar el debido proceso y la defensa e igualdad entre las partes.

A mi juicio, en cada tipo delictivo referido a las personas jurídicas, se debe establecer a cuál accionista, socio, administrador o representante, que actúe en nombre de ésta, recae la responsabilidad penal. Es decir, se debe determinar las personas que pueden ostentar una representación válida de una persona jurídica, para atribuirle la responsabilidad penal, tal como lo establece el Anteproyecto en sus artículos 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 627 y otros.

En cuanto al artículo 129 del Anteproyecto, observo lo siguiente:

Primero: No se incluye como causal de extinción de la acción penal la aplicación de un principio de oportunidad, tal como lo prevé el artículo 48.5 del Código Orgánico Procesal Penal, en aplicación a lo previsto en el artículo 38 *ejusdem*.

Segundo: Considero que el **indulto** debe ser excluido como causal de extinción de la acción penal, pues durante todo el tiempo que desempeñé el cargo de Juez Penal, consideré que el mismo constituía una intromisión del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial, con violación de lo dispuesto en nuestra Carta Magna, en cuanto a la autonomía e indepen-

dencia del Poder Judicial, establecido en el artículo 254 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El propio Anteproyecto, en el artículo 133, establece que el indulto "...condona en todo o en parte la pena impuesta por sentencia ejecutoriada...", con lo cual queda claramente establecido que el indulto condona la pena impuesta una vez que el juicio haya concluido por sentencia firme y se encuentre en fase de ejecución.

En el **Título XIV**, referido a los **Delitos contra la administración de justicia**, observo que no se incluye el delito previsto en el artículo 222 del Código de Procedimiento Civil que tipifica **El forjamiento de una falsa citación judicial**.

> **Artículo 222.-** Los funcionarios judiciales, los funcionarios de la Administración de Correos, los funcionarios y empleados de personas jurídicas de carácter público o privado, y toda persona que haya forjado o contribuido a forjar una falsa citación judicial, serán castigados con prisión de uno a cinco años.

Las personas indicadas en el artículo 221 que rehúsen firmar el aviso de recibo en los casos de citación por correo, o entregar el sobre con la citación a su destinatario, serán castigados con arresto de tres a doce meses.

Establece el **artículo 9 del Anteproyecto lo referente a la Ley Penal en Blanco**. Considero que darle facultad al Poder Ejecutivo para ser aprobada dicha ley, también vulnera el principio de la división de los poderes, ya que conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley "es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador..." (Art. 202). La utilización de esta técnica de ley penal en blanco a mi juicio ofrece dudas de tipo constitucional, pues tal como está concebida supone dejar en manos del Poder Ejecutivo, la aprobación de las mismas.

La violencia contra la mujer y su tipificación en el anteproyecto del Código Penal venezolano

Carlos Arturo CRACA GÓMEZ[*]

Implícita en la ética de libertad, autoempoderamiento e igualdad, fe liberal en la persona, hay una creencia adicional: que cada una de nosotras puede dar testimonio privilegiado de nuestra propia experiencia. Empezamos por nuestras propias percepciones e historias a medida que vamos construyendo un sentido maduro de la realidad. Somos participantes activas en el proceso de construcción de un sentido maduro de la realidad y no recipientes pasivas de verdades superiores que nos vienen de lo más alto. Este proceso nos asegura lo que nos corresponde.

Catharine R. Stimpson, 1990[1]

[*] **Universidad Central de Venezuela,** Abogado. *Facultad de Humanidades y Educación, Consejo de Investigaciones,* ex Secretario. Ex Docente. **La Universidad del Zulia,** Doctor en Derecho. **Ministerio Público,** Ex Director General. **Tribunal Supremo de Justicia,** *Dirección General del Sistema Autónomo de Defensa Pública,* Director.

El presente estudio está referido exclusivamente a la violencia contra la mujer, cuyas disposiciones se encuentran contenidas en el Título V. Delitos contra la Familia. Capítulo I. Delitos Relativos a la Violencia Intrafamiliar, del Anteproyecto del Código Penal venezolano.

[1] *¿Qué estoy haciendo cuando hago estudios de mujeres en los años noventa?,* en M. Navarro y C. Stimpson (1998). *¿Qué son los estudios de mujeres?* Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, p. 131.

SUMARIO:

Introducción
1. **Antecedentes históricos legislativos.**
2. **Las diversas formas de violencia contra la mujer previstas en el anteproyecto del Código Penal: 2.1** *La violencia física*. **2.2** *La violencia psíquica*. **2.3** *La Violencia sexual.*

Conclusión

INTRODUCCIÓN

Quisimos de esta manera comenzar a redactar algunas notas sobre el papel que juegan las mujeres en la sociedad. Escribir no es otra cosa que rescatar la memoria perdida. Es recordar, por ejemplo, cómo las mujeres en Nueva York (1857) se enfrentaron al patrono para mejorar sus condiciones de trabajo, exigiendo –entre otras cosas– la reducción de la jornada laboral. Es, al mismo tiempo, una ocasión propicia para rendir tributo a la lideresa socialista alemana, Clara Zetkin, quien en 1910 –con su lucha tenaz y sostenida– exigió al Congreso de Mujeres reunido en Copenhague, Dinamarca, que el 8 de marzo se celebrara el **Día Internacional de la Mujer**, en honor a aquellas valerosas mujeres caídas y que lucharon por reinvidicar sus derechos laborales. Pero, es sólo en 1972 cuando la Organización de las Naciones Unidas hace realidad el sueño de Clara Zetkin.

Estas reflexiones se circunscriben al rol que juega la mujer en estos tiempos de cambios y transformaciones radicales en el ámbito de lo público. Es un mensaje de solidaridad dirigido a las mujeres de mi país; ésas que día a día, desde el frente de trabajo, desde el medio político-organizativo, desde el núcleo familiar, impulsan con su esfuerzo la construcción de nuevos espacios participativos y auténticamente democráticos.

Se trata, pues, de estimular una propuesta dignificante que se oponga a la "feminización de la pobreza" y sus trágicas consecuencias, que en la inmediatez se nos revela en la cultura machista que justifica el poder del uno sobre el otro, pero que oculta el problema de fondo: nuestro profundo desequilibrio social.

Las mujeres son las madres que paren con su esfuerzo la historia cotidiana que irradia luego a espacios más trascendentes; hecho éste que –sin duda alguna– genera la posibilidad de reconciliarnos, por una parte, con una alternativa histórica que vislumbre la igualdad de los géneros, y por la otra, desmitificar la relación hombre-mujer para que no se exprese en el plano del reduccionismo biológico, que simplemente establece las diferencias sexuales y –por tanto– excluye la igualdad y profundiza una pretendida superioridad física sustentada por el darwinismo social. En palabras de la socióloga Cynthia Fuchs Epstein,[2] con respecto a las investigaciones sobre la perpetuidad de la desigualdad de género:

> Las diferencias biológicas entre hombres y mujeres tienen poca o ninguna relevancia para su conducta y sus capacidades, fuera de los roles sexuales y reproductivos; hasta los efectos de una temprana socialización de género pueden ser revertidos por experiencias adultas. Un creciente cuerpo de conocimientos indica que, en igualdad de condiciones, hombres y mujeres revelan igual competencia, talento, ambición y deseo en actividades que van desde competir en carreras hasta hacer investigación científica. El que las condiciones varíen tan regular y decisivamente para hombres y mujeres tiene más que ver con las divisiones del poder en la sociedad que con diferencias innatas de sexo.

Es un deber ineludible reconocer la lucha incesante y permanente de la mujer para dar al traste con esquemas desiguales e injustos. Ellas y nosotros debemos volver sobre nuestros pasos, para reconstruir el pasado que se aproxima al presente y, de manera obligada, apuntalar al futuro en aras de la consolidación y construcción del país y de la patria que le dejaremos como legado a las nuevas generaciones.

Las mujeres se han ganado con su esfuerzo creador y con el trabajo tesonero un lugar en la historia, en la esencia misma de la vida. Un grito, un llamado a la conciencia colectiva se ha fraguado desde el alma

[2] Fuchs Epstein, Cynthia (1984). *Ideal Images and Real Roles: The Perpetuation of Gender Inequality*, en M. Navarro y C. Stimpson (1998), *Ob. Cit.*, pp. 148-149.

femenina para desde allí promover la igualdad de los géneros en una sociedad exenta de diferencias discriminatorias.

No es una tarea fácil; en el fondo lo que demandan no es otra cosa que la construcción de una sociedad democrática, participativa, que dé soluciones a los problemas inmediatos de la gente para dignificar y humanizar el entorno. Por lo tanto, hay que privilegiar la cultura de la vida y la solidaridad contra toda forma de discriminación y de explotación, las cuales motorizan la actitud excluyente que agudiza la desigualdad social.

En definitiva, nuestra relación no puede ser el fruto de un enfrentamiento, sino que es en lo fundamental una propuesta cuyo objetivo es la liberación de toda forma de opresión; justamente, de allí es que se desprende el significado real de la lucha de la mujer.

Dura ha sido la jornada. Muchas batallas se han librado en todos los terrenos de la vida política. Unas veces silenciosa, otras veces beligerante; pero siempre ha sido una cruzada contra el oprobio y la discriminación. Así, en el ámbito legislativo encontramos, en primer lugar, la tenacidad que demostraron las mujeres por lograr el derecho al voto y a la participación política; después, el reconocimiento en materia mercantil sobre la capacidad para celebrar actos de comercio sin que medie el consentimiento del marido, aspecto éste que se incorpora en el Código de Comercio venezolano: posteriormente encontramos que en 1982 se aprobó la reforma parcial del Código Civil que, –entre otras cosas– eliminó la odiosa discriminación a la que eran sometidos los hijos naturales. Dentro de este marco de análisis tenemos que en el año 1993 se aprobó la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer, que impuso la paridad en la condición laboral al igual que en los derechos políticos y económicos, mientras que en 1998 se aprobó la Ley sobre la Violencia Contra la Mujer, representando –sin lugar a dudas– un instrumento jurídico contra toda forma de maltrato físico o psicológico, que tipifica las sanciones para las agresiones cometidas en contra de su integridad.

En los actuales momentos, el Anteproyecto del Código Penal, elaborado, dirigido y coordinado por el Doctor Alejandro Angulo Fontiveros, Presidente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justi-

cia, contiene una serie de tipos penales encaminados a la protección de la mujer, como un reconocimiento a su lucha incesante. Este instrumento jurídico, a criterio del autor de la presente investigación, jugará un papel determinante para salvaguardar todas las prerrogativas que de manera justa le corresponden a la mujer, puesto que el mismo busca proporcionar los mecanismos legales para la defensa, protección y promoción de los derechos de las mujeres y de su dignidad humana en función de oponerse –de manera radical– a las relaciones que históricamente se han establecido, y que no han hecho otra cosa que acentuar los paradigmas de la violencia contra ellas.

Por último, señalamos que es en la propuesta del cambio social donde estriba el misterio de la igualdad de los géneros. Permítaseme, entonces, para concluir este introito, citar las palabras de Mahatma Gandhi:

> La mujer es la compañera del hombre, dotada de idénticas facultades, tiene derecho a participar en los más pequeños detalles de su actividad, tiene igual derecho a la libertad. Llamar a la mujer sexo débil es una difamación; es una injusticia que comete el hombre con ella. Si por fuerza entendemos la fuerza bruta, entonces es cierto que la mujer es menos brutal que el hombre. Si por fuerza entendemos firmeza moral, la mujer es inconmensurablemente superior al hombre. ¿No tiene ella más intuición? ¿No está más presta al sacrificio? ¿No posee más poder de aguante? ¿No tiene más valor? Sin ella, el hombre no existiría. Si la no violencia es la ley del ser, el futuro pertenece a las mujeres. La intuición de la mujer es, con frecuencia, más justa que la arrogante presunción del hombre, que se atribuye un poder superior: El hombre ha envilecido a la mujer con su codicia. De los males que el hombre se ha hecho responsable, el más abyecto, vergonzoso y brutal es su manera de abusar de lo que yo considero como mejor mitad de la humanidad: El sexo femenino, no el sexo débil.[3]

[3] Briceño Polo, Alberto (2001). *El Pensamiento vivo de Mahatma Gandhi,* Editorial Libro Tarjeta, Perú pp. 133-135.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS LEGISLATIVOS

Para abordar el tema relativo a la violencia contra la mujer desde la óptica del anteproyecto del Código Penal, consideramos necesario introducirnos, aunque brevemente, en algunos antecedentes históricos y legislativos sobre la lucha que las mujeres han librado, a los efectos del reconocimiento de sus derechos. Así, debemos en principio reconocer que tanto mujeres como hombres han realizado innumerables sacrificios por alcanzar la igualdad, la justicia, la paz y el desarrollo.

Como testimonio de su lucha, encontramos en los anales de la historia el relato sobre un grupo de mujeres que –con gran entereza– ocuparon en 1857 la fábrica textil donde trabajaban en la ciudad de Nueva York, para exigir igualdad de salarios y una jornada de 10 horas de trabajo. La respuesta de los dueños a esta demanda fue provocar el fuego, ocasionando la muerte de las 129 obreras.

Durante el siglo XIX, mujeres como Mary Smith de Stannore y las obreras textiles de Nueva York, realizaron diferentes manifestaciones solicitando protección para las madres y niños, derecho al trabajo y garantías de condiciones laborales más humanas.

Los derechos de la mujer son Derechos Fundamentales, protegidos y garantizados por un sinnúmero de leyes tanto nacionales como internacionales. En este sentido, se debe señalar que es necesario fomentar su conocimiento a través de la adecuada difusión de su contenido, por cuanto no cabe duda que quienes conocen sus derechos, tienen más posibilidad de defenderlos y protegerlos para orientar la creación de una sociedad más justa y humana. Esos derechos incluyen entre otros: igualdad ante la ley, no ser detenida arbitrariamente ni ser sometida a tortura, acceder a un trabajo y salario justo y equitativo, protección especial para las madres y mejoras en su nivel de vida, educación y salud.

El empeño por legislar, proteger y reivindicar los derechos de la mujer en la sociedad y en la vida política, es una constante diaria. Entre ellos destacan la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, en vigencia desde el 7 de julio de 1954, la Convención sobre la Eliminación

de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer del 20 de diciembre de 1993. Luego vendría la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belem do Pará, de 1994. Finalmente en 1995, la ONU realizó en Beijing (China) la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer.

Es importante también destacar, que históricamente han existido dos vertientes en las luchas de las mujeres: una que se concentraba en la explotación industrial femenina, y otra en la obtención de derechos civiles, en particular el derecho al voto. Debemos resaltar que el tratamiento legal como base de protección en otras áreas, ha estimulado la encomiable labor de juristas nacionales e internacionales puestos al servicio de la problemática de la violencia contra la mujer, así como las organizaciones femeninas decididas a erradicar toda forma de violencia. En efecto, la Plataforma de Acción de Beijing, aprobada en septiembre de 1995, en la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, propone las medidas que han de adoptar los gobiernos, incluidos los gobiernos locales, las organizaciones populares, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones de enseñanza, los sectores público y privado, en particular las empresas, y los medios de información, según proceda. En tal sentido, en esta Plataforma se acordó:

> – Establecer centros de protección y servicios de apoyo, dotados de los recursos necesarios para auxiliar a las niñas y mujeres víctimas de la violencia y prestarles servicios médicos, psicológicos y de asesoramiento, así como orientación gratuita o de bajo costo, cuando sea necesario, y la asistencia que corresponda para ayudarles a encontrar medios de vida suficientes;
>
> – Apoyar las iniciativas de las organizaciones femeninas y de las organizaciones no gubernamentales de todo el mundo encaminadas a despertar la conciencia sobre el problema de la violencia contra la mujer y contribuir a su eliminación;

– Organizar, apoyar y financiar campañas de educación y capacitación de las comunidades encaminadas a despertar la conciencia de que la violencia contra la mujer constituye una violación de sus derechos humanos, y alentar en las comunidades locales el empleo de métodos tradicionales e innovadores apropiados de resolución de conflictos que tengan en cuenta el género;

– Reconocer, apoyar y promover el papel fundamental que desempeñan las instituciones intermedias, como los centros de atención primaria de salud, los centros de planificación de la familia, los servicios de salud que existen en las escuelas, los servicios de protección de madres y otros similares en materia de información y educación relativas a los malos tratos;

– Organizar y financiar campañas de información y programas de educación y capacitación, a fin de sensibilizar a las niñas y los varones, a las mujeres y los hombres, acerca de los efectos personales y sociales negativos de la violencia en la familia, la comunidad y la sociedad; enseñarles a comunicarse sin violencia; y fomentar la instrucción de las víctimas y de las víctimas potenciales de modo que puedan protegerse y proteger a otros de esas formas de violencia;

– Difundir información sobre la asistencia de que disponen las mujeres y las familias que son víctimas de la violencia;

– Proporcionar, financiar y promover servicios de asesoramiento y rehabilitación para los autores de actos de violencia y promover el estudio de las posibilidades de realizar nuevas actividades de asesoramiento y rehabilitación para prevenir nuevos casos de violencia;

– Despertar la conciencia acerca de la responsabilidad de los medios de comunicación de promover imágenes no estereotipadas de mujeres y hombres y de eliminar los patrones de conducta generadores de violencia que en ellos se presentan, así como alentar a los responsables del contenido del material que

se difunde a que establezcan directrices y códigos de conducta profesionales; y despertar también la conciencia sobre la importante función de los medios de información en lo referente a informar y educar a la población acerca de las causas y los efectos de la violencia contra la mujer, estimulando el debate público sobre el tema.

– Desarrollar programas y procedimientos tendentes a eliminar el hostigamiento sexual y otras formas de violencia contra la mujer de todas las instituciones de enseñanza, lugares de trabajo y demás ámbitos;

– Desarrollar programas y procedimientos encaminados a educar y a despertar la conciencia sobre los actos de violencia contra la mujer que constituyen delito y violan sus derechos humanos;

En este orden de ideas, interesa a continuación analizar los diferentes tipos penales dispuestos en el Anteproyecto de Código Penal, por considerar que el mismo es un instrumento que se encamina y se inclina –a través de la sanción de conductas dirigidas a violentar física, psíquica y sexualmente a la mujer– a erradicar tales prácticas dentro del seno de la familia venezolana.

2. LAS DIVERSAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER PREVISTAS EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL

El análisis de las formas de violencia contra la mujer, suscita en el ámbito judicial y en la práctica diaria de tribunales las más diversas confusiones. En consecuencia, el Anteproyecto del Código Penal en estudio, busca clarificar aquellos aspectos que pudieran suponer algún tipo de obstáculo para la ejecución de una actuación jurisdiccional eficaz en esta materia, con el ánimo de poner a disposición de los jueces, fiscales del Ministerio Público, Defensores Públicos y, en general, de todos los profesionales, usuarios de la Administración de Justicia, y, en definitiva, de los ciudadanos, una información que resulte de utilidad para la consecución del objetivo en el que todos estamos empeñados: **la erradica-**

ción de la violencia contra la mujer. A este respecto, interesa examinar lo siguiente:

> – **El bien jurídico protegido en este delito:** Este bien no es otro que la dignidad de la mujer. Con frecuencia, aparecen íntimamente ligados a éste otros bienes necesitados de protección: la vida, la integridad física y moral y la patrimonial.
>
> – **Concepto de "violencia" y punibilidad:** El Anteproyecto de Código Penal se refiere expresamente tanto a la violencia física, psíquica y sexual. Con independencia de lo que desde el punto de vista teórico o doctrinal puedan establecerse de uno u otro tipo penal, lo cierto es que en la práctica hay que precisar la dificultad de delimitar el concepto de violencia psíquica a efectos de su punibilidad. En tal sentido, la psiquiatría forense es una disciplina de gran utilidad para proceder a su sanción.
>
> – **El concepto de habitualidad en el delito de violencia intrafamiliar:** La habitualidad es un requisito *sine qua nom* esencial del delito, referido al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, indistintamente de que esta violencia se haya ejercido sobre la misma u otras víctimas, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

La violencia, en sus diferentes formas y grados, afecta a cientos de mujeres, independientemente de su situación económico-social. La violencia doméstica representa uno de los problemas más acuciantes de la sociedad moderna. No es algo nuevo. Se ha ejercido en el seno de la familia sin que ello provocara alguna reacción pública, por considerarse que es parte del fuero doméstico y por tanto debe gozar del privilegio de la privacidad.

En este sentido, como lo señala Soria,

> La forma habitual de iniciarse una violencia doméstica es por maltrato emocional, pero contrariamente a la creencia popular,

> no suele ser la coacción física, sino un proceso continuado de socavamiento de la autoestima de la mujer mediante acciones y verbalizaciones críticas y vejatorias. Cuando estas acciones destructivas se producen en el seno de una relación social deseada y agradable para la víctima, el agresor consigue un efecto añadido, la reducción del número de contactos sociales y familiares de la víctima como consecuencia de la vergüenza inducida por su comportamiento. Al ir limitando los contactos interpersonales, va perdiendo gradualmente el apoyo social que necesita para enfrentarse a la situación y progresivamente se torna más y más dependiente de su agresor, al tiempo que va construyendo mentalmente un proceso de aislamiento social y de silencio respecto a lo sucedido en el seno del hogar.[4]

Afortunadamente, se han dado grandes pasos, aun cuando falta mucho por hacer, y la sociedad ha tomado conciencia de este problema apreciándose una preocupación constante por defender los derechos fundamentales de todas las personas con independencia de su sexo, edad o condición social y cualquiera que fuese el ámbito en el que se pretende el ejercicio de aquellos.

En documento editado por la Naciones Unidas intitulado "Derechos Humanos", se señala "Los actos de violencia contra la mujer en el hogar se producen tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. Durante largo tiempo, las personas que la presenciaban, principalmente los vecinos, la comunidad, y el gobierno, la han considerado un asunto privado. Sin embargo, esos asuntos privados suelen convertirse en tragedias públicas".

La declaración de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, mencionada en líneas anteriores, definió la violencia contra la mujer como: "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o

[4] Soria, Miguel Ángel: *Psicología y Práctica Jurídica*, Editorial Ariel S.A. España 1998, pp. 100-10.

puede traer como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como la amenaza a tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública, como en la vida privada".

Históricamente, las mujeres han vivido en mayor o menor intensidad diferentes formas de violencia, las cuales se manifiestan de la siguiente manera:

– Violencia Física

– Violencia Psíquica

– Violencia sexual o patrimonial de la víctima.

El artículo 443 del Anteproyecto del Código Penal define a la violencia en los siguientes términos:

> Se entiende por violencia intrafamiliar la agresión, amenaza u ofensa ejercida sobre algún integrante del grupo familiar e incluyendo a quienes se hallen sujetos a él como pupilos, ascendientes, incapaces o convivan sometidos a patria potestad, tutela, curatela o guarda; cuando esa violencia sea cometida por los cónyuges, concubinos, ex cónyuges, ex concubinos, ascendientes y parientes colaterales, consanguíneos o afines, y, en general, por cualquier miembro del grupo familiar y se menoscabe así la integridad física, psíquica, sexual o patrimonial de la víctima.

El anteproyecto del Código Penal, en contraste con lo establecido en la Ley de Violencia Contra la mujer, amplió el catálogo de las víctimas, dándoles una protección no sólo a los hijos del cónyuge y de la pareja con la que se conviva, sino también a los incapaces de oponerse ante esta forma de agresión, incluyendo a niños de padres divorciados o ancianos que sufren la violencia de mano de sus familiares con los que se ven obligados a vivir.

La Convención Interamericana para prevenir y erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención Belem Do Pará, ratifica lo

señalado en el artículo anterior, pero sólo en el contexto de la violencia contra la mujer, cuando en su artículo primero dispone que:

> Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito de lo público como en el privado.

El artículo segundo establece que:

> Violencia contra la mujer incluye, la violencia física, sexual y psíquica: que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio de la mujer, y que comprende, entre otros violación, maltrato y abuso sexual.

El artículo tercero de la referida Convención, precisa en forma categórica que: "Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia tanto en el ámbito público, como en el ámbito privado".

2.1 *LA VIOLENCIA FÍSICA*

El Anteproyecto del Código Penal, define a la violencia física en el artículo 444, cuando señala que es: "toda conducta que directa o indirectamente esté dirigida a ocasionar lesiones o un sufrimiento físico a la persona...".

De acuerdo con estudios realizados en Venezuela por el Instituto Nacional de la Mujer, publicado en el año 2003, más de la mitad de los matrimonios han tenido relaciones de abuso físico, cuya víctima es la mujer. Internamente se destaca que las mujeres casadas o aquellos que viven bajo la figura de uniones estables de hecho, sufren la violencia física, pero al producirse la ruptura del nexo conyugal o la separación, la cifra del maltrato es por lo menos 10 veces más elevada cuando la víctima establece una nueva relación.

El abuso físico es la forma más clara del maltrato hacia la mujer, aunque este tipo de violencia es negada por la inmensa mayoría de ellas.

Los actos propios a este tipo de abuso, se asocian con el empujón, halarle el cabello, golpearle el rostro, lanzar objetos o golpearle con los mismos e, incluso, tomar armas para causarle daño físico o la muerte.

Hay expresiones de diversas culturas que recogen el sentir de la supuesta preeminencia de la masculinidad que revelan lo que es la violencia física:

> – Golpea a tu mujer el día de la boda y tu vida matrimonial será feliz. (Proverbio japonés).
>
> – A quien maltrata a su esposa se le perdonarán 100 pecados. (Proverbio estonio).
>
> – Un caballero es quien se quita el sombrero y golpea a su esposa. (Chiste británico).
>
> – Un hueso para mi perro, un palo para mi esposa. (Proverbio griego).

En nuestro país, muchos hombres dicen: "yo con mi mujer hago lo que me da la gana y nadie tiene que meterse" y si a esto le agregamos el dicho popular de que "entre marido y mujer, nadie se debe meter", reafirmamos la cultura de la violencia doméstica. Los proverbios, chistes y sentencias populares ilustran de manera clara la violencia física contra la mujer.

La licenciada Iliana Artiles de León en su libro *Violencia y sexualidad* ha dicho:

> El hombre está condicionado a luchar con su temor a la violencia, desarrollando una capacidad para usarla competitivamente con sus iguales y opresivamente con sus inferiores. En tanto que la mujer está condicionada para luchar con su temor a la violencia, no sólo desarrollando conductas adaptativas y, de evitación, sino también aprendiendo a vivir con violencia como parte intrínseca de la naturaleza humana.

> La violencia actúa como la expresión de fragilidad masculina y tiene la función de perpetuar la masculinidad que requiere ser respaldada y afirmada constantemente. Los hombres que tienen grandes dudas personales e imágenes negativas de sí mismo no toleran los sentimientos cotidianos de impotencia, y emplean la violencia contra las mujeres como un medio de afirmación de su poder personal. El temor de parecer débiles y pasivos en relación con otros hombres les crea una dependencia hacia las mujeres, para descargar tensiones y satisfacer sus necesidades emocionales en un contexto de seguridad, la cual se deriva de interactuar con alguien que tiene menos poder social y es menos fuerte físicamente. Algunos estudios describen el ataque a la esposa como una estrategia de aliviar su estado de excitación cotidiana, aprendida en la familia como lugar seguro para agredir sin recibir respuesta.
>
> Se plantea que a las mujeres les está permitido expresar su temor a la violencia y por tanto la exteriorización del miedo es femenino, pero cobardía en los hombres, en los cuales el miedo es transformado en agresión y en las mujeres en sumisión. La opresión de la mujer debe atribuirse a factores culturales y no biológicos, a estructuras sociales y no a diferencias fisiológicas entre hombres y mujeres.[5]

La violencia intrafamiliar es un problema de derechos humanos de fatales consecuencias en el orden económico, social y cultural. Justamente, por ello, en el maltrato intrafamiliar, víctimas y victimarios se transmiten patrones de conducta que inciden en todos los ámbitos de sus vidas. Los organismos competentes pueden encontrar en el maltrato conyugal elementos ocultos que reflejan una realidad: la mayoría de las mujeres no se asumen como maltratadas; simplemente, a nivel de la conciencia, es la representación de un hecho natural y cuyo esquema de socialización hay que aceptarlo de esa manera. Es una violencia sustentada en valores que suponen una jerarquía basada en la relación sexo-género-edad.

[5] Artiles de León, Iliana: *Violencia y sexualidad*. Editorial Científico-Técnica 1998, pp. 88-89.

Podríamos decir, al igual que la ex ministro de Igualdad de Suecia, Ulrico Messing, que: "El lugar más peligroso para una mujer en América Latina y el Caribe,podría ser su propio hogar".[6] Sobre este mismo asunto, Hillary Clinton señaló: "No creemos que la violencia doméstica sea simplemente cultural, creemos que es simplemente criminal".[7]

2.2 *LA VIOLENCIA PSÍQUICA*

En este marco de análisis, especial referencia merece la definición de violencia psíquica, contenida en el Anteproyecto del Código Penal, el cual en su artículo 445 la preceptúa como "…el infringir dolor moral con toda conducta que de propósito y arbitrariamente ocasione con ello un daño mental o emocional...".

La violencia psíquica o emocional contempla conductas que por acción u omisión están destinadas a degradar la condición humana de la mujer, a través de la humillación, amenaza abierta, directa o indirecta, intimidación, aislamiento, etc., que conduce inevitablemente a impactar la salud mental de la mujer, siempre en perjuicio de su desarrollo integral.

La violencia psíquica está referida a una realidad destructiva, puesto que la misma responde a las reacciones conductuales dentro de los parámetros de agresividad, esto es, la capacidad que se tiene para lesionar de manera directa la integridad del otro. Los doctores Aminta Parra y Rubén Hernández, en su libro *Violencia,* identifican cinco grados en cuanto a los síntomas que puede presentar el receptor de esta violencia:

> – GRADO I - Inquietud: El receptor comienza a percibir cambios en su medio ambiente que aún no concientiza como amenazas.
>
> – GRADO II - ANSIEDAD: El receptor percibe cambios psicológicos que le hacen concientizar un malestar psicológico creciente sin que tenga idea de cuál es la causa específica que la genera.

---

[6] *Manual de la ley 1600/00 Contra la Violencia Doméstica* (2002). Explicación y Aplicación. Editorial Proyecto Red, Hawai, p. 5.
[7] *Ídem.*

– GRADO III - ANGUSTIA: El receptor tiene conciencia de un dolor psicológico evidente que tiene manifestaciones físicas que pueden ir en aumento. Tiene sospechas de lo que lo puede estar causando este desagradable estado.

– GRADO IV - MIEDO: El receptor ya tiene plena conciencia del estímulo o realidad que le está causando el daño y su cotidianidad funcional comienza a sufrir trastornos, dañando varios aspectos de su vida.

– GRADO V - PARALIZACIÓN: El receptor sufre una parálización progresiva de sus actividades normales debido a un gran miedo hacia un estímulo concreto y consciente. En este punto ya la dependencia por el agresor que le genera tal grado de miedo es evidente y se puede manifestar con el pánico".[8]

En síntesis, encontramos en lo expuesto por los autores antes citados sólo algunas de las características de este tipo de maltrato, donde la mujer ostenta el papel de triste protagonista de esta relación.

2.3 *LA VIOLENCIA SEXUAL*

De igual manera, encontramos la violencia sexual que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 446 del Anteproyecto del Código Penal se define como "...aquella conducta que amenace, vulnere, irrespete, menoscabe o disminuya el derecho de toda persona a decidir sobre su libertad sexual y su pudor".

Para algunos especialistas, este tipo penal es el menos "frecuente". Sin embargo, estudiosos de este tema evidencian que esta violencia es tan reiterada como las otras en el ámbito familiar.

Esta violencia es silenciada por la mujer, más que las otras expresiones de violencia intrafamiliar. Sin embargo, hay que indicar que la imposi-

[8] Parra, Aminta y Hernández, Rubén, *Violencia*, Editorial Fiev, pp. 88-89.

ción del hombre para realizar el acto sexual (caricias, penetración anal, vaginal u oral), en contra de la voluntad de la mujer, es más frecuente de lo que muchos piensan. Ésta se produce cuando el hombre hace uso de la fuerza física para coaccionarla a realizar el acto sexual, ocasionando un daño físico o psicológico irreversible. Como lo afirma Soria en sus reflexiones sobre los delitos contra las mujeres, específicamente en el proceso de violencia doméstica: "El abuso sexual consiste en someter a la víctima a la práctica de conductas sexuales no realizadas, anales, violaciones "encubiertas", prostitución, etc. Todo ello tiene un efecto destructor sobre la persona al acusar aún más si cabe su sensación de total impotencia".[9]

La violencia sexual se manifiesta de distintas maneras: asedio sexual, incriminar permanentemente a la pareja de su infidelidad, no tener conciencia de la necesidad sexual y biológica de la mujer, abordarla sin afecto ni muestras de cariño a los efectos de satisfacer sólo sus instintos primitivos, provocarle dolor en la relación sexual; es típico el caso en el que la demanda masculina, para tener relaciones sexuales con la pareja, suelen ser precedidos por golpes. Estas son algunas formas de abuso sexual que utilizan cotidianamente los hombres con su pareja.

De modo pues, que la violencia sexual se constituye en toda conducta que amenaza y vulnera el derecho de la mujer a decidir voluntariamente el momento para realizar el acto sexual, entendida ésta no sólo como la relación sexual, sino como toda forma de contacto o acceso sexual, genital o no genital.

La violencia sexual se podría establecer en dos categorías: una abierta (mostrativa, tangible) y otra subyacente, unas veces sutil, otras veces difusa y compleja en relación con su emisor, que opera sobre las estructuras psicológicas, aunque en la práctica pueden presentarse en forma alterna.

Visto a grandes rasgos, algunos de los aspectos más relevantes de la violencia contra la mujer se aluden principalmente a hechos que se pre-

[9] Soria, Miguel Ángel: *Ob. Cit.,* p. 102.

sentan en el contexto intrafamiliar, sobre el supuesto de que un medio familiar violento es punto de partida de perturbaciones que afectan la relación de los sujetos en su vida emocional y en su relación con el entorno socio-histórico.

Hablar de violencia doméstica equivale también a hablar de violencia contra las mujeres, tanto en la familia, como en sus relaciones interpersonales. El abuso físico, psicológico y sexual, desde la agresión simple hasta la agresión con lesiones físicas graves, el secuestro, las amenazas, la intimidación, la coacción, el acoso, la agresión verbal, la entrada en el hogar por la fuerza, el incendio doloso, la destrucción de bienes, la violencia sexual, la violación conyugal, entre otras, así como la intención de cometer estos actos, constituyen ilícitos penales. Esto es un aporte capital del Anteproyecto del Código Penal.

CONCLUSIÓN

Podríamos concluir que en nuestro país cientos de mujeres son víctimas de violaciones a sus derechos humanos. Todas deben vivir exentas de miedo, y estamos obligados a respetar su dignidad de mujeres libres. Ninguna merece que se le produzcan daños físicos y/o emocionales, ser golpeadas, vencidas, humilladas por parte de nadie, y mucho menos dentro de una relación familiar o de convivencia de hecho, en la que debe predominar el amor, la generosidad y la tolerancia en vez del pánico.

La adopción de un enfoque total y multidisciplinario que permita enfrentar la complicada tarea de crear familias sanas y libres de la violencia contra la mujer, no es sólo un sentir, sino una exigencia. La igualdad, la colaboración entre los géneros y el respeto por la dignidad humana deben permanecer en todo el proceso de socialización.

En consideración del autor del presente estudio, el Anteproyecto de Código Penal ha atacado la gravedad de la violencia intrafamiliar, mediante una minuciosa revisión de nuestras leyes, a fin de adecuarlas a la magnitud de este flagelo que permea a la familia, pretendiendo este anteproyecto dar respuesta a lo que se considera un problema sociojurídico, cuyo escenario es el hogar, donde el abuso de superioridad,

impuesto desde la fuerza física del hombre, degeneren la condición de las mujeres en términos físicos, psicológicos y conductuales.

Naturalmente, en toda propuesta normativa debe reconocerse que es necesaria una mayor sensibilización de la sociedad y, en general, de los profesionales que deben atender a estas víctimas, para bajar los índices delictivos en las estadísticas policiales, judiciales y médicas.

Estamos ante un problema social que exige un diagnóstico de las causas que lo generan, de las carencias del ordenamiento jurídico para combatirlo y de la insuficiencia de la respuesta ofrecida por los operadores jurídicos. En consecuencia, un aporte invalorable lo constituyen los tipos penales contemplados en este anteproyecto, que nos ofrecen una maravillosa y factible alternativa, sobre todo cuando debemos tener la suficiente humildad para reconocer –aunque nos cueste– que existen razones sociales con raíces histórico-culturales que propician los modos de violencia intrafamiliar. A decir de Corsi (1995) en su obra *Violencia Masculina en la Pareja,*

> Los hombres que ejercen violencia física en la relación conyugal suelen representar la caricatura de los valores culturales acerca de lo que debe ser un varón, de los mitos culturales de la masculinidad. Aun cuando no lo digan abiertamente, están sosteniendo formas de relación que tienden al control y la dominación de quien consideran inferior. Esta concepción sexista que encontramos en la mayoría de los hombres golpeadores es muy difícil de modificar, dado que muchas veces está cubierta por una capa de racionalizaciones que muestran todo lo contrario. Ellos aprendieron a través del tiempo a decir hombres y mujeres somos iguales, no hay diferencias, tenemos iguales derechos. Pero por debajo de esa capa superficial de racionalizaciones siempre encontramos un sistema de creencias apoyadas en el sexismo. Si queremos hablar de multiplicidad de causas, en la base de la pirámide causal está esa concepción sexista.[10]

[10] Citado por Moles Álvarez, José (2000): *Asesoramiento Clínico*. Editorial Greco, S.A., Caracas, pp. 158-159.

Cabe precisar que la lucha contra la violencia hacia la mujer es una empresa de todos los poderes públicos. Cada uno de ellos, en esta materia, debe actuar ajustado al ámbito de sus competencias. Es obvia esta afirmación, pero no deja de ser útil, puesto que sirve de base para otras reflexiones que, por su relevancia, tienen que ser trasladadas a instituciones públicas y privadas que inciden con su trabajo sobre tan delicado asunto. El acento hay que ponerlo en lo preventivo. Justamente, por ello, decimos que en primer término la resolución judicial de un problema, fundamentalmente cuando la respuesta proviene de los tribunales penales, constituye el signo evidente de que han fallado todos los demás controles y mecanismos de prevención que la sociedad debería haber establecido para resolver aquel conflicto; y en segundo lugar, que la respuesta penal siempre es limitada y restringida, porque queda constreñida a los márgenes de la legalidad, que no siempre permite dar una respuesta oportuna, ya que al orientarse hacia la represión de conductas criminalizadas, requiere de la implementación de políticas preventivas.

Queda claro que el Derecho Penal constituye la última *ratio* al que ha de acudirse dentro del ordenamiento jurídico para erradicar estas conductas, así como la eliminación de las causas que las generan ha de provenir, principalmente, de otros entes. Afirmamos, por tanto, que si se produjere ese hecho reprochable, la respuesta de los órganos jurisdiccionales debería ser rápida y eficaz, contundente, a la par que proporcional a la gravedad del ilícito cometido y respetuosa de los derechos constitucionales de la víctima y del victimario.

Dentro de este marco de análisis, no podemos concluir sin antes plantear algunas recomendaciones ligadas a esta problemática, y en aras de evitar que el Estado continúe lesionando a la víctima:

> 1.- El trato a las víctimas de estos delitos en organismos judiciales debe ser prudente, previniendo que al perjuicio derivado de la previa agresión sufrida se agregue también la "violencia institucional".
>
> 2.- En el vocabulario utilizado en el trato que debe dársele a las víctimas, se requiere que estén ausentes expresiones de tono im-

perativo o intimidatorio, procurando estimular su colaboración y su oportuna comparecencia al órgano jurisdiccional.

3.- Las víctimas, en todo momento, deben gozar de toda la asistencia jurídica, médica, psicológica y socioeconómica que requieran, comunicando el hecho sin demora a las fiscalías competentes en la materia.

4.- La notificación a las víctimas de las decisiones judiciales que les afecten deben realizarse con carácter urgente, sobre todo cuando se refieran a la imposición o levantamiento de medidas cautelares respecto del presunto infractor o de protección del afectado.

5.- Finalmente, debe quedar claro que a la luz de este planteamiento, el éxito del mismo no sólo será posible en el contexto de respuestas aisladas. Es preciso comprometernos en una acción coordinada con los distintos factores que inciden en esta problemática. A tal fin, resulta imprescindible atacar las resacas heredadas (como la escasa consideración social de la mujer frente al hombre, el escaso reconocimiento por su actividad profesional, o la retribución tradicionalmente discriminatoria padecida por la mujer trabajadora), así como superar arquetipos de los roles asignados históricamente al hombre en detrimento de la mujer, con el propósito de adoptar unas políticas públicas que propicien una adecuada integración en la sociedad de víctimas y agresores.

Reconocimiento de la víctima en el anteproyecto

Skeyla CUEVAS*

SUMARIO:

1. **Definición de la víctima.**
2. **Protección y resarcimiento de la víctima según el derecho comparado.**
3. **Regulación de la víctima en Venezuela.**
4. **Atención a la víctima en Venezuela.**
5. **Propuesta del anteproyecto: La indemnización de la víctima a través del pago de la multa. El fondo de indemnización y ayuda a las víctimas.**

* **Universidad Santa María.** Abogada. **Instituto Universitario de Policía Científica.** Especialidad Criminalística, Tesista.

1. DEFINICIÓN DE LA VÍCTIMA

Sin duda el primer punto que debemos abordar es: ¿qué es la víctima? Son muchas las corrientes de opinión que hay sobre este concepto, sin duda todas válidas, pero desde el punto de vista de esta investigación, me inclino por definirla como aquella persona que sufre los efectos del delito o quien padece el daño por culpa ajena. Según lo establecido por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del Abuso de Poder (1985), son víctimas "...las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluso lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder..." y se amplía la noción al considerar víctimas "...a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización...".

Aun cuando la victimización es tan antigua como la humanidad, no fue sino después de concluida la Segunda Guerra Mundial cuando emergió el estudio científico de las víctimas del delito como un complemento fundamental de las investigaciones sobre los delincuentes.

Después de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder (1985), fueron promulgadas numerosas leyes sobre derechos de las víctimas por parte de los organismos legislativos de diferentes países. Los logros alcanzados han sido impresionantes. Entre ellos pueden citarse la instauración de la compensación estatal, el resarcimiento de la víctima, así como la aparición y multiplicación de varios programas dirigidos a la mediación entre víctimas y victimarios.

Un sector particular en el cual se ha experimentado una enorme expansión ha sido el servicio a las víctimas. La terapia ofrecida a la víctima

para enfrentar los traumáticos problemas generados por la victimización se ha convertido en una medida popular y a la moda.

2. RESARCIMIENTO DE LA VÍCTIMA SEGÚN EL DERECHO COMPARADO

En Europa, específicamente en España, cuentan con la legislación siguiente: 1) Real Decreto 1311/1988 mediante el cual se creó un Fondo de Compensación limitado a las víctimas del terrorismo. Las ayudas se caracterizan porque son una indemnización para las víctimas que hayan sufrido daños corporales, tienen carácter no subsidiario, ya que son compatibles con el sistema de la seguridad social y serán resueltas a través de un expediente administrativo. 2) Ley 36/1995 sobre la creación de un Fondo de Compensación procedente de los bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. Se trata de una Ley que destina el cincuenta por ciento de los fondos a la prevención y asistencia a toxicómanos, intensificación y mejora de los medios de prevención, control y represión de estos delitos y a la cooperación internacional y el resto de los fondos, al fortalecimiento del aparato represivo. 3) Ley 35/1995 de ayuda y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual, la cual regula, por una parte, las ayudas de contenido económico a las víctimas de los delitos violentos; y por la otra, la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos. El concepto de ayuda pública según dicha ley se inspira directamente en el principio de solidaridad y no debe considerarse como una indemnización, pues ésta debe ser dada por el culpable del delito. 4) Real Decreto 738 del 23 de mayo de 1997, mediante el cual se aprueba el reglamento de ayudas a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual. 5) Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo y el Real Decreto 1211 del 18 de julio de 1997, mediante el cual se aprobó el Reglamento referido.[1]

[1] Valle Muñiz, José Manuel. Edición actualizada por García, Oscar Morales y Fernández Palma, Rosa. Código Penal y leyes penales especiales. Editorial Avanzadi 2001.

En relación con el servicio que se les presta a las víctimas se tiene que el Ministerio de Justicia de España gestiona oficinas de atención, las cuales funcionan en todas las capitales de provincia y se están extendiendo a las poblaciones con mayor número de habitantes. Así mismo las comunidades autónomas tienen sus oficinas de atención a las víctimas.

Según información obtenida a través de Internet, se ha hecho del conocimiento público que el Consejo de Ministros de ese país acordó el 12 de marzo de 2004 otorgar ciento cuarenta millones de euros del fondo de contingencia para la ayuda e indemnización de las víctimas del atentado ocurrido el 11 de marzo del mismo año.[2]

Por su parte, México modificó su Constitución con el objeto de incluir el respeto de los derechos de las víctimas. En el Distrito Federal (sede de los Poderes Públicos) se aplican los instrumentos siguientes: Ley sobre Auxilio a las Víctimas del Delito promulgada en 1969, mediante la cual se fijó el modo en que sería comprobado el estado económico de las víctimas protegidas, las normas para recaudar los fondos destinados al auxilio y sin necesidad de imposiciones a los contribuyentes. También funcionan desde el año 1989 cuatro agencias en las Delegaciones de la Procuraduría (Fiscalía) del Distrito Federal, dedicadas a la atención de las víctimas por la comisión de los delitos sexuales. Existen oficinas en las que se presta apoyo social y psicológico y una sala de terapia para la atención en casos de crisis. Además cuentan con un espacio reservado para que el personal que labora en dichas oficinas pueda realizar averiguaciones previas.[3] También en México, en el estado de Sinaloa, se promulgó una Ley de Protección a las Víctimas de Delitos y en el estado de Sonora, se aprobó la Ley de Atención y Protección a las Víctimas de Delito.

El ochenta por ciento de las provincias de Argentina (veintitrés provincias) poseen oficinas de asistencia a la víctima cuya misión principal es brindarles el respectivo asesoramiento. En este país se presta especial

[2] http://expansionvd.recoletos.es/es/edicion/noticia/0,2458.458521-02,00.html
[3] www.edomexico.gob.mx/portalgem/lestel/cnt/LeyEst_086.html

atención a la violencia doméstica. Por ejemplo: en Córdova existe un Centro de Asistencia a las Víctimas del Delito creado por la Ley Provincial N° 7379 del año 1986 y conformado por un equipo que brinda atención urgente como respuesta inmediata de carácter institucional.[4]

En Paraguay se brinda especial asistencia a las víctimas que han sido objeto de los delitos sexuales y los centros de atención cuentan con un departamento en el que labora personal de apoyo como psiquiatras y sociólogos.

El Código Procesal Penal de Costa Rica (vigente desde enero de 1998) otorgó verdadera importancia al tema de las víctimas y con ocasión de su promulgación, fue creada una Oficina de Atención a las Víctimas de Delito con sede en San José, a cargo de un fiscal encargado.

En este sentido, en los Estados Unidos de Norteamérica, se promulgó la Ley Federal para la Protección de las Víctimas y Testigos de Hechos Criminales y a través de ella, se creó una oficina para las víctimas de los delitos, la cual recauda fondos destinados a mantener los programas de asistencia y compensación a las víctimas. En la mencionada nación, varios estados modificaron su Constitución para declarar el respeto a los derechos e intereses de las víctimas del delito. En Estados Unidos se ha reconocido la importancia de las víctimas de los delitos y por ello se planteó una futura enmienda en la Constitución con la finalidad de reformar lo concerniente a los derechos de las víctimas, tarea que le fue encomendada a la Cámara de Representantes del Congreso.

Especial mención merece el sistema de protección a la víctima que posee Canadá, considero que es uno de los más modernos y completos, pues brinda una asistencia integral. En la Ley para las Víctimas de un Delito (*Victims of Crime Act*) y otras leyes, la víctima tiene derecho a recibir información sobre los siguientes particulares: 1.- los servicios que están a su disposición; 2.- el derecho que tiene a ser compensado por las lesiones recibidas y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Lesiones Ocasionadas por Delincuentes (*Criminal Injury Compensation Act*); 3.- la forma

[4] www.acaba.org.ar/b120op30.htm

en que funciona el sistema penal, la investigación policial y los tribunales y los derechos que tiene a la privacidad, consagrados en la Ley de Libertad y Protección de la Privacidad Individual (*Feedon of Information and Protection of Privacy Act*); y 4.- la sentencia del delincuente.

La asistencia que allí se les brinda a las víctimas es muy amplia. Éstas tienen derecho a pedir información acerca de la cárcel donde el delincuente está cumpliendo su sentencia, la fecha de su libertad, la duración de su libertad y las condiciones de su control, cualquier cambio en las condiciones de libertad, si el acusado o el delincuente ha sido puesto en libertad de la cárcel, bajo supervisión y dónde residirá mientras esté en libertad condicional supervisada, cuánto tiempo durará la sentencia y cuándo comenzó, cómo informar si el delincuente no cumple con las órdenes de fianza o libertad condicional, cómo comunicarse con las oficinas que pueden otorgar o cambiar las condiciones de libertad condicional, bajo palabra de honor o autorizar la salida del delincuente de la cárcel, las fechas para revisar los plazos del encarcelamiento del delincuente, y cómo puede participar en la revisión de los plazos de encarcelamiento del delincuente.

Hay más de 100 oficinas de Servicios para las Víctimas (*Victim Services*) donde labora personal capacitado que ayudan a lidiar con los efectos de un delito, brindan apoyo emocional, proporcionan la asistencia necesaria para que las víctimas soliciten las compensaciones por las lesiones sufridas, informan sobre el estado de la investigación policial y ante los tribunales, las ayudan a prepararse para el juicio y a elaborar un escrito en el cual manifiesten claramente los efectos que les ha causado el delito.

Otros instrumentos jurídicos de primer orden en esta materia son los siguientes:

Convenio Europeo N° 116 del Consejo de Europa del 24 de noviembre de 1983, sobre la Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, el cual contiene normas mínimas para la compensación a las víctimas por parte del Estado y ha sido ratificado por diez estados miembros (Alemania, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia) y la Recomendación del Comité

de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros del 28 de junio de 1985.

Resolución N° 40/34 de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, del 29 de noviembre de 1985.

3. REGULACIÓN DE LA VÍCTIMA EN VENEZUELA

En cualquier lugar del mundo el papel de la víctima es indispensable para el inicio y buen desarrollo de las actuaciones judiciales. Pero, a veces, la propia dinámica del proceso policial y judicial le invita a renunciar a ese papel. Algunas de las razones de este comportamiento pueden ser:

– Desconocimiento de sus derechos;

– Falta de información del proceso que inicia;

– Desprotección a nivel reparatorio e indemnizatorio;

– Desprotección de sus derechos fundamentales;

– Conversión de la víctima en un mero espectador pasivo de su propio proceso victimizador; y

– Temor a represalias.

La víctima no puede ser considerada como un elemento perturbador en el proceso penal. Es ella quien se ve inmersa en un estado perturbador que le supone la puesta en marcha de la denuncia y el proceso judicial. Incluso, en la mayoría de los casos, el hecho delictivo supone para la víctima un trastorno de su comportamiento, llegando a perturbar sus relaciones personales, familiares, sociales y profesionales.

En Venezuela, el 23 de enero de 1998 se publicó en la *Gaceta Oficial* N° 5208, Extraordinario, el Código Orgánico Procesal Penal. El artículo 116 del mencionado código adjetivo definió a la víctima de la manera siguiente:

> **Artículo 116.-** Definición. Se considera víctima:
>
> 1°.- La persona directamente ofendida por el delito;
>
> 2°.- El cónyuge o la persona con quien haga vida marital por más de dos años, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido;
>
> 3°.- Los socios, accionistas o miembros respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan;
>
> 4°.- Las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito.
>
> Si las víctimas fueren varias deberán actuar por medio de una sola representación.

Así mismo, este instrumento legal, reconoció los derechos de la víctima en el proceso penal y en ese sentido el artículo 117 dispuso:

> **Artículo 117.-** Derechos de la víctima. Quien de acuerdo con las disposiciones de este Código sea considerado víctima, aunque no se haya constituido como querellante, siempre que lo solicite, podrá ejercer en el proceso penal los siguientes derechos:
>
> 1°.- Presentar querella e intervenir en el proceso conforme a lo establecido en este Código;
>
> 2°.- Ser informada de los resultados del proceso, aun cuando no hubiere intervenido en él;
>
> 3°.- Solicitar medidas de protección frente a probables atentados en contra suya o de su familia;

> 4°.- Adherir a la acusación del fiscal o formular una acusación propia contra el imputado;
>
> 5°.- Ejercer las acciones civiles con el objeto de reclamar la responsabilidad civil proveniente del hecho punible;
>
> 6°.- Ser notificada de la resolución del fiscal que ordena el archivo de los recaudos;
>
> 7°.- Ser oída por el tribunal antes de la decisión de sobreseimiento o de otra que ponga término al proceso o lo suspenda condicionalmente;
>
> 8°.- Impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el proceso, **siempre que el fiscal haya recurrido (negrillas mías).**

Por su parte, el artículo 115 *eiusdem* declaró expresamente como objetivo del proceso penal: la protección y la reparación del daño causado a la víctima. Además exhortó al Ministerio Público y a los jueces a garantizarle a la víctima los derechos que se le habían otorgado. Tal artículo establecía:

> **Artículo 115.-** La protección y reparación del daño causado a la víctima del delito son objetivos del proceso penal. El Ministerio Público está obligado a velar por dichos intereses en todas las fases. Por su parte los jueces garantizarán la vigencia de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso.

Referencia obligatoria merece el último aparte de la citada disposición, en el cual se hizo un llamado a la policía y demás organismos a auxiliares a los fines siguientes:

> Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de afectado,

> facilitando al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir.

Después del Código Orgánico Procesal Penal se aprobó la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial* N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999, en la que el Estado venezolano se compromete a garantizarle a la víctima el derecho a ser indemnizada por los daños causados. En efecto, el artículo 30 constitucional consagra lo siguiente:

> **Artículo 30.-** El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.
>
> 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.

En la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal del 14 de noviembre de 2001 *Gaceta Oficial* N° 5558, Extraordinario, se mantiene la protección a la víctima. Sin embargo, desde el punto de vista procesal se le amplían sus derechos pues ahora su actuación no está supeditada a la del fiscal, pudiendo impugnar la sentencia absolutoria o el sobreseimiento aunque éste no lo haya hecho y según lo dispuesto en el artículo 120 del mencionado código adjetivo.

4. OFICINAS DE ATENCIÓN A LA VÍCTIMA

En relación con el sistema de asistencia a las víctimas, cabe destacar que en Venezuela existen varios organismos no gubernamentales encargados para tal fin. Destaco la labor que en ese sentido ha desarrollado el Poder Judicial, mediante el Tribunal Supremo de Justicia, que recientemente creó la Fundación para la Protección a las Víctimas de la Criminalidad Común, entidad sin fines de lucro, con personalidad jurídi-

ca propia y patrimonio independiente, que tiene como objeto brindar asistencia a las víctimas de la criminalidad común y, en particular, a niños huérfanos cuyos padres hayan muerto por causa de la criminalidad común, a mujeres víctimas de violación, a mujeres en situación de violencia doméstica y/o intrafamiliar, a pacientes discapacitados por causa de tal criminalidad, así como a drogodependientes y ancianos maltratados, a través de su línea gratuita 0-800-SUPREMO.

De esta manera Fundaprovic cumple con el mandato de la Constitución acerca de honrar los derechos humanos; y así mismo con el mandato dado por las Naciones Unidas en la declaración N° 40/34, del 29 de noviembre de 1985 sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos: allí se reconoce que millones de personas sufren daños como resultado del crimen, y que no se han reconocido adecuadamente los derechos de estas víctimas; y se expresa que hay la necesidad de adoptar medidas nacionales e internacionales para asegurar el reconocimiento universal y eficaz del respeto a los derechos de las víctimas del crimen; e invita a los estados miembros a tomar las medidas necesarias para hacer efectivas las previsiones contenidas en la mencionada declaración.

Resalto la labor realizada en esta fundación, por el Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros en su carácter de promotor, a quien la Directiva del Tribunal Supremo de Justicia le confió la elaboración del anteproyecto de Código Penal, texto mediante el cual se evidencia la insistencia del Magistrado en la protección que debe brindárseles a las víctimas.

5. PROPUESTA DEL ANTEPROYECTO

En el anteproyecto del Código Penal se reconoce el compromiso que tiene el Estado de garantizarle a la víctima sus derechos, y por ello propone en el artículo 7 lo siguiente:

> **Artículo 7.-** Naturaleza y fines de la pena. La pena podrá ser corporal **y acumulativamente pecuniaria e indemnizatoria a la víctima.** Si la multa se le pagare a ésta, el condenado podrá ser beneficiado con una **disminución de la pena** y has-

> ta una cuarta parte de la misma. **Si no fuere posible pagar a la víctima o no aceptare indemnización** del condenado, éste deberá pagar la multa al Estado y en particular al Fondo Estatal de Indemnización y Ayuda a las Víctimas de la Criminalidad, que funcionará en el Ministerio del Interior y Justicia y según el reglamento que se dicte al efecto.
>
> La pena responderá a los principios de necesidad y proporcionalidad y tiene también como fines la prevención, retribución y reinserción social del condenado (Negrillas mías).

En primer lugar, destaco que el anteproyecto plantea castigar todos los delitos (exceptuando el referido a la fuga de detenido) con una pena corporal y una pena pecuniaria. Esta última pena se estableció **a los fines de la indemnización de la víctima por el hecho cometido en su contra a través del pago de la multa.** Esa multa por supuesto afectará el patrimonio del condenado pues lo obligará a pagar una suma de dinero que será indicada por el juez en su decisión.

El anteproyecto (como ya ha sido conocido por todos) no es represivo ni propone penas altas. Por supuesto, están exceptuados algunos delitos que son muy graves. Lo cierto es, que la pena pecuniaria e indemnizatoria a la víctima fue establecida entre dos límites y para su concreción se utilizan criterios de proporcionalidad respecto a las penas corporales, para que aquella pudiera ser efectivamente cumplida por el condenado, pues de otro modo de nada valdría la imposición de la misma.

En el anteproyecto se dispuso que el pago de la multa favorecerá al condenado haciéndolo acreedor de una rebaja de pena hasta en una cuarta parte de la misma. Considero que tal beneficio resulta absolutamente justo para el condenado.

Ahora bien: en el supuesto de que no fuere posible pagar la multa a la víctima o de que ésta no aceptare la indemnización, se dispuso que el condenado debía pagar la multa al Estado, concretamente al Fondo Estatal de Indemnización y Ayuda a las Víctimas que se propuso crear con la finalidad de que el Estado tenga posteriormente recursos disponibles

para realizar indemnizaciones. El Fondo de Indemnización y Ayuda a las Víctimas funcionará en el Ministerio del Interior y Justicia y según el reglamento que se dicte al efecto.

Estimo que la instauración de la compensación estatal mediante la creación de este Fondo de Indemnización y Ayuda a las Víctimas, constituye un avance de un valor incalculable en nuestro país y mucho más después de que hemos visto lo avanzado que están los demás países en esta materia.

Por otra parte, considero necesario destacar que la indemnización en algunas legislaciones está establecida como una pena accesoria y en otros casos, como una reparación de naturaleza estrictamente civil, dentro de lo que se denomina en doctrina daños y perjuicios. Por tal razón, resultaría conveniente que en Venezuela se trazaran debidamente los límites entre lo que será la multa como pena principal (y con carácter indemnizatorio por el daño ocasionado por el delito tal como se estableció en el anteproyecto) y la indemnización de daños y perjuicios y así lo sugiero.

También resalto que el anteproyecto previó la posible ineficacia de la multa por el transcurso del tiempo (tal como sucede con el Código Penal) y en ese sentido dispuso que la misma fuese calculada con base al valor que tenga la unidad tributaria para el momento en que se establezca la condena.

En relación con el Fondo Estatal de Indemnización y Ayuda a las Víctimas de la Criminalidad se observa que los ingresos del mismo procederán de la multa que acompaña a casi la totalidad de los delitos tipificados en el anteproyecto.

La importancia de ese fondo radica en la necesidad de brindar un adecuado y **oportuno** resarcimiento a consecuencia del delito del cual ha derivado su carácter en el proceso.

La propuesta del anteproyecto de Código Penal requerirá sin duda del desarrollo del reglamento que regule el fondo propuesto y lo más importante, será determinar el ingreso de los recursos y la forma de su distribución.

Pero además de ello y tomando en cuenta la legislación mundial y con influencia de las leyes de España y México, resultaría positivo que el Estado venezolano colocara en el fondo aquellos ingresos que sean directa o indirectamente provenientes de la actividad delictiva. Este es el caso común de los bienes y dinero que se recaudan a través de la actividad de la delincuencia organizada: terrorismo, droga, tráfico de armas, entre otros, pues se trata de que el daño tan grave que ocasiona el ilícito de alguna manera redunde a favor de las víctimas.

También el Estado venezolano podría realizar aportes y reglamentar la posibilidad de que particulares y organizaciones no gubernamentales puedan contribuir con el fondo para ayudar de forma directa a las víctimas.

La eficiencia del fondo dependerá de su efectiva integración y del adecuado manejo de éste. Evidentemente ello se logrará si Venezuela desarrolla al máximo el procedimiento debido para hacer efectivo el cumplimiento de la pena de multa, pues de lo contrario se desvirtuaría la finalidad de la misma: la indemnización del daño causado. Así mismo se sugiere la creación del mecanismo mediante el cual deberá supervisarse el correcto funcionamiento de los recursos del fondo.

Considero que el establecimiento de una directa indemnización de la víctima mediante la fijación de la pena de multa como pena principal y la creación del Fondo Estatal de Indemnización y Ayuda a las Víctimas de la Criminalidad constituyen avances positivos, sobre todo en momentos en que la criminalidad y la victimización van en progresivo aumento.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La asistencia a las víctimas reafirma la solidaridad social y beneficia con ello a toda la comunidad. Por tanto, el Estado venezolano debería proporcionarle a esa persona que sufre las consecuencias del delito, la posibilidad de acudir a un medio cercano que pueda facilitarle una ayuda inmediata tal como hemos notado que está previsto en otros países. La víctima necesita un interlocutor válido que la escuche, responda a sus inquietudes y sepa comprender el problema en el que se encuentra.

El país no puede olvidar el papel de las víctimas en relación con la comisión del hecho y sus necesidades de reparación y ayuda y, en ese sentido debe velar porque se adopten las disposiciones legales que les permita hacer efectivo los derechos que les han sido reconocidos a nivel mundial.

Como éste existen otros muchos aspectos en los que el anteproyecto de Código Penal demuestra ser un instrumento legal de avanzada. Resultaba absolutamente ilógico que Venezuela se quedara en el camino y siguiese insistiendo en el mantenimiento de criterios retrógrados. En espera de que este instrumento sea discutido y aprobado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia y por la Asamblea Nacional, para que se haga efectiva la indemnización de la víctima.

La responsabilidad civil derivada de delito y las medidas cautelares en el anteproyecto de Código Penal. Comentarios

Máximo N. FEBRES SISO[*]

SUMARIO:

Introducción.

1. Consideraciones preliminares. La responsabilidad civil. Las medidas cautelares.

---

[*] **Universidad Central de Venezuela**: Abogado Mención *Magna Cum Laude*, *Centro de Estudios de Postgrado*, Doctorado en Derecho, Cursante. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, *Escuela de Derecho*, Profesor. **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, LOPNA: Ley Orgánica Para la protección del Niño y del Adolescente, LCC: Ley Contra la Corrupción, LAC: Ley de Arbitraje Comercial. CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

2. **Regulación de la responsabilidad civil en el anteproyecto y la sistemática legal vigente.**
3. **Las medidas cautelares en el anteproyecto y la sistemática actual en relación con los bienes activos y pasivos del delito y la responsabilidad civil.**
4. **Los acuerdos reparatorios y la responsabilidad civil. Propuesta del anteproyecto.**

INTRODUCCIÓN

Hemos tenido la oportunidad de examinar el anteproyecto de Código Penal preparado bajo la coordinación del Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, por encargo de la Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia, con la colaboración de notables profesionales del derecho.

El anteproyecto es, sin dudas, un respetable y significativo esfuerzo de sistematización y actualización de tan importante instrumento legal, que aspira crear orden donde reinan la anarquía, las contradicciones y la obsolescencia por la mora legislativa en adecuar y adaptar nuestro Código Penal y por la proliferación de leyes especiales que lo han desbordado, pero que han surgido a la sazón de las nuevas, complejas y a veces críticas realidades, no siempre tratadas adecuadamente.

Además, más allá de las bases morales, éticas, religiosas e ideológicas que pudiéramos evidenciar del articulado del anteproyecto y con las cuales podríamos estar en algunos casos de acuerdo y en otros en desacuerdo, como efectivamente nos ocurre, es palpable la preocupación de los proyectistas por incorporar las nuevas tendencias y enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera sobre la materia, estemos o no de acuerdo con ellas, aprovechando además el trabajo adelantado en el pasado por los maestros Jorge Sosa Chacín y José Miguel Tamayo Tamayo, cosa poco usual en nuestro foro que, por desgracia, se resiste a reconocer la obra y el talento nacional.

Lo importante ahora es abrir el debate, como sentimos que se ha abierto, para que al abrigo de nuestros valores y principios eternos e irrenunciables, como la libertad, la democracia, el pluralismo y la forma

Republicana, podamos finalmente contar con un instrumento de amplia base, que recoja nuestras necesidades universales y tutele lo que incuestionablemente nos identifica, nos une y nos hace dueños mancomunados de una misma, única e indivisible patria.

Nuestros comentarios y demás consideraciones tienen como sustrato lo relativo a la responsabilidad civil, así como las propuestas de naturaleza cautelar que presenta el anteproyecto. Desde luego, nuestra pretensión no es otra que la de destacar modestamente algunos aspectos que consideramos acertados y reflexionar respecto de otros que estimamos inconvenientes o perfectibles, desprovistos, en la medida de nuestras posibilidades, de pasiones o intereses sectarios.

Finalmente, vaya nuestro reconocimiento a los responsables del anteproyecto que hoy nos convoca.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

La Responsabilidad Civil. Prescribe el artículo 113 del CP vigente 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**.

El artículo 158 del anteproyecto que regula el "contenido de la responsabilidad civil" establece que "La responsabilidad establecida en los artículos anteriores, comprende lo siguiente: 1) **La reparación del daño**

causado; y 2) **La indemnización de los perjuicios materiales y morales.** Señala además esta norma, como un cambio de regulación, que "**no se considerará reparación** del daño causado sino restitución, **el pago del valor equivalente de la cosa** en los casos que ésta haya perecido o se haya hecho irreivindicable".

El anteproyecto, a diferencia del código vigente, no incluye dentro del "contenido" o alcance de la responsabilidad civil **la restitución.** Por el contrario, esta figura aparece como una categoría distinta no obstante encontrarse en el mismo título concerniente a la "responsabilidad civil". El artículo 159 del anteproyecto establece, al igual que el código actual, pero con la excepción del mandato de indexación, que la restitución deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con pago del deterioro o menoscabo que hubiere sufrido, a juicio del juez; y que si la restitución no es posible se aplicará lo dispuesto en el artículo 164, según el cual, la sentencia penal condenatoria "...**condenará al acusado, sin necesidad de que la víctima intente acción civil, al pago de su valor**, atendida la adecuada indexación monetaria...".

Por su lado, el artículo 160 delimita el contenido y alcance de la indemnización de daños y perjuicios, materiales y morales, cuya satisfacción sólo sería posible deduciendo formal demanda a tenor de la última parte del artículo 164. Inexplicablemente **el anteproyecto deja huérfana de contenido la reparación del daño,** situación esta perfectamente clara en el CP vigente, según el cual la reparación sólo se exigirá cuando no haya lugar a la restitución, en el entendido de que la pérdida se reparará pagándose el valor de ella (*vede* Art. 121 CP).

Como puede apreciarse, el anteproyecto se separa completamente de esta regla, pero no dice nada acerca del contenido y alcance de la reparación, dejando así un campo fértil para la especulación y la duda improductiva. Por lo tanto, consideramos que se impone una revisión profunda de esta normativa. Si los proyectistas desean referirse a satisfacciones en especie, cuando se refieren a la reparación del daño causado, diferenciándolas de las satisfacciones por equivalente o indemnizatorias, es preciso que lo hagan expresamente y que tomen en cuenta además la imposibilidad de lograr las primeras, mediante el pro-

cedimiento especialísimo previsto en el COPP, amén de todos los casos en los que material y jurídicamente ésta es imposible.

La distinción que se hace en el anteproyecto respecto del contenido de la responsabilidad civil, si bien creemos obedece a la necesidad de reiterarle a los jueces penales el deber ineludible de proveer en la sentencia condenatoria sobre la restitución de la cosa o el pago de su valor, mandato éste que la mayoría inexplicablemente ha omitido y omite no obstante la clara redacción del artículo 126 del CP, no parece aconsejable por las dudas y categorías artificiales a las que puede dar lugar, empezando por la pregunta misma acerca de si la restitución de la cosa o el pago de su valor es o no un componente de la responsabilidad civil.

Para nosotros no existen dudas al respecto, ya que **la restitución de la cosa o el pago de su valor** es por naturaleza inmanente a la responsabilidad civil, ya que se refiere a un típico daño material y así lo reconoce implícitamente el anteproyecto al incorporar la restitución en el capítulo de la responsabilidad civil y en el artículo 164 que se refiere a las consecuencias civiles de la condena penal. Sin embargo, debemos advertir que en nuestra opinión y creemos que también en la opinión de los proyectistas, la restitución propiamente dicha, tal como la regula el CP y se pretende regular en el anteproyecto, esto es, con exclusión del pago del valor de la cosa y sin deducir formal demanda, sea anticipada o no, como veremos luego, encuentra su razón de ser en las consecuencias de orden público que la ley penal deriva indefectiblemente ante los delitos contra el patrimonio, como hechos punibles, y no por sus inseparables derivaciones civiles.

Por otro lado, en reiteradas oportunidades hemos sostenido, desde luego no con pretensión de originalidad sino con el mejor ánimo didáctico, que el artículo 113 del CP no debe interpretarse literalmente, ya que ello supondría ineludiblemente la existencia de responsabilidad civil cada vez que estemos en presencia de un hecho punible (delito o falta), lo cual no es cierto. Sin embargo, no pocos creen lo contrario. Precisamente, en este aspecto el anteproyecto es certero, claro y preciso al establecer en el artículo 148 que “toda persona responsable penalmente de alguna conducta punible por algún delito o falta, o que por ello u otra razón

haya sido sometida a una medida de seguridad, **lo será también civilmente si del hecho derivaren daños y perjuicios".**

Es oportuno recordar que el derogado CEC establecía que de todo delito o falta "*también **puede** nacer acción civil...*" (Art. 1), evidenciando que para el legislador de aquel entonces estaba perfectamente claro que el delito no siempre apareja responsabilidad civil. Este aserto no se percibe de igual forma en el vigente COPP, aun cuando pensamos que se aprecia 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. Como puede verse, si bien el anteproyecto no incorpora una verdadera novedad respecto del requisito fundamental de procedencia de la responsabilidad civil, presenta, no obstante, una regulación mucho más precisa y acabada de la que hasta ahora hemos conocido, despejando toda suerte de obstáculo para los operadores de justicia y los justiciables mismos.

Es enfático el anteproyecto al postular la existencia de la responsabilidad civil sólo cuando el hecho punible ha causado un ***daño.*** El daño puede ser **material** o **moral**. Así lo ratifica el anteproyecto en el numeral 2º del artículo 158. Esta distinción, o mejor aún la consagración del daño moral, no se encontraba ni se encuentra establecida en la normativa penal, aun cuando es propia de la doctrina civilista y nada se opone ni se ha opuesto a su tutela con ocasión de un hecho punible. Sin embargo, nos parece un acierto su incorporación en la legislación penal, ya que no deja ningún género de dudas y hace patente su posibilidad de tutela por la vía especialísima, de reciente data, prevista en el COPP para hacer efectiva la responsabilidad civil derivada de delito, independientemente de los defectos que pudiéramos encontrar en la regulación de este procedimiento.

Medidas Cautelares. En cuanto a las medidas cautelares, civiles y penales, el CP no presenta regulación alguna. Ello es lógico, ya que esta materia corresponde normalmente a los códigos adjetivos. Además, bajo la vigencia del CEC, que consagraba un sistema mixto predominantemente inquisitivo, el juez penal disponía de amplios poderes cautelares, sin que ello significara, a nuestro juicio, que estuviera facultado para

dictar, en sede de la cuestión penal, medidas de tipo civil relacionadas con la pretensión punitiva o con la eventual responsabilidad civil no deducida formalmente, no obstante la jurisprudencia contradictoria que en este sentido emanó de la extinta Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, en el tratamiento de la cautela para la cuestión civil, el CEC autorizaba plenamente la aplicación del CPC, tal como se desprendía del artículo 20 de dicho código. Con la entrada en vigencia del COPP que también contempla un sistema mixto, pero predominantemente acusatorio, al menos en lo formal, el tratamiento de las medidas cautelares no fue muy feliz. Por otro lado, este código eliminó la posibilidad de deducir la pretensión civil conjuntamente con la penal y prescindió inicialmente de toda posibilidad de aplicar supletoriamente el CPC en sede del juicio penal. Una suerte de celo extremo y de defensa de parcela parece haber determinado este cauce. Sin embargo, en la última reforma que data del año 2001, se introdujo una modificación en este sentido y se incorporó el artículo 551, según el cual las disposiciones del CPC relativas al aseguramiento de bienes muebles e inmuebles serán aplicadas en materia procesal penal. Esta disposición, como veremos luego, no es mucho lo que resuelve.

El proyecto que nos ocupa también aborda la cautela. Entendemos que los proyectistas están conscientes de las deficiencias y limitaciones del COPP que han visto la oportunidad de superarlas incorporando algunas disposiciones al respecto, que incidirían no sólo en la cuestión penal sino además en la responsabilidad civil derivada de delito durante la pendencia del juicio penal.

El artículo 96 establece que el juez, a solicitud de parte, podrá adoptar en cualquier estado y grado del proceso las **medidas precautelativas** o de coerción nominadas o innominadas, que fueren **necesarias para prevenir la continuidad de la actividad delictiva de las personas jurídicas y de los efectos de tal actividad**, sin perjuicio de dichas personas de hacer oposición en los términos del CPC.

El artículo 166 señala que **para garantizar la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios derivados de la perpetración**

del delito, previa solicitud de la **víctima o del Ministerio Público**, **el juez podrá acordar en cualquier etapa o grado del proceso las medidas preventivas que considere pertinentes según lo contemplado en el artículo 551 del COPP.** En el único aparte de este artículo se establece que estas medidas recaerán sobre los bienes propiedad del imputado o de sus interpuestas personas, al igual que sobre los bienes de terceros civilmente responsables y hasta por un monto que será fijado por el juez según criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad.

Por su lado el artículo 167 establece que **las medidas preventivas indicadas en el artículo 166 cuando sean acordadas por el Juez de Control en la fase preparatoria**, deberán serlo a solicitud motivada del **Ministerio Público o de la víctima querellante** siempre que concurran también las circunstancias a que se refieren los numerales 1 y 2 del artículo 250 del COPP en casos excepcionales de extrema necesidad y urgencia y sólo para los fines siguientes: 1) **Para garantizar la restitución** de la cosa o evitar el peligro de su transformación o enajenación; 2) **Para garantizar el pago del valor de la cosa** en caso de que ésta haya sido transformada, haya perecido o haya sido enajenada; 3) **Para evitar que la libre disponibilidad de una cosa que se relacione con el hecho punible, pueda agravar o prorrogar sus consecuencias o** facilitar la comisión de otros delitos, y finalmente 4) **Para garantizar el comiso** de los efectos provenientes de la perpetración del hecho punible. La última parte de este artículo establece que el imputado y el tercero afectado por la medida podrán hacer oposición y que ésta se tramitará de conformidad con las disposiciones del CPC para estas incidencias. Respecto de todo esto haremos algunos comentarios luego.

2. REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ANTEPROYECTO Y LA SISTEMÁTICA LEGAL VIGENTE

Hemos sostenido con la más calificada doctrina, que la noción de daño de la cual deriva la responsabilidad civil, es distinta de la noción de daño que abraza a todo hecho punible, aun cuando suelen tener puntos de contacto. Si bien el delito, siempre es un hecho típico dañoso, socialmente hablando, ya que su comisión comporta la violación de un bien

jurídico objetivamente tutelado en la norma penal o un atentado a dicho bien, que interesa al cuerpo social como un todo, no siempre deviene en un daño material o moral en la esfera de derechos e intereses subjetivos de una o varias personas. 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 una o varias personas susceptibles 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, apareja 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 y sus normas son de eminente orden público, tanto que su aplicación es de estricto monopolio estatal, monopolio que es, a su vez, jurisdiccional y procesal. La segunda, por el contrario, satisface fundamentalmente, intereses privados, aun cuando ello no siempre se logre privadamente sino a través del proceso y ejercitándose una función pública como es la jurisdiccional.

El CP vigente presenta dos disposiciones de importantes consecuencias procesales relacionadas o concernientes a la cuestión de la responsabilidad civil, como son el artículo 126 y el artículo 33 *ejusdem*.

Hemos afirmado con anterioridad, que **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, mediante demanda, la pretensión de restitución o reparación del daño.

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 expresa, la restitución, la reparación o la indemnización correspondientes. 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, 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, como antes lo apuntamos, 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 en su estricto valor social, 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 a que se contrae el aludido artículo 126 se refiere a la condenatoria en costas y a la indemnización de perjuicios, que como hemos visto *supra,* este último 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.

En consecuencia, bajo el régimen actual, 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. Más aún, la restitución propiamente dicha puede lograrse 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 a las posibilidades que le ofrece el ordenamiento jurídico.

El anteproyecto también trata esta materia y en gran medida no hace más que ratificar la sistemática vigente, con la salvedad, desde luego, que deviene de la distinción que hace respecto del contenido de la responsabilidad civil, conforme al cual excluye la restitución y establece que no se considerará como reparación sino como restitución el pago del valor equivalente de la cosa. Sin embargo, creemos conveniente hacer algunos comentarios al respecto. El artículo 164 establece como consecuencias civiles de la sentencia penal condenatoria las siguientes: 1) La condena al pago de las costas; 2) la condena de restituir a la víctima la cosa, si fuere posible, o en su defecto a pagar su valor cuando la cosa hubiere perecido, estuviere deteriorada o se hubiere hecho irreivindicable, con la debida indexación.

Este dispositivo, no menoscaba, en nuestro criterio, la posibilidad de obtener la restitución anticipada de la cosa, según se indicó *supra*. Sin embargo, sería conveniente añadirle, para mayor precisión, que la sentencia condenatoria ordenará la restitución o el pago del valor sin perjuicio de que la víctima pueda obtener la restitución de la cosa durante la pendencia del juicio, con arreglo a lo dispuesto en el COPP. Demos añadir además, en obsequio de la propuesta contenida en el proyecto, que nos parece muy acertado que se disponga imperativamente la indexación, ya que esta figura no busca más que restablecer el equilibrio económico vulnerado con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Comentario aparte debemos hacer del último párrafo de este artículo 164 y su relación con el artículo 165, ya que la redacción de ambos podría dar lugar a equívocos no deseados. Dispone el primero que **en caso de que la víctima demande civilmente** podrá **adicionalmente** exigir **también** la reparación de **todos** los daños y la indemnización de perjuicios a que haya lugar. El segundo señala que **la acción civil contra persona distinta a la que cometió el hecho, se ejercerá en juicio separado** con intervención de ambas partes. Ambos preceptos podrían sugerir, erradamente, que durante la pendencia del juicio penal es posible deducir **contra el imputado** la pretensión civil,

que resuelta en el mérito conjuntamente con la pretensión punitiva permita lograr la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, adicionales a la restitución.

Qué otra interpretación podría sugerir el contenido del artículo 165 cuando pauta, que si la pretensión se hace valer contra otra persona, desde luego distinta al imputado pero responsable civilmente por el hecho dañoso, se tramitará en juicio separado. Esta solución no es precisamente la que pauta el COPP, que niega de plano, como lo hemos dicho, toda posibilidad de acumular ambas pretensiones para que tramitadas en un mismo proceso sean resueltas por la sentencia de mérito. Por lo tanto, creemos que los proyectistas deben afinar la redacción de estos dispositivos y si su propósito es dejar abierta la posibilidad de acumular en el juicio penal todo lo relacionado con la pretensión civil, tal como sucedía bajo la vigencia del CEC y sucede con la actual LCC (*vide* Art. 88), expresarlo de manera clara. Además consideramos innecesario que se reafirme, como lo hace el artículo 165, que el juicio de que se trate se haga con la intervención de ambas partes, ya que como posibilidad no existe juicio sin que existan dos partes contrapuestas. La efectiva intervención de ellas depende de la satisfacción de sus cargas. Por eso el legislador es normalmente severo ante la contumacia.

El artículo 33 del CP vigente es sustituido en el proyecto por los artículos 88, 89 y 90. Conforme al artículo 88 se sustituye el **decomiso** por el **comiso** de los objetos activos y pasivos del delito, pero a diferencia del artículo 33 del CP que guarda silencio sobre el destino de los bienes pertenecientes a terceros de buena fe, que en nuestro criterio ya señalado deben restituirse, deja a salvo dichos bienes, al consagrar que "...los unos y los otros serán declarados **comisados** por la sentencia definitiva, **salvo que pertenezcan a un terceros de buena fe** no responsable del delito y que los haya adquirido legalmente". Esta propuesta la consideramos acertada, pero insuficiente, ya que si los bienes de terceros no deben ser objeto de comiso, imponiéndose su restitución, con mayor razón tampoco deben ser objeto de comiso los bienes de las víctimas, aun cuando participaren de la categoría de objetos activos o pasivos del delito. Se impone entonces ampliar la redacción e incluir a las víctimas.

Para puntualizar debemos señalar entonces que en la actualidad el legislador circunscribe los alcances de la responsabilidad civil derivada de delito a 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 o en su defecto la reparación. Sin embargo, esta última afirmación 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. Incluso, cuando la sentencia penal condenatoria omite pronunciarse sobre la restitución de la cosa o el pago de su valor, el juez puede de oficio o a solicitud de la víctima o del fiscal del Ministerio Público suplir la omisión en cuestión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 176 del COPP.

Las diversas vías que en la actualidad ofrece el ordenamiento jurídico para exigir la responsabilidad civil derivada de delito son las siguientes:

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.

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 al 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.

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.

El anteproyecto no modifica ni altera, en nuestro criterio, la viabilidad concurrente, a elección del demandante, por lo menos en las tres primeras hipótesis, de los mecanismos antes señalados. No obstante, llamamos nuevamente la atención respecto de la interpretación a la que podrían conducir los artículos 164, último párrafo, y el artículo 165, ya comentados. Además, queremos destacar ahora que nos parece sumamente inconveniente lo dispuesto en el último párrafo del artículo 97, que se refiere a los delitos en los que aparecen como responsables las personas jurídicas y conforme al cual "**la acción civil derivada del delito será ejercida en los términos contemplados en este código y en el Código Orgánico procesal Penal**". Conforme a esta redacción pareciera que los proyectistas quisieron limitar, en estos casos, las vías para hacer posible la responsabilidad civil, circunscribiéndose al COPP. Si ésta es la intención de los proyectistas, consideramos que no es conveniente, ya que el acceso a la jurisdicción debe estar desprovisto de limitaciones y obstáculos indebidos conforme a la garantía contenida en el artículo 26 de la CRBV. Si no es así, sería pertinente suprimir este párrafo.

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ANTEPROYECTO Y LA SISTEMÁTICA ACTUAL EN RELACIÓN CON LOS BIENES ACTIVOS Y PASIVOS DEL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El COPP, es francamente deficiente en la regulación de las medidas cautelares que tienen por objeto el aseguramiento de los objetos activos y pasivos del delito (Art. 283). Tampoco es diáfano en cuanto a la procedencia o no de las medidas cautelares de naturaleza civil, tanto en la cuestión penal como en aquello que se refiere a la responsabilidad civil durante la pendencia del proceso penal (*vide* Art. 551).

Por su lado, la CRBV, nos presenta, en estas materias, tres importantes artículos que necesariamente debemos considerar. A saber: el artículo 30, que además de consagrar la obligación del Estado de indemnizar a las víctimas de delitos contra los derechos humanos, en los casos que le sean imputables, estipula como regla general de protección a las víctimas de delitos comunes, el deber del Estado de procurar que los culpables reparen los daños causados. El artículo 271, que regula la facultad de los jueces, en materia de crímenes contra los derechos humanos, de tráfico de estupefacientes o delitos contra el patrimonio público, de dictar medidas cautelares civiles para garantizar la realización material de eventuales responsabilidades de esta naturaleza. Finalmente, el artículo 285, ordinal tercero, que se refiere al aseguramiento de los objetos activos y pasivos del delito por parte del Ministerio Público.

En nuestra opinión, si lo esperado en el juicio penal es la imposición de una pena de naturaleza corporal, que a su vez podría aparejar consecuencias patrimoniales como penas accesorias e incluso la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito, sin duda que se justifica el que el imputado pueda ser privado de la posesión de ciertos bienes, de suerte que la posibilidad de ejecutar la sentencia en toda su extensión no se haga ilusoria. Sin embargo, no debe perderse de vista que para la adopción de tales medidas debe tenerse por norte la observancia de las garantías constitucionales y sobre todo la que postula la presunción de inocencia.

El COPP, en consonancia con la CRBV, propugna la protección de la víctima y establece en el artículo 118 que la protección y reparación del daño causado a la víctima del delito son objetivos del proceso penal.

Conforme a la normativa antes referida, en nuestro criterio, los jueces no están facultados para dictar libremente medidas cautelares que puedan afectar bienes del imputado, distintos a los comprendidos en los objetos activos y pasivos del delito, y menos para asegurar la efectiva satisfacción de una eventual responsabilidad civil. Desde luego que tampoco tiene tal facultad el Ministerio Público.

Por lo tanto, en nuestra opinión, los alcances del novísimo artículo 551 del COPP, que consagra la aplicación en materia procesal penal de las disposiciones del CPC relativas a las medidas preventivas relacionadas con el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles, están limitados a los procesos especiales en los que el juez está facultado para dictar medidas cautelares dirigidas a garantizar la eventual responsabilidad civil, actualmente previstos en el artículo 271 constitucional. Fuera de estos casos, si la víctima aspira asegurar por vía de medidas cautelares civiles, una satisfacción mayor o distinta a la que obtendría con ocasión de la restitución o reparación del daño sufrido, debe hacer valer la pretensión civil correspondiente según la sistemática ya referida.

Superando las limitaciones antes destacadas, el anteproyecto nos presenta los artículos 96, 166 y 167, antes referidos, que sin dudas ofrecen acertadamente un amplísimo poder cautelar al juez penal, no sólo en lo que a la cuestión penal concierne, sino además en lo atinente a la responsabilidad civil derivada del delito. Sin embargo, consideramos pertinente hacer algunas observaciones en aras de fortalecer la propuesta.

Lo primero respecto de lo cual queremos llamar la atención es sobre el artículo 96. Como puede apreciarse, la facultad cautelar aquí consagrada, atiende a la posibilidad de acordar medidas cautelares típicamente civiles, nominadas e innominadas, pero no para hacer efectiva la responsabilidad civil, sino para atender la cuestión penal. Estas medidas se limitan exclusivamente a los casos en los cuales la actividad delictiva se le imputa a una persona jurídica dejando por fuera a las personas natu-

rales, como si éstas no fueran capaces de ejecutar o hacer que se ejecuten las mismas actividades que podrían llevar a cabo las personas jurídicas relacionadas con la continuación de la actividad delictiva y los efectos de tal actividad. Por lo tanto, consideramos conveniente separar esta disposición del capítulo que se refiere a las personas jurídicas y colocarla dentro de las disposiciones generales, incluyéndole además a las personas naturales.

En cuanto a los artículos 166 y 167, estimamos pertinente las siguientes observaciones. En primer lugar, si bien el artículo 166 se abre obsequioso para la **víctima,** a los fines de que ésta pueda obtener medidas cautelares a su favor para asegurar la satisfacción de la responsabilidad civil, el artículo 167, sin embargo, limita esta posibilidad a favor de la **víctima querellante.** Esta discriminación nos parece inconveniente y estimamos que debe desaparecer, dándole paso a la víctima, sea o no querellante. Además, nos parece que los numerales 3 y 4 del artículo 167 deben eliminarse y fundirse en la disposición contenida en el artículo 96, con las observaciones y recomendaciones ya formuladas para éste, ya que los cometidos de estos numerales son ajenos a la satisfacción de la responsabilidad civil, que es a lo que se contrae la norma rectora (artículo 166) y el título mismo en el que se insertan estas normas, referido a la responsabilidad civil.

4. LOS ACUERDOS REPARATORIOS Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL. PROPUESTA DEL ANTEPROYECTO

Finalmente, vale la pena que hagamos unos breves comentarios acerca de los **acuerdos reparatorios** (justicia penal consensuada). Hemos sostenido en otra oportunidad, que los acuerdos reparatorios (su cumplimiento) como mecanismos de autocomposición procesal que son (artículos 40 y 41 del COPP), acarrean la extinción de la acción penal (*rectius*: pretensión punitiva), no existiendo claridad acerca de si necesariamente aparejan la extinción de la acción civil (pretensión civil), ello independientemente de que su objeto sea, aunque no necesariamente, una prestación pecuniaria. *Prima facie* consideramos que no. Para ello es preciso, en nuestro criterio, que el acuerdo 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, ultima 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 para 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 contrario al orden público.

Los acuerdos no implican la imposición de pena alguna y su razón de ser descansa en la necesidad de descongestionar **el servicio de 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, son susceptibles de encuadrar en los supuestos del hecho ilícito, no cabe duda, a nuestro entender, **que podría deducirse la pretensión** civil correspondiente en sede de los tribunales civiles ordinarios.

Por lo demás, 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 presu-

me 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.

El anteproyecto, buscando superar estas limitaciones propone, sin más, en el último párrafo del artículo 148, que el cumplimiento del acuerdo reparatorio, celebrado y aprobado según lo indicado en el COPP, extingue la acción civil derivada de delito. Esta regulación nos parece inconveniente e innecesaria, ya que tiende a desnaturalizar la naturaleza jurídica de la institución, dando la idea de que todo acuerdo reparatorio lleva consigo una indemnización o satisfacción de naturaleza patrimonial, cuando no es así. Lo apropiado, en nuestro criterio, sería establecer que el cumplimiento del acuerdo extingue la responsabilidad civil derivada de un hecho presuntamente punible si las partes así lo establecen expresamente. Debe además suprimirse la expresión "derivada de delito", ya que el acuerdo impide que exista pronunciamiento alguno que califique los hechos como punibles.

¿Reforma o nuevo Código Penal? Apuntes para un nuevo Código Penal

(Especial referencia al anteproyecto de reforma al Código Penal* elaborado por el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros)

Fernando M. FERNÁNDEZ**

SUMARIO:

Introducción

1. **El contexto.**
2. **El marco de referencias: 2.1** *El Estado constitucional.* **2.2** *El Estado democrático.* **2.3** *El Estado social:* **2.3.1** Penas a las personas jurídicas. **2.4** *El Estado de derecho y de justicia.*

---

* La referencia que haremos a este anteproyecto es una primera aproximación, debido al corto tiempo concedido por los editores, lo que impide la realización de un estudio exhaustivo y sistemático, que dejamos para otro momento.

** **Asamblea Nacional,** *Comisión Mixta para el Estudio del Código Penal, el COPP y el Código Orgánico de Justicia Militar,* Coordinador del Equipo Técnico.

3. Los crímenes internacionales.
4. El plan de trabajo de la comisión mixta.
5. Hacia un nuevo Código Penal democrático y constitucional.
6. El Código de Zanardelli.
7. Zanardelli, Joaquín Crespo y Juan Vicente Gómez.
8. Los proyectos de reforma penal.
9. ¿Codificación o compilación?
Conclusiones

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo[1] es efectuar algunos comentarios preliminares al anteproyecto de reforma general del Código Penal (de ahora en adelante "el anteproyecto") elaborado por el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros en enero pasado, publicado recientemente en la página web del Tribunal Supremo de Justicia y editado por el propio Tribunal Supremo a principios del año 2004 (*sine data*). El ejemplar que consultamos es el que nos obsequió gentilmente el Doctor José Luis Tamayo el 11 de febrero de 2004.

Participamos en este libro mediante estos breves comentarios preliminares porque también es nuestro propósito contribuir con el proceso de hacer un nuevo Código Penal en Venezuela y cambiar el paradigma jurídico vigente, que es una de las tareas encomendadas para el año 2004 a la Comisión Mixta[2] de la Asamblea Nacional para el Estudio de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal y Orgánico de Justicia Militar (de ahora en adelante "la Comisión Mixta"), presidida por los diputados Alberto Jordán Hernández, Nelson Ventura (Subcomisión del Código Penal), Luis Longart (Subcomisión del COPP) y Nelson Chacín (Subcomisión del Código Orgánico de Justicia Militar).

---

[1] Este trabajo, solicitado por la Fundación Gaceta Forense, recoge algunos comentarios realizados anteriormente en diversos artículos de opinión sobre el tema.

[2] La Comisión Mixta se designó por decisión unánime de la plenaria de la Asamblea Nacional para el estudio de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal y Orgánico de Justicia Militar. El régimen constitucional de las Comisiones Mixtas está previsto en el artículo 208 de la CRBV, en el que se establece que "...se designarán cuando los proyectos de ley que se estudian estén relacionados con varias Comisiones Permanentes".

Nuestro fin es elaborar un nuevo Código Penal y no hacer una reforma total o parcial del instrumento vigente, tal como han sido los proyectos anteriores y el que nos ocupa, a pesar de que algunos de ellos traían incorporadas innegables innovaciones.

En el nuevo Código Penal que promovemos en la Comisión Mixta se trata de realizar un cambio radical de paradigma que modifica en ciento ochenta grados la legislación penal sustantiva venezolana que se basa en nuevos bienes jurídicos[3] que deben ser tutelados de forma preponderante. Así las cosas, la humanidad y los derechos humanos de todos, empezando por el derecho a la vida, se deben convertir en los principales bienes jurídicos a tutelar, tal como se desprende de varios instrumentos internacionales, entre los que destaca lo relativo a los crímenes internacionales que tipifica el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (de ahora en adelante "el Estatuto") cuya implementación se ha empezado con la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (de ahora en adelante "la CRBV").

Como comentario adicional, es necesario acotar que una experiencia previa de cambio de paradigma y que la elaboración de un nuevo Código Penal debería ser su complemento, fue la que se realizó con el Código Orgánico Procesal Penal (de ahora en adelante "el COPP") que derogó totalmente al Código de Enjuiciamiento Criminal y el modelo jurídico que este instrumento poseía. Es decir, se dio un giro copernicano mediante el cual se cambió el sistema inquisitivo, escrito, secreto y monopolizado por letrados por el sistema acusatorio, oral y público, con participación ciudadana y plenas garantías procesales, según lo cual los nuevos bienes jurídicos tutelados predominantes son la libertad, la digni-

[3] "El derecho penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos. La preservación de la norma moral como tal no es misión del derecho penal". En: Roxin, Claus. *El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*. En: "Política criminal y reforma del derecho penal". Varios autores. Editorial Temis. Bogotá, 1982. p. 5. Como puede concluirse, el Código Penal vigente tiene contenidos esencialmente morales, que no tutelan bienes jurídicos, como es el caso de los "delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias", que son los referidos a las derechos sexuales, como deberían ser llamados. En tal sentido, como ha dicho la Doctora Sonia Sgambatti, el Código Penal vigente es androcéntrico, ya que discrimina negativamente al género femenino.

dad humana y la presunción de inocencia, en el marco de la protección integral de los derechos humanos. Igualmente, con la abolición de la Ley sobre Vagos y Maleantes, que fue la esencia del paradigma estatista, autoritario y liberal que ha dominado la política criminal venezolana desde fines del siglo XIX. El Código Penal de Zanardelli es el residuo de este modelo que más ha perdurado. La meta de la Comisión Mixta es cambiar esa situación.

Nuestro propósito es enfatizar en que, más que hacer una reforma del Código Penal y añadirle los delitos de las leyes descodificadas, y que mantenga, sin embargo, la estructura y características del modelo de Zanardelli, los esfuerzos de quienes se interesan en el tema deberían canalizarse alrededor de los que viene impulsando al Comisión Mixta en torno al cambio de paradigma que debe darse. No obstante, debemos reconocer que cualquier propuesta de cambio de la legislación penal, como hace el anteproyecto, no deja de interesarnos.

Además de nuestros breves comentarios, en este artículo destacamos los aspectos sustanciales sobre los cuales debe apoyarse el trabajo de hacer un nuevo Código Penal venezolano. Cambiar un paradigma jurídico no es sencillo, tal como se evidenció en nuestro país cuando se promulgó el COPP. Menos aún si se trata de un sistema tan sólido como el que se estableció en el Código de Zanardelli, el cual hasta ahora ha sido reformado parcialmente y se intenta mantener vigente por medio de una nueva reforma que mantenga su estructura y muchos de sus instituciones. Por eso creo necesario demostrar los aspectos que han hecho crisis, lo que servirá para apoyar la idea de una transformación de ciento ochenta grados.

1. EL CONTEXTO

Coincidimos con el anteproyecto en la intención de cambiar la legislación penal, debido a sus insuficiencias y contradicciones. Sin embargo, diferimos en cuanto al alcance, debido a que se trata de una reforma total, pero no un cambio de paradigma, tal como tenemos previsto en la Comisión Mixta.

Venezuela se encuentra envuelta en un círculo vicioso que parte de la inflación legislativa causada por la descodificación penal, la misma genera inseguridad jurídica, ésta ocasiona impunidad y, como consecuencia, se dictan nuevas normas penales que aumentan la inflación legislativa, bajo la premisa de que se necesitan mayores castigos. Y así sucesivamente. En medio de todo, se observa el afianzamiento de la arbitrariedad del Estado y sus funcionarios, de la anomia y el deterioro del Estado de Derecho.

Es un hecho notorio, que no requiere ser probado, que en Venezuela existe una gran impunidad de los delitos. Ello se debe a múltiples causas. Una de ellas, a la que nos hemos referido en oportunidades anteriores,[4] es la coexistencia de dos sistemas de normas penales que son contradictorios e incompatibles en varios aspectos:[5] por un lado, la obsolescencia de los delitos y algunas normas del Código Penal; y de otra parte, la exagerada inflación legislativa que impide saber con exactitud cuál es la norma aplicable en un caso concreto. Esa es parte del origen del drama: demasiadas normas penales y delitos, pero poca eficacia, lo que se traduce en impunidad. En doctrina se ha llamado a esta tendencia legislativa el derecho penal simbólico o fetichismo penal. Entre otras razones, la impunidad se origina por causa de la mala calidad y contradicciones de la legislación.[6]

El hecho de no saber con precisión cuáles conductas son delictivas, hace que mucha gente pueda incurrir en el error de prohibición. Allí es cuando cobra mayor relevancia el principio de legalidad penal: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura, sine lege necessaria, scripta, estricta, publica, certa et praevia*. Que quiere decir que no hay delito,

[4] Ver: Fernández, Fernando M.: *Crímenes, delitos y faltas vigentes en Venezuela*. LIVROSCA. Caracas, 2003.

[5] Se puede mencionar como evidencia de tal incompatibilidad el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, rechazado por el Código de Zanardelli, pero vigente en varias leyes penales especiales.

[6] Se atribuye a las mafias rusas la siguiente máxima: "lo único bueno de tantas leyes malas es que no se aplican". Ello denota la actitud cínica de quienes violan las leyes aprovechando la inconsistencia y errores legislativos.

tampoco pena ni medida de seguridad, si no existe una ley que sea necesaria, que esté escrita, que sea de cumplimiento estricto, pública, cierta, precisa e inequívoca y que sea previa a los hechos. Así, mediante la aplicación rigurosa del principio de legalidad, las víctimas pueden saber cuál es la naturaleza del hecho que han sufrido y, de otra parte, los potenciales victimarios pueden saber con anticipación qué es lo prohibido y cuáles son sus consecuencias. Esa es la esencia de una política criminal moderna y de la prevención del delito.

En conclusión, el anteproyecto no resuelve el drama de la exagerada punición dispersa en leyes diferentes, sino que compila esas normas en un solo texto, perpetuando su repetición y casuismo. La inflación legislativa de diversos instrumentos se ve reflejada en el enorme número de artículos del anteproyecto. De la misma manera, el Derecho Penal simbólico o fetichismo penal se patentiza en la exagerada penalización, aumento de sus montos y acumulación de diferentes modalidades de penas.

2. EL MARCO DE REFERENCIAS

En estos apuntes sostenemos que se debe hacer un nuevo Código Penal y no una reforma, aun cuando ésta lo sea de todos sus artículos, como lo que se plantea en el anteproyecto, porque es necesario desarrollar la CRBV de forma completa, según sus prioridades y normas programáticas. Así las cosas, se debe adaptar la legislación penal a las exigencias del Estado Constitucional, Democrático, Social de Derecho y de Justicia, dado que el actual Código Penal y la legislación descodificada corresponden a sistemas legales, valores e instituciones diferentes y, en algunos casos, antagónicos e inconstitucionales. En síntesis, el anteproyecto que comentamos no desarrolla suficientemente el desiderátum constitucional.

Dice así la CRBV:

> **Artículo 2.- Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia**, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, **la vida**, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, **la**

> **preeminencia de los derechos humanos**, la ética y el pluralismo político. (Negrillas nuestras).

La norma constitucional antes citada pone en evidencia la importancia que tienen los derechos humanos en un nuevo modelo de Estado: son preeminentes. Dentro de los mismos destaca la vida en lugar primordial y esencial, debido a que sin ella los demás bienes jurídicos son imposibles.

Sostenemos que la CRBV refirma y fortalece el carácter vitalista de nuestras diecinueve constituciones desde 1864, centradas en el mismo bien jurídico. Lo que denota un acento que corresponde con los desarrollos constitucionales de países como Alemania,[7] España, Colombia y varios otros de similar visión y adopción del Estado Social en la letra de sus constituciones, con énfasis en los derechos humanos.

En tal sentido, el tratamiento liberal que el anteproyecto asigna a la eutanasia y al aborto contradicen de forma evidente el derecho a la vida humana, considerado por la CRBV como el bien jurídico más importante, dentro del conjunto de derechos humanos que son predominantes frente al Estado. Por eso, el Estado y sus funcionarios no podrían aplicar la pena de muerte, ni tampoco podría el Estado autorizar a persona alguna a quitar la vida de otro, salvo las excepciones de las causas de justificación plenamente establecidas en cada caso.

2.1 *EL ESTADO CONSTITUCIONAL*

Se entiende por Estado constitucional el acento primordial que tiene la Constitución dentro del ordenamiento jurídico de un país. El principio de supremacía de la Constitución establece que esta es la ley de leyes, es

[7] Además de la norma constitucional de la República de Alemania, el Tribunal Constitucional ha generado una jurisprudencia notable acerca de cómo deben resolverse los conflictos de derechos en temas como el aborto y la eutanasia. En tal sentido, en la confrontación entre el derecho a la vida y el de libertad, debe prevalecer el de la vida, en consideración a que es el bien jurídico primordial en un Estado Social. Ver: Schwabe, Jürgen (Compilador): *Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.* Fundación Konrad Adenauer. Montevideo, 2003. p. 68 y ss.

decir, la superior entre todas, cúspide y fundamento del ordenamiento jurídico. En consecuencia, todas las persona y órganos del Poder Público están sujetos a sus normas.

Dice así su texto:

> Artículo 7 de la CRBV. **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. (Negrillas nuestras).

Esta disposición trata de la superación del Estado Legal de Derecho y el advenimiento del Estado Constitucional[8] de Derecho, según lo cual las leyes se supeditan a la Carta Magna de nuestro país. Así, la incolumidad de la Constitución es el pivote sobre el que se cimenta la seguridad jurídica.

Como un efecto de la noción de Estado Constitucional es de esperar que se armonice la legislación penal, sin contradecir en forma alguna los presupuestos y fundamentos de la CRBV. En tal sentido, proponer la adopción de la eutanasia en todas sus formas y que el aborto sea libre e indiscriminado es una ataque al principio vitalista y a la norma que afirma la preeminencia de los derechos humanos.

Allí se manifiesta, en primer lugar, el principio constitucional de preeminencia de los derechos humanos, y la vida en primer orden, alrededor de los cuales debe girar la actividad del Estado, dado su carácter preponderante, es decir, anteriores y superiores a éste. El principio de

[8] El Estado Constitucional de Derecho "... se caracteriza por el principio de constitucionalidad, es decir, por la primacía de la Constitución sobre la ley ... el Estado Constitucional de Derecho mantiene pues, el principio de legalidad pero subordina sus formas concretas de manifestarse al principio de constitucionalidad". García Pelayo, Manuel: *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional Español.* Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Costa Rica, 1988. p. 8.

universalidad de los derechos humanos que implica que todos tienen todos los derechos humanos, es la medida de lo que corresponde hacer y proteger al Estado.

Dice así la CRBV:

> **Artículo 2.-** Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, **que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político**. (Negrillas nuestras).

No queda duda del carácter preeminente de los derechos humanos. De su parte, el de la vida es el derecho primordial, sin el cual los demás derechos, que son sus pares, resultan de imposible ejercicio. Por eso, cada vez que se establezca un conflicto de derechos, es necesario privilegiar el de la vida, que es primo entre iguales. En consecuencia, el único derecho que puede ser argumentado para justificar el sacrificio de una vida, de forma excepcionalísima, es el equivalente, es decir, el de la vida de otra persona. Dentro de ello, sólo cuando peligra la vida de la madre por gravísimos quebrantos evidentes de su salud, podría justificarse la interrupción de un embarazo.

Sobre la eutanasia, la situación es más contundente, tanto así que en varios Códigos Penales donde existe Estado Social en la Constitución respectiva (Alemania, Colombia y España, entre otros) se llama homicidio piadoso, y es punible aun cuando de forma atenuada, a la conducta de matar por piedad. En consecuencia, no es permitida forma alguna de "suicidio asistido", eufemismo de un delito, según esos instrumentos.

La CRBV, al adoptar la doctrina de la preeminencia de los derechos humanos y hacerla norma de derecho positivo, ha generado un cambio jurídico trascendental en Venezuela que deberá desarrollar todo proyecto de legislación. Así las cosas, dado que todos tenemos todos los derechos, cuando surjan tensiones o conflictos de derechos, estos pro-

blemas deben resolverse mediante la fórmula de la progresividad, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos que establece la CRBV, que dice así:

> Artículo 19 de la CRBV. **El Estado garantizará a toda *persona,* conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos**. ***Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público*** de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen (Negrillas y cursivas nuestras).

Uno de los argumentos de quienes promueven el aborto libre es que el embrión y el feto no son personas, por lo que no tiene la misma protección legal de quienes han nacido.[9] El Diccionario de la Real Academia Española define la palabra persona: "Del lat. *persôna*, máscara de actor, personaje teatral, este del etrusco *phersu*, y este del gr. ðñó ó ù ð ï í". **1.** f. Individuo de la especie humana ... **6.** f. *Der.* Sujeto de derecho ... ~ **física. .** f. *Der.* Individuo de la especie humana ...". En otras palabras, si el embrión o feto son individuos de la especie humana, en consecuencia, también son sujetos de derecho.

De otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, vigente en Venezuela mediante la correspondiente Ley Aprobatoria y que es el cuerpo normativo donde se define los derechos de la persona humana en el ámbito del continente americano, en términos legales, dice que el derecho a la vida se debe respetar a partir del momento de la concepción, en los siguientes términos:

[9] Hay que recordar que ese argumento también fue usado durante el nazismo cuando se pensaba que los judíos no eran personas. En general, es lo que se dice cada vez que hay conflictos étnicos y masacres, como la ocurrida entre los Tutsis y Hutus en el conflicto ocurrido en Ruanda, Burundi y Congo, en África.

CAPÍTULO II
DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 3.- Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 4.- Derecho a la Vida

1. **Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.** Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente ... (Negrillas nuestras).

De la misma manera, la CRBV repite y fortalece el tradicional acento vitalista que han tenido los textos constitucionales desde la Constitución de 1864 y el Decreto de garantías de 1863, en los que se estableció por vez primera en un texto constitucional la norma inconmovible del derecho a la vida y abolición absoluta de la pena de muerte. Lo que se ha mantenido incólume en los 20 textos constitucionales que ha tenido Venezuela desde entonces.

En tal sentido, la CRBV le asigna al Estado venezolano asegurar el derecho a la vida, con un acento general, que la fortalece desde su inicio y no solamente limitada a su consagración frente a la pena de muerte, como sesgada y erróneamente se ha creído.

Dice así el Preámbulo de la CRBV:

> ... **en un Estado** de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; **asegure el derecho a la vida**, al trabajo, a la cultura, a la educación,

> a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, **la garantía universal e indivisible de los derechos humanos**, ... (Negrillas y puntos suspensivos nuestros).

En conclusión, el paradigma vitalista de la CRBV se denota, además de lo dicho en el Preámbulo, en los artículos 2, 3 y 43 y en todo el Título III dedicado a los derechos humanos y sus garantías, así como a los deberes. En consecuencia, el anteproyecto no puede apartarse de estas normas y principios constitucionales.

Otra conclusión, tal como hemos comentado, es que la propuesta del anteproyecto de permitir libremente la eutanasia y el aborto es evidentemente inconstitucional y violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos. Adicionalmente, contradice la tradición jurídica vitalista que ha existido en Venezuela desde el siglo XIX en beneficio de la vida y de prohibición de la pena de muerte, la que, por cierto, se ha venido imponiendo en el mundo entero,[10] gracias al ejemplo pionero de Venezuela, entre otros aportes significativos de muchos países, naturalmente. En consecuencia, admitir la eutanasia y el aborto libres sería un retroceso jurídico, histórico y conceptual incompatible con las normas constitucionales y los avances que se viene dando en el mundo en favor de la vida y en contra de lo que le amenaza.[11]

2.2 *EL ESTADO DEMOCRÁTICO*

La noción llamada Estado Democrático, cuya configuración adopta la CRBV no es más que la base de creación de una república (*res publica:*

[10] Europa entera acaba de abolir la pena de muerte. En América es ilegal reimplantarla y se avanza hacia la abolición total. Varios países musulmanes y asiáticos han firmado el Estatuto de Roma y ha avanzado mucho el Tratado de la ONU para abolirla en todo el planeta.

[11] Aun cuando parezca una paradoja debido al incremento armamentista, desde la Segunda Guerra Mundial hasta el presente, la tasa de muertes se ha reducido por conflictos internacionales, según el PNUD (*Informe sobre Desarrollo Humano 2002*. p. 2).

cosa pública, cosa del pueblo) en la que el pueblo y la ciudadanía se hacen relevantes y soberanos. En el campo del Derecho Procesal Penal se implanta el principio democrático mediante la institución del juez natural, diferente a la del juez legal profesional o letrado, quien es el igual al hombre natural. El juez natural es el garante de los derechos naturales. Se trata, en nuestro medio, de la instauración de los tribunales mixtos, constituidos con el juez profesional (legal) y los jueces escabinos (jueces naturales del hombre natural). Asimismo, la oralidad y publicidad de los juicios es parte de la nota democrática de la justicia penal.

El anteproyecto, al igual que el modelo de Zanardelli desarrollado en el actual Código Penal vigente, reafirma el valor predominante del Estado y sus funcionarios como sujetos jurídicos preeminentes que deben ser tutelados, en detrimento de las personas. De tal forma que los llamados delitos de desacato, el vilipendio y el ultraje fundamentalmente, no sólo son mantenidos, sino que se refuerzan mediante la triplicación de las penas. Además, no prevé la contrapartida, debido a que no establece sanción penal alguna para el supuesto en que fuese la autoridad quien hiciere la ofensa a una persona natural o jurídica privada. Es evidente la discriminación y desigualdad totalmente antidemocrática, en detrimento de los ciudadanos, pero consistente con una visión autoritaria y monárquica.

Asimismo, la noción del Estado Democrático deviene en la concepción de un Código hecho para los ciudadanos de una república moderna y participativa, en la que se abandone la visión de súbditos, vasallos o plebe de una monarquía que tiene el Código de Zanardelli, evidenciada en la forma en que se tutela al Estado y sus funcionarios, en abierta contradicción con la desprotección de las personas, cuando son abusadas por ellos.

En conclusión, el anteproyecto carece de la noción de Estado Democrático que tiene la CRBV. Por el contrario, mantiene y profundiza la discriminación odiosa que privilegia a los funcionarios y organismos públicos en ciertos delitos, en menoscabo de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

2.3 *EL ESTADO SOCIAL*

La noción de Estado Social es la superación del liberalismo,[12] el fascismo, el nazismo y el comunismo, es decir, de cualquier forma de totalitarismo estatal o autocrático, para los que la vida es un bien disponible. Se trata de una síntesis no contradictoria de los más importantes valores políticos, con acento en la persona humana, pero en el contexto de lo social.

Así, la llamada procura existencial[13] es el establecimiento de condiciones por parte del Estado que permita, por un lado, la plena realización de los seres humanos y la satisfacción de sus necesidades, sin que sea carga del Estado. Con ello se superaría la menesterosidad social que produce un Estado que ahoga a los ciudadanos o que, por el contrario, lo abandona a su suerte.

El campo penal es una de las zonas temáticas donde mejor se puede evaluar si existe o no un Estado Social, mediante la observación de si se evita o no la menesterosidad de las personas, especialmente, de los justiciables. A juzgar por las lamentables evidencias de un sistema penal cruel, corrupto, ineficiente e injusto, como el venezolano, la noción de Estado Social tiene que ser llevada a la realidad y corregir de raíz las enormes y trágicas consecuencias ocasionadas en quienes han padecido los rigores de la justicia penal, muchos de los cuales salen envilecidos o resentidos de las cárceles. Un nuevo Código Penal debe tener previsiones adecuadas de sustitución de penas que evite la menesterosidad social desde la raíz.

Por eso se hace necesario desarrollar el dispositivo del artículo 272 constitucional en el que se establece como propósito del sistema penitencia-

[12] Una de las premisas del anteproyecto sobre el aborto se basa en ideas liberales. Es famoso el texto de Locke sobre el gobierno, en el que defiende la pena de muerte y la esclavitud: de su obra se desprende el privilegio a la libertad sobre el derecho a la vida y el derecho de propiedad sobre la libertad.

[13] Según los autores que han estudiado el Estado Social la procura existencial contiene la serie de actividades y funciones ejercidas por el Estado que permitan la plena realización de las potencialidades de las personas, mediante la satisfacción de sus necesidades elementales, entre otras condiciones.

rio venezolano la reeducación y resocialización de los penados. Es evidente que el espíritu del anteproyecto es, fundamentalmente, retributivo. Sin embargo, trae algunas normas muy modernas relativas a formas de cumplimiento de penas.

El anteproyecto, en su afán punitivo establece un modelo de derecho penal máximo que obliga, por un lado, a aumentar significativamente las penas y, de otra parte, a imponer penas acumulativas por un solo hecho. En tal sentido, en el artículo 7 se establece que las multas se acumularán a las penas "corporales" e indemnizatoria a la víctima para todos los delitos. Con ello se confunde de forma muy novedosa, pero extraña, la pena de multa a ser pagada directamente a la víctima sumada a la pena privativa de la libertad, que el Anteproyecto sigue llamando "corporal", manteniendo así la estigmatizante pena aflictiva que erróneamente todavía denomina así el Código Penal vigente.

En la Comisión Mixta y por sugerencia realizada por mi persona desde que se constituyó dicha instancia, se ha adoptado un anteproyecto de Ley de Protección e Indemnización a las víctimas, elaborado por nuestro consultor, el Doctor Alejandro Chirimelli. Allí se recoge la idea de crear un Fondo de Indemnización a las Víctimas, tal como se viene haciendo en España[14] y el resto de Europa desde hace tiempo y, además, se prevé en el Estatuto de Roma para las víctimas de crímenes internacionales, pero, en nuestro caso adaptado a las realidades del país, obviamente. Es muy satisfactorio observar que el anteproyecto refleja esta idea también, por lo que nos alegramos por la coincidencia.

De la misma manera debemos celebrar que se intente desarrollar el artículo 30 de la CRBV y el 23 del COPP y demás artículos en los que se fortalece a las víctimas de delitos y de abusos de los derechos humanos.[15]

---

[14] *Legislación sobre Víctimas de Delitos.* Editorial Tecnos. Madrid, 2000.

[15] Como asesor *ad honorem* de la Asamblea Nacional Constituyente sugerí la inclusión del último párrafo del artículo 30 constitucional. Durante la asesoría que he venido haciendo a la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional me correspondió el honor de ser el ponente del artículo 23 del COPP y demás artículos sobre los derechos de la víctima que fueron incorporados en la reforma del año 2001.

2.3.1 *Penas a las personas jurídicas*

Sin duda, el tratamiento que da el anteproyecto al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es uno de los más preocupantes, debido a que asume como premisa que ellas serán punidas en cualquier conducta delictiva cuando sus administradores o representantes cometan algún delito en su interés preferente. El catálogo de penas va desde la multa hasta el cierre, inhabilitación, disolución, intervención, etcétera.

Es evidente que el anteproyecto recoge lo que parcialmente establecen algunas leyes nacionales que contradicen al Código Penal y la influencia de los Códigos Penales de Francia y España. Sin embargo, olvida el anteproyecto que tales hechos se aplican a supuestos limitados y no a todos los delitos. Lo más impresionante y osado del anteproyecto es que según el tipo penal de la difamación, las ONG's, fundaciones o una empresa editorial, televisiva, medios de comunicación o, incluso, cualquier empresa que compita con otra podría ser penada, según el catálogo antes descrito. Ello revela un sesgo evidentemente adverso al derecho de asociación y contrario al espíritu de conformar una sociedad civil participativa y protagonista que debe caracterizar y proteger un Estado Social.

De otra parte, la evolución de derecho penal internacional y del derecho comparado pone en evidencia que cualquier desarrollo, por razones de política criminal, que tenga el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ser limitado. En el caso de la Convención de Palermo sobre Delincuencia Transnacional Internacional se restringe a las organizaciones ilícitas tipo mafia y sus instituciones de fachada o relacionadas. En el caso de la Convención de la ONU contra la Corrupción, se limita a esas conductas típicas, exclusivamente. Lo grave de lo que trae el anteproyecto, además de la discusión dogmática que puede darse en aceptación o rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es su extensión indiscriminada a cualquier tipo de delito y para todos los casos posibles, lo que parece desproporcionado e injusto, sobre todo si se considera que el Estado y las instituciones de derecho público quedarían exceptuadas de responsabilidad penal. Ello confirma nuestra aseveración acerca del carácter estatista y autoritario del anteproyecto.

2.4 *EL ESTADO DE DERECHO Y DE JUSTICIA*

Las nociones de Derecho y Justicia han sido vistas en algunos casos como si fuesen antagónicas, debido a la práctica extendida del formalismo legal y las torceduras que se hacen de las leyes, así como la adopción de leyes injustas, erróneas y en demasía. En la nueva concepción constitucional venezolana se trata de una visión unitaria de ambos conceptos, tal como se había entendido desde tiempos de los griegos y el derecho romano.

El derecho (*directum*) es lo recto, lo contrario a lo torcido. Seguir el derecho es el medio de conseguir la justicia. El principio de legalidad penal[16] (*nullum crimen, nulla poena, nulla mensura, sine lege necessaria, scripta, estricta, publica certa et praevia*) es la base del restablecimiento de la justicia mediante la aplicación de la sanción correspondiente, que debe ser una pena justa establecida en una ley previa, cierta, escrita, estricta y pública. El medio para lograrlo es el debido proceso, garantía de un juicio justo. El efecto es que no se molestará a los inocentes erróneamente y que los culpables serán condenados de forma justa. Eso lo reconocerán las víctimas.

La noción del Estado de Derecho implica la plena separación de los poderes públicos, mediante lo cual se logran buenas leyes establecidas por un Poder Legislativo autónomo, la administración de justicia ejercida por jueces imparciales e independientes y la ejecución de las leyes efectuada por un Poder Ejecutivo eficiente, transparente y moderno, al que toca ejercer la potestad de policía. Asimismo, el Estado de Derecho se fortalece en la medida que exista un Ministerio Público autónomo y objetivo que investigue eficazmente los delitos y, de la misma manera, una supervisión permanente del funcionamiento del Estado y de la garantía de los derechos humanos en manos de lo que se ha llamado el Ombudsman o Defensoría del Pueblo.

[16] Ferrajoli entiende los diez axiomas del garantismo penal como una interrelación entre las garantías penales sustantivas y las procesales y entre la mera legalidad y la estricta legalidad. Ver: Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón.* Editorial Trotta. 1995. pp. 93 y ss.

El Estado de Justicia se caracteriza, entre otros factores, por leyes penales justas, necesarias, bien escritas, eficaces, con penas proporcionadas al hecho ilícito tipificado y que sean acatadas por la sociedad en su conjunto. Eso quiere decir, que no sean draconianas, innecesarias, difíciles de entender o confusas, meramente simbólicas o de imposible cumplimiento.

En al caso del anteproyecto, es notorio que no se establecen penas justas y se otorga a los jueces penales grandes facultades: tal como indica el mismo, se aplicarán penas varias ("corporal", multas, e indemnización a las víctimas) a un sujeto por un solo hecho. Si se trata de una persona jurídica (Arts. 94 y ss.), las penas son peores (disolución, cierre de establecimiento, clausura, suspensión de actividades, etcétera). En tal sentido, los poderes de punir y las facultades cautelares que se atribuyen a un juez penal venezolano, son tantos y tan draconianos que los hace seres superpoderosos, lo que habría que analizar a la luz del sano equilibrio entre poderes y su relación con los ciudadanos. Si a lo anterior le agregamos que son provisorios en un 80% ó 90%, la preocupación es mayor. Ningún juez del mundo está a salvo de cometer un error judicial, por lo que sus funciones no pueden ser desproporcionadas.

En conclusión, la clásica concepción de la recta justicia alcanza su mejor expresión con la noción constitucional del Estado de Derecho y de Justicia. El anteproyecto es desmesurado al otorgar poderes punitivos y cautelares demasiado grandes a los jueces penales en temas tan delicados como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que podría afectar a las empresas, ONG's, fundaciones y cualquier forma de asociación privada lícita.

3. LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

Otro tema que aborda el anteproyecto es el de los crímenes internacionales, lo que debería ser saludado, a no ser porque lo hace sin cumplir con los estándares internacionales ni se corresponde con las normas del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El principal error del anteproyecto es el de tipificar los crímenes internacionales sin tomar en consideración los principios penales previstos en el Estatuto, sin los que la tipificación sería ineficaz y podría conducir a la impunidad. Es cierto que el anteproyecto remite a la Constitución, pero es que ella acepta el Estatuto, pero no lo desarrolla. Lo que sí debería hacer un nuevo Código Penal.

Otro problema que trae el anteproyecto es que incluye los crímenes de guerra en el Código Penal, los que, en nuestro concepto deberían ser tipificados en el Código Orgánico de Justicia Militar, por ser hechos típicamente militares.

De la misma forma, el anteproyecto incluye el terrorismo y el tráfico de drogas como crímenes de lesa humanidad, lo que es incorrecto conceptualmente, debido a que la fuente originaria de la tipificación que es el Estatuto de Roma elaborado por la ONU los excluyó deliberadamente y ha creado otros instrumentos distintos para su tratamiento. La importancia de este punto es que los verdaderos crímenes internacionales son de competencia material de la Corte Penal Internacional y otros delitos de trascendencia internacional, como son el terrorismo y el tráfico de drogas no lo serán. Al menos mientras no se reforme el Estatuto.

Otro error que comete el anteproyecto es considerar al genocidio como un crimen de lesa humanidad. En efecto, el Estatuto de Roma los ha separado de forma deliberada. Se considera el genocidio como el peor de todos los crímenes internacionales.

La razón de guardar fidelidad, que no copiar textualmente, respecto del Estatuto de Roma tiene que ver con la seguridad jurídica, debido a que la Corte Penal Internacional tiene plena jurisdicción sobre los venezolanos. En consecuencia, el desarrollo legislativo que haga Venezuela debe ser correspondiente, ni más ni menos, a lo que sea aplicable en La Haya. Cualquier inconsecuencia del Código Penal con el Estatuto puede perjudicar a los venezolanos que sean enjuiciados por tales hechos o a las víctimas, según sea el caso.

4. EL PLAN DE TRABAJO DE LA COMISIÓN MIXTA

Tal como hemos afirmado al principio, la Comisión Mixta cambiará el modelo establecido en el Código de Zanardelli por un sistema penal basado en las previsiones de la CRBV, que garantiza la preeminencia de los derechos humanos en el contexto del Estado Constitucional, Democrático, Social, de Derecho y de Justicia. Ese es el marco de la política criminal que debemos asumir.

Luego de trazar un plan de trabajo y dividirnos en grupos especializados, en marzo de 2002 la Comisión Mixta aprobó un documento llamado *Hacia un nuevo Código Penal*[17] en el que se establecieron los lineamientos que deben desarrollarse en la elaboración del nuevo Código Penal, según el paradigma jurídico que se basa en la preeminencia de los derechos humanos trazado en la CRBV, los tratados internacionales en materia penal, como es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la Convención de Palermo contra la Delincuencia Transnacional Organizada y sus Protocolos, así como la reciente Convención contra la Corrupción, entre otros; además de los relativos a los Derechos Humanos, obviamente. Los avances del derecho comparado, naturalmente, sirven de base para incorporar nuevas formas jurídicas modernizantes, en lo que sea posible, conforme a las realidades nacionales evitando copias que luego resultan inconvenientes e inaplicables. Tampoco se debe ir contra la corriente internacional, expresada en los Tratados aprobados por Venezuela.

Dicho documento ha sido enviado a unas 200 instituciones académicas, gremiales y administrativas, además de contar con los comentarios y aportes de destacadas personalidades nacionales e internacionales. Entre las últimas figura Santiago Mir Puig, ilustre catedrático de la Universidad de Barcelona, España.

[17] El documento *Hacia un nuevo Código Penal* fue elaborado por Elsie Rosales y Fernando M. Fernández, por delegación de los demás miembros del Equipo Técnico, quienes hicieron constantes sugerencias hasta que fue aprobado por todos.

Ya se cuenta con una versión de la Parte General del nuevo Código Penal, redactado por los Doctores Carlos Simón Bello, Jesús Rincón Rincón, Beltrán Haddad, José Soilán, Juan Carlos Ferré (Universidad de Salamanca) y otros distinguidos académicos. El mismo se encuentra en consulta y revisión. Igualmente, contamos con un proyecto de Ley de Protección a las Víctimas en el que se recoge la idea proveniente del Estatuto de Roma de crear un fondo económico de indemnización. El mismo ha sido elaborado por Alejandro Chirimelli y se encuentra bajo análisis.

Varias escuelas de Derecho de diferentes universidades nacionales, Colegios de Abogados, centros de estudios jurídicos privados y públicos, ONG's nacionales e internacionales, así como estudiosos, nos han enviado comentarios, críticas y sugerencias, las cuales se estudian con detenimiento. Asimismo, se han realizado decenas de foros a lo largo de todo el país acerca de estas propuestas, con participación de nuestros asesores. Durante el año 2004 se continuarán realizando distintos eventos de divulgación y consulta con ese fin.

Distintas publicaciones han recogido el texto del documento *Hacia un nuevo Código Penal*, dentro de las que destacan las de la Asamblea Nacional (www.asambleanacional.gov.ve), la revista digital Venezuela Analítica (www.analitica.com/documentos/2002) y diversas compilaciones y libros la han referido.

Igualmente, en el seno del Equipo Técnico de la Comisión Mixta se han producido varias decenas de documentos entre ponencias, monografías, opiniones y papeles de trabajo especializados sobre los distintos temas penales, entre delitos y principios, las cuales han servido de base para la redacción del anteproyecto de nuevo Código Penal. Las participaciones han sido grabadas y transcritas, en donde constan los distintos asuntos que se han expuesto, así como los temas polémicos que han surgido.

En conclusión, en forma paralela e ininterrumpida, se han realizado tareas de investigación, difusión consulta y redacción de articulado, conforme al plan de trabajo trazado y el marco de referencias adoptado, centrado en los derechos humanos, el derecho penal internacional y los

avances de la dogmática penal, según el modelo garantista adoptado en el documento *Hacia un nuevo Código Penal*. Hemos hecho esto así, conscientes de que es un camino más lento, pero más seguro, que hacer un proyecto de expertos, sin oír antes a la comunidad jurídica y al resto de la sociedad civil y las instituciones.

Por las razones anteriores, el anteproyecto nos ha parecido un documento de sumo interés, dado que contiene una serie de temas que han sido tratados en el seno de la Comisión Mixta como es lo relativo a la responsabilidad civil derivada del delito, cuyo ponente es el Doctor José Luis Tamayo. Estimamos que esa propuesta es de extrema utilidad y resolverá muchas injusticias en los tribunales penales, derivadas de la imposibilidad fáctica actual de indemnizar a las víctimas de delitos.

5. HACIA UN NUEVO CÓDIGO PENAL DEMOCRÁTICO Y CONSTITUCIONAL

Después de una Constitución, las leyes más importantes de un país son los Códigos. La CRBV (Art. 202 constitucional) les asigna la naturaleza de leyes sistemáticas sobre una materia jurídica determinada. La más alta jerarquía se atribuye, especialmente, a los códigos penales, tanto el sustantivo, como el de procedimientos. Por algo las constituciones modernas dedican un largo capítulo a las garantías penales, concebidas como parte esencial de los derechos humanos y derechos civiles.

En la CRBV es más que notorio el peso de las normas penales y sus garantías. Se puede afirmar, entonces, que el Código Penal es una ley de rango constitucional, de tipo sistemático, que debe desarrollar y tutelar los derechos humanos, como tema de primera importancia, dentro del concepto del Estado Constitucional de Derecho que supera la noción del Estado Legal, como estableció el gran jurista Manuel García Pelayo.

Por esas razones se debe cambiar el paradigma del Código de Zanardelli, adoptado por Juan Vicente Gómez y, simultáneamente, resolver el problema causado por el grueso número de leyes penales descodificadas, basados en una visión estatista y autoritaria del Derecho Penal, con algunas excepciones, naturalmente. Aun cuando, no queda duda, el

Código de Zanardelli por su inspiración en la Escuela Clásica fue una opción mejor que los Códigos positivistas de la época y, lógicamente, que el Código Rocco de 1930 promulgado durante el reinado de Víctor Emmanuel II de la casa de Saboya, durante el ascenso del fascismo de Mussolini y que sucedió al Código de Zanardelli en Italia.

Es un lugar común admitir que sólo el Estado tiene la capacidad de hacer leyes. Ese monopolio le proporciona un deber supremo: hacerlas bien y que sean justas[18] y eficaces, de acuerdo con las realidades concretas de un país. Luego, escribirlas de forma clara y sencilla. De lo contrario, se violenta la libertad humana más allá de lo permitido por la convivencia humana y los ciudadanos se convierten en víctimas del Estado.

La regla para los ciudadanos en democracia es que todo está permitido, pero lo que las leyes prohíben no puede hacerse. Es decir, que todo lo no prohibido o limitado expresamente en las leyes está permitido plenamente. Luego, un ciudadano es libre sólo cuando sabe con exactitud lo que está prohibido por las leyes. Cuando ello se ignora es imposible ejercitar la libertad, sin miedos o aprensiones. Más bien, el atropello, la arbitrariedad y el abuso de los derechos de los demás se convierten en norma. Ser libre es hacer lo permitido con la plena certeza de que no habrá sanción alguna. De la misma manera, que tampoco se hace daño a nadie ni a nada. Asimismo, la garantía que ofrece un derecho penal justo es que no se afectará a los inocentes, ni siquiera por error.

De otra parte, para el Estado y los funcionarios sólo se puede hacer lo que está expresamente establecido en la ley, lo que esta autoriza u obliga. Hacer lo contrario puede ser un delito. En eso reside la diferencia entre ciudadanos de una República democrática y los funcionarios del Estado: los primeros pueden hacer todo lo no prohibido; y los segundos tienen todo prohibido, excepto lo que la Constitución y las leyes les permite, faculta u obliga.

[18] La idea de la justicia legal nos viene de los griegos. Desde Sócrates se ha entendido que no puede atacarse la injusticia con otra injusticia. El modelo socrático exige fórmulas justas para combatir la injusticia. Esa es la idea fundamental a desarrollar en una legislación penal.

Según la Constitución, las normas penales son las únicas que autorizan a ejercer la potestad sancionatoria del Estado y establecer las formas de privar de la libertad personal para facilitar la vida en común. Por eso se necesitan suficientes garantías legales que impidan que sufran los inocentes. Además, que no haya venganzas, errores, omisiones, abusos y excesos que afecten a los culpables. Asimismo, que las penas sean justas y proporcionadas al hecho punible cometido. Por último, que las víctimas sientan que los delitos no quedan impunes. O sea, un buen Código Penal debe evitar la injusticia.

De lo anterior se deriva el carácter trascendental de las normas penales: si de ellas depende en gran medida la tutela de bienes jurídicos que garantizan la convivencia social, es necesario, entonces que sean justas, racionales, coherentes, proporcionales, inequívocas, precisas, bien escritas, conocidas y compartidas por todos. Por eso, la propia Constitución le asigna el carácter de sistemáticos a los Códigos, dentro de los cuales el Código Penal es el más importante para los derechos humanos y, especialmente, para la vida y la libertad, sin duda alguna.

Toca al Estado garantizar que no habrá injusticias, venganzas, persecuciones, errores, omisiones, excesos ni abusos en el ejercicio de tal potestad sancionatoria o *ius poenale*. Tampoco omisiones o tolerancia encubridoras y cómplices. La historia de la humanidad demuestra las dificultades que siempre han existido, especialmente, cuando se desbordan los límites de la racionalidad y el Estado y sus funcionarios incurren en errores, omisiones, abusos y atropellos o son aquiescentes con ello. Ello constituye, hoy en día, la fuente primordial de violación de los derechos humanos, tal como lo prevé el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Dispone el derecho positivo vigente que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento (Artículo 60 del Código Penal vigente: “La ignorancia de la ley no excusa ningún delito ni falta”). Por ello, ignorar qué normas constituyen delitos o faltas es un peligro para la vida en común y una amenaza para la libertad de todos los ciudadanos que constituyen la Nación. Pero, ¿puede el Estado venezolano exigir esta norma cuando

ha sido el creador de una serie de delitos que nadie (o casi nadie) sabe cuántos y cuáles están vigentes? La respuesta es rotundamente negativa, dado el peligro evidente del error de prohibición, porque casi nadie sabe qué delitos están vigentes.

Lo más lamentable de esta situación, es que las faltas previstas en el Libro Tercero del Código Penal vigente, está desactualizado y en total desuso. Lo que quiere decir que los pequeños hechos punibles, por no ser atendidos, investigados ni resueltos judicialmente suelen ser el inicio de un ascenso en la comisión de delitos graves. La máxima de experiencia según la cual "quien no puede hacer lo menos, no puede lo más", no encuentra forma de ser practicada. No existe prevención del delito, dado que los hechos punibles más leves no se procesan ni sancionan. Esa situación quebranta la integridad moral de la ciudadanía que observa el crecimiento desbordado e impune de la anomia. De la impunidad de las faltas se asciende a la comisión de los delitos y se practica la máxima "quien puede hacer lo más, puede lo menos. Puede hacer todo". Esa es la regla fatídica de lo que Hobbes[19] llamó "el derecho a todo", dentro de su análisis de la conducta egoísta según la cual el hombre se convierte en lobo del hombre (*homo homini lupus*).

6. EL CÓDIGO DE ZANARDELLI

El Código Penal venezolano vigente reproduce casi al calco al Código de Zanardelli, llamado así porque fue presentado por el Ministro de Justicia italiano Giuseppe Zanardelli en 1889, durante el reinado de Humberto I de Saboya, Rey de Italia. Se trataba de un excelente[20] instrumento basado en los postulados de la Escuela Clásica y de una gran influencia liberal, pero que reproducía el modelo de Código Penal napoleónico de 1810 en torno a los valores primordiales del Estado imperial, la patria,

[19] Hobbes, Thomas: *Leviatán.* (1651) Editorial Nacional. Madrid, 1980.

[20] Acerca de las indudables bondades jurídicas de dicho instrumento, es recomendable recordar la abundante bibliografía de los maestros venezolanos Mendoza Troconis, Chiossone, Arteaga, Grisanti Aveledo, Bello y muchos otros más que han destacado su nobleza como texto legal, lo que no contradice que hayan existido otros elementos históricos, institucionales y socio-jurídicos que considerar.

los privilegios oficiales, etc. Es de hacer notar que el Código Penal napoleónico cambió su paradigma en 1992, luego de 20 años de estudio y dispuso una *vacatio legis* de dos años debido al impacto de ese cambio y el impacto sobre el cuerpo social.

El Código de Zanardelli representó para el reino de Italia un gran acontecimiento debido a que se había consolidado la unión entre sus principados y diferentes provincias. En tal sentido, se unificó y sistematizó la dispersa y antigua legislación penal de los diferentes principados y provincias italianas. Los valores de entonces eran los propios de una monarquía moderna y unificada, por lo que contenía normas, garantías y principios muy avanzados para la época, propios de la llamada Escuela Clásica, influida por el liberalismo y la tradición humanista del libro *Los delitos y las penas* del Marqués de Beccaria. En conclusión, el Código de Zanardelli fue un gran avance en aquellos tiempos.

De otra parte, sin embargo, tutelaba bienes jurídicos propios de un reino y no de una república democrática, con una enorme carga moralizante. En consecuencia, el primer sujeto de protección penal del Código de Zanardelli es el Estado, sus dignatarios y autoridades (*laesa maiestatis*) y de manera secundaria o subordinada los seres humanos y sus derechos fundamentales, que es lo contrario a como se legisla ahora en el mundo, dado que se les coloca de forma prioritaria. Eso explica la importancia, preeminencia y jerarquía de delitos contra el Estado y los funcionarios del viejo modelo de codificación, como es el caso de los delitos de desacato, la traición (*laesa patria*), etc., como contrapartida quedan subordinados y con menores penas los delitos contra las personas, que no son concebidos ciudadanos, sino más bien súbditos o vasallos, concepción propia del sistema monárquico.

Como aspecto de valor informativo, el Código de Zanardelli sólo se mantiene vigente en Venezuela y en la ciudad Estado Vaticano.[21] No obstante que, para el mundo académico mundial es una referencia histórica indudable.

[21] Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Derecho Penal. Parte general*. Ediciones Ediar e Ilanud. Buenos Aires, 2000. p. 230.

En conclusión, además del evidente anacronismo, el Código de Zanardelli es opuesto a la CRBV y los valores de un Estado Constitucional, Democrático, Social,[22] de Derecho y de Justicia expresados en su texto, que debe ser el marco de la política criminal venezolana. Así, las víctimas de los delitos deben adquirir naturaleza sustantiva y eliminarse la noción de agraviado, remanente de la vieja terminología. Por eso creemos que el anteproyecto no es viable debido a que perpetúa el modelo de Zanardelli, a pesar de sus innovaciones en algunos aspectos.

7. ZANARDELLI, JOAQUÍN CRESPO Y JUAN VICENTE GÓMEZ

En 1897, durante el gobierno de Joaquín Crespo, fue adoptado el Código de Zanardelli en Venezuela, previa traducción del italiano. Sin embargo, dicha traducción no fue del todo feliz, dado que la adaptación de un texto italiano distaba mucho de las realidades culturales e históricas de una joven república como Venezuela. Eso se denota en diversos artículos que son discriminatorios y el uso de ciertos términos desactualizados como el de agraviado. Uno de los casos más notables son el de la traducción al español del término italiano *persona* por la palabra individuo en el delito de difamación, lo que originó una jurisprudencia equivocada, debido a que se pensó durante décadas que ese término sólo amparaba las personas naturales en su reputación.[23]

[22] "El Estado social, en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que el Estado liberal separaban a Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado, el Estado social se erige en motor activo de la vida social… se pretende, por esta vía acoger una modalidad de Estado social –esto es, que tome partido efectivo en la vida social- al servicio de todos los ciudadanos. En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático de Derecho. MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho.* Ob. Cit. Págs. 70-72.

[23] La jurisprudencia cambió gracias a la ponencia del Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros en el caso Procter & Gamble *vs* Gandica. Por tanto, a partir de ese acontecimiento en Venezuela se acepta que las personas jurídicas gozan de la tutela penal de su reputación conforme al artículo 444 del Código Penal vigente.

El Código de Zanardelli fue derogado en 1904 y sustituido por el Código español. Pero, en 1915, año de la elección de Juan Vicente Gómez[24] como Presidente Constitucional, el Código de Zanardelli fue nuevamente adoptado. Es evidente, entonces que el máximo caudillo venezolano de entonces hiciera prevalecer su punto de vista, por eso se retomó el Código de Zanardelli, con lo que se derogó el español, hasta nuestros días, con reformas no sustanciales del texto y sin alterar modelo original en 1926, 1964 y 2000.[25] No es necesario demostrar el carácter estatista y autoritario del régimen gomecista. Pero nos queda claro la semejanza que existía entre una monarquía europea y el gobierno dictatorial de uno solo, en Venezuela. Por eso, delitos como los de desacato eran tan importantes para ambas visiones de la política.

Como hecho constatable, ese Código de Zanardelli ha servido por igual a todos los gobiernos democráticos y dictatoriales en Venezuela a lo largo del siglo XX. Lo cual demuestra una gran versatilidad, sin duda, pero también un descuido del legislador en afianzar las formas jurídicas democráticas y las propias del Estado Constitucional de Derecho y de Justicia, dejando para después la eliminación de los restos jurídicos del sistema gomecista. Asimismo, graves injusticias, persecuciones políticas, errores y violaciones de los derechos humanos se han

[24] Gómez ha sido calificado como un "tirano liberal" por uno de los más importantes historiadores venezolano (Manuel Caballero: *Gómez, el tirano liberal*. Alfadil Editores. 5ª edición. Caracas, 2003), dado el hecho de combinar métodos despóticos combinado con prácticas liberales en economía, lo que no es contradictorio con su política carcelaria y la adopción plena del sistema de Zanardelli, a lo que se une la implantación del modelo inquisitivo mixto de enjuiciamiento criminal que estuvo vigente hasta su derogatoria en 1998, año en que se adoptó el modelo acusatorio, oral, público, garantista y con participación ciudadana en el COPP. En líneas generales, el gobierno de Gómez se apoyó en el sistema inquisitivo, el Código de Zanardelli y una impresionante red penitenciaria, que parte de la Rotunda y se extiende a los presidiarios con grillos que construían carreteras bajo la modalidad de trabajo forzado previsto en la pena de presidio del Código de Zanardelli, bajo el régimen punitivo del Código Penal vigente. Por último, la represión contra los llamados "vagos y maleantes" fue el complemento de toda una visión autoritaria del derecho penal al servicio del poder.

[25] La reforma del año 2000 se limitó a aumentar penas de ciertos delitos vinculados al uso indebido de armas, robo y a situaciones como la desaparición forzada de personas, incluido en el artículo 181-A de su texto. Sin embargo, a este último se le adjudicó una pena de presidio, manteniendo el esquema de Zanardelli, que prevé la aplicación del aislamiento y el trabajo forzado para los penados, algo totalmente prohibido por la normativa internacional del tratamiento a los reclusos.

hecho bajo su amparo, aun en democracia. La CRBV establece un parámetro claro, inequívoco y terminante que impide continuar con esta tendencia legislativa.

8. LOS PROYECTOS DE REFORMA PENAL

A los anteproyectos de reforma del Código Penal que han sido redactados por eminentes tratadistas como Tulio Chiossone, Luis Jiménez de Asúa, José Rafael Mendoza Troconis, José Agustín Méndez, José Ramón Medina, Gustavo Manrique Pacanins, Víctor Sanavria, Juan José Mendoza, Edgar Sanabria, Nicomedes Zuloaga (entre los integrantes de la Comisión de Codificación, Legislación y Jurisprudencia), Otto Marín Gómez y otros, los que fueron recogidos por José Miguel Tamayo Tamayo y Jorge Sosa Chacín, se le suma el que ha presentado, a principios de este año, un grupo de prestigiosos juristas coordinados por el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros e integrado por los Doctores José Luis Tamayo Rodríguez,[26] Gladys Hernández,[27] Mónica Fernández[28] y Miguel Villarroel[29] (www.tsj.gov.ve/miscelaneas).

Tales iniciativas tienen un mérito indiscutible: son piezas jurídicas con indudables aportes, pero todos han girado en torno al modelo de Zanardelli, pero con variaciones. Algunos de ellos han sido más progresistas que otros. Con la CRBV y el desarrollo reciente de los Tratados Internacionales en derechos humanos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, las cosas han girado en 180° debido al principio de preeminencia de los derechos humanos. En consecuencia, tales anteproyectos deben ser revisados para obtener de ellos lo mejor y que sea aplicable al nuevo paradigma jurídico, dentro de lo posible.

---

[26] José Luis Tamayo también es asesor de la Comisión Mixta y ha mantenido un esfuerzo durante muchos años para hacer una reforma penal en Venezuela. Sus aportes, comentarios y luchas deben ser reconocidos.

[27] La Doctora Hernández labora en el Tribunal Supremo de Justicia.

[28] La Doctora Mónica Fernández, abogada y educadora, ha sido acreedora del premio internacional como Joven Sobresaliente del Mundo 2003 por la Cámara Junior Internacional, acreditada en 120 países. Además, es Juez penal por concurso, profesora universitaria y fue Directora de Prisiones.

[29] El Doctor Miguel Villarroel es un joven y talentoso abogado que nos ha impresionado con sus estudios y aportes, en diversos temas.

Asimismo, se han aprobado nuevas leyes con delitos durante este corto tiempo, lo que hace que el trabajo de la Comisión Mixta sea cada día más exigente, profundo y extenso. De la misma manera, se adelantan nuevos proyectos de leyes con nuevos delitos en diversas comisiones, los que se están compilando y analizando para aprovechar de ellos lo mejor a los fines de la codificación. En este sentido, es necesario aprovechar los esfuerzos realizados para lograr un producto final actualizado.

Momentos antes de finalizar estas líneas, se nos ha informado que lo relativo al hurto famélico y a los delitos contra el Libertador y los símbolos patrios. Decisión que aplaudimos.

9. ¿CODIFICACIÓN O COMPILACIÓN?

Dadas las dificultades de hacer una reforma integral del Código Penal, se han hecho más de 70[30] leyes especiales que contienen delitos. Varias de esas leyes son exclusivamente penales que se asemejan a pequeños códigos penales especializados, pero con evidentes antagonismos con el Código de Zanardelli. Otras de ellas combinan normas administrativas con delitos y otras son leyes civiles o administrativas o civiles que contienen delitos sueltos. De esa manera indirecta también se ha reformado parcialmente al Código Penal, mediante una legislación desordenada y carente de la más básica sistematicidad y elemental coherencia lógica entre sí. Muchos de esos delitos se inspiran en la concepción simbólica y maximalista de la legislación penal, según lo cual basta con tipificar muchos delitos con penas severas para erradicar tales hechos. La situación actual de ineficacia de la legislación penal demuestra su origen ilusorio.

En total, según nuestros datos, existen unos 813 delitos[31] en Venezuela que aparecen publicados en la *Gaceta Oficial*, sin contar los deli-

[30] El Anteproyecto afirma que en Venezuela existen 80 leyes con delitos, pero, hemos constatado que al menos 7 de las que se mencionan son leyes con ilícitos administrativos, que no penales a ser aplicados por un juez penal. Sin embargo, el anteproyecto no explica por qué tales ilícitos deben pasar a ser delitos propiamente dichos.

[31] Ver el papel de trabajo presentado por el autor ante la Comisión Mixta en el que se compilan los delitos del Código Penal y de las leyes penales especiales. Asimismo, nuestra obra titulada *Crímenes delitos y faltas vigentes en Venezuela.*

tos militares (134 delitos) y las Faltas del Libro Tercero del Código Penal (62 faltas), pero nadie sabe con precisión cuáles están vigentes o han sido derogados por la descodificación para un total de 1009 hechos punibles publicados en *Gaceta Oficial*. La razón de esa situación es que muchas disposiciones se han derogado entre sí, según las reformas que se han hecho.

Adicionalmente, para enero de 2004 se habían introducido 15 nuevos proyectos de ley con nuevos delitos o con reformas de leyes ya existentes, lo que ha aumentado el trabajo de la Comisión Mixta y nos ha obligado a modificar el cronograma de trabajo, por lo que el lapso de dos años que se había fijado en marzo de 2002 se deberá alargar, necesariamente.

La reforma del Código Penal del año 2000 no especificó cuáles delitos habían sido derogados expresamente leyes especiales o anulados por el Tribunal Supremo de Justicia, lo que quiere decir que se publicaron nuevamente, como si estuviesen vigentes. Además se derogó el Código Penal de 1915 y no la ley de su última reforma de 1964, como correspondía.

Es de hacer notar el contraste entra nuestra realidad y la de otros países de tradición codificadora, como España con 478 delitos, Colombia con 372 delitos, Alemania con 277 delitos y Argentina con 273 delitos.

Lo más grave de este desorden es que existen leyes especiales con principios rectores que antagonizan con la sistemática del Código de Zanardelli, tal como se evidencia en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ejemplo, algo que el noble, pero anciano, Código de Zanardelli no permite.

En otras palabras, la situación que presenta la inflación normativa penal va contra el sentido común, rompe la estructura lógica de pensamiento e impide tener un marco de referencias que permita entender cuál es la norma aplicable y, en consecuencia, ejecutar la sanción correspondiente. Eso es fuente de inseguridad jurídica, impunidad, arbitrariedad e injusticias.

Otro aspecto en revisión, es la enjundiosa jurisprudencia actualizada de los tribunales penales, la Sala de Casación Penal y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que plantea distintos enfoques y desafíos en la interpretación doctrinaria.

El anteproyecto tiene un mérito que es haber compilado los delitos escritos en *Gaceta Oficial* y los organiza según el índice establecido, lo que debe reconocerse por ser un trabajo arduo y minucioso. Sin embargo, no logra reducir el número de artículos y eliminar el casuismo de muchos delitos que repiten el tipo genérico en situaciones de suyo concretas. Por eso, el Anteproyecto, si fuere aprobado, pasaría a ser el más largo entre los países de nuestra tradición jurídica. Nuestra propuesta es la de hacer un nuevo Código Penal más corto.

CONCLUSIONES

El caos evidente de la normativa penal venezolana no debe continuar: no pueden coexistir un código obsoleto, estatista, autoritario, androcentrista y moralizante con la deshilachada legislación penal descodificada, los que conforman el cuadro de inflación legislativa más alarmante del mundo hispanoamericano de tradición jurídica codificada o napoleónica. El dilema que los venezolanos debemos resolver se define en mantener artificialmente la situación actual, que es insostenible, o abordar un serio y responsable camino de enderezar los entuertos. Es decir, se debe romper el círculo vicioso de la descodificación que conduce a la impunidad e injusticia y, por el contrario, afianzar el principio de legalidad penal, de rango constitucional.

En tal sentido, celebramos la publicación del anteproyecto como un indicador positivo de la necesidad de cambiar la legislación penal. Ese llamado de atención ha obligado a muchos a pensar en la necesidad de brindar seguridad jurídica con un texto penal único. Sin embargo, creemos que el anteproyecto es un papel de trabajo que requiere ser revisado y modificado en temas sustanciales, para que se adecue a la CRBV y los tratados internacionales en derechos humanos y sus estándares mínimos.

Para lograr los fines del Estado Constitucional, Democrático, Social, de Derecho y de Justicia es necesaria una codificación penal que sea eficaz, sencilla y adaptada a las realidades de una política criminal moderna y eficiente. Se requieren delitos bien redactados, con penas justas y proporcionales que sean herramientas útiles contra la impunidad, la arbitrariedad e inseguridad personal reinantes. Las víctimas y la sociedad entera reclaman saber cuáles son las reglas del juego y los bienes jurídicos tutelados.

La vía que sugerimos a la Asamblea Nacional hace unos dos años, cuando iniciamos esta labor, ha sido la de hacer un nuevo Código Penal que desarrolle el paradigma contemporáneo basado en la tutela y garantía de los derechos humanos, ya consagrados en los tratados internacionales válidamente aprobados en Venezuela y reconocidos por la CRBV. Se trata de hacer un instrumento eficaz y erradicar la inseguridad jurídica.

Muy especialmente, se debe implementar lo relativo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, compromiso ineludible de Venezuela, que todavía carece de jurisdicción sobre los crímenes internacionales, lo que es fuente de impunidad en tales hechos. Tal desarrollo debe ser fiel al Estatuto de Roma para impedir la inseguridad jurídica.

Finalmente, esperamos que el nuevo Código Penal que adelanta la Comisión Mixta cuente con la mejor voluntad de todos los venezolanos en el 2004. En tal sentido, todas aquellas personas que tengan alguna sugerencia o proyecto en curso, pueden enviarlo a la sede de la misma. Los caminos están abiertos.

Al tiempo que agradecemos al Tribunal Supremo de Justicia la oportunidad de poder compartir estos comentarios con los lectores, lamentamos no haber cubierto más temas que surgen del anteproyecto con la profundidad que queríamos, debido al corto espacio disponible.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Criminalidad de empresa. Tipos específicos del anteproyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia

Mónica FERNÁNDEZ SÁNCHEZ*

SUMARIO:

Introducción en el tema: La polémica aún no concluida.

1. **De la autoría y la participación como eje central de discusión.**
2. **La propuesta en el anteproyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia:**

* **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.

INTRODUCCIÓN EN EL TEMA: LA POLÉMICA AÚN NO CONCLUIDA

La evolución del fenómeno criminal y la necesidad de legislar para crear una política criminal adecuada a esta evolución, que permita la paz social, se ha convertido en un problema del moderno Derecho Penal, colocando a la dogmática jurídico-penal ante la necesidad de claros replanteamientos de los nuevos fenómenos. Dentro de estos nuevos fenómenos criminales hemos observado cómo ya desde finales del siglo XVIII y más aún en la modernidad del siglo XXI, el asunto de la delincuencia empresarial o criminalidad de las personas jurídicas se ha tornado en uno de los principales temas de discusión, no sólo de la doctrina, sino de la jurisprudencia, y más aún de la legislación, esta última quien se ha visto obligada a crear catálogos de sanciones o medidas en contra de la persona jurídica que comete un hecho punible, independientemente de la responsabilidad penal de las personas físicas que la componen.

El tema, que está imbuido de una gran modernidad y por ende de grandes vacíos, que se traducen en la ausencia de pacíficas soluciones prácticas, fue abordado por quienes tuvimos la misión de colaborar con una propuesta de un nuevo Código Penal para Venezuela y por ello nos hicimos eco de posiciones modernas que se inclinan hacia la previsión de futuro en donde no queda duda que la persona jurídica es responsable por sus actos criminales y por ende merecedora de una sanción penal.

No es fácil comprender a primera vista esta postura que se inclina a la derogación absoluta del principio *Societas delinquere non potest,* en donde se afirma que la culpabilidad por el hecho delictivo sólo corresponde a una persona física e individual, como resultado de principios dogmáticos de la Edad Media en relación con la imputación exclusivamente individual de un resultado.

Esta realidad, que pareciera confusa, responde a una necesidad de evolución social, ya que no queda duda, y así lo ha reconocido el eminente penalista alemán, Claux Roxin, que cada vez más se incrementarán el número de disposiciones penales sancionatorias a nivel mundial porque evolucionan directamente con la complejidad de las sociedades y allí en-

tra a formar parte el mundo del avance científico, tecnológico y hasta económico que degenera en nuevas formas, ideas y prácticas de delitos que requieren de la clara protección del Estado a través de sus técnicas legislativas. Un ejemplo claro de esto es que hace más de cincuenta años no pensábamos jamás en incluir en una legislación penal sanciones contra delitos informáticos, o la manipulación genética e inclusive la diversidad de delitos de carácter económico, como los que hoy en día observamos.

1. DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN COMO EJE CENTRAL DE DISCUSIÓN

De la variedad de tipos delictivos que han surgido se nos obliga a replanteamientos modernos de asuntos como los dirigidos a los problemas de autoría y participación, más allá de las formas clásicas de colaboración de varias personas para la ejecución de un hecho punible.

Ha dicho Muñoz Conde que el problema que plantea la intervención de varias personas en la realización de un delito ha superado la tradicional dogmática jurídico-penal dando paso a delitos dolosos comisivos, a la teoría del dominio del hecho y al análisis de estructuras en donde el autor de un delito no es quien lo ejecuta con su acción directa, sino quien lo domina objetiva y subjetivamente, hasta llegar al extremo en donde sin su participación y su decisión el delito no se llegaría a cometer. Es en esta fase en donde entra la intervención o responsabilidad de personas integradas en grupos u organizaciones que han decidido la realización de un determinado hecho, que es delictivo desde el punto de vista de un tipo penal previamente concebido.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad penal de sus miembros a título personal, no ha encontrado hasta el momento una solución única a nivel internacional. Casos como el de la legislación penal colombiana lo han descartado de plano asumiendo la irrestricta posición de que sólo serán responsables los administradores, gerentes o directores en la medida de su participación directa e inmediata en la decisión del hecho punible. Los códigos penales de Holanda, Dinamarca (1996) y Bélgica más reciente de 1999, lo han asumido sin inconvenientes. Otros casos de mayor avan-

ce los han liderizado Francia y Alemania. Particularmente Francia en donde no ha quedado duda alguna en que la Persona Jurídica, como ficción, como titular de derechos y obligaciones es un sujeto colegiado capaz de delinquir y por ende de sufrir sanciones, civiles, penales o administrativas, dejando de lado en principio la original idea histórica de la relevancia del individuo como sujeto del derecho en un determinado momento que otorga una identidad indiscutible entre el sujeto del derecho penal y el individuo.

Una posición que, en nuestra opinión, podríamos llamar en transición, por ser cuidadosa, o quizá timorata de atentar contra una rígida dogmática jurídico-penal, ha sido la de España, en donde a pesar de seguir afirmando, ahora con menos fuerza, el principio de que la persona jurídica no delinque, ha introducido en su Código Penal vigente, de 1995, una categorización de "consecuencias accesorias" que se impondrían a las empresas, sociedades, asociaciones y fundaciones, enumerando de tal forma en el artículo 129 la posibilidad para el Juez de imponer en contra de las personas jurídicas algunas de las "consecuencias" allí previstas. Dudamos de la naturaleza jurídica de éstas, pues si bien es cierto que el Código Penal Español no las llama sanciones, es decir, no las categoriza como penas, ni tampoco como medidas de seguridad (como sí lo hacía anteriormente, con un criterio felizmente superado) ahora pretende dar una categoría nueva a las sanciones penales con el título de consecuencias, lo que sin duda desde el punto de vista de la penología o ciencia que estudia las penas, pues definitivamente no existe.

El derecho penal y su dogmática deben ser flexibles en algunos casos para analizar temas tan complejos como el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si el Código Penal español habla de una consecuencia, la consecuencia sólo puede ser producto de una acción, y si se reconoce que hay acción, pues no hay duda que la persona jurídica puede ejecutar hechos con el carácter de punibles, y si son de tipo accesorio, pues acompañan a una condena principal y por ello son sanciones y no consecuencias.

Será difícil para nuestro país, al igual que lo ha sido para España, admitir sin reservas que las personas jurídicas sí delinquen y que de hecho

existen verdaderas asociaciones criminales para delinquir, pero no podemos asumir posiciones dudosas en cuanto al tema.

Citando, nuevamente, a Roxin él ha reconocido que lo que caracterizará al derecho penal del siglo XXI es el planteamiento de cuestiones controversiales (y es que el Derecho Penal siempre ha sido controversial) y serán con protagonismo las sanciones penales a las personas jurídicas por ser ajenas al espíritu clásico del Derecho Penal. Las formas sociales de daño más frecuentes en la criminalidad económica tienen su origen en grandes empresas, lo que hace casi imposible que se individualice quién es el autor de la lesión concreta o la puesta en peligro al bien jurídico tutelado y por ende la culpa de uno solo de los miembros es casi imposible de comprobar y no por ello podemos favorecer la impunidad, pues el fenómeno se tornará tan incontrolable que pudiéramos llegar a afirmar la legalización de hechos inimaginables a través de la imposibilidad de sanción. Por lo tanto, es imprescindible que cualquier legislación penal de este siglo, que pretenda llamarse liberal o moderna, adopte sanciones que impliquen la acción y la culpabilidad de una ficción legal llamada persona jurídica a través de reglas particulares o excepcionales de imputación del daño o el peligro.

Esta tesis va a suponer de inmediato la intervención cada vez mayor del Estado en ámbitos que se separan de las concepciones clásicas de daño a bienes jurídicos tutelados como lesión concreta de bienes individuales, dirigiéndose hacia la protección de bienes jurídicos colectivos, en donde son los instrumentos técnicos legislativos los que para respetar el principio de la legalidad, la proporcionalidad de la pena y el principio de culpabilidad, establecen taxativamente la sanción logrando, como afirma Jakobs, fórmulas legislativas que sean compatibles con los principios antes mencionados y que se traduzcan en seguridad y certeza jurídica para los ciudadanos.

En las personas jurídicas existen fórmulas de regulación que se traducen en exigencias para el desarrollo de sus actividades y éste es un buen fundamento para comprender que el incumplimiento de éstas podría degenerar en la posibilidad de la aplicación de una sanción.

2. LA PROPUESTA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA:

Nos hemos planteado con el anteproyecto del Pódigo Penal que se presentó a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, coordinado por el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, temas de gran novedad y en la discusión de algunos de ellos sobresalió con importancia la necesidad de acoger recomendaciones internacionales de gran peso tanto de la Organización de las Naciones Unidas, como de la Comunidad Europea en el tema de las responsabilidad penal de las personas jurídicas, asumiendo que, definitivamente, a nivel mundial la criminalidad que produce mayores beneficios es la organizada industrial, caracterizada por sectores dedicados a la producción y distribución de estupefacientes, el lavado de activos o legitimación de activos y el tráfico ilegal de personas. Así lo hicimos también al redactar un nuevo delito denominado delito de delincuencia organizada, previsto en el artículo 930 del anteproyecto. Hay una tendencia dual de empresas lícitas que mantienen al mismo tiempo actividades ilegales, o cuya gestión desencadena en ilícitos eminentemente penales.

Un nuevo código penal para nuestro país debe cumplir con la garantía de salvaguardar a la sociedad de los fenómenos más angustiosos y tener una adecuada visión de futuro y plantearse la determinación de la imputación de hechos punibles a la criminalidad de empresa en el hecho de la ejecución material, aun cuando quien en la práctica ordena el delito, lo decide, lo planifica no llega a tomar parte activa en su ejecución.

Hemos propuesto un Título IV denominado “Las Penas”, con un Capítulo muy especial: “Capítulo II Personas Jurídicas”, en donde el artículo 94 afirma, sin temor, la responsabilidad penal de la persona jurídica en los siguientes términos:

> **Artículo 94.-** *Responsabilidad de las Personas Jurídicas.* Independientemente de la responsabilidad de las personas naturales, las personas jurídicas serán sancionadas de acuerdo con lo señalado en este código, en los casos en que la conducta punible descrita en los tipos correspondientes haya sido rea-

> lizada por decisión de sus administradores, representantes legales o representantes en general o también, de aquellas personas a quienes se les confíen especiales tareas de dirección, vigilancia o control en el ámbito de la actividad propia de la entidad y con recursos sociales y siempre que se perpetre en su interés exclusivo o preferente.
>
> La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas, autores, instigadores, auxiliares necesarios o cómplices de las mismas conductas.

Nuestra propuesta tiene inspiración en la manifestación de tipo legal más moderna y clara a nuestro entender como lo fue la del Código Penal francés de 1994 en donde el artículo 121-2 especifica esta misma responsabilidad penal y a ella se ha dado el nombre en la doctrina de responsabilidad penal *numerus clausulus* al determinarse que es en los casos que así enumera la ley y conforme a un catálogo de sanciones, sin perjuicio de la responsabilidad, que a título personal, pueda tener el miembro de la asociación por su acción inmediata o directa sobre el hecho punible ejecutado o dejado de ejecutar, en los casos de la omisión. Debemos entender que el asumir la tesis de redacción francesa no nos llevó a enumerar en taxativo cada uno de los delitos en donde puede verse inmiscuida la persona jurídica, sino que como veremos en adelante, hay taxatividad en cuanto al número, forma y tipo de sanciones, y en relación a cuando sea previsto en el código, insistimos que será en la medida en que se reúnan las características subjetivas y objetivas exigidas en el tipo.

El español José Miguel Zugaldía Espinar, uno de los partícipes más radicales a favor de la clara responsabilidad penal de la persona jurídica, ha citado como un importante antecedente el X Congreso Internacional de Derecho Comparado, que se celebró en Budapest, en 1978 y refirió: "…el tema generalizado de opinión allí existente fue que desde el punto de vista político-criminal, por razones vinculadas a la proliferación de sociedades relacionadas con la delincuencia socioeconómica, la doctrina se mostraba decididamente favorable a derogar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*; sin embargo, desde el punto de

vista dogmático se objetaba la imposibilidad de la derogación por impedirla conceptos dogmáticos de acción, culpabilidad y pena". Pero mucho ha avanzado la ciencia dogmático-jurídica-penal y se han asumido cambios y posturas muy importantes que sustentan nuestra opinión, a pesar de ser, por ahora, minoritaria por la rigidez de algunos conceptos.

No se trata de construir una dogmática jurídico-penal distinta en absoluto a la que se aplica a la responsabilidad penal personal individual, sino de comprender que la sociedad empresarial, como grupo que decide y participa en acciones que pueden ser delito, tiene que responder desde el punto de vista penal. Basta con ello determinarse en qué delitos y bajo qué condiciones se pueden imponer sanciones sin alterar en su esencia los conceptos de acción, culpabilidad y pena; entendiendo que acción no sólo es una conducta humana traducida en hecho jurídicamente relevante y que la culpabilidad puede ir más allá del mero concepto biopsicológico, aunado al hecho que la pena ha dejado de ser retribución como finalidad esencial, para pasar a convertirse en una necesidad político-criminal con fines de prevención general y prevención especial, dentro de la cual cabe perfectamente la sanción penal a la persona jurídica, entendiendo que el plan delictivo empresarial forma parte común de una decisión que adopta y asume un órgano colegial, a través del principio de la jerarquía (vertical) o de la delegación (horizontal).

La acción que resulta penalmente relevante es la realizada por el órgano de la persona jurídica, de ello no cabe duda. Como esa acción se ha realizado en conjunto y en el ámbito de la competencia empresarial, ostentándose la representación de la empresa en las acciones del órgano a título colegiado que vinculan a la persona jurídica que deben serle imputables como una acción propia, de allí que sea independiente la sanción de la persona jurídica de la que le correspondería al órgano a título individual, que según Tiedemann responden a un valor superior, a un nuevo principio de legitimación que trata de ser la necesidad de protección del bien jurídico por encima de cualquier otra circunstancia.

Según el alemán Shunemannn, en los casos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos encontramos en una situación semejante al

estado de necesidad que se produce aquí por la debilitación de la eficacia preventiva en el ámbito de criminalidad de la empresa, ya que la protección necesaria del bien jurídico no se puede asegurar de otra manera y el mantenimiento de los bienes jurídicos en peligro resulta más gravoso que la aplicación de un sanción a la persona jurídica en sí.

Otro argumento importante que justifica nuestra posición es el hecho que no hay discusión en cuanto a que las personas jurídicas pueden ser sancionadas desde el punto de vista administrativo, y para quienes pretenden una división entre los principios generales sancionatorios penales y administrativos es válida sólo la sanción administrativa, mas no la penal. Nos negamos rotundamente a esta posición. Toda sanción desde cualquiera de las ópticas que se pretenda imponer debe responder a principios sancionatorios universales, pues todo aquello que de forma directa o indirecta ataque las reglas de convivencia social debe ser sancionado respondiendo al principio de la legalidad y del hecho y al principio de la culpabilidad, pues ¿acaso en las sanciones administrativas no debemos observar bajo qué condiciones éstas realizan acciones u omisiones sancionables y pueden convertirse en culpables?, pues obviamente que sí y esos son los extremos que debe cuidar el acto administrativo sancionador, de la misma forma que en el derecho penal observamos tales principios.

Independientemente de si lo llamamos culpabilidad o responsabilidad estamos, según Zugaldía, en presencia de consecuencias aflictivas que limitan los derechos de las personas jurídicas, porque éstas deben responder por sus propios actos y según su propia culpabilidad. Serían una especie de categoría en donde el delito es realizado por personas que se han constituido en una Junta, como órgano de la persona jurídica que comenten uno o más delitos en el ejercicio de sus funciones.

El problema universal consiste en la característica escisión que se produce en el seno de la empresa entre los sujetos que ejecutan inmediatamente la conducta delictiva, que en muchas ocasiones no serán criminalmente punibles, o por lo menos no los únicos culpables, y los otros sujetos que sí son directamente responsables de la decisión criminal porque han trazado todo el plan ejecutivo.

En Alemania en un estudio sobre los delitos económicos cometidos entre 1974 y 1985 se determinó que el 80% de ellos eran perpetrados en el marco de una actividad empresarial, entonces nos preguntamos ¿cómo sancionar sólo a la persona física y dejar actuar a la persona jurídica sin ningún tipo de consecuencia?, perdiéndose entonces por completo la posibilidad de sancionar y por ende dejando impune conductas directamente criminales. Ya el magistral Jiménez de Asúa, con una clara visión de futuro, indicaba que se creaban sociedades y empresas, se desfiguraban balances, se simulaban desembolsos y facturas y se escapaban sobre los cómodos asientos de sus automóviles, y eso precisamente es lo que pretendemos evitar con la propuesta formal de este anteproyecto de código penal.

De forma más actual e importante de destacar fue la posición que asumió como recomendación, en 1988, el Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa al que hace referencia Zugaldía, donde se propone con claridad indudable la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan, lo que apoya el criterio de que cada vez son más las infracciones penales que se cometen en el ejercicio de una actividad empresarial, tendencia que sigue el proyecto del código penal tipo para Latinoamérica, en donde la comisión redactora, también en 1998, asumió que las personas jurídicas son responsables en los casos previstos en la ley, tal y como lo asume el anteproyecto de código penal que proponemos.

Un análisis del artículo 94 del anteproyecto merece como atención muy particular su descomposición pedagógica en los aspectos siguientes:

1. **Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica independientemente de la de las personas naturales…**: Admitimos que la sociedad sí puede delinquir y rompemos con el principio universal mayoritario de que las sociedades no delinquen. Sí pueden ser sujetos de sanciones civiles y administrativas y sobre la base de los mismos supuestos de legalidad y culpabilidad son responsables penalmente. En efecto, si el delito que corresponde no presenta especiales exigencia típicas subjeti-

vas u objetivas de autoría no existe un obstáculo teórico dogmático para hacer responsable a la ficción legal llamada persona jurídica.

En este primer aspecto consideramos que se ha demostrado que la sanción única a la persona natural no destruye el fenómeno delictivo empresarial por la ausencia de eficacia preventiva, el fenómeno empresarial sigue ocurriendo con otros representantes y por lo tanto la lesión al bien jurídico tutelado es cada vez mayor.

Hay que asumir que la prevención del delito, que es la finalidad de prevención general otorgada a la sanción o pena, se va a observar más útil en la medida que la acción penal se pueda dirigir hacia la persona física y a la persona jurídica, "…evitando el inconveniente de condicionar la sanción a la persona jurídica a la previa averiguación y efectiva sanción de la persona física que pudiera ser considerada autora del delito, lo que no siempre es fácil ni posible, ya que la distribución de competencias dentro de una organización compleja como una persona jurídica impide en la mayoría de los casos imputar el injusto a un sujeto concreto…" según Zugaldía, José Miguel. Sujeto que por cierto se ha escondido o respaldado en una estructura jerárquica que impide, en principio, la individualización de la acción y que por ende favorece la impunidad.

2. **…las personas jurídicas serán sancionadas de acuerdo con lo señalado en este código:** Lo hemos referido como la *sujeción a la legalidad en cuanto a las sanciones taxativamente establecidas*, como principio exigido constitucionalmente. Serán responsables en la medida que su conducta encuadre dentro de los presupuestos penales exigidos por el tipo. En este sentido, las doctrinas universalmente aceptadas, así como jurisprudencia alemana, francesa y hasta española han constatado destacadas contribuciones muy expresas en un sector concreto de la criminalidad empresarial en donde observamos conductas que atentan de forma directa contra el orden económico del Estado, entendiéndose tales como delitos socioeconómicos en sentido estricto desde el punto de vista dogmático, como por ejemplo la defraudación tributaria. En otros casos se vincula a lesiones indirectas al orden económico, como los delitos contra la salud de los consumidores, contra el medio ambiente, comercialización de productos de consumo, la usura y,

en general, delitos de peligro que pueden originarse dentro de sistemas económicos mixtos como el caso venezolano, en donde existe una libre economía de mercado, pero al mismo tiempo una clara facultad del Estado en materia de regulación económica para imponer normas y sanciones para el control de la economía, como bien jurídico tutelado.

En este sentido la norma constitucional vigente en Venezuela afirma la libertad económica en el artículo 112, para que las personas puedan dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, reservándose su facultad de dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Asume igual el texto constitucional la tutela de forma indirecta de la economía, al igual que las normas constitucionales españolas, en cuanto a la protección de los bienes y servicios a favor de los consumidores, restringir el monopolio, el abuso de la posición de dominio, demandas concentradas y la libre competencia.

De gran importancia para nuestra postura en cuanto a la clara responsabilidad penal de la persona jurídica es el artículo 114, del mismo texto constitucional que comentamos, ya que impone como una clara carga del Estado la pena severa para los ilícitos económicos, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización, entre otros, con lo cual queda más que justificada la necesidad de imponer sanciones penales contra aquellos que realicen dichas conductas que la Constitución obliga a proteger.

Observamos así, que dentro del orden económico de un país existen delitos que atentan directamente contra el bien jurídico tutelado entendido como economía en sentido estricto y a ellos se ha dedicado el Derecho Penal en sentido estricto o restringido, y otros hechos que colateral, subsidiaria o consecuentemente afectan el orden económico, para los cuales se han diseñado técnicas de derecho penal en sentido amplio o general, defendiéndose en ambos la tutela de la economía de un Estado.

Si anteriormente afirmamos que la mayoría de estas lesiones al orden económico, de forma directa o indirecta, son ocasionadas por personas

jurídicas en el ejercicio de sus funciones, y si la misma Constitución obliga a castigar severamente tales ilícitos, podemos con toda confianza afirmar que las sanciones penales en contra de las personas jurídica van a tener un claro principio base de rango constitucional y por ende responderían al principio de la legalidad.

No existe delito ni pena que no esté establecido previamente por ley, y así el anteproyecto propone claramente un grupo de delitos o de tipos penales en los cuales la persona jurídica será responsable penalmente, y a los cuales nos referiremos en detalle más adelante.

3. **…en los casos en que la conducta punible descrita en los tipos correspondientes haya sido realizada por decisión de sus administradores, representantes legales o representantes en general o también de aquellas personas a quienes se les confíen especiales tareas de dirección, vigilancia o control…** Necesariamente estamos hablando del órgano colegiado y de que la conducta punible que entenderemos como acción, omisión o comisión por omisión, según los extremos de los artículos 22 y 23 del mismo anteproyecto, donde destacamos de una forma muy especial, para el tema que nos ocupa, la figura reconocida doctrinariamente como persona en posición de garante frente al bien jurídico tutelado, asunto que servirá también para demostrar la responsabilidad penal de la persona jurídica y la individual de esos administradores, representantes o quienes tengan poderes de dirección, vigilancia o control, pues de allí se derivará su propia responsabilidad.

En este sentido recurrimos a las diversas tesis propuestas por la profesora Ana Isabel Pérez Cepeda, quien entiende dos posibilidades:

1.- La tesis tradicional o determinación de la responsabilidad penal de abajo hacia arriba, que se inicia del sujeto que ejecuta inmediatamente el hecho delictivo, para después a través de las reglas clásicas de imputación penetrar en el esquema jerárquico de la estructura para determinar la responsabilidad de aquellos que integran los órganos de dirección de la empresa. Tesis que sólo sería útil, a nuestro entender, para la aplicación de la responsabilidad penal personal independiente de la persona jurídica a la que referimos en el mismo texto del artículo 94.

2) La tesis la que se ha llamado por el mundo anglosajón la de la participación *top-down*, de arriba hacia abajo, donde se examina inicialmente la responsabilidad del superior o superiores, pues quienes se encuentran en los escalones más bajos de la organización aunque realizan material o inmediatamente la conducta típica por lo general no son responsables criminalmente, buscando perseguir y castigar a los verdaderos responsables del hecho punible, en palabras de Pérez Cepeda a quienes trazan el plan delictivo común para la comisión de un hecho delictivo por la falta de efectividad de las normas penales que castigan sólo al ejecutor inmediato del hecho que está situado en el escalón más bajo de la jerarquía y quien en definitiva no resulta beneficiado. Esta tesis nos da una clara comparación entre la delincuencia organizada y la criminalidad de empresa, aspecto que cada vez cobra más auge doctrinariamente y que se diferenciarían inicialmente por el solo criterio de constitución de la empresa: si con fines ilícitos y para obtener beneficios ilícitos, o si con fines lícitos, pero obteniendo beneficios ilícitos.

Lo que denominaremos el plan delictivo tiene sustento en la condición que impone dogmáticamente el artículo 94 en cuanto a que la decisión haya sido tomada por decisión de la junta, los administradores, es decir, el consejo administrativo, el consejo directivo, la junta o como quiera que llamemos al órgano facultado de tomar decisiones en nombre de la persona jurídica como ficción legal. Aquí volvemos al tema de la organización horizontal que se sustenta en el principio de la división de trabajo y en el plano vertical, por la organización jerárquica.

No hay duda que al asumir la postura de la decisión colegial de la empresa no podemos tratar por igual a todos los administradores con independencia de su comportamiento individual en la adopción del acuerdo, pero este asunto sólo será necesario para el establecimiento de la responsabilidad penal de tipo personal de ese administrador. Participamos de un criterio de Antolisei, según el cual efectivamente se entiende que la acción que realiza cada partícipe no pertenece a cada sujeto individualmente, sino que todas las aportaciones son parte de una única operación; pertenecen a todos y cada uno de los miembros de la asociación. Pero sin olvidar los criterios propios de la autoría y la participación en donde siendo exigible además que cada atribución

aportada por un contribuyente obviamente realice en conjunto el hecho punible. “Por ello el interviniente que vota en contra, el ausente o incluso quien vota en blanco sólo será responsable si tiene una posición de garante específica”, en nuestro caso en los extremos que exige el artículo 23 del anteproyecto.

Es así como la actuación de los miembros individuales a los que nos hemos referido estaría enmarcada en el curso de la actividad correspondiente a la administración, pues la acción se desarrolla dentro del espíritu mismo de la agrupación. Todos los elementos que fundamentan y gradúan la consecuencia jurídica están comprendidos en el elemento de hecho exigido por la norma, es decir, lo que hemos llamado “cuando cumplan con los elementos o conducta punible descrita en el tipo correspondiente”.

Entramos así en lo que la dogmática ha reconocido como autoría mediata en donde se imputan los hechos realizados no por ellos mismos sino por otro coautor o por el instrumento, ya que existe un dominio subjetivo y objetivo del hecho delictivo y de allí la clara responsabilidad penal de la empresa.

La tesis del llamado dominio organizativo como un supuesto de la autoría mediata es creada por Roxin. Quien da las órdenes en los aparatos de poder organizados, aunque no es el autor directo, es responsable por el dominio de la voluntad de la organización, porque los superiores ostentan un dominio relevante sobre quien inmediatamente ejecuta el hecho delictivo, causando el daño dirigidamente. A pesar y cuando esta tesis no es la mayormente aceptada, la consideramos la más adecuada para resolver el problema de la culpabilidad de la persona jurídica.

Este hecho fue muy discutido a raíz de la posición de Roxin que utilizó el Tribunal Supremo Federal alemán en el recordado caso de los “tiradores del muro de Berlín” donde se afirmó que la tesis del dominio del hecho sí podía aplicarse a la criminalidad empresarial, prescindiendo del presupuesto indicado por Roxin de que la empresa se haya constituido desde sus inicios con fines ilícitos, como el caso de las narcobandas y los grupos terroristas, asunto que no vemos para nada complicado a los

fines de solucionar un problema donde claramente los miembros o administradores tienen un absoluto dominio del hecho en torno a la decisión que toman en la empresa. Sin olvidar una interesante propuesta de Muñoz Conde en la cual se inclina por la tesis de la mediatez, pero no como autores directos los miembros de la junta administradora, sino como coautores mediatos del hecho punible, asunto que ocuparía otro tema de discusión.

4. **…en el ámbito de la actividad propia de la entidad y con recursos sociales y siempre que se perpetre en su interés exclusivo y preferente.** Obviamente que la determinación que la decisión delictiva haya sido tomada en el marco de la propia actividad de la empresa y con los recursos de ella en la búsqueda de un beneficio propio a través de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado es algo imprescindible.

Afirmamos así que las personas jurídicas son capaces de ejecutar sus acciones y actuar de forma culpable en el desarrollo de sus actos, con lo que juzgamos sujetos de responsabilidad donde los actos de los órganos, en el desarrollo de actividad de la empresa, se convierten en una acción propia de ésta. Por tal razón la persona jurídica jamás sería responsable por la acción que realiza un órgano que la compone fuera del marco estatutario que la crea, ni tampoco por un órgano no elegido por ella. Con lo cual si alguien actúa fuera del marco de la actividad propia de la entidad, con otros recursos y con fines particulares distintos a los de la empresa, saldrá del marco de las exigencias del principio de la legalidad y no podrá ser imputable la persona jurídica, sino el sujeto que a título particular e individual cometió algún hecho punible, asunto que no nos puede resultar extraño porque es idéntico a aquel relativo a la responsabilidad civil o mercantil en los hechos que obligan o no obligan a los miembros de una persona jurídica con ocasión de los compromisos de los socios o administradores. La persona jurídica se convierte en culpable sólo cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigidas para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad propia de la empresa, como lo afirma Tiedemann.

Actualmente se ha propuesto como solución el limitar la responsabilidad penal de la persona jurídica en el plano objetivo, con criterios normativos que se trasladan al tipo del injusto a través de los delitos imprudentes y sólo en el ámbito de la tipicidad cuando la misma norma así lo disponga y se haya violado claramente el deber de cuidado.

En el último de los aspectos se pronunció el Tribunal Constitucional Español, en julio de 1993, entendiendo que bajo ningún concepto podría interpretarse que lo que ellos llaman consecuencias accesorias, que realmente son sanciones a las personas jurídicas, se han impuesto para introducir una regla de responsabilidad objetiva que debiera actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que probada la existencia de una conducta delictiva, cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes de entre sus miembros han sido los auténticos responsables de la acción, porque ello atentaría contra la presunción de inocencia. En palabras de Zugaldía, lo único que se busca es obviar la impunidad en la que quedarían las acciones delictivas realizadas bajo el manto de una persona jurídica por miembros perfectamente individualizados de la misma, cuando por tratarse de un delito especial cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas concurriesen sólo en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. (Sentencia del 20 de julio de 1993 del Tribunal Constitucional Español)

5. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas, autores, instigadores, auxiliares necesarios o cómplices de las mismas conductas**: Afirmamos una vez más la vigencia absoluta de la dogmática penal en donde la autoría a través de la determinación del injusto típico culpable también debe ir dirigida al análisis de la participación individual, directa e inmediata de los miembros como personas físicas, o quienes en definitiva hayan colaborado con la ejecución del ilícito, con lo que estamos admitiendo que pueden existir formas de participación y autoría con la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Con esta circunstancia afirmamos el principio de la prevención especial de la sanción en donde también la persona física, aun y cuando

pueda ser sustituida su participación, para no favorecer la impunidad, debe ser sancionada. En este mismo sentido opinó la Unión Europea en 1992 a través de CAJI (Cooperación en asuntos de Justicia e Interior) donde prevé también la responsabilidad criminal directa de las personas jurídicas en el *Corpus Iuris* de Disposiciones Penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, indicándose en el artículo 14, de ese cuerpo jurídico, que se establecerán sin perjuicio de las que puedan atribuírsele a las personas físicas, autores o partícipes, en tales hechos.

Sobre el tema extraemos la opinión textual de Zugaldía Espinar, quien considera que:

> Acertadamente se ha optado por un sistema que admite la responsabilidad criminal directa de la persona jurídica que puede ser perseguida y sancionada sin que ello esté condicionado o subordinado a la paralela persecución y sanción de una persona física. Cometido presuntamente un delito de los que admiten responsabilidad criminal de la persona jurídica, la denuncia o la querella podrían dirigirse indistintamente contra una persona física o contra una persona jurídica o contra ambas y las actuaciones judiciales acordadas durante la tramitación de la causa podrán recaer sólo sobre la persona jurídica… aunque no existan indicios racionales de criminalidad respecto de una persona física concreta. Del mismo modo tampoco podrá acordarse el sobreseimiento provisional de la causa por falta de autor (persona física) conocido si existe una persona jurídica a la que pueda imputarse el delito. Paralelamente la absolución del imputado como persona física no impedirá en su caso, la condena de la persona jurídica…

La falta de acción de alguno de los miembros de la persona jurídica o de ésta no puede conducir sino a su absolución por falta de la acción típica, ya que los directivos y representantes de las personas jurídicas responden exclusivamente de sus propios actos, de los que realicen a través de otras personas por la tesis de la autoría mediata, o aquellos que por acción u omisión le son atribuidos a título de dolo o imprudencia, si se encontraban en posición de garante frente al bien jurídico tutelado.

En el anteproyecto, en relación con los requisitos para sancionar a una persona jurídica, quedan igualmente condicionados a la necesidad de celebración de una audiencia a través del emplazamiento de los representantes legales para que ejerzan la defensa del ente y además de ello es el Ministerio Público quien de forma clara debe realizar en el escrito de acusación un capítulo separado, donde muestre los elementos de convicción en contra de la persona jurídica, así como la solicitud de sanción que corresponda.

Significa todo lo mencionado que para aplicar una sanción, de las que se proponen en el artículo 95, es necesario no sólo la previa audiencia de los representantes legales de la persona jurídica, sino que haya sido parte en el proceso con todas las garantías del imputado y que la base de la posible pena es que esté sometida a la legalidad. Ambos requisitos son exigidos en idénticos términos en la legislación penal española vigente.

A MANERA DE RESUMEN

Podríamos resumir aquellos requisitos que debemos valorar para llegar a la efectiva sanción de la persona jurídica, tomando en definitiva en consideración el dominio del hecho a través del criterio de la autoría mediata, el principio de la legalidad, proporcionalidad de la sanción y el principio de culpabilidad:

1.- Los administradores, gerentes, responsables o delegatarios deben haber actuado en el marco estatutario de la persona jurídica a través del ejercicio de sus funciones.

2.- La persona física debe haber obrado dentro del seno de la persona jurídica y en nombre e interés de ésta.

3.- Si la persona jurídica no ha omitido el deber de cuidado a través de la adopción de las medidas de precaución exigidas para garantizar el desarrollo legal de la empresa o ha obrado con un riesgo jurídicamente aprobado o permitido, no puede ser sancionada.

4.- No responde la persona jurídica si el órgano que actúa en su nombre no ha sido designado por ella, como sería el caso de la designación de un tercero impuesto en el curso de un asunto judicial.

5.- La imposición de la pena a la persona jurídica debe responder al criterio superior de prevención especial general, atendiendo al principio de la proporcionalidad, valorando en consecuencia:

a) La gravedad del delito que se comete;

b) La actuación con dolo o por imprudencia;

c) La gravedad de la imprudencia;

d) La mayor o menor exigibilidad de otra conducta a través del riesgo permitido y la tesis de la prevención;

e) Las razones que llevaron a la persona jurídica a tomar la decisión ilícita, de allí que si fue por ocasionar un beneficio mayor se debería justificar a través de la ausencia de antijuricidad en el hecho.

6.- La imposición de la sanción a la persona jurídica según nuestra propuesta acarrea de inmediato la posibilidad del ejercicio de la acción civil en los mismos términos propuestos en los artículos 148 y siguientes.

Respecto a los delitos previstos en al Anteproyecto del Código Penal:

Tomando en cuenta la especificación de la cláusula sancionatoria del artículo 94 y resaltando la doctrina internacional al respecto, el anteproyecto de código penal se orienta hacia los mismos criterios sancionadores en cuanto a los tipos delictivos que pueden ser cometidos por personas jurídicas, siendo que la única notoriedad especial que nos haría salir del catálogo común, de aquellos delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas, es el caso de la difamación en donde según el texto del artículo 265 pueden ser sujetos activos y pasivos del delito de difamación. Este hecho tuvo un claro antecedente en la famosa y reconocida sentencia Procter and Gamble, en donde el Magistrado Alejandro

Angulo Fontiveros dejó claro que la persona jurídica tiene reputación, y por ende puede ser lesionada a través de cualquier especie difamatoria, y al haberse determinado que es sujeto de obligaciones puede, en consecuencia, responder por el delito de difamación como sujeto activo de la acción.

Podríamos además de lo anterior clasificar en grupos aquellos tipos en los cuales podría haber responsabilidad penal de la persona jurídica si se demuestra que se obró por decisión de sus miembros en:

1.- De los delitos que atentan de forma directa contra el orden económico**:**

Título VIII Delitos Contra el Orden Económico:

1.1. Capítulo I: Delitos Contra la Economía Nacional (artículos 594 al 596).

1.2. Capítulo II: Delitos Contra la Industria y el Comercio (artículos 597 al 602).

1.3. Capítulo V: Delitos contra el sistema financiero (artículos 616 al 622).

1.4. Capítulo VI: Delitos relacionados con el mercado de capitales (artículos 623 al 626).

1.5. Capítulo VII: Delitos relacionados con la inversión colectiva (artículos 630 al 634).

1.6. Capítulo XIII: Contrabando (artículos 663 al 665).

1.7. Capítulo XIII Legitimación de Capitales. (Artículos 666 al 670).

2. De los delitos que afectan de forma indirecta el orden económico:

2.1. Título VII Delitos contra la Propiedad Intelectual y la Propiedad Industrial (artículos 577 al 593).

2.2. Título VIII Delitos contra el Orden Económico:

2.2.1. Capítulo III: Delitos contra la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. (Artículos 603 al 611)

2.2.2. Capítulo IV; Quiebra e insolvencia fraudulenta (artículos 612 al 615).

2.2.3. Capítulo VIII: Delitos relacionados con las empresas de seguros y reaseguros. (Artículos 630 al 634).

2.2.4. Capítulo IX: Delitos societarios (artículos 635 al 657).

2.2.5. Capítulo X: Delitos relacionados con el fideicomiso. (Artículos 658 al 660).

3.- De los delitos que afectan el medio ambiente:

Título X: Delitos contra los recursos naturales y el ambiente.

4.- De los delitos que atentan contra la seguridad colectiva.

Título XI: Delitos contra la seguridad colectiva .

5.- De los delitos que atentan contra la salud pública y la seguridad social.

Título XII: Delitos contra la salud pública y la seguridad social:

– Capítulo I, Afectaciones a la salud pública. (Artículos 800,801. 802,804, 806).

– Capítulo III, Delitos contra la seguridad social (artículos 811 al 818).

– Capítulo IV, Delitos contra la manipulación genética (artículos 819 al 834).

6. De los delitos que atentan contra los derechos de los trabajadores.

Título XVIII, Delitos contra los derechos de los trabajadores y la libertad del trabajo.

En todas las categorías que hemos reducido sólo a seis por razones pedagógicas, podríamos llegar a imponer sanciones penales a las perso-

nas jurídicas que en el marco de su actuación empresarial cometan cualquiera de los ilícitos mencionados, correspondiéndole al Juez, según la gravedad de la infracción, la imposición de cualquiera de las sanciones que determina el artículo 95:

> 1.- La multa establecida para el respectivo delito, que podrá ser aumentada por el juez hasta el doble del límite máximo de la multa fijada para ese delito.
>
> 2.- El comiso en los términos previstos en los artículos 88, 89 y 90.
>
> 3.- La clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de diez años. La clausura definitiva no será aplicable en ningún caso a las empresas públicas o privadas que presten servicios de utilidad pública.
>
> 4.- La disolución de la sociedad, asociación o fundación, salvo el caso de empresas que presten servicios de utilidad pública. En este supuesto se procederá a la remoción de su junta directiva y respecto a los administradores según su participación culpable en la toma de las decisiones incriminadas.
>
> 5.- La suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años, salvo lo dispuesto en los numerales anteriores para las empresas que prestan servicios de utilidad pública.
>
> 6.- La prohibición de realizar en el futuro operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
>
> 7.- La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.
>
> 8.- La publicación de la sentencia a expensas de la persona jurídica sancionada y en un órgano de prensa de circulación nacional.

> 9.- La suspensión del permiso con que se hubiese actuado y hasta por un lapso de cinco años.
>
> 10.- La prohibición de contratar con la Administración Pública hasta por un lapso de cinco años.
>
> 11.- La pérdida de beneficios fiscales o la eliminación de subvenciones estatales"

Podríamos decir que las sanciones pueden agruparse en los siguientes grupos:

1.- *Monetarias o de afectación de bienes*: Donde quedarían incluidas tanto la multa, el comiso y la publicación de la sentencia porque con cada una de ellas se exige una erogación monetaria por parte de la persona jurídica.

2.- *De prohibición del ejercicio empresarial*: Donde quedarían incluidas aquellas relativas la clausura temporal o definitiva, la disolución de la sociedad y la suspensión de actividades propias de la empresa.

3.- *De prohibición de negocios o rescisorias*: Donde se incluyen las que le prohíben realizar operaciones mercantiles, la suspensión de los permisos de actuar y la prohibición de contratar con la Administración Pública.

4.- *De pérdida de beneficios*: En donde queda incluida la número 11, relativa directamente a la pérdida de beneficios fiscales y la eliminación de todo tipo de subvenciones estadales. Ésta es de gran relevancia, porque es Venezuela, a través de este anteproyecto de Código Penal, quien la asume como una de las fórmulas o sanciones de mayor riesgo por lo que implica la intervención máxima del Estado en el ejercicio inclusive fiscal de la empresa, que por cierto no ha sido asumida en muchos países como, por ejemplo España por el temor al fuero empresarial.

Vemos así que el anteproyecto de Código Penal que se propone para Venezuela por parte del Tribunal Supremo de Justicia está colmado de temas relevantes y modernos que nos colocarían, con su aprobación, a

la vanguardia de los países más avanzados a nivel mundial, particularmente en el tema de las sanciones a las personas jurídicas. Cumplimos así con el espíritu internacional de obligar a todos los estados a adoptar medidas severas en contra de la criminalidad de empresa que permitan obrar con garantía a aquellas empresas que cumplen lícitamente con sus objetivos, evitándose en consecuencia que pretenda hacerse de Venezuela un paraíso de impunidad en donde cualquiera, por la inexistencia de tipos penales sancionatorios, pretenda constituirse para perpetrar delitos como los que hemos mencionado.

El asumir la tesis indudable de la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos permite garantizar al inversionista, al consumidor, y al productor que las normas de protección de la economía en sentido amplio y en sentido estricto serán las más adecuadas para desarrollar la mejor economía de mercado con las regulaciones necesarias para la adecuada convivencia de todos y la optimización de los bienes y servicios que por derecho nos corresponden.

La sociedad sí tiene potestad para delinquir y no hay duda que el derecho penal debe abandonar la rigidez que lo caracterizó durante muchos años, abriéndose paso a aquellas fórmulas de imputación más sencillas que busquen como único fin la tutela de los bienes jurídicos más relevantes para cada sociedad.

Por nuestra parte, estamos satisfechos del deber histórico, moral e intelectual que se ha dejado sentado para la posteridad y para la reflexión de todos los que nos apoyan y los que nos adversan. Venezuela es una y el Derecho Penal que proponemos es para los venezolanos, para nuestras realidades y para lograr el Estado democrático basado en la justicia y en el derecho al que nos hemos comprometido con la Carta Magna vigente.

Temas como el propuesto no tienen otra razón de ser que la modernidad, entendida como necesidad para evitar la impunidad; ese es nuestro espíritu y a él nos hemos plegado.

Algunos comentarios al anteproyecto de Código Penal

Reynaldo GADEA PÉREZ*

Debo comenzar por señalar que, los comentarios aquí realizados, no guardan una secuencia con el orden desarrollado del anteproyecto, sino los mismos son efectuados de acuerdo a los asuntos que me han llamado la atención, desde el punto de vista delictual, independientemente de su importancia filosófica jurídica y ocupándome únicamente de aquellos asuntos relevantes, con excepción de una de las críticas más severas que ha recibido el anteproyecto, como lo es la gran cantidad de artículos incluidos en el mismo, y por supuesto, el que en él existan tantos tipos penales.

Al respecto me permito señalar que la técnica legislativa usada en su concepción, diseño y redacción es bastante bueno. En el Primero de sus

* **Universidad Central de Venezuela,** Abogado. **Foreing Legal Consultant en Leyes Venezolanas,** autorizado por el Florida Bar, para el ejercicio en el Estado de Florida, Estados Unidos de América. **Escritorio Juridico Gadea Lesseur & Asociados,** Socio Fundador. Autor de La Crisis Bancaria y los Delitos, Editorial ProduGráfica C.A. 1996 y otros estudios

Libros, en el Título VII, se encuentran las disposiciones generales, para, en IX Títulos que contiene el Segundo de sus Libros, contemplar la parte especial y los delitos en particular y concluir, después de expresar todo lo relativo a las faltas en un Tercer Libro comprendido en V Títulos, en la derogatoria del Código Penal reformado el 20 de octubre de 2000, y con todas y cada una de las leyes que contengan o contemplen sanciones penales para determinados tipos de conducta, cualquiera sea su naturaleza, y por el desorden del legislador, se encuentran contemplados en innumerables textos legales.

Así pues, desde su entrada en vigencia, los venezolanos podrán saber, a ciencia cierta, cuáles conductas son punibles, y las sanciones a las cuales se exponen en el caso de transgresión de la normativa penal, y ésta es una novedad de suma importancia, por allanar el camino, no sólo para una mejor administración de justicia, sino también para un mejor comportamiento de la colectividad.

En segundo lugar, debo justificar la existencia de tantos tipos penales, porque en el tiempo se van formando y realizando conductas inexistentes en el pasado, las cuales afectan de manera definitiva el desarrollo social de nuestro pueblo. Para sólo citar un ejemplo he de referirme a la llamada delincuencia organizada, denominada de esa manera por las múltiples artimañas que han puesto en boga, justamente, para eludir las arcaicas normas contempladas en nuestro vetusto Código Penal, y que el Estado ha pretendido subsanar mediante la creación de normas, de manera desordenada y con pésima técnica legislativa, en diferentes textos legales.

En tercer término, y en contrario a lo que muchos expertos opinan, siempre he considerado que la pena, de privación de libertad de un individuo, no sólo va destinada a lograr su regeneración con el objeto de reincorporarlo a la sociedad, sino más bien lo veo como un método disuasivo, capaz de hacer pensar y meditar a una persona antes de ejecutar una acción criminal, por el castigo al cual será sometido, por una parte, y por otra, el de compensar a la sociedad por el daño que le causa una determinada acción delictiva.

Afirmo, independientemente de las normas del derecho adjetivo penal, que la falta de rigidez en las sanciones, es una de las mayores causas de impunidad, lo cual su vez, causan la inseguridad social de la que tanto se ha quejado la colectividad desde hace muchos años, y, si bien es cierto que parte de esa culpa la han tenido los órganos del Estado, no menos cierto es que ello obedece a la falta de una legislación sustantiva penal adecuada, que permita, de manera eficiente, sancionar a los culpables, pues modernamente se ha extremado la circunstancia de defender los derechos humanos de los delincuentes, olvidando y relegando los derechos humanos de las víctimas que, sin temor alguno, me atrevo a decir, superan ampliamente a los malhechores.

Lamentablemente, al contrario de los países desarrollados, vivimos en un mundo donde lo habitual es la delincuencia, no lo ocasional, y tal circunstancia nos obliga, por lo menos hasta el momento en que con formación y educación nos superemos, a sancionar fuertemente a todo aquel que transgreda las normas que, en definitiva, están dictadas en beneficio de la colectividad. Lamentablemente debemos recordar, todo aquello que implica seguridad, restringe el concepto de libertad, pero esta última no existe sin la primera. Donde no hay seguridad, no hay libertad.

Bajo la premisa expuesta, debo efectuar una crítica negativa al anteproyecto de Código Penal, en el sentido que, existen muchas conductas delictivas sin la correlación eficiente de la pena con la cual serán sancionados sus ejecutores.

Por sólo citar un ejemplo a este respecto, me referiré a la difamación, contemplada en el artículo 265 del Texto Sustantivo en comento, que si bien es cierto que, por fin, termina con la bizantina discusión acerca de si las personas jurídicas pueden ser sujetos activos o pasivos de esta acción, no menos cierto es que la sanción que se impone no es lo suficientemente severa, aun con la multa, para poner término a una de las prácticas más usuales en nuestra sociedad, simplemente, porque tales conductas suelen, en la mayoría de los casos quedar impunes, y la sanción es de tan poca importancia que no funciona de manera disuasiva sino de forma persuasiva.

Quiero aprovechar el comentario de esta disposición para señalar que, en la parte *in fine* de la misma, aparece uno de los pocos fallos en cuanto a técnica legislativa, pues considero que es más apropiado referirse a que las personas jurídicas, en cuanto a su reputación, pueden ser sujetos activos o pasivos de ese delito, evitado así el Y después de un punto y seguido.

Encuentro asimismo, en esta primera revisión del anteproyecto de Código Penal, que se tipifica un nuevo delito, que me llama la atención, por ser una conducta muy poco tenida en cuenta en otras legislaciones, y que evitará las típicas insolvencias fraudulentas, practicadas con muchísima frecuencia en Venezuela, realizadas con la única finalidad de defraudar a los acreedores, eludiendo las acciones civiles o mercantiles, en cuanto a la posibilidad del resultado exitoso de las mismas. De verdad muy atinada esta norma.

Quiero en esta ocasión, en que comento el capítulo relativo a la quiebra e insolvencias fraudulentas, realizar algunas sugerencias a fin de tratar de evitar algunos problemas de orden procedimental.

Así tenemos que el Código de Comercio, en su artículo 937 establece que será el Juez de Comercio quien declare la quiebra de un comerciante, y sólo después de declarada la misma, si el Juez Mercantil llegase a considerar, sólo si aparece alguna circunstancia que amerite procedimiento criminal, entonces remitirá las actuaciones al Juez Penal, quien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 924 *ibídem*, es el único facultado para calificar la quiebra, bien de oficio, bien a instancia del síndico, previa autorización de la mayoría de la masa de acreedores presentes, y ello es así por la circunstancia de estar el Código de Comercio en sintonía con el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal.

Sugiero entonces que se prevea que, en los casos de quiebra, si el Juez de Comercio, el Síndico designado encuentran fundados elementos de convicción de si la quiebra declarada pueda ser fraudulenta, y darse así algunos de los supuestos expresados en el artículo 612 del anteproyecto de Código Penal, entonces se de noticia al Ministerio Público a fin de que éste proceda a realizar la investigación correspondiente, subsanándose así los problemas existentes en cuanto a los modos de proceder.

Si bien ningún comerciante podrá ser enjuiciado penalmente por el delito previsto en el ya comentado artículo 612 hasta tanto el Juez de Comercio no declare su quiebra, constituyéndose tal decisión en un requisito de procedibilidad para intentar la acción, y, por supuesto, motivo de excepción que obstaculizaría el ejercicio de la acción, no se contempla en los delitos establecidos en los artículos 658 y 659 del anteproyecto, relativos al fideicomiso, una situación análoga.

En efecto, las disposiciones en comento se refieren, la primera, a la de dar al fondo fiduciario a su cargo una aplicación diferente a la destinada, y la segunda, es relativa a los incumplimientos habidos a las disposiciones de un contrato de fideicomiso, mandato o comisión u otro encargo de confianza, siempre y cuando tal incumplimiento produzca un daño irreparable en el patrimonio del beneficiario o del fideicomitente.

El primer problema que aquí se presenta es el de a quién le corresponde determinar si hubo o no incumplimiento de las disposiciones del contrato de fideicomiso, pues, según la ley que rige la materia, todos y cada uno de los problemas derivados de un contrato de fideicomiso, y entre ellos estarían, tanto el haber dado una aplicación distinta a los fondos fiduciarios, y otro, sería el incumplimiento o no de sus cláusulas, son competencia, exclusiva y excluyente, del Juez de Fideicomiso, que será el Juez Civil o Mercantil, según la condición de las partes que lo hayan suscrito, al que le corresponda decidir, previa proposición de la acción correspondiente, si tal circunstancia ocurrió o no, y si la misma causó daño irreparable en el patrimonio del demandante. Así lo dispone expresamente el artículo 29 de la Ley de Fideicomisos.

Ello debe ser así, porque la circunstancia de si se dio o no una aplicación distinta o diferente a la destinada en el contrato a los fondos del fideicomiso, si hubo razones o no para hacerlo, de si hubo o no incumplimiento de las diferentes obligaciones surgidas de la relación fiduciaria no puede dejarse a criterio de las partes signatarias, ni a una persona diferente al Juez Natural al que le corresponda conocer de la controversia.

Bajo los argumentos expuestos, considero necesario realizar tal aclaratoria, de la existencia de una decisión judicial que determine tal incum-

plimiento, como lo vimos en el caso de la quiebra, para que se cumpla entonces con el requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, sobre todo, porque en el mundo de hoy, uno de los contratos más usados es justamente el de fideicomiso, y que, de ser tan riesgosa, podría tender a desaparecer por el ejercicio indiscriminado de denuncias o querellas de ese tenor.

Creo asimismo, no deben mezclarse relaciones contractuales como el fideicomiso, que tiene una ley especial que la rige, con otras totalmente distintas, tanto en su naturaleza como en su ejecución, como lo son el mandato, la gestión de negocios, la comisión o cualquier otro género de encargo de confianza, que a su vez, su incumplimiento, como contrato en sí mismo, debe también quedar sujeto a una decisión judicial que lo determine, como requisito previo, al procedimiento criminal.

Igualmente opino que, el comiso previsto en el artículo 662, se debe establecer una diferencia para aquellos casos en que exista un tercero poseedor de buena fe que los esté poseyendo para el momento en que se ordena el comiso, ya que de no ser así, estaría sufriendo un castigo injusto.

Siguiendo con las novedades de los tipos penales que habrán de imperar en Venezuela tan pronto como este moderno anteproyecto, obviamente con sus correcciones, entre en vigencia, nos encontramos con la amplísima gama de los denominados, en el Capítulo IX del Libro Segundo, delitos societarios, lamentablemente inexistentes en la Venezuela del siglo XXI, y que ha permitido una gran cantidad de fraudes, estafas, apropiaciones indebidas y otras conductas irregulares relativas a la gestión administrativa que, por ser muy difíciles de encuadrar en la legislación actual, se realizan con mucha frecuencia en perjuicio de la buena fe de los contratantes que aspiran una mejor utilidad de los ahorros obtenidos con esfuerzo y trabajo.

Para abundar en la protección de los inversionistas, creo que el tipo delictual previsto en el artículo 637, relativo a la información financiera falsa, y, a la distribución de las utilidades ficticias o no repartibles, no debiera estar limitada, en forma alguna, sólo a las personas jurídicas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos o a la de Segu-

ros y Reaseguros bajo el marco de sus leyes respectivas. En mi opinión, tal figura delictual debe abarcar a todas aquellas empresas que están sometidas a la Ley de Mercado de Capitales, y, consecuencialmente, a la Supervisión de la Comisión Nacional de Valores, sin dejar de lado a las llamadas Casas de Bolsa.

El anteproyecto contempla, en el artículo 625 el denominado uso lucrativo de información privilegiada, sancionando a aquellas personas que, en el ejercicio de su profesión, trabajo o funciones hayan tenido acceso a una información privilegiada, y la utilicen en cualquier actividad referida al mercado de valores para la obtención de un beneficio económico propio o de un tercero.

Pues bien, considero que tal actividad delictual no debe quedar circunscrita a aquellas empresas relacionadas con el mercado de capitales, pienso que es necesario y conveniente extenderla a cualquier persona jurídica, y así sancionar a todo aquel que, mediante el uso de información privilegiada, pueda obtener un beneficio económico para sí o para otro mediante cualquier negociación, que en base a la información privilegiada obtenida, pueda alterar los resultados de la contratación, y ello, en la práctica, dada la falta de previsión legal ocurre con más frecuencia de lo que uno se imagina. Hoy en día, en los Estados Unidos de América, tal conducta, repito, no limitada a las empresas que cotizan en bolsa, está sancionada por la denominada Ley Sarbanes Oxley, aprobada por el Congreso de ese país en el año 2002, para combatir los delitos societarios fraudulentos.

Llama la atención lo relativo a los delitos contra la inviolabilidad de las comunicaciones privadas orales, pues mientras que la normativa que actualmente rige la materia contempla cuatro (4) tipos delictuales, en el anteproyecto se tipifican seis (6) delitos, redactados, a mi manera de ver de forma impecable, con la salvedad que, las penas impuestas a tales desafueros me parecen de poca importancia, sobre todo, porque se trata de delitos que diariamente se cometen en Venezuela, precisamente, por su baja penalidad y su difícil enjuiciamiento.

Hoy en día es común en nuestra patria, observar cómo diferentes personas, usualmente por móviles políticos, o por razones comerciales o industriales, son grabadas, en sus conversaciones personales, de la manera más impune, sin que exista castigo alguno, no sólo para los autores de la interceptación, sino para aquellos que alegremente las hacen del conocimiento público, sobre todo, si tomamos en cuenta que el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la protección a la vida privada y a la intimidad, sino que también limita el uso de la informática para garantizar la intimidad personal de los ciudadanos y ciudadanas, así como el ejercicio de sus derechos.

El anteproyecto, de manera acertada, impide aun la divulgación del contenido de las comunicaciones obtenidas lícitamente, limitando su uso, de manera exclusiva, a las autoridades policiales y judiciales encargadas de su investigación y procesamiento. Quizás aquí nos encontramos frente a un *lapsus calami*, en el sentido que, actualmente, la autoridad encargada de la investigación es, necesariamente, el Ministerio Público, lo cual fue omitido, indicándose a la autoridad judicial, que hoy no tiene capacidad de investigación.

Tres detalles más con relación a este capítulo. El primero de ellos es el referido al enjuiciamiento que, en mi opinión, no debe ser nunca a instancia de parte, sino de acción pública, ello, porque los particulares están absolutamente limitados en cuanto a la obtención de las pruebas por propios medios, y que, tal circunstancia los obliga a tener que acudir al denominado auxilio judicial, contemplado en el artículo 402 del Código Orgánico Procesal Penal, haciendo más complicada su situación.

El segundo es el relativo a la autorización contemplada en el artículo 307 del anteproyecto y que, necesariamente, debe otorgar el Juez de Control. Pienso que la misma debe ser solicitada sólo por el Ministerio Público, para los fines de investigación que señala la norma, y otorgada al organismo que sea indicado por la Vindicta Pública, una vez que exista la orden de apertura de la investigación, prevista en el artículo 283 del Texto Orgánico Procesal Penal. Hacerlo de otra manera sería a toda luz inconstitucional, y, ninguna de esas pruebas, obtenidas en contravención a lo dispuesto en el citado texto orgánico o de nuestra Carta

Magna, puede ser utilizada como fundamento de una decisión judicial ni como presupuesto de ella.

El tercero va referido a la condición del llamado funcionario, como circunstancia agravante, y señalarse si se trata de cualquier funcionario del Estado venezolano, que incluya a parlamentarios, jueces, fiscales, defensores y demás integrantes de los diferentes poderes, o si se trata sólo del aquel encargado de la investigación.

Otro de los temas que me llama poderosamente la atención, es la inclusión, dentro de la normativa penal sustantiva, el delito de fraude procesal, previsto y sancionado en el Capítulo X del Libro Segundo, relativo a esa conducta criminal, así como a la desobediencia de decisiones judiciales, revelación de actuaciones secretas, obstrucción ilegal, tres tipos diferentes de desacato y omisión de prestar el auxilio debido.

Por fin se introduce en Venezuela como delito el engaño al Juez o a cualquier funcionario judicial, mediante los artificios o artilugios capaces de sorprenderlo en su buena fe, para obtener de esa manera una providencia o pronunciamiento favorable, y, agradezco su advenimiento al mundo penal, porque es una conducta usual en el medio judicial venezolano, para con estas argucias evitar lo largo de los litigios. Donde es más común encontrar este tipo de actividad, que pronto será sancionada, es en los juicios civiles y mercantiles, con la presentación de letras falsas para obtener medidas preventivas que, a su vez, permiten ejercer coacción suficiente en la persona del demandado para hacerlo convenir en las pretensiones del actor.

Varias han sido las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en las que se ha detectado y declarado el fraude procesal, y la única sanción que hasta ahora se ha podido aplicar es la de la inexistencia de ese proceso, sin que se pueda investigar y sancionar a los autores de tan perversa actividad, atentativa, dicho sea de paso, contra la majestad del Poder Judicial, columna vertebral del sistema democrático, afectándole seriamente su credibilidad. Sin embargo, pienso que la penalidad impuesta a este tipo delictual no es suficiente para disuadir a los futuros defraudadores, porque repito, no se trata

sólo de obtener una providencia favorable, se trata, además, de la vulneración del Estado de Derecho, del daño al sistema de administración de justicia.

En cuanto al articulado de este capítulo me voy a permitir efectuar algunas sugerencias que pudieran llegar a ser útiles.

La primera de ellas es relativa a la revelación de actuaciones secretas, donde si bien se está castigando a todo aquel que, teniendo participación, revele actuaciones declaradas como secretas o reservadas por la autoridad judicial, se crea la duda de la aplicación de tal artículo cuando se violenta la reserva legal, que no deviene de una declaración judicial, establecida en el Código Orgánico Procesal Penal para los actos de investigación. Definitivamente no es lo mismo secreto que reserva, como tampoco es igual la reserva declarada por un Juez, por ejemplo en un caso de divorcio, que la prevista en la Ley.

La segunda es que sería conveniente, establecer el tipo penal y así sancionar a los funcionarios policiales que, en violación a lo dispuesto en el artículo 115 *ejusdem*, suministren información a terceros acerca de las diligencias que practiquen, o sobre todo, aquellas que le han ordenado realizar, pues tal conducta puede, de manera importante obstaculizar la búsqueda de la verdad, objetivo fundamental de la fase preparatoria en el proceso penal. Tal disposición adjetiva establece, a su vez, que tal infracción será sancionada conforme a la ley, convirtiéndola en una de las llamadas normas imperfectas, pues no hay norma alguna que sancione tal actividad.

La tercera es relativa a la obligación creada por el artículo 23 del Texto Penal Adjetivo de dar protección a la víctima. Allí se establece que los funcionarios, entiéndase fiscales, judiciales, o administrativos de ambas dependencias, o de los órganos de policía de investigación que no procesen las denuncias de las víctimas en forma oportuna y diligente, o que de cualquier forma afecten su derecho de acceso a la justicia, serán acreedores de las sanciones que le asigne el respectivo código de conducta, y cualesquiera otro instrumento legal. Pues bien, oportuno es este anteproyecto para establecer las sanciones correspondientes y penalizar así esta muy practicada conducta de omisión, de flojera, de desidia,

sobre todo tomando en cuenta que el Estado asumió, de acuerdo a la última parte del artículo 30 de nuestra Carta Magna, el deber de proteger a las víctimas de los delitos comunes, procurando que los culpables reparen los daños causados.

De cuarto, en lo que a este capítulo respecta, debo hacer mención obligatoria al artículo 117 de Procedimiento Penal, atinente a las reglas para la actuación policial, que indica, de manera detallada, cuáles son los principios que deben cumplir cuando, de acuerdo a la normativa del Código, deben proceder a practicar la detención de un ciudadano.

Pienso que, dada la importancia que revisten los derechos humanos, la observancia de los Tratados Internacionales, las previsiones contenidas en la Suprema Ley de la República Bolivariana de Venezuela, artículos 43, 44 y 46, obligan a establecer sanciones en contra de los funcionarios o funcionarias que incumplan con estas reglas elementales, sobre todo en aquellas conductas que no están sancionadas en otras normas del anteproyecto, como por ejemplo, el de presentar a los detenidos a los medios de comunicación sin el expreso consentimiento de ellos, que debe ser otorgado en presencia del defensor, y se hará constar en las actas respectivas. Ello evidentemente no se cumple en la práctica, y así, son expuestos al escarnio público muchas personas inocentes, quienes después no tienen cómo reivindicar su imagen, pues la detención suele ser la noticia, no la libertad.

En quinto y último lugar, debo señalar mi inconformidad con la redacción del artículo 910, relativo al desacato del mandamiento de amparo constitucional, pues allí se establece que, dictada la orden de rango Constitucional, quien la incumpliere o no la ejecute de manera inmediata e incondicional, será, de una sola vez, considerado imputado del delito de desacato de una orden judicial, ya que pienso que tal consideración a priori es absolutamente inconstitucional y violatoria del debido proceso.

En efecto, si no se cumple con el acto de imputación, conforme a lo dispuesto en el artículo 131 del Código Orgánico Procesal Penal, si no se da inicio a una investigación, conforme lo dispone el artículo 283 *ibídem*, o no se le permite al Ministerio Público la investigación de la

verdad, conforme a lo previsto tanto en el numeral 3 del artículo 285 Constitucional, que pudieran conducir a un acto conclusivo sin necesidad de efectuar una imputación, estaríamos frente a la violación del debido proceso y, además, sustrayendo de la Vindicta Pública el monopolio del ejercicio de la investigación y de la acción penal.

En consecuencia de lo expuesto, opino que con la supresión de la circunstancia de considerar imputado de manera inmediata al presunto infractor de una orden de amparo constitucional, bien por incumplirla o por no ejecutarla de manera inmediata, se subsana el inconveniente señalado.

Hago esta específica acotación, porque en mi experiencia profesional me tocó defender a una persona señalada por la presunta comisión del delito de desacato, previsto y sancionado en el artículo 31 de la ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales, pues la sentencia dictada en primera instancia era simplemente inejecutable, valga decir nula. Sin embargo, como bien sabemos, las sentencias de amparo son de inmediata ejecución, y a la que me refiero, era contentiva de una orden de hacer que era imposible de realizar. Ante tal circunstancia se interpuso la denuncia, época del Código de Enjuiciamiento Criminal, y la inmediata consecuencia fue la de un auto de sometimiento a juicio. Pues bien hasta tanto no fue revocado el fallo constitucional, lo cual llevó más tiempo de lo esperado, mi patrocinado estuvo sometido a una serie de limitaciones de sus libertades personales, como la de salir del país, no abandonar la jurisdicción del Tribunal, en fin, injustamente castigado con medidas de esa naturaleza.

Para continuar estos primeros comentarios del anteproyecto, me referiré a los delitos contenidos en el Capítulo I del Título XIV, en los que se tipifican conductas que pueden ser realizadas, tanto por Jueces de la República, como por los representantes de la Vindicta Pública en aquellas causas que, de una u otra manera están sometidas a ellos.

El error judicial inexcusable, previsto en el artículo 871, castiga con multa de cien a doscientas unidades tributarias al Magistrado o Juez que por imprudencia grave, o, ignorancia inexcusable y una inhabilitación para el ejercicio del cargo por un tiempo de dos a seis años. Creo que, si

tal conducta la castiga el Código Penal debería establecer alguna sanción privativa de libertad, como en el caso de los delitos culposos, pues se está sancionando una imprudencia, igual a la que puede ejecutar cualquier otra persona, con el agravante que lo realiza el encargado de la administración de Justicia.

Además de lo expuesto, aquella persona que resulte víctima de la conducta del Juez, por mandato expreso del numeral 8 del artículo 49 Constitucional, podrá pedir al Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificada. En virtud de ello, se debe aprovechar la ocasión para sancionar no sólo la imprudencia grave o el error inexcusable, sino también el retardo u omisión injustificada, y, facultar al Juez que habrá de conocer el asunto para que, en el ejercicio de la disposición constitucional, reestablezca o repare, de ser posible, el daño causado.

Me parecería útil indicar, a su vez, cuál sería el modo de proceder en estos casos, si de oficio, por denuncia, por querella o por acusación privada, y sobre todo, determinar qué instancia judicial es la que va a declarar que el Juez incurrió en tal conducta, para poder en consecuencia instaurar el ejercicio de la acción penal. Valga decir, establecer ese requisito de procedencia para su ejercicio, ya que, de no ser así, el Ministerio Público se va a llenar de denuncias al respecto, causando un caos mayor del que ya existe.

Para concluir, creo que se debe aprovechar el anteproyecto para definir, de una vez por todas, cuáles son armas de guerra y cuáles no, ya que la remisión que hace el artículo 916 a la Ley de Armas y Explosivos, que es una normativa arcaica, así como a las demás disposiciones legales acerca de la materia, es definitivamente inútil.

En efecto, al leer la definición de armas de guerra de la Ley Sobre Armas y Explosivos, nos percatamos que cualquier arma puede ser considerada de guerra, ya que textualmente establece, dentro de una enorme e incompresible definición, que, en general, serán tales todas aquellas que pudieran ser útiles en la guerra, de todas clases y calibres, de un tiro, de repetición, automáticas, semiautomáticas, y sus respectivas

municiones y aparejos para ponerlas en actividad; sables, espadas, espadines, lanzas y bayonetas. En fin, todo podría ser considerado un arma de guerra. Inclusive se habla de pistolas y revólveres de largo alcance. Tal concepto, aparte de ser totalmente genérico, está reñido con los conceptos modernos de lo que actualmente puede ser considerada como un arma de guerra.

Por su parte, la Ley para el Desarme señala, en el numeral 3 del artículo 6, que las armas de guerra que no estén en posesión del Estado, serán decomisadas y pasadas al Parque Nacional, ninguna otra referencia a tales, por lo que, el concepto de la Ley de Armas y Explosivos sigue con plena vigencia.

Tampoco la Resolución alfanumérica DG-21171 de fecha 3 de junio de 2003, emanada de la Dirección General del Ministerio de la Defensa, altera o cambia la definición *ut supra* referida, primero, por ser una resolución, y segundo, porque en las disposiciones de carácter general, define las armas de guerra como aquellas que estén en posesión y uso del Estado, entre paréntesis, Fuerza Armada Nacional, para luego definir las armas de uso particular o civil, como aquellas que sirven para la defensa personal, deportivas o de cacería, científicas, de vigilancia y protección y, por último las de colección.

Como se verá, no existe, realmente, una definición, un concepto claro de lo que es un arma de guerra. Siendo simplista, ningún arma corta, semiautomática, debe ser considerada un arma de guerra, sin importar su calibre. Nótese que los soldados, como tales, no portan pistola ni arma corta alguna, sólo los suboficiales y oficiales las utilizan, y ello, como defensa personal, aun en la guerra.

Considero también apropiado, incluir en el Código, que los civiles puedan ser autorizados a portar armas cortas, pistolas semiautomáticas de cualquier calibre, sobre todo, tomando en cuenta, que el tipo de munición no va a calificar el arma como de guerra, y para la defensa personal, son necesarios, que sea eficiente el calibre de alta potencia. De esa manera, se evitará cualquier género de confusión, tanto para el momento de la expedición del correspondiente porte de arma de parte de la

Dirección de Armamento de la Fuerza Armada, así como el evitar la posibilidad de errores en los conceptos subjetivos por parte de los jueces, a la hora de administrar justicia.

Con el aporte de algún técnico experimentado, preferiblemente civil, podrá definirse, perfectamente bien, qué es un arma de guerra.

Agradecido por permitírseme este aporte, y algunas observaciones en el avance de tan estupendo anteproyecto, que es de vital importancia para Venezuela, tanto así que es una orden constitucional, prevista en la Disposición Transitoria Tercera, a la Asamblea Nacional, fijándole para tal fin un plazo perentorio de seis meses, aunque haya sido sólo para la inclusión de un determinado tipo penal.

Reflexiones sobre las penas en el anteproyecto de Código Penal propuesto por el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros

María Esther GUÍA TIRADO[*]

SUMARIO:

1. **La pena en un Estado democrático y social de derecho y de justicia.**
2. **Las penas en el anteproyecto de Código Penal.**

Han trascurrido casi ocho décadas de vigencia del Código Penal Venezolano, más bien nueve, si consideramos que nuestro viejo Código, vi-

[*] **Universidad Católica Andrés Bello:** Abogado; Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas; Profesora Asistente. **Universidad Santa María:** Especialista en Derecho Penal. **Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas:** Juez (S) de Primera Instancia.

gente desde 1926, mantuvo la misma estructura del de 1915. Durante tanto tiempo, apenas dos reformas muy puntuales, llegaron a efectuarse en los años 1964 y 2000, las cuales respondieron a motivaciones y a situaciones coyunturales o a intereses políticos del momento, más que a los cambios que reclamaban las realidades, los valores, costumbres y necesidades de una sociedad que avanzaba vertiginosamente. Fue esa misma sociedad, la que por vía de hecho, ante la pasividad del legislador, la que en la práctica dejó de considerar como punibles, conductas que habían sido condenadas por la sociedad rural de la primera mitad del siglo pasado.

Los esfuerzos que durante todos esos largos años realizaron destacados y estudiosos juristas, para sustituir el viejo Código por un instrumento moderno, que respondiera a las nuevas tendencias y corrientes ideológicas que se debatían en el mundo, fueron en vano.

Muchos fueron los aportes individuales y de equipos, quienes lograron entusiasmar a amplios sectores de la vida nacional y que luego se quedaron descansando en las gavetas del extinto Congreso de la República, en las esperanzas y los buenos deseos de quienes para aquellos días llenaban las aulas universitarias o en los libros que han dado un testimonio para la historia: Proyecto Chiossone de 1938; el Proyecto Mendoza de 1944; el Proyecto de la Comisión Codificadora Nacional de 1947; el Proyecto Jiménez de Asúa, Mendoza y Méndez, de 1948; el Proyecto del Instituto de Codificación y Jurisprudencia de 1955 (Ponencia de Tulio Chiossone); el Proyecto del Instituto de Codificación y Jurisprudencia de 1961 (Ardila, Tamayo y Medina); el Anteproyecto de 1967 (Jiménez de Asúa y José Agustín Méndez) y el Proyecto de 1969 (J. Ascanio, Otto Marín Gómez y José Miguel Tamayo); Proyecto Sosa Chacín-Tamayo Tamayo (1974-1980).

El legislador venezolano prefirió escoger el camino de las leyes penales especiales o, peor aún, el de incluir en cada nueva ley, cualquiera que fuera su naturaleza, más tipos delictivos, algunos no tan nuevos, sino, simplemente, con penas más altas.

El resultado: hoy nos encontramos ante una maraña de tipos penales, dispersos en decenas de leyes y, lejos de que con ello se produzca seguridad jurídica para los ciudadanos, en lugar de organizar, cohesionar nuestro sistema penal, servir de cimiento a una verdadera política criminal, la inflación de normas penales ha fortalecido la anarquía, la confusión, la ineficacia y, ante tanta inflación de Derecho Penal, como único recurso del legislador para sanar los males de nuestra sociedad, éste se ha ido convirtiendo en un Derecho Penal simbólico, en cuanto a que responde más a la apariencia que a la realidad, contrapone prestigio a efectividad, opone lo manifiesto a lo latente, lo verdaderamente deseado por lo otrora aplicado,[1] un Derecho Penal creado para dar la impresión de que está haciendo algo, cuando nuestro aparato judicial luce atrofiado e ineficaz, dejando como saldo los más bajos niveles de rendimiento que se manifiestan y sintetizan en una palabra, impunidad.

Ante tanta dispersión, urge un esfuerzo de codificación. Urge un intento de lograr un consenso alrededor de un proyecto que permita sancionar y poner en vigencia un Código Penal moderno. Por lo tanto, no podemos dejar de reconocer cualquier manifestación que en ese sentido se adelante. Con la presentación del Anteproyecto de Código Penal por el Magistrado Angulo Fontiveros y los especialistas que lo han acompañado en esta tarea, resurge una vez más el interés y el entusiasmo de diversos sectores por impulsar en forma definitiva la aprobación de un nuevo Código Penal. Es natural que surjan variados temas de discusión, algunos tienen que ser abordados con la conciencia de que son sumamente polémicos. Es sano y deseable que todos sean profundamente debatidos por diversos sectores de la comunidad nacional, hasta lograr el mayor consenso posible.

No obstante ser tantos los aspectos de interés sobre los cuales nos sentimos tentados a dar nuestra modesta opinión, este trabajo tendrá necesariamente que circunscribirse sólo a alguno de ellos, razón por la cual hemos considerado útil realizar algunos comentarios sobre el siempre polémico tema de LAS PENAS.

---

[1] Hassemer, Winfried, 1991. *Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*. Pena Estado, Traducción de LARRAURI, Elena, Revista Hispanolatinoamericana, PPU. p. 24.

Este anteproyecto surge en un momento de definiciones. Es el momento de darle un marco legal a los objetivos delineados en nuestra recién estrenada Constitución. El Derecho Penal es la máxima expresión del poder de coerción del Estado y, cuando define los delitos y las faltas y, muy especialmente, cuando define el sistema de penas, deja al descubierto la concepción política que va a prevalecer, más allá de cualquier declaración de principios.

Si el modelo de Estado elegido por el constituyente ha sido el de un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia**,** esa tiene que estar en la columna vertebral de nuestro sistema penal. Se plantea entonces el problema de analizar si la teoría de la pena que inspira al nuevo Proyecto de Código Penal está o no en discrepancia con la que exige el modelo de Estado que tenemos y con los objetivos que la Constitución le asigna.

1. LA PENA EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y DE JUSTICIA

No hay poder que se manifieste de una manera más drástica sobre el ser humano, que el poder penal del Estado. Mediante el uso de ese poder el Estado puede "legalmente", aunque no siempre "legítimamente", encerrarlo, privarlo de su libertad por buena parte de su vida, despojarlo de sus bienes materiales y llegar a traspasar el límite de lo material para llegar a deshumanizarlo, afectando hasta las raíces de sus valores espirituales. La forma como el Estado utilice su derecho a castigar, puede dejar al descubierto su verdadera concepción política. La retribución, la prevención especial y la prevención general, la defensa social, han constituido diversos cometidos asignados al Derecho Penal, en las distintas concepciones de Estado y en diferentes momentos. La definición de las penas, su aplicación y sus fines, aun se les llame de la misma manera: "retribución, prevención general o prevención especial" encontrarán su justificación y su significado será interpretado de acuerdo con la base ideológica que sustente ese modelo de Estado.

Tal como lo explica Mir Puig,[2] en un Estado de base Teocrática, la pena se justificaría como exigencia de una justicia análoga al castigo divino. Si el Estado es absoluto, la pena sería un instrumento que busque el sometimiento de los súbditos, a través del terror penal, asociado a la función de prevención general. Bajo el esquema del Estado liberal clásico, inspirado en el Estado de Derecho, que busca la limitación jurídica de la potestad punitiva partiendo de principios abstractos e ideales, como el de igualdad ante la ley, la pena se basará en la exigencia de justicia, castigar según lo merecido, es decir, retribución.

Cuando el legislador venezolano copió, casi literalmente, el viejo código de Zanardeli, en Venezuela regía la Constitución de 1925, propia del régimen dictatorial gomecista. Para ese momento histórico-cultural, la concepción de Estado le asignaba al Derecho Penal cometidos distintos a los que hoy tendrían que atribuírsele.

Corresponde ahora diseñar un Código Penal para la Venezuela del siglo XXI, cuya forma de Estado está definida en el artículo 2 de la Constitución de 1999 como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, siguiendo modelos contemporáneos como el de Alemania (1949) España (1978), Colombia (1991), por mencionar sólo algunos de los países que han reformado en las últimas décadas sus respectivas constituciones.

Todo ese tiempo transcurrido durante la vigencia del Código Penal de 1925 ha permitido que generaciones conozcan y evalúen distintos paradigmas, algunos –como bien lo dijo Rosa del Olmo–[3] construidos a fuerza de discursos, con conceptos y marcos teóricos cuyo agotamiento está comprobado. Hoy se ha constatado que las fórmulas que un día surgieron como la solución de los problemas están desacreditadas, y los discursos construidos por lo politólogos en torno al Estado, lo sabemos de sobra, están divorciados del curso de los acontecimientos.

---

[2] Mir Puig, S., 1998. *Derecho Penal, Parte General.* TECFOTO SL, Barcelona, p., 195.
[3] Del Olmo, Rosa, 1995. *La función de la pena y el Estado latinoamericano,* en La experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo, México. p. 68.

Lo que sí está hoy vigente es la doctrina de los Derechos Humanos. Lo que sí es evidente y se constata reiteradamente, es la ineficacia de la prisión que ni reeduca, ni resocializa, sino que degrada; o que las consecuencias de la segregación de la población penal conducen a la reproducción del delito; o que penas más altas y más severas, incluso la pena de muerte, no bastan para disuadir a los potenciales delincuentes.

Algunos comentaristas del tema, señalan que se trata sólo de un problema de insuficiencia de recursos o de que la administración es deficiente. Pero lo cierto es que cuando se llega a conclusiones adversas a la eficacia de la prisión en la consecución de sus fines, no se realizan estas afirmaciones como conclusiones extraídas sólo de experiencias de países subdesarrollados. No hay duda de que estos factores alejan aún más el ideal de que en la prisión se obtengan los resultados deseados. Se trata de que la prisión no sirve, no rehabilita, degrada al ser humano, independientemente de los recursos que se destinen a mejorar su situación. Aun cuando estos elementos sean mejorados, subsistirá la falla esencial: No puede cumplir la prisión su fin reeducativo porque no se puede educar para vivir en libertad en un contexto en que no existe la libertad, no se puede formar a alguien en el respeto a las leyes en un contexto en que éstas no son respetadas ni valoradas, no se puede lograr que alguien aprenda a vivir en sociedad, dentro de un sector de la sociedad que para nada se parece al mundo exterior, lo que sucede con la prisión es todo lo contrario.

El hecho de que hoy podamos diferenciar más claramente entre la realidad y la utopía, en cuanto a lo que se puede lograr o no a través de la aplicación de las penas privativas de libertad, nos coloca en mejores condiciones para afrontar con éxito la tarea de lograr que ese proyecto moderno, realista, por el que todos apostamos. La obligación que tiene el legislador de someterse a la nueva Constitución y adaptarse a sus postulados, rechazando todo aquello que los contravenga, puede ser una garantía de que no suceda lo mismo que sucedió con proyectos anteriores.

Desde que se intentó por última vez aprobar un Proyecto de Código Penal, han transcurrido más de veinte años. Para ese entonces, estaba todavía muy fresca la tinta que había recogido las utopías de los peni-

tenciaristas de los años sesenta, quienes apostaban todo su sentido de idealismo y esperanza a grandes expectativas frente a la fuerza rehabilitadora de la prisión y sus alternativas, sin que faltara alguno que se fuese al extremo de proponer su definitiva abolición y otros, más moderados, como López Rey,[4] quien con más realismo comentaba:

> ...eso nunca se va a lograr de parte de búsquedas penológicas intelectuales, tan de moda hoy en día. Aunque puedan satisfacer a los participantes de reuniones nacionales e internacionales, no pueden ocultar uno de los más destacados fracasos contemporáneos: el tratamiento institucional de los delincuente.

¿Qué nos corresponde hacer hoy? ¿Cómo podemos afrontar con realismo los cometidos de nuestra moderna Constitución que prescribe que la función principal de la pena es la resocialización y que prefiere no mencionar siquiera la palabra retribución? No podemos recurrir al "tratamiento" tan en boga en los sesenta, porque sabemos que dentro de la cárcel no funciona. Maier[5] afirma el gran movimiento de los años sesenta "que inclinó la balanza de los fines de la pena hacia la prevención especial con su pena privativa de libertad concebida como "tratamiento" y postuló la creación de establecimientos de encierro "social-terapéuticos", ha arrojado resultados halagüeños".

Entonces, si estamos obligados a ser consecuentes con el constituyente en su postulado de "resocialización", no podemos ampararnos en el fracaso del tratamiento, para justificar el que sigamos aferrados a las mismas soluciones del pasado, simplemente, más tipos penales, más penas privativas de libertad y más largas. Hay que encontrar las alternativas al "tratamiento" tan promovido por las corrientes positivistas.

Lo que sí no se puede admitir, es que después de que se ha repetido tanto y por tanto tiempo que lo razonable es optar por un principio de

[4] Referido por Del Olmo, 1964, obra citada.
[5] Maier, Julio, 1996. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª Edición, Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., p. 373.

reacción mínima, que trate de minimizar a la violencia generada por el mismo sistema penal, es decir, acudir al Derecho Penal como la última *ratio* (es interminable la lista de autores que han sustentado lo mismo, directa o indirectamente, ubicados en corrientes extremas, unas radicales, otras más moderadas, en cualquier lugar del mundo: Zaffaroni, Foucault, Binder, Christie, Ancel, Del Olmo, Mir, Bustos, Roxin, y muchos más), nos conformemos con una ley penal cuya idea fundamental sea el castigo.

No se trata de que nos ubiquemos en una corriente abolicionista radical y salir a manifestar porque se derrumben los muros de la prisión, se trata de encontrar la razón y la función de la pena privativa de la libertad, o mejor aún, de encontrar y aplicar las penas alternativas para sustituir la prisión hasta donde sea posible.

La Constitución nos ha proporcionado los lineamientos a seguir para acercarnos a una fórmula de rehabilitación del delincuente que, además, asegure el respeto a sus Derechos Humanos:

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

Para materializarlo, tenemos que pensar en penas alternativas a la prisión. No de penas accesorias que más que alternativas, sean penas adicionales a la prisión.

Insisto en que no se trata de proponer que se eliminen las prisiones y las penas privativas de libertad. Esto no ha sido posible ni siquiera países más avanzados, ni en aquellos de la península Escandinava donde nacieron las teorías abolicionistas. Por otra parte, sería utópico pensar que la pena dejará de tener una función retributiva, de no reconocerlo, sólo lograríamos pasar la retribución a la lista de las funciones no declaradas de la pena. Es una realidad, la pena no dejará de ser aflicción, sufrimiento, un mal por otro mal, independientemente de los fines que se declaren y los efectos que logren, pero lo que no se puede admitir es que la retribución sea un fin en sí misma, sino más bien una consecuen-

cia inevitable de la pena, para darle paso a fórmulas de resocialización. En un Estado social, democrático, de derecho y de justicia, como afirma Morais,[6] la retribución no puede convertirse en una "obsesión sancionadora" ni conducir al extremo de justificar la imposición del castigo, aun cuando no sea necesario para la sociedad.

Al respecto acogemos como propio lo dicho por Maier,[7] en cuanto a que el proceso de *prisionalización* sólo incapacita al condenado para su vida posterior en libertad, provoca deterioro mental que puede provenir de la internación excesiva en un establecimiento carcelario. Cuestiona la efectividad de la prisión, afirmando que "los datos empíricos arrojan una cuota elevadísima de reincidencia, realidad posiblemente más desalentadora si se tiene en cuenta la cifra negra".

La prevención especial también queda desacreditada según afirma el mismo Maier[8] "los datos acerca de la distribución de la reincidencia tampoco emiten un dictamen favorable acerca de los beneficios de la privación de libertad, ya que ella aumenta o disminuye según los factores que no guardan relación con la ejecución de la pena, y señala entre otros, grave aumento en las ciudades grandes con relación a las pequeñas, disminución después de los 35 años, riesgo mayor en el período que sigue inmediatamente a la liberación, mientras que sí ha quedado evidenciado la influencia benéfica de la libertad condicional y de suspensión condicional de la condena.

Consideramos que los proyectistas, al señalar expresamente en la Exposición de Motivos del anteproyecto que "…el Código Penal es fundamento indefectible del Estado social, democrático, de justicia y Derecho, postulado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"; y, unas líneas más adelante agrega que "…*la pena responderá a los principios de necesidad y proporcionalidad y tiene también como fines la prevención,* ***retribución*** *y reinserción social*

[6] Morais, María Gracia. 2001. *La Pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal.* Vadell Hermanos. Caracas. p. 23.
[7] Maier, *Ob. Cit.*, p. 372.
[8] *Ibídem* p. 373.

del condenado", lo cual se repite en el artículo del anteproyecto, incurren en cierta contradicción.

Ya la Ley de Régimen Penitenciario venezolana (2000), en su artículo 2, se abstuvo de mencionar la retribución como fin de la pena cuando señala que "La resocialización del penado constituye el objetivo fundamental del período de cumplimiento de la pena".

A nuestro juicio, no podía ser de otra manera. Por una parte, la función de prevención, especialmente la general, comienza su efecto en el mismo momento en que es promulgada la ley penal sustantiva, abarca a toda la población, no a los que ya están incluidos en el sistema penitenciario y el legislador tenía que ser también coherente con el carácter garantista del recién para entonces aprobado Código Orgánico Procesal Penal y con la Constitución, cuya discusión transcurría paralelamente en la Constituyente, a la de la Ley de Régimen Penitenciario en el Congreso, durante el año 1999.

En Colombia, por ejemplo, el tema no ha estado fuera del debate, ya que el Código Penitenciario y Carcelario Colombiano de 1993 en su artículo 9° estableció que "La pena tiene una función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización". Esta nueva concepción suprimió la referencia a la "retribución" del artículo 12 del Código Penal que señalaba que toda pena tiene que estar orientada al cumplimiento de funciones "retributivas, protectoras y resocializadoras".

Destacados autores colombianos criticaron severamente que el Código Penal reconociera la retribución como función de la pena. Fernández Carrasquilla[9] afirmó que "la retribución no es función ni fin de la pena en un Estado Democrático", sino en esencia aflicción y sufrimiento compensatorio, agregando que la pena equilibrada a los valores éticos y culturales de la comunidad –incluidas humanidad, proporcionalidad y necesidad social– y que sólo esa pena equilibrada a los valores éticos y

[9] Fernández Carrasquilla, Juan, 1988. *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal.* Grupo Editorial Leyer, Bogotá. p. 343.

culturales de la comunidad, es la que produce "intimidación sin terror, inhibición sin parálisis y orientación valorativa sin coerción axiológica" y por lo tanto cumplir con la "función pedagógica" y surtir adicionalmente efecto preventivo positivo. Señala Fernández Carrasquilla[10] que en un Estrado Democrático de Derecho "la pena no se puede pensar sino con el carácter de prevención, pero entendiendo que ésta ha de ser más general que especial y más negativa que positiva".

Por su parte, Bustos Ramírez, de manera enfática, llega a decir que el único efecto realmente surtido por la pena –fuera de su impacto desastroso sobre la vida del penado y sus costes para la comunidad– sea el simbólico de la reafirmación o autoconstatación funcional del poder del Estado, como poder superior e invencible".

A los comentarios anteriores podemos agregar los del penalista Carlos Pérez,[11] quien ha afirmado que la pena justa, es la proporcionada al injusto material y a la culpabilidad, adquiere una dimensión terrenal o social cuando su sentido práctico y utilitario consiste en prevenir, proteger los bienes jurídicos del individuo y de la comunidad y resocializar al penado, sin que esté supeditada a que realmente los cumpla, ya que las penas privativas de libertad, especialmente si son de larga duración, y en eso coincide con Fernández Carrasquilla, producen "un inevitable efecto de deshumanización o disocialización del penado. Con relación a la función resocializadora, Pérez afirma que no es posible resocializar a quien partió de la degradación colectiva para que vuelva a ella, acudiendo a ese abyecto mecanismo que no es sino parte de las instituciones generales: La Cárcel".

Le llegó la hora a Venezuela de definir el rumbo de nuestro sistema penal y las líneas generales están señaladas en la Constitución cuando define el modelo de Estado y dentro de ese contexto, el paradigma de nuestra política criminal. Propone Roxin[12] como objetivo del Derecho

[10] *Ibídem.*
[11] Pérez, Carlos, 1987. *Derecho Penal.* Tomo I, 2ª Ed. Temis, Bogotá. p. 270.
[12] Roxin, C; Mir Puig, S; Bottke, W.; y otros, 1997. *Política Criminal y nuevo Derecho Penal.* Libro homenaje a Claus Roxin. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosh Editores. Barcelona. p. 37.

Penal, la creación de un sistema de reglas que facilite a los ciudadanos una convivencia protegida y el libre desarrollo de su personalidad donde "las privaciones de libertad que no sean una condición indispensable para la coexistencia pacífica, se tienen que suprimir". Esto supone, según el autor que, "solamente se debe emplear el Derecho Penal, ya que se trata del medio de reacción jurídica más severo, cuando la paz social no se pueda restablecer con medidas menos incisivas".

El Derecho Penal no puede fundamentarse en un principio irracional como la venganza, que no cambia en nada el delito cometido. La función de la pena debe ser **preventiva**, prevenir futuros delitos sin infundir terror; eliminar el conflicto social en lo posible por el actor, sin que ésta se desvíe hacia lo que caracteriza un sistema policial o totalitario. Limitar o restringir la libertad, más que privar de la libertad a quien ha sido hallado culpable de un delito, todo en la medida de su culpabilidad, principio que delimita cualquier sanción penal; ser un factor de prevención, y dentro de esa función, cumplir con la función **de reparación**, como lo son la imposición de la reparación del daño, como medio autónomo de represión.

2. LAS PENAS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL

Señalan los proyectistas en la Exposición de Motivos:

> Este anteproyecto del Código Penal es liberal porque no es represivo en exceso sino comprensivo y con una tendencia general de no fijar penas altas. Ello no es lo más importante sino la certeza de su cumplimiento. Es preferible estipular penas moderadas y que se cumplan, a fulminar penas severísimas que después resulten incumplidas por cualquier razón...".
>
> (…)
>
> Las penas y sus clases han constituido un avance de actualización, toda vez que el anteproyecto proporciona una moderna clasificación de las penas al eliminar una absurda diferencia teórica entre la pena de presidio y la de prisión, y se establece la pena de prisión para los delitos y la de arresto para las fal-

> tas; quedan eliminadas la relegación a la colonia penitenciaria y otras formas anacrónicas de sanción penal.
>
> (…)
>
> Como aspecto de vanguardia queda lo relacionado con las penas privativas de otros derechos, señaladas en el artículo 74, que contempla la inhabilitación política, la inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas, la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte o industria; la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad, la privación del derecho de conducir vehículos automotores (destaca la importancia de la conducta subjetiva dañosa el peligro que se ocasione al colectivo) y la privación del derecho a la tenencia del porte de armas, con igual característica que el permiso para conducir; conductas típicas que comenzó a analizar la teoría de la imputación objetiva inspirada en la teoría finalista y sus postulados iniciales y esenciales.

Hemos seleccionado estos fragmentos de la Exposición de Motivos, con cuyo contenido estaríamos de acuerdo, si hubiéramos constatado a través del análisis del articulado, si efectivamente, los proyectistas logran los objetivos que se han propuesto en cuanto al modelo que pretenden proponer.

Afirman los proyectistas que se trata de un modelo de Código Penal "liberal" porque no es represivo en exceso, sino comprensivo y con una tendencia general de no fijar penas altas. Una lectura comparativa tanto con el Código Penal vigente como con el Código español, con especial atención al *quántum* de las penas, nos permite afirmar que la realidad es diferente.

Constatamos: a) que muchos tipos penales idénticos, tienen también penas idénticas, nunca menores; b) los tipos penales más frecuentes, como son aquéllos contra las personas y contra la propiedad, tienen penas que superan ampliamente a las de los códigos extranjeros y a las del Código Penal vigente. c) Que conductas que antes eran faltas o ilícitos administrativos, han sido tipificadas como delitos.

No puede afirmarse entonces, que un código penal es liberal porque descriminaliza una decena de conductas, cuya sanción ya había caído prácticamente en el desuso, mientras que a la vez recoge, no solamente todos los tipos penales que estaban dispersos en más de ochenta leyes orgánicas y especiales, creadas a lo largo de estos últimos años –esfuerzo de codificación al cual hemos saludado y reconocido como urgente y saludable– sino que además, influenciado por códigos extranjeros, como el colombiano o el español, se tipifican, muchas veces sin necesidad, conductas que hasta ahora no eran consideradas delictivas, o que podían ser subsumidas en algún otro tipo penal ya existente, así como se agregan otros delitos novedosos aquí en Venezuela, que no existen en otros estados democráticos, por tratarse de acciones que le están permitidas a los ciudadanos, en salvaguarda de principios como la libertad de opinión e información, derecho a manifestación, o que son expresión de derechos políticos fundamentales.

A continuación presentamos un cuadro comparativo, de algunos delitos, contra diversos bienes jurídicos, a manera de ejemplo, con el fin de sustentar estas afirmaciones:

Ley vigente (C. Penal u otra)	Código Penal Español	Anteproyecto
No está tipificado como delito. Es un ilícito administrativo contemplado en la Ley de Tránsito Terrestre. **Artículo 94.-** Serán sancionados con **multas equivalentes al ciento por ciento (100%) del salario mínimo urbano mensual**, los propietarios o conductores que incurran en las siguientes infracciones: (...) Conduzcan vehículos bajo influencia de bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes, psicotrópicas o a exceso de velocidad.	379. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, será castigado con **pena de arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, respectivamente, por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.**	**Artículo 232.-** Conducción de vehículos automotores en estado de embriaguez. Quien conduzca embriagado cualquier vehículo automotor, **será castigado con prisión de seis a doce meses y multa de cincuenta a cien unidades tributarias**.

No existe un tipo penal específico para falsedad de títulos profesionales **Artículo 323.-** Todo el que hubiere hecho uso o de alguna manera se hubiere aprovechado de algún acto falso, aunque no haya tenido parte en la falsificación, será castigado con las penas respectivas establecidas en los artículos 320, si se trata de un acto público [dieciocho meses a cinco años], y 322, si se trata de un acto privado [tres a nueve meses].	**Artículo 403.** El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, **incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses**. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, **se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses.** Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de **seis meses a dos años.**	**Artículo 703.-** Atribución de falso título. Quien sin estar acreditado por un título expedido por universidad o institución legalmente facultada para ello, se anuncie o atribuya una profesión, título o especialidad académica, será sancionado **con prisión de seis a veinticuatro meses y multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias**.

Artículo 407.- El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado **con presidio de doce a dieciocho años**.	**Artículo 138.-** El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de **diez a quince años**.	**Artículo 210.-** Homicidio. Quien dolosamente mate a una persona será penado con prisión **de catorce a dieciocho años y multa de un mil cuatrocientas a un mil ochocientas unidades tributarias**
Artículo 299.- Será castigado con presidio **de cuatro a ocho años**: 1.- Cualquiera que haya falsificado la moneda nacional o extranjera que tenga curso legal o comercial dentro o fuera de la República	**Artículo 386.-** Será castigado con las penas de **prisión de ocho a doce años** y **multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda**: 1.º El que fabrique moneda falsa.	**Artículo 671.-** Falsificación y alteración de monedas y su circulación. Será castigado con prisión de **cuatro a ocho años** y **multa de cuatrocientas a ochocientas unidades tributarias**: 1. Quien haya falsificado la moneda nacional o extranjera que tenga curso legal o comercial dentro o fuera de la República.

Al comprobar que, efectivamente, las penas que propone el anteproyecto son más elevadas, nos permite afirmar que se trata de una ley penal represiva, en contradicción con lo anunciado en la Exposición de Motivos.

Afirma Maier,[13] que los sistemas penales no consiguen desprenderse de la privación de libertad como pena característica, aunque las legislaciones positivas más modernas, comienzan a reemplazarla con significativo éxito por la multa o por las formas restrictivas de libertad que, o bien no implican encierro, como ha sido definido tradicionalmente, o bien lo limitan a ciertos períodos y procuran incluso en su máxima medida, evitar su ejecución.

En efecto, el anteproyecto que comentamos no se ha desprendido de la pena privativa de libertad. Más de ochocientos delitos allí tipificados y las decenas de faltas que se proponen, uniformemente, son sancionados con pena de privación de libertad. Esto no es una novedad, la mayoría de los códigos penales de otros países también sancionan todos los delitos y las faltas con penas privativas de libertad.

Sin embargo, en nuestro caso se presenta una agravante, ciertamente se han creado nuevas penas, a cada delito se le incluye una pena de multa y otras penas restrictivas de libertad. Estas nuevas penas, tal como lo señala Maier, han tenido éxito y podrían ser la clave para lograr la tan deseada resocialización. Pero en nuestro caso, al ser impuestas, además de la privativa de libertad, después de cumplida ésta, no en lugar de ella, como la doctrina ha venido proponiendo, difícilmente se lograría el efecto deseado.

Si todos los delitos se sancionan con prisión, más multas que pueden ser impagables, especialmente, para los más desfavorecidos, cuando se sabe que los pocos a quienes la eficacia o, más bien, la ineficacia del sistema penal logre capturar, serán mayoritariamente quienes no tienen recursos económicos, convirtiéndosele entonces la pena de multa en pena de arresto,

[13] Maier, *Ob. Cit.*, p. 374.

es decir, otra pena privativa de libertad, o en trabajo voluntario, a lo que se agregan penas accesorias que traspasan el tiempo del cumplimiento de la condena y hasta lo duplican. De esa manera se hará nugatoria cualquier posibilidad de rescatar al penado, cuando aún la prisión no ha sido un factor que afecte su dignidad, su salud física y emocional.

Para sustentar las afirmaciones hechas en el párrafo precedente, no es necesario recurrir a sofisticadas hipótesis de índole psico-sociológica, para advertir la abismal desigualdad de ingresos, de oportunidades de educación, de condiciones de vida dignas, que caracteriza a los sectores más pobres y su vulnerabilidad frente al delito. Tampoco es necesario ser investigador para afirmar que las penas privativas de la libertad, cuanto más largas, más efectos negativos tienen sobre la personalidad del reo.

Después de sufrir la prisión y haber caído en la degradación de permanecer, así sea por unos meses, en una cárcel venezolana, quizás sea demasiado tarde hablar de resocilización. La doctrina más calificada insiste en buscar fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena, tales como el trabajo comunitario, el encierro los fines de semana, el sometimiento a vigilancia, la inhabilitación, etc. Sin embargo, al convertirlas en penas adicionales, no en penas sustitutivas a la privativa de libertad, para cumplirlas después de haber terminado la condena, lo que vamos a tener es una pena doble. Ni siquiera se trata de apenas accesorias, que estarían justificadas por su propia naturaleza, si fueran simultáneas a la pena de prisión. Las penas que en otras latitudes vienen siendo sustitutivas de la prisión, aquí se pretende convertirlas en una pena adicional.

Creemos entonces, que si la prisión no cumple con sus fines, debiera utilizarse lo menos posible, sólo para delincuentes que han cometido delitos graves, reincidentes. Está estudiado y bien documentado el efecto disocializador de la pena de prisión continuada, que ésta fomenta la reincidencia, mientras que el impedimento o eliminación de los hechos punibles (fuera de los muros de la prisión) sí constituye una función de la ejecución de la pena privativa de libertad.[14]

[14] Brottke, Wilfried, 1997. *La actual discusión sobre las finalidades de la pena* en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal,* Libro Homenaje a Claus Roxin. Bush Editores, Barcelona. p. 48.

Finalmente, no queda claro el destino de las formas alternativas de cumplimiento progresivo de las penas, establecidos en la Ley de Régimen Penitenciario, ni tampoco el destino de los beneficios de redención de la pena por trabajo y estudio, ahora incorporados al Código Orgánico Procesal Penal. Al señalar que una vez culminado el tiempo de prisión el penado debe cumplir penas accesorias, nos preguntamos si olvidan los proyectistas que cumplida parcialmente la pena el condenado, verificada su buena conducta y estudiado su pronóstico favorable, comienza una fase de obtención de beneficios que van preparando a quien ha sufrido una condena para su vida fuera de los muros de la prisión.

Estas críticas pretenden ser constructivas. No buscan desconocer el esfuerzo de los proyectistas por contribuir con hacer realidad un deseo compartido por todos los penalistas, criminólogos y por la ciudadanía en general, que está consciente de la necesidad de realizar este esfuerzo de codificación de las normas penales, cuyo resultado se traducirá en seguridad jurídica para todos.

Para quienes en las aulas compartimos con nuestros alumnos, profesionales del mañana, la angustia de que no tenemos definida una Política Criminal, que respete los derechos fundamentales de todos, este anteproyecto, con sus defectos y con sus virtudes, es una excelente noticia y deseamos que con la participación y el aporte de todos, pueda obtenerse un resultado que represente el justo equilibrio de esa balanza que simboliza a la justicia.

Delitos de comisión por omisión posición de garante

Gladys HERNÁNDEZ*

La ciencia del Derecho debe ser la maestra del legislador penal, su consejera cuidadosa y conductora en la lucha contra el delito.

Franz Von Liszt

SUMARIO:

1. Acción y omisión según las teorías causalista y finalista.
2. La omisión según el concepto jurídico penal: 2.1 *Clasificación de la omisión*: **2.1.1** Delitos de omisión pura o propia**. 2.1.2** Delitos de omisión impropios o de comisión por omisión.

* **Universidad Central de Venezuela**, abogado. **Universidad Nacional Autónoma de México,** Especialidad en Ciencias Penales y Criminológicas y Maestría en Derecho.

3. Análisis del artículo 23 del anteproyecto del Código Penal.
4. El delito de comisión por omisión en la legislación comparada.
5. Máximas de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de España, en los delitos de comisión por omisión.
Conclusión

El artículo 23 del anteproyecto del Código Penal no tiene precedente en la legislación sustantiva venezolana, por ello es una auténtica novedad. Con esta disposición se pretende complementar, de manera expresa, los delitos activos mediante la realización omisiva del tipo, lo que constituye un extraordinario instrumento para el intérprete al momento de aplicar la teoría general del delito, porque ofrece los criterios para la punición de los delitos de comisión por omisión: las fuentes del deber, su eventual función, las circunstancias particulares en las que deben fundamentarse las posiciones de garante y el ámbito de aplicación de éstas.

Tal propuesta persigue que el juez al dictar sentencia, en los casos de conductas omisivas, no vulnere el principio de legalidad al tener que recurrir a los principios de la analogía, como en muchas oportunidades ha sucedido.

Empezaré por exponer algunas consideraciones generales acerca de las formas de la conducta (positiva y negativa). Examinaré el artículo 23 del anteproyecto, transcribiré disposiciones legales que regulan la posición de garante en el Derecho comparado y finalmente, reproduciré máximas de sentencias de las Salas del Tribunal Supremo de España relativas a los delitos de comisión por omisión.

1. ACCIÓN Y OMISIÓN SEGÚN LAS TEORÍAS CAUSALISTA Y FINALISTA

Desde el siglo XIX hasta el momento, los autores han expuesto diferentes consideraciones al definir la acción y la omisión. Uno de los fundadores del concepto natural de la acción fue Franz Von Liszt, quien expresó

> ...la acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria...[1]

En el mismo orden de ideas se halla Beling, quien sostuvo:

> ...cuando en la acción se produce una excitación destinada a poner en movimiento el sistema nervioso, en la omisión se encuentra una excitación dirigida a frenar los nervios motores (...) La omisión es el dominio de los nervios motores; es la voluntad que gobierna tanto los nervios como los movimientos del cuerpo: se opone aquélla al fenómeno del enervamiento.[2]

Tal versión fue objetada porque el concepto causal de acción era extremadamente amplio e incluso, podría comprender el comportamiento de los animales, pues el acto voluntario requerido es un simple suceso psicofísico. También fue impugnada por el hecho de no encontrar el punto de unión entre el delito de acción y adaptarlo al delito de omisión que era considerado como contracción muscular.

A la hipótesis del sistema causalista-naturalista se le opone la teoría final de la acción creada por Hans Welzel, quien señaló

> ...la finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente...[3]

---

[1] Citado por Roxin, Claus. *La Estructura de la Teoría del Delito.* Civitas, Madrid 2001, p. 237.
[2] Citado por Antolisei, Francesco. *La Acción y el Resultado en el Delito.* Editorial Jurídica Mexicana, México 1969, pp. 39 y 40.
[3] Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General.* Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 53.

Las teorías natural-causalista y finalista han sido colocadas dentro de la metodología ontológica (naturaleza de las cosas), la cual aboga que la acción y la omisión son propiedades del ser y que tienen un juicio de valor previo al injusto.

Según una parte de la doctrina, las mencionadas teorías fracasaron al ubicar la omisión dentro del delito de acción y crear un supraconcepto de acción, cuando sus defensores han debido advertir que en la omisión no hay impulso de voluntad, acontecimiento externo ni mucho menos nexo causal y que por ello lo adecuado era propugnar su autonomía. Al respecto, se argumenta lo siguiente:

> ...Hacer depender la noción de la omisión de la pasividad del sujeto resulta irrelevante. Por ejemplo, la enfermera que permanece absolutamente inmóvil dejando morir al enfermo que sufre una parada respiratoria omite, en sentido penal, de igual forma que si lo abandona para irse al cine. De la misma manera, la propuesta finalista, mucho más elaborada que la causalista, tampoco llega a convencer. En efecto, según ellos, para que una acción u omisión sean finales, el sujeto debe conocer la situación en la que una u otra deben producir sus efectos. De acuerdo con esta teoría, difícilmente podrá ser penalmente relevante, como resulta serlo, la conducta de la enfermera que perjudica la salud del paciente al olvidar la dieta prescrita unos días antes por el médico. Es decir, el concepto final de acción no explica o su definición no comprende a las omisiones por culpa inconsciente.[4]

En relación con estas ideas estimo oportuno citar la opinión de Vincenzo Manzini:

> ...La acción, en efecto, puede servir, como veremos, para consumar tanto un delito comisivo como un delito omisivo; y

[4] Gómez de La Torre, Ignacio Berdugo y otros. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General.* Praxis Universidad, p. 178.

> la omisión puede concretar tanto un delito comisivo como un delito omisivo. La distinción, por el contrario, se funda sobre el carácter de la violación jurídica: el delito omisivo consiste en la pura y simple inobservancia de un deber especial; el delito comisivo consiste en la producción de un determinado efecto antijurídico...[5]

2. LA OMISIÓN SEGÚN EL CONCEPTO JURÍDICO PENAL

Interesa dejar claro el concepto de la conducta omisiva, porque de allí surge la figura de la posición de garante, en los delitos de comisión por omisión, que es el punto central de este trabajo.

Para ello recurro a la opinión de los autores que al explicar la omisión lo hacen a partir de un concepto jurídico penal y la definen como aquella conducta de no realizar determinada prestación o en no evitar la producción de un resultado cuando así lo establezca el legislador. Por eso, el fundamento del injusto de los delitos comisivos (acción) da lugar a la infracción de una norma prohibitiva, mientras que el injusto de un delito omisivo origina la infracción de una norma de mandato o preceptiva. El injusto de un delito comisivo radica en hacer algo nocivo que una norma prohíbe: el injusto de un delito de omisión se basa en no realizar la prestación obligada por una norma de mandato.

Comparto el criterio expuesto en esta teoría, ya que a mi entender, al Derecho Penal sólo le interesan determinados comportamientos pasivos (seleccionados de acuerdo con pautas sociales, religiosas, jurídicas, etc.), que consisten en el no cumplimiento de las acciones señaladas en el ordenamiento jurídico.

2.1 *CLASIFICACIÓN DE LA OMISIÓN*

Una parte de la doctrina asevera que los delitos de omisión pueden ser: delitos de omisión pura o propia y delitos de omisión impropia o de comi-

[5] Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal, Primera Parte, Volumen II.* Ediar Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, p. 90.

sión por omisión. Mientras que otros autores se apartan de esta división clásica y formulan una tripartita: delitos de omisión pura, comisión por omisión y delitos de omisión pura de garante.

Participo del criterio de la doctrina que reconoce la existencia de una división bipartita en los delitos de omisión.

2.1.1 *Delitos de omisión pura o propia*

Al respecto, Rodríguez Devesa expresa que

> ...en los delitos puros de omisión, ésta se halla siempre tipificada, prevista expresamente en la ley. Su estructura es pareja a la de los delitos de simple actividad, por lo que también reciben el nombre de delitos de simple inactividad: en ellos la ley no exige la producción de un resultado, en el sentido de una modificación del mundo exterior...[6]

En estos delitos la norma preceptiva obliga al sujeto a realizar algo determinado y los ejemplos típicos de la omisión pura o propia son: la omisión del deber de socorro y la de no impedir o denunciar determinados delitos y se encuentran expresamente tipificados en la Parte Especial.

2.1.2 *Delitos de omisión impropios o de comisión por omisión*

Los delitos de omisión impropios o de comisión por omisión requieren evitar la producción de un resultado. Se sanciona el comportamiento de quien estando jurídicamente obligado a evitar un resultado típico no lo evita pudiendo hacerlo: para la ley "equivale a causarlo".

Muñoz Conde y García Aran, en relación con la comisión por omisión, expresan:

> ...Nadie duda en incluir en la acción típica del homicidio el comportamiento de la madre que deja morir de hambre al

[6] Rodríguez Devesa, José María. *Derecho Penal Español, Parte General*. Madrid, 1976, p. 326.

> recién nacido, el de la enfermera que no conecta el suero al cuerpo del enfermo, o el del secuestrador que no da la comida al secuestrado encerrado en una celda aislada. En todos estos casos, incluso en el lenguaje coloquial, se puede decir que la omisión equivale a la acción y que, por tanto, también constituye una acción de matar el dejar morir a una persona en estas circunstancias...[7]

El delito de omisión impropia o de comisión por omisión sólo cobra alcance y sentido en tanto y cuanto estén en aplicación con los tipos de la Parte Especial, de tal manera que exista una dependencia entre ambos supuestos.

3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 23 DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL

El anteproyecto del Código Penal a la vanguardia del Derecho comparado en cuanto a los delitos de comisión por omisión, supera la definición del artículo 61 del Código Penal, en la que cualquier delito puede ser cometido por omisión y no contempla un límite a la omisión impropia.

En efecto, el artículo 61 del Código Penal expresa lo siguiente:

> Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.
>
> El que incurre en faltas, responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la ley.

La acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario.

---

[7] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General.* Valencia 2000, p. 275.

Por otra parte, en el Código Orgánico de Justicia Militar la omisión está redactada en los artículos 384 y 385, en el sentido expuesto en el Código Penal, de la manera siguiente:

> Artículo 384.- Es un delito militar toda acción u omisión que este Código tenga declarado como tal.
>
> Artículo 385.- Falta militar es toda acción u omisión sujeta a una pena no mayor de noventa días de arresto...

Es oportuno transcribir el artículo 23 del anteproyecto a continuación:

> **Acción y omisión.** Las conductas punibles pueden ser realizadas por acción u omisión.
>
> Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado típico y no lo evite, estando en posibilidad de impedirlo, estará sujeto a la pena señalada en la respectiva disposición penal, siempre que tenga a su cargo la protección en concreto del valor o bien jurídico tutelado, o que se le haya confiado la vigilancia de una determinada fuente de riesgo para el bien, sobre la base de la Constitución o las leyes.
>
> Se considerará a los efectos de este código que una persona se encuentra en la posición de garante en las situaciones siguientes:
>
> 1.- Cuando asuma voluntariamente la protección real de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
>
> 2.- Cuando exista una libre y estrecha comunidad de vida entre varios sujetos.
>
> 3.- Cuando emprenda en forma libre y consciente la realización de una actividad peligrosa para bienes jurídicos concretos.
>
> 4.- Cuando por un acto preparatorio haya creado una situación antijurídica de riesgo próximo e inmediato para el bien jurídico,

> siempre que la conducta no esté expresamente tipificada como delito autónomo.
>
> Los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo sólo se aplicarán en relación con los tipos penales contra la vida e integridad personal y la libertad individual. (Negrillas del original).

El reproducido artículo se divide en tres partes:

3.1 En la primera parte señala: "**Acción y omisión**. Las conductas punibles pueden ser realizadas por acción u omisión".

En este enunciado se recogen las conductas (acciones y omisiones) efectuadas por el sujeto activo que lesionan un bien jurídico protegido, lo cual está acorde con el principio garantista *nullum crimen nulla poena sine lege*, en el que determinados comportamientos del ser humano relacionados con el mundo exterior son controlados por el Derecho Penal, con el objeto de mantener la estabilidad de una sociedad.

Se propone el término "conductas punibles" a diferencia del Código Penal que se refiere a "hecho punible". Tal expresión desde el punto de vista psicológico tiene la particularidad de abarcar la acción como la omisión.

3.2 Este artículo en su segunda parte, contempla su objeto de regulación al estipular que una persona puede ser penada por un delito de comisión por omisión cuando infrinja el deber jurídico de evitar el resultado. En efecto, aparece en esta parte lo siguiente:

> Quien tuviere el deber jurídico de impedir **un resultado típico** y no lo evite, **estando en posibilidad de impedirlo**, estará sujeto a la pena señalada en la respectiva disposición penal, siempre que tenga a su cargo la protección en concreto del valor o bien jurídico tutelado, o que se le haya confiado la vigilancia de una determinada fuente de riesgo para el bien, sobre la base de la Constitución o las leyes. (Negrillas mías).

En cuanto a la expresión "**un resultado típico**" la doctrina discute si esta disposición se aplica a los delitos de mera actividad o a los delitos

de resultado. Me inclino por la posición que defiende Perdomo Torres, en el sentido de que la interpretación del concepto de resultado típico debe ser amplia: una acción como una omisión pueden estar referidas al mismo resultado y éste no se limita a la comprobación de un suceso en el sentido de los delitos de resultado, sino que también se presenta en los delitos de mera actividad cuando ésta se describa como intervención activa sobre un objeto.[8]

El término "estando en posibilidad de impedirlo" significa que el omitente debe encontrarse en una condición fáctica de realizar la acción ordenada y además evitar el resultado típico, en la medida que sea sin riesgo propio o de un tercero.

Mir Puig señala:

> ...Esta capacidad, que tiene que ser necesaria e idónea de salvaguarda o aseguramiento (*ultra posse nemo obligatur*), guarda relación con la acción concreta exigida; no se trata de una capacidad de acción general, sino de un elemento individual que requiere la capacidad de conocimiento de la situación generadora del deber, con lo que se plantea la cuestión del poder de evitación del hombre normal, donde hay que partir del baremo de un hombre mentalmente normal, pero situado en la posición del autor en esos momentos que se produce la omisión...[9]

Otro aspecto importante de esta regulación es la relación de causalidad, que como señalé anteriormente, no puede explicarse a través de la teoría de la causalidad (relación causal física-mecánica), sino por medio de un vínculo normativo de imputación al resultado y es lo que la doctrina llama "causalidad hipotética". Según esta corriente

> ...el nexo causal hipotético precisa de dos condiciones: que un comportamiento contrario al deber haya producido el re-

[8] Perdomo Torres, Jorge Fernando. *El Delito por Comisión por Omisión en el nuevo Código Penal Colombiano.* Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 22.
[9] Citado por Reátegui Sánchez, James. *El Delito de Omisión Impropia.* Juristas Editores, Lima, Perú, p. 64.

> sultado ya amenazante y que exista la posibilidad de que el comportamiento adecuado al deber hubiera evitado la producción del resultado...[10]

En este momento surge la pregunta: ¿**Quién está obligado a evitar el resultado típico?**

EL GARANTE. El garante es la persona que tiene la obligación jurídica de evitar un resultado típico lesivo para un bien jurídico, resultado que si no se impide, estando en posibilidad de evitarse, se atribuye como si lo hubiese causado.

De esta respuesta surge otra pregunta: ¿**Cuál es el origen de la posición de garante en la segunda parte del artículo 23 del anteproyecto?**

Al respecto, la doctrina tradicional responde a través de la Teoría de la Fundamentación Formal, la cual señala que la posición de garante tiene su fuente en tres motivos: la ley, el contrato y el actuar precedente o la injerencia.

En relación con la segunda parte de este artículo me refiero:

> a) La ley, es decir, la existencia de una específica obligación legal de actuar. Como ejemplo, se indica la posición de garante de los padres respecto de sus hijos, en razón de la legislación civil que regula lo concerniente a la patria potestad; y
>
> b) El contrato, en el que surge una estrecha vinculación entre el sujeto y el bien jurídico y el omitente tiene la obligación de evitar el resultado. Tal es el caso del salvavidas que asume una obligación contractual con un club de recreación, comprometiéndose por un salario a cuidar de los bañistas.

[10] Reátegui Sánchez: *Ob. Cit.,* p. 100.

3.3 En la tercera parte de este artículo, aparecen cuatro enumeraciones taxativas de situaciones constitutivas de posiciones de garantía, es del tenor siguiente:

> ...Se considerará a los efectos de este código que una persona se encuentra en la posición de garante en las situaciones siguientes:
>
> 1.- Cuando asuma voluntariamente la protección real de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
>
> 2.- Cuando exista una libre y estrecha comunidad de vida entre varios sujetos.
>
> 3.- Cuando emprenda en forma libre y consciente la realización de una actividad peligrosa para bienes jurídicos concretos.
>
> 4.- Cuando por un acto preparatorio haya creado una situación antijurídica de riesgo próximo e inmediato para el bien jurídico, siempre que la conducta no esté expresamente tipificada como delito autónomo.
>
> Los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo sólo se aplicarán en relación con los tipos penales contra la vida e integridad personal y la libertad individual.

De seguidas haré un comentario de cada uno de estos numerales con sus respectivos ejemplos:

En el numeral 1 se contempla:

> ...Se considerará a los efectos de este código que una persona se encuentra en la posición de garante en las situaciones siguientes: 1.- Cuando asuma voluntariamente la protección real de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

En este supuesto el garante tiene un comportamiento de aceptación y se le limita el riesgo del cual debe proteger a la persona o al bien jurídico, cuando se expresa “dentro del propio ámbito de dominio”.

Con arreglo a lo expuesto un sujeto asume voluntariamente la protección de una persona o de un bien jurídico respecto de unos riesgos y desde ese momento se convierte en su garante, extendiéndose esa protección hasta dejarlo en condiciones normales o fuera del riesgo que él asumió controlar.

Un ejemplo de esta hipótesis es el siguiente:

> ...Quien alienta a una persona insegura en el tráfico a pasar la calzada de una calle concurrida con la promesa de guiarla de manera segura, la ha colocado en peligro para la vida y la integridad corporal. Él no debe abandonarla a su suerte, sino que debe impedir que el peligro alcance pleno desarrollo en un resultado dañino (...) el agente ha creado un momento de peligro, pues ha asumido la tarea de conducir a esta persona; si él deja que este momento de peligro creado se concrete en un resultado, atenta contra la prohibición general de no lesionar a los demás...[11]

Por otra parte, en el numeral 2 se lee:

> ...Se considera a los efectos de este código que una persona se encuentra en la posición de garante en las situaciones siguientes: (...) 2.- Cuando existe una libre y estrecha comunidad de vida entre varios sujetos.

La posición de garante regulada en este numeral nace de una relación de confianza especial, típica de sociedades complejas en las que sus miembros son portadores de roles determinados.

Opina Perdomo Torres, que esta regulación involucra las posiciones de garante que surgen de aquellas relaciones entre personas que, sin formar parte de instituciones como el matrimonio o la relación paterno infantil, conforman una unión normativa con fundamento en la especial

[11] Perdomo Torres: *Ob. Cit.*, citando a Stree Garantenstellung Kraft Ubernalnne, 1966, p. 38

relación de confianza. Cuando este numeral se refiere a una estrecha comunidad de vida, significa que la vinculación normativa nace de la confianza que ha surgido y no por el hecho de la cercanía de la relación. En cuanto a este punto, el señalado autor expresa:

> ...Son relaciones estrechas estructuradas sobre la base de ayuda mutua, como aquellos supuestos de relaciones familiares análogas que no gozan de una expresa protección civil, por ejemplo, en la relación respecto de la posición de garante de los hijos por los peligros que pueden acechar a sus padres, o la situación del menor huérfano que vive con su tío, entre otras; en ellas las personas se encuentran unidas normativamente por una relación de confianza especial que los obliga a prestar ayuda mutua solidaria, ellos se encuentran, sin más, dentro de una institución...[12]

En lo que respecta al numeral 3, el comentado artículo dispone:

> ...Se considerará a los efectos de este código que una persona se encuentra en la posición de garante en las situaciones siguientes: (...) 3.- Cuando emprenda en forma libre y consciente la realización de una actividad peligrosa para bienes jurídicos concretos...

El sujeto que ha emprendido en forma voluntaria, libre y consciente del riesgo la ejecución en común de una actividad peligrosa, asume la posición de garante de otras personas contra los peligros que de esa actividad común se deriven, siempre y cuando esté a su alcance evitar el daño y pudiendo impedirlo no lo evite.

La comunidad de riesgo o peligro origina la posición de garante, cuando de antemano se sabía que la concreta actividad era riesgosa para los participantes y voluntariamente se asume participar en ella. Por consiguiente, cuando el riesgo común es accidental o fortuito o impuesto por la fuerza no hay posición de garante.

---

[12] Perdomo Torres: *Ob. Cit.* p. 44.

Como ejemplos de esta regulación se consideran

> ...los casos de montañismos, expediciones en terrenos desconocidos, regatas en alta mar, etc.; en estos casos existen relaciones de confianza recíproca que hacen posible que los participantes orienten su comportamiento teniendo plena garantía de las contribuciones de los demás miembros de la comunidad...[13]

Otro caso de posición de garante es el contemplado en el numeral 4, en el que se estipula:

> ...Se considerará a los efectos de este código que una persona se encuentra en la posición de garante en las situaciones siguientes: (...) 4.- Cuando por un acto preparatorio haya creado una situación antijurídica de riesgo próximo e inmediato para el bien jurídico, siempre que la conducta no esté expresamente tipificada como delito autónomo...

La responsabilidad de acuerdo con este numeral deriva de la relación entre la libertad de comportamiento y la responsabilidad por las consecuencias. En este supuesto, la posición de garante nace de un comportamiento previo de carácter antijurídico y el deber consiste en asegurar o salvar.

Un ejemplo de esta regulación:

> ...Quien viaja en un automóvil, debe mantener cuidadosamente bajo control todos los peligros que se derivan de dicha actividad. Debe respetar la velocidad prescripta (sic), tener en cuenta la prioridad de paso de los otros y cumplir también con todos los demás preceptos de tránsito diario...[14]

[13] Perdomo Torres: *Ob. Cit.*, p. 46.
[14] Roxin, Claus. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Injerencia e Imputación Objetiva.* La Lectura, p. 143.

También este artículo señala: “Los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo sólo se aplicarán en relación con los tipos penales contra la vida e integridad personal y la libertad individual”.

Según el último párrafo del artículo 23 del anteproyecto, las situaciones de posición de garante señaladas en cada uno de los numerales sólo se aplican cuando se vulneran bienes jurídicos considerados como personalísimos, es decir, se limita el reproche de responsabilidad a la conculcación de determinados bienes jurídicos.

De nuevo surge la pregunta: ¿**Cuál es el origen de la posición de garante en la tercera parte del artículo 23 del anteproyecto?**

En esta oportunidad la posición de garante no nace de una norma positiva sino de los roles que cumple el omitente en la sociedad y este argumento la Teoría de la Fundamentación Natural o Teoría de las Funciones lo llama “fuente material”. De acuerdo con la mencionada tesis la posición de garante se deriva de las funciones protectoras del bien jurídico y del deber de vigilancia de una fuente de riesgo.

La doctrina señala que la función de protección del bien jurídico frente a los peligros que puedan acecharlo, deber de custodia, surge: a) de la convivencia familiar o de una convivencia de hecho (relación de salvaguarda, amparo y protección entre padres e hijos, entre los cónyuges o entre concubinos); b) de asumir voluntariamente la custodia o un deber de actuar (el médico respecto a la vida y salud de sus pacientes, el funcionario de prisiones en relación con los reclusos a él confiados, la niñera y el personal de un jardín de infancia); y c) de asumir voluntariamente la custodia o un deber de actuar (cuando un grupo de personas acude a auxiliar a un accidentado y una de ellas manifiesta su intención de transportarla al hospital en su automóvil, pero una vez solo lo abandona y el accidentado muere a causa de la desatención, el omitente responderá por la comisión de un delito de homicidio doloso, en comisión por omisión).

La posición de los autores en relación con la posición de garante que se deduce del cuidado de una fuente de peligros frente a todos los bienes jurídicos que podrían resultar afectados (deberes de aseguramiento y

dominio) surge: a) del deber de controlar determinadas fuentes de peligro ya existentes (el propietario que deja a su perro guardián sin atar y muerde a una persona responde por un delito de lesiones imprudentes en comisión por omisión; el propietario de un vehículo o arma de fuego respecto a su conducción o uso; los responsables de una fábrica de productos químicos debe ocuparse que la población no resulte dañada como consecuencia de una explosión); b) de la responsabilidad por la conducción de terceras personas (el personal penitenciario es garante de que los internos no realicen actos punibles, los encargados de la educación son garantes de sus alumnos); y c) por la injerencia o el actuar precedente del omitente que haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido (el conductor de un camión debe controlar la carga de las piedras que transporta y es garante de los accidentes que puedan ocurrir por la caída de ellas en la vía pública).

4. EL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Con la incorporación del artículo 23 en el anteproyecto del Código Penal, me parece oportuno reproducir algunas disposiciones legales que regulan los delitos de comisión por omisión para cotejar su alcance en relación con la propuesta aquí planteada.

El parágrafo 13 del StGB del Código Penal de Alemania, expresa:

> (1) Quien omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una norma penal, sólo será punible de acuerdo con esta ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca y cuando la omisión se corresponda con la realización de un tipo legal a través de una conducta activa. (2) La pena podrá ser atenuada de acuerdo con el parágrafo 49.1.

El parágrafo 2 del ÖStGB de Austria, indica:

> Cuando la ley castigue la producción de un determinado resultado, será también punible quien omita evitarlo a pesar de estar obligado a ello en virtud de un especial deber que le impone

> el sistema legal vigente y siempre que la omisión de evitar dicho resultado sea equivalente a la realización de los elementos de un hecho comisivo penado por la ley.

El artículo 10 del Código Penal de Portugal, contempla:

> Cuando un tipo legal de delito contiene un resultado determinado, el hecho no sólo comprende la acción adecuada para producirlo, sino también la omisión de la acción apta para evitarlo, salvo voluntad diferente de la ley. La comisión por omisión del resultado sólo será punible si el omitente tenía un deber jurídico personal que le obligaba a evitar ese resultado. En el caso del número anterior, la pena podrá ser especialmente atenuada.

El artículo 13 del Código Penal de Brasil, estipula:

> El resultado del que depende la existencia del delito, solamente es imputable a quien le dé causa. Se considera la causa la acción u omisión sin la cual el resultado no se hubiera producido. 1.- Si sobreviene una causa relativamente independiente se excluye la imputación cuando, por sí sola, produjo el resultado; los hechos anteriores, sin embargo, se imputan a quien los practicó. 2.- Una omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien: a) tenga por ley deber de cuidado, protección o vigilancia; b) de otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado; c) con su comportamiento anterior creó el riesgo de producción del resultado.

El artículo 40 del Código Penal de Italia, señala:

> No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de evitar, equivale a producirlo.

El artículo 15 del Código Penal de Paraguay, contempla:

> Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la situación prevista

> para éste, sólo cuando: 1.- exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado y, 2.- este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado.

El artículo 12 del Código Penal de Ecuador, dispone:

> No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

5. MÁXIMAS DE SENTENCIAS DICTADAS, POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

El Código Penal de España fue reformado en el año 1995 y en el artículo 11 se contempló, por primera vez de manera expresa, la denominada omisión impropia o comisión por omisión y tal artículo es del tenor siguiente:

> Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipara la omisión a la acción:
>
> a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
>
> b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Estimo conveniente reproducir unos comentarios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España,[15] con ocasión de la incorporación del artículo 11 en la legislación penal de ese reino:

---

[15] http:www.derecho.com/boletín/artículos-artículo 0166.htm

Sentencia del 23 de octubre de 1996, RJ 1996/10168, en el delito de aborto, en la que aparece:

> ...El supuesto de hecho analizado, ocurrido en noviembre de 1990, es la conducta de los padres de una joven, mayor de edad, pero con cierto retraso mental y escasa formación, la cual dio a luz a un bebé en el cuarto de baño de su casa, ante la pasividad inicial de dichos padres y su asistencia posterior únicamente respecto de su hija, con despreocupación absoluta en relación al feto, sin que procedieran a la ligadura del cordón umbilical, ni a estimular el llanto, ni a limpiar sus orificios respiratorios, todo lo cual le provocó la muerte, siendo que el mismo había nacido vivo, todo ello según los hechos declarados probados en la sentencia de instancia. Pues bien, en este caso, la Audiencia Provincial de Cádiz condenó a dichos padres como autores de un delito de aborto en la modalidad de comisión por omisión. En este caso, el Supremo anuló la sentencia de la Audiencia, si bien lo hizo por entender que no quedaban acreditados muchos de los extremos sobre los que aquélla basó la condena. No obstante, y por lo que aquí interesa, habiéndose alegado por la defensa de los procesados la imposibilidad de que el delito de aborto pudiera cometerse por omisión, basándose en que el tipo delictivo se fundamenta en un comportamiento activo, dicho argumento es desestimado de forma tajante por el Alto Tribunal, considerando que precisamente sólo cabe hablar de una posible comisión por omisión respecto de un tipo que, expresamente, no incrimina sino el comportamiento activo; si el comportamiento omisivo estuviera expreso en la ley, la categoría de la comisión por omisión sería totalmente innecesaria y nunca se hubiera pensado en la necesidad de introducir el Art. 11 CP. Los delitos de comisión por omisión, razona la sentencia, no son sino una variedad de los delitos activos, como es el delito de aborto regulado en el Art. 411 del Código Penal de 1973 (Art. 144 del vigente). En definitiva, el Tribunal Supremo entiende perfectamente aplicable al delito de aborto la comisión por omisión...

Sentencia del 18 de diciembre de 1996, RJ 1996/10160, en el delito de corrupción de menores, en la que se constata:

> ...El supuesto de hecho del que parte la sentencia es la conducta omisiva de los tíos de un menor que consienten que en su casa y ante distintas personas, se obligue a su sobrino a desnudarse y a realizar determinadas prácticas sexuales públicamente. El Supremo confirmó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, que condenó a los tíos del menor como autores de un delito de corrupción de menores del Art. 452 bis a) del Código de 1973, vigente en el momento de los hechos (1989 y 1990), subsumido en el actual Art. 178 del Código. El Alto Tribunal argumenta nuevamente la admisión, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, de la participación omisiva en los hechos punibles activamente cometidos, cuando el omitente ha omitido impedir la comisión del hecho del autor principal, es decir, era garante de la no comisión del delito. No entra el Tribunal a valorar las diferentes formas de participación (autoría, complicidad...) al no haberse planteado la cuestión, aun admitiendo las discusiones existentes al respecto y los serios problemas de delitimación especialmente por lo que a la comisión omisiva se refiere...

Sentencia del 18 de marzo de 1997, RJ 1997/3083, en el delito de torturas, en la que se resolvió:

> ...Los hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia de Vizcaya hacen referencia a la conducta de dos inspectores de policía que consienten que durante los interrogatorios a un detenido se le apliquen –por personas desconocidas, presumiblemente funcionarios de policía– electrodos en la espalda y en la cabeza con el fin de obtener información, provocándole determinadas lesiones.
>
> El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación formulado por la defensa de los procesados y confirmó la sentencia de instancia que había condenado a ambos inspectores como

> autores en comisión por omisión de un delito de torturas, al no haber evitado la producción del delito pudiendo hacerlo, al hallarse ambos en una posición de garantes...

Sentencia del 17 de abril de 1997, RJ 1997/3869, en el delito de parricidio, en la que se decidió:

> ...En este caso, el Tribunal Supremo, tiene la ocasión de resolver un recurso de casación planteado por un matrimonio condenado por la Audiencia Provincial de Madrid por un delito de parricidio (la esposa) y de homicidio (el marido). El supuesto concreto de hecho es el fallecimiento del padre y suegro, respectivamente, de los procesados, quienes le dejan morir de inanición y desatención higiénica, existiendo además de la mencionada relación parental, una situación de convivencia, y teniendo pleno conocimiento éstos de la enfermedad de aquél que le impedía valerse por sí mismo.
>
> El Alto Tribunal confirma la sentencia de instancia, desestimando el recurso de casación formulado y reiterando que los dos procesados son autores en comisión por omisión al no actuar, pudiendo hacerlo, para evitar el resultado letal y hallarse en situación de garantes...

Sentencia del 27 de junio de 1997, RJ 1997/4835, en el delito de homicidio, en la que se evidencia:

> ...Se trata de una interesante sentencia por el caso que es objeto de análisis, consistente en la muerte de un menor, de trece años de edad, como consecuencia de su negativa y la de sus progenitores a que se le practicara al primero una transfusión de sangre en el hospital para intentar hacer frente a unas graves lesiones provocadas por una caída de la bicicleta, y ello en base a sus creencias religiosas, al ser testigos de Jehová, las cuales al parecer no permiten dicha práctica médica. La Audiencia Provincial de Huesca absolvió a los padres del menor del delito de homicidio del que venían siendo acusados por

> el Ministerio Fiscal, en su modalidad de comisión por omisión. El asunto llega al Supremo al interponer este último recurso de casación contra la sentencia de instancia. Pues bien, el Alto Tribunal, después de efectuar un exhaustivo análisis en cuanto a la estructura de los delitos de comisión omisiva, y su aplicabilidad al caso de autos, llega a la conclusión de que los padres del menor son efectivamente responsables de la muerte de su hijo menor de edad, al hallarse en posición de garantes en función de la obligación legal de los padres respecto de los hijos, con fundamento en el Art. 39.1 de la Constitución y 110 del Código Civil. Según esta sentencia, los padres, al no autorizar la transfusión de sangre, no evitaron, como les era exigido, un resultado de muerte que de haber prestado su consentimiento no se hubiera producido; con esa omisión se generaba una situación equivalente a la causación del resultado típico...

Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de enero de 1998, RJ 1998/47, en el delito de abusos sexuales, en la que se lee:

> ...De forma muy sintética podemos decir que el supuesto estudiado en esta resolución es conducta de una madre que, a sabiendas de los abusos que el padre la cometía reiteradamente sobre su hija, nada hace por evitarlos u obstaculizarlos, siendo condenada por la Audiencia Provincial de Oviedo como cómplice del delito en la modalidad de comisión por omisión.
>
> El Tribunal Supremo, después de analizar los requisitos para que pueda hablarse de complicidad en los delitos de comisión omisiva y de estudiar la estructura que los mismos mantienen según el artículo 11 del Código, acaba confirmando la sentencia de la Audiencia, al entender que la madre ocupaba respecto de su hija una clara posición de garante, era consciente de su deber de actuar, de que podía hacerlo y de las circunstancias que fundamentan dicha posición, habiendo sido la propia hija la que solicitó su ayuda para que el padre no continuara con los ataques a su libertad sexual. En cuanto a lo que se conoce como evitabilidad del resultado, el Tribunal entiende que en el presente caso, si

> bien no podría asegurarse que una actuación de la madre hubiera podido evitar los abusos del padre, sí que hubiera podido, cuando menos, obstaculizar o dificultar su conducta delictiva, y por ese motivo entiende el Tribunal que debe ser condenada como cómplice (y no como autora)...

Sentencia del 29 de diciembre de 1998, RJ 1998/31009, en el delito de homicidio imprudente, en la que consta:

> ...En síntesis, los hechos objeto de esta resolución se contraen al fallecimiento de un operario el 1º de octubre de 1996 mientras revisaba los frenos de una grúa, al ser arrollado por otra que ocupaba el mismo pasillo, acusándose al responsable del mantenimiento en concepto de autor por omisión impropia de un delito de homicidio imprudente, por el que fue condenado en sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos.
>
> El Tribunal Supremo vuelve a recordar en esta resolución que la omisión es causal cuando el hacer obligado hubiera evitado el resultado, citando al efecto otra sentencia del Alto Tribunal –ya analizada– de 27 de octubre de 1997. En el caso de autos, el responsable del equipo de mantenimiento, que al mismo tiempo era la persona que había encargado al trabajador la revisión de los frenos de la máquina, estaba obligado a adoptar las medidas oportunas para evitar el riesgo de que se produjera un accidente como el que tuvo lugar; su posición de garante derivaría en este caso del Art. 11 b), al haber creado la situación de peligro ordenando el trabajo; situación que, según la sentencia de la instancia y la posterior del Supremo, entienden que era conocida por el responsable dadas las circunstancias que concurrían en el supuesto concreto, por lo que la producción de un daño era muy previsible, al alcance del acusado y, por tanto, evitable, de haber hecho algo elemental y sencillo, que a él incumbía singularmente, como avisar al conductor de la otra grúa de la ocupación del pasillo...

Sentencia del 22 de enero de 1999, RJ 1999/275, en el delito de lesiones por imprudencia grave (negligencia profesional), en la que se decidió:

> ...El supuesto de hecho es concretamente la actuación de un ginecólogo, que omite los deberes más elementales que le eran exigibles (reconocimiento de la embarazada, consulta con otros profesionales –en el caso analizado, con urólogos, teniendo en cuenta que le diagnosticó un cólico nefrítico–, confirmación de diagnósticos); como consecuencia de un parto practicado *in extremis*, de forma algo precipitada, se causaron diversas lesiones al bebé (encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, etc.), hechos que tuvieron lugar en septiembre de 1994. El Tribunal Supremo, tras analizar nuevamente la estructura de los delitos de comisión por omisión, llega a la conclusión de que en el caso expuesto de forma sintética anteriormente, concurren todos los requisitos para estimar que el acusado cometió un delito de lesiones por imprudencia grave mediante negligencia profesional y en su modalidad omisiva. Razona la sentencia que el recurrente no sólo ha omitido los deberes más elementales que le eran exigibles para evitar el resultado producido, sino que además entraña una mayor reprochabilidad al actuar con máxima dejación y olvido de los deberes técnicos –*lex artis*– que como profesional de la medicina le competían...

Sentencia del 28 de junio de 1999, RJ 1999/6109, en el delito de lesiones, en la que se advierte:

> ...En este caso, la Audiencia de Oviedo castiga a los padres de una menor como autores de varios delitos de lesiones, causados a la hija, en algún caso por golpes inferidos por ambos y en otros, por las agresiones de uno frente a la conducta impasible y omisiva del otro. Se trata sin duda de una importante resolución que analiza muy diversos aspectos de los delitos de comisión omisiva: la posición de garante, la diferencia entre las distintas formas de participación delictiva –autoría y complicidad– en relación con las conductas omisivas, los requisitos de

> tipicidad, etc. En dicha sentencia se afirma que tales comportamientos, con independencia de los típicos delitos de omisión, pueden ser valorados como válidos en orden a la comisión de determinados delitos de resultado (como es el caso del delito de lesiones), en lo que doctrinalmente se conoce como "delitos de comisión por omisión" o "delitos de omisión impropia", cuando el orden social atribuya al sujeto la obligación de evitar el resultado típico, como garante de un determinado bien jurídico, y que en el presente caso se concreta en el deber de velar por los hijos que concierne a los padres, por razón de la patria potestad (*vid*. Art. 154.1 del Código Civil); en el presente caso, la conducta pasiva del padre fue condición necesaria para la producción del resultado lesivo, pues no cabe imaginar que la "esperada" (por obligada) acción protectora del padre no hubiera podido evitar tal resultado, particularmente habida cuenta de las múltiples lesiones de la menor...

Sentencia del 26 de junio de 2000, RJ 2000/5801, en el delito de malos tratos en el ámbito familiar, en la que se observa:

> ...Se trata de unos hechos acaecidos durante los años 1997 y 1998, consistentes en los malos tratos habituales del padre hacia el hijo, con la actitud pasiva de la madre. La Audiencia Provincial de Castellón condenó únicamente al padre agresor, absolviendo a la madre del delito del que venía siendo acusada. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo casó la referida sentencia y dictó otra por la que condenaba también a la acusada como autora de un delito del Art. 153 del Código Penal. La sentencia del Alto Tribunal, partiendo de los hechos declarados probados por la Audiencia, considera que existen suficientes elementos incriminatorios respecto de la conducta pasiva de la madre del menor, la cual ocupaba una posición de garante respecto de su hijo en virtud de lo dispuesto en el Art. 154 del Código Civil, pudiendo deducirse inferencialmente que la acusada y madre del menor tuvo necesariamente que conocer los malos tratos de que era objeto, y ello de forma reiterada, y si no pudo probarse su autoría

> directa, sí es responsable como autora por comisión por omisión, pues tales agresiones y su materialización inevitable en el cuerpo del bebé tenía que observarlo la acusada en las múltiples ocasiones de cambio de ropas, baño, cuidados personales, etc., y nada hizo para averiguar la procedencia de los mismos y para evitar que prosiguieran. La resolución realiza un examen exhaustivo de todos y cada uno de los elementos que configuran la omisión impropia y se plantea su admisibilidad en el delito de violencia doméstica...

CONCLUSIÓN

Con este trabajo invito a examinar las propuestas contenidas en el anteproyecto del Código Penal, muy especialmente el artículo 23, pues como señalé al principio, establece una regulación expresa de la conducta omisiva y la posibilidad de su futura aprobación implica que los jueces, entre otros, deban conocer en profundidad los criterios que aparecen en este precepto a la hora de aplicar la teoría general del delito, en pro de la seguridad jurídica de quienes de forma aparente se encuentren como presuntos agraviantes por la posición jurídica que ocupa frente a los hechos, siendo que la ley a través del principio indica quiénes deben responder penalmente al encontrarse en una posición de garante. Esa es la aspiración del artículo 23 y de allí su trascendencia.

Comentario sobre el artículo 397 del anteproyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Proscripción de la tentativa en materia de drogas

Gonzalo HIMIOB SANTOMÉ*

La propuesta legislativa elaborada por el grupo de juristas dirigido por el Magistrado de la Sala Penal, Alejandro Angulo Fontiveros, mantiene, en lo que refiere a los delitos que involucran sustancias estupefacientes o psicotrópicas, la formulación hoy vigente en el artículo 57 de

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Profesor de Pre y Postgrado, *Centro de Investigaciones Jurídicas*, Investigador. **Universidad Central de Venezuela**, Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas (pendiente defensa del Trabajo de Grado), Cursos de Doctorado, mención Ciencias, aspirante. Autor de varias monografías. **Escritorio Jurídico Rosich, Himiob & Asociados**, Socio Fundador, *Área Penal y Criminológica*, Coordinador.

la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, según la cual no son pasibles de consideración, por los jueces a los que les son sometidos a consideración hechos que puedan constituir estas particulares formas delictivas, las figuras de la tentativa o de la frustración (Artículo 80 del Código Penal vigente) o cómo se les conoce más modernamente, las figuras imperfectas de la tentativa acabada o inacabada.

En contradicción con la legislación vigente y con la propuesta *in commento,* debemos acotar como hecho incontrovertible, y fácilmente verificable, que no son pocos los casos en los que los acusados por estos delitos no pueden consumar, por actos independientes a su voluntad, los delitos de este tenor que se les imputan. Así, de los distintos actos de ejecución en que pueden separarse, ciertamente, las conductas criminales relacionadas con el ilícito comercio de drogas muchas veces –las más de éstas– el agente no llega a realizar todos aquellos que, ciertamente son necesarios a su consumación objetiva, de manera que el propósito criminal no puede concretarse por causas ajenas a la voluntad del culpable. En estos casos, ciertamente, no cabe pregonar el logro de la finalidad última (presente en la intención –tipo subjetivo– del agente) que anima a la voluntad del autor, que es la que abarca la ejecución total y consumada de los delitos que se imputan.

En el delito imperfecto, el tipo subjetivo se concreta a cabalidad; el agente idea y se representa la consecución de una finalidad concreta a los efectos de lo cual instrumenta (a través de actos de ejecución concretos) todo lo necesario a su consumación. Conjuntamente con los actos concreta y materialmente ejecutados, es este dolo de consumación total la medida que hemos de tomar en cuenta para determinar si, en efecto, el agente ha ejecutado todo lo necesario o no para realizar, cumpliendo con su propósito original, su voluntad delictiva.

Las figuras delictivas, por lo general, son acuñadas en tipos de autoría que, la mayoría de las veces, son a la vez tipos de consumación. De esta manera, las formas penales normalmente incluyen en sus descripciones el comportamiento de quien ejecuta por sí mismo la conducta punible y, a la vez, lo ejecuta en toda su extensión, esto es, hasta su consumación

objetiva y plena. Sin embargo, el Derecho Penal, con la finalidad de abarcar dentro del espectro de la punibilidad, tanto a las conductas consumadas, como de aquellas que comienzan a ejecutarse, pero que no llegan a consumarse. La tipificación de las conductas criminales en todos y cada uno de sus niveles de ejecución punible sería manifiestamente imposible. De allí que existan disposiciones que permiten extender la punibilidad de las conductas a las formas imperfectas de delito o, lo que es lo mismo, a las formas no consumadas de conductas punibles que, sin embargo, son objeto de reproche penal merced su cualidad lesiva y por su grado de aproximación al daño previsto como punible en las modalidades consumadas de ejecución criminal. A estas formas de extensión de la punibilidad a los tipos no consumados o imperfectos de delito, o a las formas de intervención delictiva distintas de la autoría, se les denomina dispositivos amplificadores del tipo penal.

La tentativa representa el mínimo de injusto material que el sujeto imputable debe realizar en cada caso para ser sujeto del reproche penal que se constata en las figuras incriminatorias. A estas formas de comisión punible se las denomina "delitos imperfectos", ya que, exclusivamente en cuanto a su consumación objetiva, aparecen siempre como un *minus* objetivo, esto es, como un resultado de daño o de peligro concreto que no se alcanza (aunque se hayan ejecutado actos idóneos para su logro) a pesar de la intención originaria del agente. Consecuentemente, el delito ha de estimarse como jurídicamente inconsumado (pero aun punible) cuando, por circunstancias ajenas a la voluntad del agente no se ha llegado a satisfacer todas las exigencias formales y materiales para cubrir (como si se tratase de un hecho consumado) el respectivo injusto punible. La tentativa representa, así, un principio de daño para el interés jurídicamente tutelado (en nuestro caso los derechos inherentes a la noción de la dignidad humana), es decir, la concreción de un daño que representa un peligro relevante desde el punto de vista penal.

Así, independientemente de que sancionar como si se tratase de un delito consumado (es decir, de una conducta que ha vulnerado de manera completa y definitiva un interés jurídicamente tutelado) a un comportamiento que ha quedado en nivel de tentativa (acabada o inacabada) atenta directamente contra el principio de proporcionalidad; cabe tam-

bién indicar que los consecutivos actos de ejecución no se realizan con prescindencia de la finalidad última y consumativa que los anima. Por ello cuando estos delitos no se consuman, y no abarcan la totalidad de la intención previa por hechos que escapa al manejo y designio del agente, su delito (que es perfectamente separable en diversos momentos de ejecución) ha sido cometido en la modalidad de tentativa inacabada o acabada (o como señala nuestro Código Penal vigente en el artículo 80, en simple tentativa o frustración) por lo que habría de proceder, en respeto al principio fundamental penal de la proporcionalidad, la rebaja de la pena prevista para estos casos y no a la sanción como si se tratase (hecho que además no se corresponde en estos casos con la realidad) de infracciones consumadas.

Para sustentar los asertos previos debemos hacer las siguientes consideraciones. El artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, y de la misma manera el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, obligan a los jueces de la República a velar por la incolumidad e integridad de los principios y valores constitucionales y ordenan, expresamente, que el Poder Judicial se abstenga de aplicar cualquier norma o ley que vulnere la Constitución.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) consagra y desarrolla de manera definitiva el principio republicano fundamental de la división de poderes. Según éste, cada una de las ramas del Poder Público tiene asignadas funciones precisas, particulares, que no pueden desarrollarse sino por los órganos a quienes les han sido expresamente atribuidas. En el caso que nos ocupa, la división de funciones entre los diversos órganos del Poder Público se recoge, entre otros, en el artículo 136 que, expresamente señala:

> El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. *El Poder Público se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.*
>
> *Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias*, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio

> colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado. (Destacados nuestros).

Las atribuciones de cada uno de los órganos del Poder Público son establecidas y fijadas por la Constitución. Existe, además, un mandato expreso de sujeción a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes cuando se ejerce cualquiera de las funciones públicas que deriva de la cabal lectura e interpretación de lo pautado en los artículos 7 y 137 de la CRBV, que disponen:

> **Artículo 7.-** La Constitución es 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 137.-** La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

En consecuencia, de fuerza es afirmar que cualquier exceso (entendido como cualquier invasión de una rama del Poder Público en las atribuciones expresamente conferidas a otra) en el ejercicio de cualquier función pública es, de hecho, *un acto contrario a la Constitución, violatorio de los derechos fundamentales ciudadanos previstos en ésta, y una usurpación de funciones y de autoridad, absolutamente ineficaz, que determina la nulidad de todos los actos de éste emanados.* Así lo acreditan los artículos 25 y 138 de la CRBV, que expresan:

> **Artículo 25.-** Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo... (*omissis*).
>
> **Artículo 138.-** Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

La función de administrar justicia, conforme a nuestra Carta Magna, compete única y exclusivamente a los tribunales, vale decir, al Poder Judicial. Así se dispone en el Capítulo III del Título V de la CRBV. Concretamente, establece el artículo 253 de nuestra Carta Magna que:

> **Artículo 253.-** La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.
>
> Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar y hacer ejecutar sus sentencias.
>
> El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos y ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados y abogadas autorizados y autorizadas para el ejercicio.

En esta difícil labor –la de administrar justicia– los órganos del Poder Judicial son absolutamente independientes de las restantes ramas del Poder Público, y han de ser imparciales y objetivos en sus juicios. Desde las proclamaciones del siglo XVIII de la Constitución de Virginia (Artículo 5) "...los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deben estar separados y ser distintos del poder judicial..."; y de la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano (Artículo 16, 1789) "...toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de los poderes establecida no tiene Constitución...", todas las constituciones del mundo han consagrado como principio republicano y democrático fundamental la separación de poderes y la independencia del Poder Judicial. Así se reconoce expresamente en los artículos 49, Num. 3; 254 y 256 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 4 del Código Orgánico Procesal Penal, que disponen:

> **CRBV**
>
> **Artículo 254.- El Poder Judicial es independiente** y el Tribunal Supremo de Justicia gozará de autonomía funcional,

financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará al sistema de justicia una partida anual variable, no menor del dos por ciento del presupuesto ordinario nacional, para su efectivo funcionamiento, el cual no podrá ser reducido o modificado sin autorización previa de la Asamblea Nacional. El Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios.

COPP

Artículo 4.- *Autonomía e independencia de los jueces.* **En el ejercicio de sus funciones los jueces son autónomos e independientes de los órganos del Poder Público y sólo deben obediencia a la ley y al derecho.**

En caso de interferencia en el ejercicio de sus funciones los jueces deberán informar a la Corte Suprema de Justicia sobre los hechos que afecten su independencia, a los fines de que la haga cesar.

Dentro del cometido o atribución general de administrar justicia está comprendido, evidentemente, el de interpretar las normas jurídicas, y el juez es soberano y libre en cuanto a la interpretación y consideración principistas y lógicas, no sólo de las normas jurídicas de que se sirve y a las que está sometido sino, además, de las situaciones de hecho que son sometidas a su consideración. En el cumplimiento de este deber el juez debe ser absolutamente imparcial e independiente y no deben tolerarse, y son absolutamente ineficaces y nulas, las intervenciones usurpadoras de otras ramas del Poder Público (en este caso, del Poder Legislativo) en esta función. Con razón expresa Ferrajoli, L. (1997),[1] al referirse a la independencia de los jueces como una garantía orgánica fundamental para el ejercicio cabal de la administración de justicia en el modelo cog-

[1] Ferrajoli, L**.** *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. p. 584. Segunda Edición Castellana, 1997. Editorial Trotta. Madrid-España.

noscitivo que "...Si la legitimidad del juicio se funda en la verdad procesal, cuya decibilidad depende de la determinación semántica de las leyes y por tanto de los vínculos exclusivamente legales de la jurisdicción, es claro que ésta requiere la independencia del juez no menos que su condición de tercero, para garantizar su imparcialidad y, en consecuencia, la igualdad de los ciudadanos...".

Ello, es decir, la garantía de absoluta independencia del quehacer judicial de las restantes ramas del Poder Público, es además un derecho fundamental de los ciudadanos (Artículo 49, Num. 3, CRBV) que prevalece en el orden interno de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de nuestra nueva Carta Magna, y que es, por demás "...de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público...". Así, la independencia, objetividad e imparcialidad de los órganos de justicia está expresamente consagrada, entre otros, en el artículo 10 de la Carta Internacional de los Derechos Humanos; en el artículo 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 8°, numeral 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). También por esto debe ser tenido como inconstitucional, por contrariar manifiestamente lo dispuesto en los referidos dispositivos internacionales permitiendo una interferencia arbitraria del Poder Legislativo en la labor interpretativa del juez, el citado artículo 397 de la propuesta elaborada por el equipo de juristas encabezados por el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros.

Un Poder Judicial que, merced disposiciones del tipo que se comenta en esta entrega, ve coartada su labor interpretativa (esencial al cometido constitucionalmente reservado a éste de administrar justicia) merced a una disposición legislativa que le impide considerar la tentativa o la frustración en determinados delitos, independientemente de que naturalística y ontológicamente sí puedan ser considerados fraccionables en su ejecución; no es un Poder Judicial autónomo e independiente de las restantes ramas del Poder Público, concretamente, del Poder Legislativo, sino un Poder Judicial sometido a limitaciones indebidas en su ámbito interpretativo y, en consecuencia, dependiente.

Por otro lado, el castigo de un delito imperfecto como si se tratase de un delito consumado contraría el anhelo de justicia material (verdadera, apegada los parámetros propios del modelo de Derecho Penal garantista y cognoscitivo) recogido por nuestra Carta Magna en sus artículos 2 y 257 y se separa, además, del anhelo de la búsqueda de la verdad (que no de la ficción jurídica falseadora que impone interpretaciones represivas alejadas de la verdad material) por las vías jurídicas consagrado, como objetivo principal del proceso penal, en el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal. No puede ser tenida como una manifestación de la "verdad", ni siquiera como una expresión de la "verdad procesal" el que a una persona se le castigue como si hubiese consumado un delito cuando, como ocurre en múltiples casos, no lo consumó por circunstancias o hechos que son ajenos a la voluntad del culpable.

Comentarios, observaciones y sugerencias derivadas del estudio y análisis efectuado al Título VII atinente a la responsabilidad civil en el anteproyecto del Código Penal

Neptalí MARTÍNEZ NATERA*

SUMARIO:

Introducción

1. **Mis comentarios sobre la responsabilidad civil en el anteproyecto del Código Penal.**
2. **Del contenido del artículo 156 del anteproyecto del Código Penal: 2.1** *Observación.*
3. **Del contenido del artículo 160: 3.1** *Comentarios.*
4. **Responsabilidad civil de los herederos: 4.1** *Comentarios.*

* **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

5. De las consecuencias civiles de la condena penal.
6. De las medidas preventivas.
Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar algunas reflexiones a tratar, debo admitir que los proponentes del anteproyecto de Reforma y muy particularmente la actividad desarrollada por el ilustre Magistrado de la Sala de Casación Penal Doctor Alejandro Angulo Fontiveros, es encomiable, sobre todo pues, en la estructuración de los diversos capítulos se trató y en efecto se logró incorporar en ese anteproyecto muchos de los hechos punibles disgregados en Códigos, Leyes, Reglamentos y algunas Resoluciones, situación que entorpecía la labor del operador de justicia (Jueces, Magistrados, Abogados, etc.), en la aplicación del derecho. De manera que lograr incorporar esas normas penales desperdigadas en leyes distintas a las tipificadas en el Código Penal, permite afirmar, sin lugar a dudas, que estamos en presencia de un verdadero Código Penal, que ajustado a las previsiones del Código Orgánico Procesal Penal, debe ofrecer excelentes resultados para bien del derecho y la justicia. Por ello mis felicitaciones para sus promoventes.

1. MIS COMENTARIOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL

Para este menester es preciso el examen de cada uno de los artículos que se han de comentar, veamos.

1) Consagra el artículo 148 del proyecto, lo siguiente:

> Artículo 148.- La responsabilidad Civil, su extensión y efectos: Toda persona responsable legalmente de alguna conducta punible por algún delito o falta, o que por ello u otra razón haya sido sometida a una medida de seguridad, lo será también civilmente si del hecho derivaren daños y perjuicios, la Responsabilidad Civil derivada de la penal, no cesa porque se extinga la acción penal, la pena o la medida de seguridad, sino que sólo se extin-

> gue, como las obligaciones civiles, según las reglas del Derecho Civil; sin embargo, se suspende el curso de la prescripción civil si se hubiere intentado acción penal y hasta que haya recaído sentencia definitivamente firme en la causa penal.
>
> El perdón, la renuncia, el desistimiento o el abandono de la acción penal, por parte de la víctima no producirán la renuncia de la acción civil, salvo declaración expresa en contrario.
>
> La acción civil prescribe por el término previsto en el Código Civil, sin embargo, cuando se tratare de empleados o funcionarios por hechos ejecutados en el ejercicio o por razón del cargo, la prescripción de la acción civil derivada de delitos o infracción, comenzará a correr desde que cese en sus funciones.
>
> El cumplimiento del acuerdo reparatorio, celebrado y aprobado según lo indicado en el Código Orgánico Procesal Penal, extingue la acción civil derivada de un delito.

La transcrita norma contiene varios aspectos que merecen un análisis:

a) El Código Penal actual consagra en el artículo 113, lo siguiente:

> 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 ésta o la pena, sino 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 sino se ha hecho reserva expresa.
>
> Se prescribirá por diez (10) años la acción civil que proceda contra funcionarios públicos por hechos ejecutados en el ejercicio del cargo.

La norma en cuestión no incluía en la responsabilidad civil derivada del delito o de la falta *"la medida de seguridad"*, lo que significa que el legislador (proyectista) pretende que se responda por las medidas de seguridad, y como consecuencia por los daños y perjuicios; sin embargo, no se indica en qué consisten esas medidas de seguridad. Por tanto, observo que debería agregársele a dicha disposición una definición de lo que debe entenderse como medida de seguridad y así lo sugiero.

b) Se crea la figura de la prejudicialidad en lo que respecta a la prescripción para la reclamación civil, desde luego se afirma que mientras no se encuentre definitivamente firme la sentencia penal, no empezará a transcurrir la prescripción civil derivada del delito; sin embargo, no se hace la salvedad que en cuanto a los funcionarios públicos, la prescripción empezará a transcurrir desde que cese en sus funciones. Esto último lo prevé la norma en cuestión en el aparte tres (3) cuando debería aparecer en el aparte en comento. Esta observación es meramente técnica y así sugiero se incorpore.

c) En la parte *in fine* de la norma en estudio (Artículo 148) encuentro que el proyectista afirma:

> El cumplimiento del acuerdo reparatorio, celebrado y aprobado según lo indicado en el Código Orgánico Procesal Penal, extingue la acción civil derivada de un delito.

Este aparte debe agregársele *"todo con sujeción al artículo 40 del Código Orgánico Procesal Penal"*, toda vez que no siempre es posible los acuerdos reparatorios en la universalidad de delitos, sólo en aquellos casos: *"cuando el hecho punible recaiga exclusivamente sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, o cuando se trate de delitos culposos..."*. Por tanto observo, que debe hacerse la diferencia en este aparte y sugiero que se incorpore esta observación.

Con las consideraciones anteriores y desde luego con algunos nuevos aportes en esta materia, podríamos modificar parcialmente el artículo 148 del Anteproyecto del Código Penal.

2) El artículo 149 del proyecto del Código Penal, al igual que los supuestos de hechos del artículo 150 *ejusdem*, se encuentran ajustados a dogmática que se relacionan con algunas de las exenciones de responsabilidad civil y por lo tanto están ajustadas al derecho y a la técnica legislativa .

Igual consideración merecen los artículos 151 y 152 ambos del proyecto del Código Penal.

3) El artículo 153 del ordenamiento sustantivo en comento, afirma:

> **Alcance de la responsabilidad civil**. Los condenados penalmente se regirán, en cuanto a su responsabilidad civil, por este Código, y demás leyes.
>
> La responsabilidad Civil de quienes no lo sean penalmente, se regirá por el Código Civil y demás leyes.

El contenido de este artículo merece especial comentario, toda vez que señala que la responsabilidad civil se regirá por ese Código y demás leyes, empero es el Código Orgánico Procesal Penal, el que contiene más normas al respecto. En efecto, los artículos 49, 51, 452, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430 y 431, del mencionado Código Adjetivo, expresan 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**.
>
> Artículo 51.- Ejercicio. 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.

Artículo 422.- Procedencia. Firme la sentencia condenatoria, quienes estén legitimados para ejercer la acción civil podrán demandar, ante el juez unipersonal o el juez presidente del tribunal que dictó la sentencia, la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios.

Artículo 423.- Requisitos. 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 demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o 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.

Artículo 424.- Plazo. El juez se pronunciará sobre la admisión o rechazo de la demanda dentro de los tres días siguientes a su presentación.

Artículo 425.- Admisibilidad. Para la admisibilidad de la demanda el juez examinará:

1.- Si quien demanda tiene derecho a reclamar legalmente la reparación o indemnización;

2.- En caso de representación o delegación, si ambas están legalmente otorgadas; en caso contrario, fijará un plazo para la acreditación correspondiente;

3.- Si la demanda cumple con los requisitos señalados en el artículo 423. Si falta alguno de ellos, fijará un plazo para completarla.

En caso de incumplimiento de los requisitos señalados, el juez no admitirá la demanda.

La inadmisibilidad de la demanda no impide su nueva presentación, por una sola vez, sin perjuicio de su ejercicio ante el tribunal civil competente.

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 reparar los 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 notificación al funcionario encargado de hacerla efectiva.

Artículo 427.- Objeción. Si el demandado es el condenado, sólo podrá objetar la legitimación del demandante para pedir la reparación o indemnización, u oponerse a la clase y extensión de la reparación o al monto de la indemnización requeridas.

Si se trata de un tercero, podrá agregar a esas objeciones aquellas basadas en la legalidad del título invocado para alegar su responsabilidad.

Las objeciones serán formuladas por escrito indicando la prueba que se pretende incorporar a la audiencia.

Artículo 428.- Audiencia de Conciliación. Si se han formulado objeciones, el juez citará a las partes a una audiencia dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término a que se refiere el numeral 3 del artículo 426.

El juez procurará conciliar a las partes, dejando constancia de ello. Si no se produce conciliación ordenará la continuación del procedimiento y fijará la audiencia para que ésta se realice en un término no menor de diez días ni mayor de treinta.

Artículo 429.- Inasistencia. Si el demandante o su representante no comparecen a la audiencia de conciliación, se tendrá por desistida la demanda y se archivarán las actuaciones. En este caso, no se podrá ejercer nuevamente la demanda por esta vía, sin perjuicio de su ejercicio en la jurisdicción civil.

Si el demandado no comparece a la audiencia de conciliación la orden de reparación o indemnización valdrá como sentencia firme y podrá procederse a su ejecución forzosa.

En caso de que sean varios los demandados y alguno de ellos no comparezca, el procedimiento seguirá su curso.

Artículo 430.- Audiencia. El día fijado para la audiencia y con las partes que comparezcan, se procederá a incorporar oralmente los medios de prueba.

A las partes corresponderá la carga de aportar los medios de prueba ofrecidos; y con auxilio judicial, cuando lo soliciten.

> 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.
>
> Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.
>
> Artículo 431.- Ejecución. A solicitud del interesado el juez procederá a la ejecución forzosa de la sentencia, según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

En orden a lo expuesto, sugiero que el mencionado artículo 153, se redacte de la manera siguiente:

> Los condenados penalmente, se regirán en cuanto a su responsabilidad civil por este Código, por el Código Orgánico Procesal Penal y demás Leyes...

Y añadiría al único aparte*:*

> La responsabilidad civil de quienes no lo sean penalmente se regirá por el Código Civil, bien en esta jurisdicción o en la penal, según lo consagrado en el artículo 51 del Código Orgánico Procesal Penal.

Hago esta acotación, pues el nuevo ordenamiento adjetivo penal al tratar el procedimiento para la reparación e indemnización de daños y perjuicios derivados del delito, ha previsto un procedimiento monitorio, es decir, sumario y expedito, tal como lo consagra el artículo 26 de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela. Esto fue tratado por el suscrito, en separata adjunta al Libro Homenaje al Doctor Tulio Chiossone, que me permito transcribir parcialmente:

RECLAMACIÓN CIVIL CONFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

Estatuye el artículo 49 del mencionado ordenamiento adjetivo que:

> **Articulo 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 incorporaaán a la audiencia, esto es, la oportunidad en la cual se evacuaran 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, que regirán por los principios procesales de la oralidad, inmediación, concentración 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 ha 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, o sea, 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 de-

mandante 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 el artículo 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 asimismo, 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 articulo 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 gravar 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 ejecutiva, 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 medi-

> das cautelares en estos casos tengan carácter ejecutivo, no importando que el monto de lo reclamado no sea líquido y exigible. (*Omissis*)

4) El artículo 154 del proyecto del Código Penal, se encuentra ajustado a la dogmática que se relaciona con la responsabilidad civil subsidiaria tratada en algunas de las exenciones de responsabilidad civil subsidiaria y por lo tanto está ajustada al derecho y a la técnica legislativa .

5) Comentarios al contenido de los artículos 155 y 156 del anteproyecto del Código Penal:

a) Reza el artículo 155:

> Artículo 155.- Responsabilidad civil subsidiaria en efecto de quienes lo sean penalmente. Son también civilmente responsables de manera subsidiaria, en efecto de quienes lo sean penalmente:
>
> 1.- Los maestros y las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido, respectivamente, sus discípulos, o los empleados o dependientes, aprendices, representantes o gestores de dichas personas, en el desempeño de sus obligaciones o servicios.
>
> 2.- Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidas por los menores de dieciocho años sujetos a su tutela y que vivan en su compañía.
>
> La responsabilidad prevista en este artículo sólo tendrá lugar en caso de que medie culpa o negligencia por parte de las personas señaladas en los dos numerales anteriores.
>
> El transcrito artículo, se estima debe ser reformado en cuanto a su parte *in fine*, puesto que colocar la negligencia con un elemento distinto a la culpa, no es correcto desde el punto de vista de la teoría de las obligaciones, toda vez que la negligencia es un elemento de la culpa, como lo es también la impru-

dencia, impericia y la inobservancia de las normas o reglamentos, por ello sugiero esta modificación.

2. DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 156 DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL

Esta norma consagra:

> Artículo 156.- Responsabilidad del Estado y demás entes. El Estado, los entes políticos, territoriales y los demás entes pertenecientes a la Administración Pública Descentralizada, respondan subsidiaria y solidariamente de los daños y perjuicios causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes o contratados de la misma, o funcionarios en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios que les estuvieren confiados, sin perjuicios de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios, exigibles de acuerdo con las disposiciones del procedimiento administrativo y sin que, en ningún caso, pueda darse una doble indemnización.
>
> Si se exigiera la responsabilidad civil de la autoridad, de los agentes o contratados de la misma o de los funcionarios, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la administración o ente público presuntamente civil subsidiario.

El contenido del citado artículo, concluye afirmando que la responsabilidad del Estado y demás entes por las acciones ilícitas de sus funcionarios, agentes o contratados de la misma, **es de carácter subsidiario,** obligando a la víctima a intentar el juicio en esas condiciones, cuando, en mi concepto, esa responsabilidad debería ser solidaria de acuerdo al artículo 1.195 del Código Civil, según el cual:

> 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 obligados por una parte que fijará el Juez, según la gravedad de la falta cometida por cada uno de ello. Si es imposible establecer el grado de responsabilidad de los obligados, la repartición se hará por partes iguales.

6) Del contenido del artículo 158 del anteproyecto del Código Penal:

> Artículo 158.- Contenido de la Responsabilidad Civil. La responsabilidad civil establecida en los artículos anteriores comprende lo siguiente:
>
> 1.- La reparación del daño causado.
>
> 2.- Indemnización de los perjuicios materiales y morales
>
> No será considerada reparación del daño causado, sino restitución, el pago del valor equivalente de la cosa en los casos que ésta haya perecido o se haya hecho irreivindicable. En este supuesto se aplicará lo dispuesto en el artículo 160.

2.1 *OBSERVACIÓN*

Considero que el numeral primero del mencionado artículo debe decir: *"LA REPARACIÓN Y LA RESTITUCIÓN"* y no como se consagra *"LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO"*, habida cuenta de las distintas normas que refieren las formas de indemnización del daño, en especial el propio artículo 159 del anteproyecto que abajo analizo.

7) En lo que respecta al artículo 159, a la letra expresa:

> Artículo 159.- Restitución. La restitución deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con pago del deterioro o menoscabo que hubiere sufrido a juicio del Juez.
>
> La restitución tendrá lugar aunque la cosa se halle en poder de un tercero y que éste la haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien co-

> rresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta.
>
> No es aplicable esta disposición cuando el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable.
>
> Sino fuere posible la restitución, se aplicará lo dispuesto en el artículo 64.

Cabe observar en cuanto a esta norma:

Cuando se dice la restitución, debe hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con pago del deterioro o menoscabo que hubiere sufrido a juicio del Juez, sugiero que debería decirse: *"LA RESTITUCIÓN DEBE HACERSE DE LA MISMA COSA, SIEMPRE QUE SEA POSIBLE, con pago del deterioro o menoscabo que hubiere sufrido a juicio del Juez; DE NO SER POSIBLE, con el pago de una indemnización equivalente a su valor"*, es decir, agregaría la frase *"DE NO SER POSIBLE, con el pago de una indemnización equivalente a su valor"*, ello en atención a técnica legislativa tendente a la mejor comprensión del contenido de la norma".

3. DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 160

La mencionada norma es del tenor siguiente:

> Artículo 160.- Indemnización, La Indemnización de daños y perjuicios, materiales morales, comprenderá no sólo los daños que se hubieren causados a la víctima, sino también los que se hubieren irrogado por razón del hecho punible a sus familiares o a terceros.
>
> En relación con los daños derivados de la conducta punible, el Juez, razonadamente, en caso de responsabilidad civil de personas naturales o jurídicas, para señalar la indemnización correspondiente tomará en consideración además de los factores señalados en el aparte siguiente, criterios de racionabilidad y proporcionalidad .

> La tasación prevista en este artículo se hará teniendo en cuenta, entre otros factores, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta punible, la magnitud del daño causado y la circunstancia de que la víctima haya podido contribuir con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido.

El mencionado artículo está bien concebido, sin embargo, cuando se utiliza la palabra "TASACIÓN" en vez de "INDEMNIZACIÓN" (ver último aparte del artículo), se incurre en un error, pues, "TASACIÓN" significa según el diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de GUILLERMO CABANELLAS. *"TASACIÓN.- Justiprecio Avalúo, Estimación del precio de las cosas. La tasación es tanto la operación o serie de operaciones avaluadoras como el resultado a que llega la persona competente a quien se encomienda que determine el valor justo que corresponde, dadas todas las circunstancias que para ello deban tenerse en cuenta: Valor de adquisición, estado actual, uso, demanda, situación, aplicaciones e incluso afección para las partes, en algunos supuestos".*

En cambio, el mismo autor nos indica que la palabra INDEMNIZACIÓN significa:

> INDEMNIZACIÓN. Resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, desde el punto de vista del culpable; y del que se ha recibido, enfocado desde la víctima. Suma o cosa con que se indemniza en general, reparación de un mal compensación. Satisfacción de ofensa o agravio.
>
> 1.- Especies. La indemnización puede ser de carácter civil, administrativo y penal. Procede la primera en caso de incumplimiento de contrato, bien por haberse pactado como cláusula penal, o para compensar en todo caso los daños ocasionados y las ganancias impedidas. Asimismo, el quebrantamiento de las obligaciones, aun unilaterales impone la indemnización. Por los daños causados por culpa o dolo sin perjuicio de la pena en caso grave, se responde también y se ha de indemnizar. La administración pública indemniza previamente en la expropia-

ción forzosa por causa de utilidad pública, con una prima adicional casi siempre. En el supuesto de infracción punible, el autor y sus colaboradores, además de la pena que por el delito o falta le corresponda, están sujetos a la responsabilidad civil consiguiente, simple indemnización de daños y perjuicios.

2.- Tesis Universalista. Bentham. Preconizaban, ante la injusticia de que por insolvencia del obligado o responsable no era resarcido el perjudicado o la víctima que el Estado, convertido en asegurador Universal, abonara en tales situaciones los daños inferidos. Tal doctrina se practica en la actualidad, con un fundamento o con otro, por la generalidad de los gobiernos, en ciertos casos de pública calamidad e impunidad; como en los estragos de guerra, sobre todo causados por un invasor que se retira victorioso; en las inundaciones, sequías, terremotos.

3.- En lo Civil. Principio fundamental en materia de obligaciones establece el artículo 1.101 del COD CIV. Esp. ..."quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados lo que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia (v.) o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla". "La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo en valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que se haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes" (artículo 1.106). Tales daños y perjuicios (v.) son los previstos o previsibles al constituirse la obligación y los derivados necesariamente de su falta de cumplimiento (Art. 1.107). Cuando el incumplimiento no sea absoluto, sino que constituya un retraso, es decir, en caso de mora (v.), la indemnización consistirá en el pago de los intereses convenidos o en el interés legal. En las obligaciones indivisible, la obligación de indemnizar surge desde que uno de los deudores falta a su compromiso (Art. 1.150).

4.- En lo **penal en tal rama jurídica, "la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los**

que hubiese causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero". Los tribunales reguralan esta indemnización –lo mismo que la reparación del daño– atendiendo al precio de la cosa y a la estimación efectiva para el agraviado (Art. COD. TEM. Esp). La acción para obligar a la indemnización penal se transmite a los herederos, del responsable; igual que la acción para repetir la indemnización se transmite a los herederos del perjudicado (Art. 105). Esta indemnización tiene preferencia absoluta en el caso de resultar insuficientes los bienes del penado (Art. 111).

3.1 *COMENTARIOS*

En orden a lo antes expuesto, estimo que debería eliminarse la palabra TASACIÓN y sustituirla por INDEMNIZACIÓN, lo que sugiero a manera de comentario.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HEREDEROS

Consagra el artículo 161 del anteproyecto del Código Penal, lo siguiente:

> Artículo 161.- Responsabilidad civil de los herederos. Las obligaciones de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios, se transmiten a los herederos del responsable hasta concurrencia del monto de la herencia, siempre que fuera ésta aceptada bajo beneficio de inventario.
>
> Las acciones para exigir la restitución, reparación del daño e indemnización de daños y perjuicios materiales y morales, se transmiten igualmente a los herederos de la víctima o perjudicado.

El contenido de la primera parte del artículo en comento, merece algunas consideraciones: Veamos, se afirma que las obligaciones de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios, se transmiten a los herederos del responsable hasta concurrencia del monto de la herencia.

Ahora bien, en mi concepto tal responsabilidad entra en contradicción con el artículo 167 del Código Civil, según el cual "LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTO ILÍCITO DE UN CÓNYUGE NO PERJUDICA AL OTRO EN SUS BIENES PROPIOS NI EN SU PARTE DE LOS COMUNES". Ello significa, que un hecho ilícito derivado de un delito no perjudicaría al cónyuge no interviniente en la acción y por ende tampoco podría ser objeto de juicio de responsabilidad en caso de que el autor material del hecho falleciera antes que su cónyuge; entiendo, desde luego, que el cónyuge además de tener un 50% de bienes propios en la comunidad de gananciales también tiene una parte de la herencia equivalente a lo que le correspondería a un hijo. (Ver. Arts. 823 y 824 del Código Civil), en razón a ello, estimo que debería hacerse expresa exclusión de este artículo al cónyuge sobreviviente.

Otra consideración que vale la pena tomar en cuenta en lo que respecta al traslado de los herederos de la obligación de reparar, restituir o indemnizar, es que en materia criminal la responsabilidad penal es directa y por ende personalísima y debería ser esa persona (victimario) el que respondiera desde el punto de vista civil, excluyendo a los herederos de esta obligación. Esta opinión mantendría sintonía con lo consagrado en el Art. 167 del Código Civil, respecto del cónyuge sobreviviente; y, si examinamos el artículo 162 del anteproyecto del Código Penal y lo comparamos con el artículo 1.195 del Código Civil, pareciera que la razón nos asiste, pues se consagra la solidaridad en casos de que el hecho punible sea imputado a varias personas título de dolo y sólo en este caso.

4.1 *COMENTARIOS*

En mi concepto debería examinarse con más cuidado el contenido de las normas previstas en los artículos 161 y 162 del proyecto del Código Penal, y así lo sugiero.

5. DE LAS CONSECUENCIAS CIVILES DE LA CONDENA PENAL

El artículo 164 del anteproyecto del Código Penal consagra:

> Artículo 164.- Consecuencias civiles de la condena penal. Los condenados como responsables penalmente lo serán también siempre, en la propia sentencia, de lo siguiente:
>
> 1.- Al pago de las costas procesales.
>
> 2.- A restituir a la víctima la cosa ajena, si fuere posible, o en su defecto de su valor, cuando la cosa hubiere parecido, estuviere deteriorada o se hubiere hecho irreinvindicable.
>
> Si no fuere posible la restitución de la misma cosa por perecimiento, deterioro o irreinvindicabilidad, la sentencia condenará al acusado, sin necesidad de que la víctima intente acción civil, al pago de su valor, atendida la adecuada indexación monetaria; salvo que la víctima y el condenado acuerden alguna otra formula alternativa de restitución.
>
> En caso de que la víctima demande civilmente, podrá adicionalmente exigir también la reparación de todos los daños y la indemnización de los perjuicios a que haya lugar.

Las previsiones tomadas por el legislador en su anteproyecto *supra* indicadas, son la consecuencia de la condena que deben aparecer en el dispositivo de la sentencia como condena accesoria, esto desde luego no incluye la reparación restitución o indemnización a que se refieren los artículos 422 y siguiente del Código Orgánico Procesal Penal que me permito citar a fines pedagógicos:

> Artículo 422.- Procedencia. Firme la sentencia condenatoria, quienes estén legitimados para ejercer la acción civil podrán demandar, ante el juez unipersonal o el juez presidente del tribunal que dictó la sentencia, la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios.
>
> Artículo 423.- Requisitos. 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 demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o 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.

Artículo 424.- Plazo. El juez se pronunciará sobre la admisión o rechazo de la demanda dentro de los tres días siguientes a su presentación.

Artículo 425.- Admisibilidad. Para la admisibilidad de la demanda el juez examinará:

1.- Si quien demanda tiene derecho a reclamar legalmente la reparación o indemnización;

2.- En caso de representación o delegación, si ambas están legalmente otorgadas; en caso contrario, fijará un plazo para la acreditación correspondiente;

3.- Si la demanda cumple con los requisitos señalados en el artículo 423. Si falta alguno de ellos, fijará un plazo para completarla.

En caso de incumplimiento de los requisitos señalados, el juez no admitirá la demanda.

La inadmisibilidad de la demanda no impide su nueva presentación, por una sola vez, sin perjuicio de su ejercicio ante el tribunal civil competente.

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 reparar los 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 notificación al funcionario encargado de hacerla efectiva.

Artículo 427.- Objeción. Si el demandado es el condenado, sólo podrá objetar la legitimación del demandante para pedir la reparación o indemnización, u oponerse a la clase y extensión de la reparación o al monto de la indemnización requeridas.

Si se trata de un tercero, podrá agregar a esas objeciones aquellas basadas en la legalidad del título invocado para alegar su responsabilidad.

Las objeciones serán formuladas por escrito indicando la prueba que se pretende incorporar a la audiencia.

Artículo 428.- Audiencia de Conciliación. Si se han formulado objeciones, el juez citará a las partes a una audiencia dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término a que se refiere el numeral 3 del artículo 426.

El juez procurará conciliar a las partes, dejando constancia de ello. Si no se produce conciliación ordenará la continuación del procedimiento y fijará la audiencia para que ésta se realice en un término no menor de diez días ni mayor de treinta.

Artículo 429.- Inasistencia. Si el demandante o su representante no comparecen a la audiencia de conciliación, se tendrá por desistida la demanda y se archivarán las actuaciones. En este caso, no se podrá ejercer nuevamente la demanda por esta vía, sin perjuicio de su ejercicio en la jurisdicción civil.

Si el demandado no comparece a la audiencia de conciliación, la orden de reparación o indemnización valdrá como sentencia firme y podrá procederse a su ejecución forzosa.

En caso de que sean varios los demandados y alguno de ellos no comparezca, el procedimiento seguirá su curso.

Artículo 430.- Audiencia. El día fijado para la audiencia y con las partes que comparezcan, se procederá a incorporar oralmente los medios de prueba.

A las partes corresponderá la carga de aportar los medios de prueba ofrecidos; y con auxilio judicial, cuando lo soliciten.

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.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Artículo 431.- Ejecución. A solicitud del interesado el juez procederá a la ejecución forzosa de la sentencia, según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

> Este articulado tiene íntima relación con los artículos 49, 51 y 118 del Código Orgánico Procesal Penal, los cuales rezan:
>
> 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.
>
> El Procurador General o el Fiscal General de la República, según el caso, podrán decidir que la acción sea planteada y proseguida por otros órganos del Estado o por entidades civiles.
>
> Artículo 51.- Ejercicio. 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.
>
> Artículo 118.- Víctima. La protección y reparación del daño causado a la víctima del delito son objetivos del proceso penal. El Ministerio Público está obligado a velar por dichos intereses en todas las fases. Por su parte, los jueces garantizarán la vigencia de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso.
>
> Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de afectado, facilitando al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir.

Según las normas en comento, la víctima o sus herederos pueden ejercer la reclamación civil en el Tribunal de Juicio donde se sustanció y sentenció el proceso penal, o, en su defecto, ante la jurisdicción civil en forma separada, concluido como haya sido el proceso penal. En este último caso el juicio debe llevarse por la vía ordinaria, acompañándolo como documento fundamental de la demanda la sentencia penal, pues con ello ya se demuestra el cometimiento del ilícito penal, correspon-

diéndole al actor únicamente demostrar la cuantificación del daño y al demando impugnar la cuantía.

Esto último, también puede hacerse tomando en consideración lo consagrado en los artículos 422 y siguientes del mismo ordenamiento adjetivo penal, tomando en cuenta las previsiones del artículo 51 *ejusdem*. El articulado que contiene el anteproyecto del Código Penal debe necesariamente ajustarse a las previsiones del ordenamiento procesal penal, toda vez que la finalidad u objetivo del proceso penal es la protección y reparación del daño causado a la víctima.

No obstante, lo aquí afirmado, debo necesariamente hacer una observación sobre el artículo 165 del proyecto del nuevo Código Penal, pues se consagra: *"Que la acción civil contra persona distinta a la que cometió el hecho se ejercerá en juicio separado con intervención de ambas partes"*.

Pues bien, el artículo 427 del Código Orgánico Procesal Penal establece:

> Artículo 427.. Objeción. Si el demandado es el condenado, sólo podrá objetar la legitimación del demandante para pedir la reparación o indemnización, u oponerse a la clase y extensión de la reparación o al monto de la indemnización requeridas.
>
> Si se trata de un tercero, podrá agregar a esas objeciones aquellas basadas en la legalidad del título invocado para alegar su responsabilidad.
>
> Las objeciones serán formuladas por escrito indicando la prueba que se pretende incorporar a la audiencia.

Al comparar ambas normas, la sustantiva con la adjetiva, encontramos una contradicción, claro está que en la primera (la sustantiva) no se permite el ejercicio de la acción civil contra el tercero en el Tribunal de Juicio, pero en la segunda, o sea, en el Código Orgánico Procesal Penal, se permite el ejercicio de la acción penal en contra del tercero civilmente responsable, al afirmarse que el tercero podrá defenderse objetando

el monto reclamado y exponiendo sus razones contra la legalidad del "TÍTULO" invocado para alegar su responsabilidad.

De manera que, en mi opinión, debería utilizarse en la redacción del artículo 165 del Anteproyecto del Código, la frase "PODRÁ EJERCERSE EN JUICIO SEPARADO", y no la palabra en imperativo "SE EJERCERÁ". Esta observación encaja en lo previsto en los artículos 51 y 429 del Código Orgánico Procesal que a la letra señalan:

> Artículo 51.- Ejercicio. 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.
>
> Artículo 429.- Inasistencia. Si el demandante o su representante no comparecen a la audiencia de conciliación, se tendrá por desistida la demanda y se archivarán las actuaciones. En este caso, no se podrá ejercer nuevamente la demanda por esta vía, sin perjuicio de su ejercicio en la jurisdicción civil.
>
> Si el demandado no comparece a la audiencia de conciliación la orden de reparación o indemnización valdrá como sentencia firme y podrá procederse a su ejecución forzosa.
>
> En caso de que sean varios los demandados y alguno de ellos no comparezca, el procedimiento seguirá su curso.

El contenido de los artículos transcritos anteriormente, nos permite concluir, que si el demandante no comparece a la audiencia de conciliación pautada por el Tribunal, previa notificación de las partes, queda desistida la demanda en cuanto al procedimiento se refiere, mas no la acción, que podrá ejercerse por separado ante el Tribunal Civil.

Lo que en mi concepto merece una especial atención, es si la acción que ejercerá el demandante ante la jurisdicción civil es con sujeción a los artículos 422 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal, o si por el contrario, debe seguirse el procedimiento ordinario a que contrae el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, que establece "*Las*

controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán por el procedimiento ordinario, sino tienen pautado un procedimiento especial".

Pues en el caso bajo examen nos encontramos que la reclamación civil derivada del delito en contra del autor del mismo, sus herederos y el tercero, tienen un procedimiento especial y es el consagrado en los artículos 422 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal, cuya especialidad nos obliga a seguir lo ahí pautado por exigirlo así el artículo 51 del ordenamiento adjetivo penal, según el cual "*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*", siguiendo lo aquí en comento, estimo que habiéndose pautado un procedimiento especial para la reclamación civil derivada del delito en forma expedita, tal como lo prevé el artículo 26 de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela, debería seguirse en la jurisdicción civil. Dicho procedimiento, y, a objeto de evitar otras interpretaciones; precisar tal cosa en el artículo que es objeto de esta observación y así lo sugiero, muy respetuosamente a los proyectistas.

6. DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

En los artículos 166 y 167, respectivamente, se consagran las medidas preventivas que podría dictar el Juez de Control o de Juicio a pedimento de la víctima o del Fiscal del Ministerio Público, para garantizar la reparación e indemnización de los daños. Expresa lo siguiente:

> Artículo 166.- Medidas preventivas. Para garantizar la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios derivados de la perpetración del delito, previa solicitud motivada de la víctima o del Ministerio Público, el Juez podrá en cualquier etapa o grado del proceso acordar las medidas preventivas que considere pertinentes según lo contemplado en los artículos 551 del Código Orgánico Procesal Penal.

> Estas medidas recaerán sobre bienes propiedad del imputado o de sus interpósitas personas, al igual que sobre bienes del tercero civilmente responsable, previa comprobación sumaria del vínculo y hasta por un monto que será fijado por el Juez, según criterios de razonabilidad, racionabilidad y proporcionalidad, atendiendo además los factores señalados en el artículo 122 del Código Orgánico Procesal Penal.

El transcrito artículo no merece mayor comentario, salvo que el proyectista menciona en la parte final del artículo en cuestión: *"Atendiendo además a los factores señalados en los artículos 122 del Código Orgánico Procesal Penal"*, cuando debería decirse a los factores señalados, tanto en el artículo 422 del Código Orgánico Procesal Penal. Debe tratarse de un error de transcripción, empero, considero que el proyectista no debería hacer referencia a este dispositivo, toda vez que el mismo se relaciona con el procedimiento pautado por el legislador una vez que la sentencia penal se encuentre definitivamente firme y no en proceso de investigación o de juicio a que hace alusión el proyectista, de ahí mi sugerencia respecto que se elimine la mención del artículo 422 del ordenamiento adjetivo penal.

12) El artículo 167 del anteproyecto del Código Penal, establece:

> Artículo 167.- Finalidad de las medidas preventivas. Las medidas preventivas indicadas en el artículo anterior, cuando sean acordadas por el Juez de Control durante la fase preparatoria, deberán serlo a solicitud motivada del Fiscal del Ministerio Público o de la víctima querellante, siempre que concurran también las circunstancias a que se refieren los numerales 1 y 2 del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, salvo casos de excepciones de extrema necesidad y urgencia y sólo para los fines siguientes:
>
> 1.- Para garantizar la restitución de la cosa o evitar el peligro de su transformación o enajenación.

> 2.- Para garantizar el pago del valor de la cosa en caso de que ésta haya sido transformada, haya perecido o haya sido enajenada.
>
> 3.- Para evitar que la libre disponibilidad de una cosa que se relacione con el hecho punible, pueda agravar o prorrogar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos.
>
> 4.- Para garantizar el comiso de los efectos provenientes de la perpetración del hecho punible o infracción.
>
> El imputado y los terceros afectados por las medidas, contempladas en este artículo o en el precedente, podrán oponerse a ellas exponiendo las razones o fundamentos que tuvieren que alegar. La oposición se tramitará conforme a las disposiciones contempladas en el Código de Procedimiento Civil para tal incidencia.

De acuerdo al contenido expuesto, el proyectista obliga a la víctima a convertirse en querellante para poder solicitar ante el Juez de Control cualquier medida preventiva y la someta a la concurrencia de las circunstancia a que se refiere los numerales 1 y 2 del artículo 250 del COPP, salvo casos excepcionales de extrema necesidad y urgencia y sólo para los fines siguientes...”; entiendo que la salvedad que hace el proyectista deja sin efecto la necesidad de la concurrencia de los numerales 1 y 2 del artículo 250 del COPP para la procedencia de la medida. De ser así, manifiesto mi conformidad con lo expuesto, mas no en cuanto al requisito de convertir a la víctima en querellante para poder solicitar dichas medidas preventivas y por ende, sugiero se excluya esa calificación.

CONCLUSIONES

Dejo de tal modo expuestas mis sugerencias en cuanto atañe a la responsabilidad civil prevista en tan enjundioso proyecto, pretendiendo con ello aclarar algunos puntos de extrema importancia.

Observaciones a la parte general del anteproyecto de Código Penal

Juan Luis MODOLELL GONZÁLEZ*

I

Se me ha pedido un comentario sobre el anteproyecto aparecido en la página web del TSJ (en adelante, anteproyecto), para una publicación colectiva. Con la premura del caso escribo estas páginas en las cuales desarrollo, lo que considero, los problemas más graves de algunas de las normas de la parte general de dicho anteproyecto. La principal caracte-

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Profesor**. Universidad Central de Venezuela**, Especialista en Ciencias penales y criminológicas, Profesor. **Universidad de Barcelona** (Reino de España), Doctor en Derecho. Se utilizan las siguientes abreviaturas: AAVV: autores varios; AT: Allgemeiner Teil; CN: Constitución Nacional; CP: Código Penal venezolano; JA: Juristische Arbeitsblätter (Luchterhand); Jura: Juristische Ausbildung (Walter de Gruyter, Berlin-New York); NJW: Neue Juristische Wochenschrift (C.H.Beck, München-Frankfurt a.M.); PG: Parte general; *scil.*: es decir, o sea.

rística de las normas generales del anteproyecto radica en la adopción de teorías penales actualmente superadas en el Derecho penal. Considero que las disposiciones de un Código Penal no deben tomar partido por teorías científicas, menos aun si esas teorías han sido ampliamente superadas en la doctrina penal. Inclusive, acudir a posiciones doctrinales discutibles pero aún vigentes implicaría colocarle fecha de caducidad al Código aprobado. Por lo tanto, un Código Penal debe ser lo más aséptico, o neutral, posible, dejándole los problemas dogmáticos sobre interpretación y formulación de teorías a la ciencia del Derecho penal. No obstante, en los casos extremos en que el legislador tenga la necesidad de optar por una u otra teoría, debe hacer un balance previo de la discusión doctrinal respectiva para determinar la teoría más adecuada, en el sentido de menos refutable, lo cual le permitirá arribar a conclusiones coherentes y, dentro de lo posible, libres de ataduras marcadamente temporales.

II

Entrando en materia, el artículo 1 del anteproyecto titulado "fundamento y finalidad del Derecho penal", dispone que el "Derecho Penal existe sobre la base del respeto a la dignidad humana, en general, y en particular a las víctimas de los delitos y también a los autores de éstos". Llama la atención que un artículo de una ley se refiera al "Derecho Penal", expresión que puede entenderse en varios sentidos.[1] Pareciera que el proyectista usa la expresión como sinónimo de normas penales.[2] Considero que un artículo semejante debe aludir a las penas, a las normas penales o a la ley penal.

El artículo 2 del anteproyecto consagra el principio de legalidad, según el cual nadie "podrá ser juzgado ni castigado por una acción u omisión que no estuviere tipificada expresamente por la ley como delito o falta

[1] Sobre los sentidos de la expresión, *vid.* Mir Puig, *Derecho Penal. PG*, Barcelona, 1998, pp. 7 y ss.

[2] Se entiende por Derecho penal aquellas normas (dirigidas al juez y a los ciudadanos), principios y valoraciones, que se refieren al delito, penas, medidas de seguridad, en resumen, a las instituciones vinculadas al *ius puniendi* del Estado (así, Mir Puig, como en nota 1, pp. 8 y ss.).

ni con penas que con anterioridad no estuvieren establecidas en la ley. Esta necesaria preexistencia de la ley también se refiere a las circunstancias agravantes del delito. Todos tienen el derecho de hacer lo que no perjudique a otro. Nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe. Nadie está obligado a hacer lo que no esté ordenado en alguna ley. Los jueces aplicarán la ley penal indagando con anterioridad su espíritu, propósito y razón". Desde mi punto de vista, este artículo debería concluir en el primer punto, ya que el resto constituye un simple recordatorio inútil en una ley. Así, la extensión del principio de legalidad a las circunstancias del delito es obvia, ya que las mismas forman parte de ley penal. Por otra parte, ninguna norma tiene que recordarle a sus destinatarios el carácter excepcional de la prohibición penal en virtud del cual sólo está prohibido lo que expresamente sea castigado. Dicho carácter excepcional es consustancial a la existencia de un Estado liberal y democrático de Derecho. Inclusive, que la ley "recuerde" algo que constituye una premisa fundamental del funcionamiento de la vida social implica presuponer que dicha cuestión no está clara en el ordenamiento jurídico. En cuanto a la indagación del juez del "espíritu, propósito y razón" de la ley, considero que dicha alusión provocaría confusión, ya que pudiera pensarse, por ejemplo, que el fin perseguido por el legislador está por encima del bien jurídico protegido por el tipo penal, cuestión inaceptable en el moderno Derecho penal. Igualmente, una frase como la planteada constituiría una evidente tentación para que el juez, en su labor interpretativa, rebase el llamado "sentido literal posible" de los tipos penales que deriva del principio de legalidad. En efecto, el propósito, espíritu o razón del legislador no puede constituir un medio para corregir las deficiencias del legislador en la creación de la ley penal.

De acuerdo al artículo 3 del anteproyecto, la ley penal "...es obligatoria para todos por sí misma y desde su publicación en la *Gaceta Oficial* o, si hubiere un plazo para la entrada en vigencia, desde la fecha que ésta indique". Este artículo es totalmente innecesario, ya que la ley sólo puede ser obligatoria desde su publicación en la *Gaceta Oficial*, o desde la fecha en que ésta indique, cuestión que deriva del artículo 215 de la Constitución. La ley no puede ser un recordatorio de disposiciones constitucionales o de principios de derecho conocidos generalmente.

Según dispone el artículo 4 del anteproyecto, "no hay delito ni pena sin culpabilidad". En virtud de ello, agrega dicho artículo, "nadie podrá ser castigado por un hecho tipificado en la ley como delito si no es imputable y culpable. La excepción a este principio la constituyen las personas jurídicas, pues siempre responderán por el eventual daño causado y a título de responsabilidad penal objetiva". Este artículo distingue entre "culpabilidad" e "imputabilidad", o utiliza dichos términos de forma ambigua, ya que el artículo se titula "principio de culpabilidad". La distinción aludida refleja una tesis totalmente desechada por la doctrina penal.[3] Por otra parte, el proyectista opta por una vía inadecuada al establecer que la persona jurídica responderá a título de "responsabilidad objetiva", cuestión que tampoco es sostenida hoy día científicamente, ya que el sector de la doctrina penal que se pronuncia por la responsabilidad penal de la persona jurídica fundamenta una auténtica culpabilidad de la misma,[4] o recurre a criterios sustitutivos, tales como la necesidad de prevención.[5] Creer que la persona jurídica, en caso de responder penalmente, lo haga a título de responsabilidad objetiva es algo insostenible actualmente.[6]

---

[3] Ya Frank al desarrollar su concepción normativa de la culpabilidad (1907) sostuvo como elementos ("características constitutivas") de la culpabilidad al dolo y la imprudencia, las circunstancias concomitantes y, precisamente, la imputabilidad (*Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad* –trad. de Aboso y Löw–, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2000, pp. 36 y ss).

[4] Así, por todos, Tiedemann, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado* –trad. de Iniesta–, en Gómez Colomer-González Cussac –coords–: *La Reforma de la Justicia Penal. Estudios en Homenaje al Profesor Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I-Diputació de Castelló, Castellón de la Plana, 1997, p. 62; del mismo, *Die, Bebubung*, von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität en, *NJW*, 1988, pp. 1.172 y ss. Sobre la "culpabilidad por defecto de organización" de Tiedemann, *vid.* Modolell: *Persona Jurídica y Responsabilidad Penal*, UCV, Caracas, 2002, pp. 28 y ss.

[5] Schünemann: *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea* –trad. de Peñaranda y Pérez Manzano–, en AAVV: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 588 y ss., del mismo, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-München, 1979, p. 236. Sobre la posición de este autor, Modolell, como en nota anterior, pp. 30 y ss.

[6] El artículo 94 del anteproyecto se refiere a la forma de imputar la actuación del órgano de la persona jurídica a ésta, para lo cual exige, siguiendo la tradición legislativa venezolana, que la persona natural *actúe dentro de sus propias competencias*, el *uso de recursos de la persona jurídica* y la *actuación en interés de ésta*. Pues bien, estos baremos para imputar el acto a la persona jurídica conllevan, desde mi punto de vista, la irresponsabilidad penal del órgano (persona natural) en aras de la responsabilidad de la propia persona jurídica, ya que sólo ésta actúa, obviamente a través de sus órganos. En cambio dicho artículo 94 repite el error de anteriores disposiciones legislativas venezolanas las cuales, al establecer los criterios acumulativos para que la persona jurídica sea responsable, introducen la coletilla "independientemente de la responsabilidad de las personas naturales".

El artículo 5 del anteproyecto dispone que "la ley penal tiene efecto retroactivo en cuanto favorezca al imputado, aunque al entrar en vigencia o publicarse hubiere ya sentencia en firme o, también, el condenado ya estuviere cumpliendo la condena". Además, agrega la citada disposición que en caso de dudas "respecto a la disposición por aplicar, se aplicará la que beneficie al imputado". Este artículo resulta totalmente innecesario, pues el efecto perseguido está contemplado en el artículo 24 de la CN. Igualmente lo relativo a la interpretación más beneficiosa para el reo está prevista en el segundo párrafo del citado artículo constitucional. Asimismo considero que un artículo como el 6, relativo a la prohibición de la analogía, es inútil, ya que, como afirma la doctrina,[7] la prohibición de la analogía contra reo (y por ende, la permisión de la analogía pro reo) deriva directamente del principio de legalidad (Art. 49, num. 6 CN).

El artículo 7 contempla una norma referida a la naturaleza y fines de la pena. Así, expresa dicho artículo que "...la pena podrá ser corporal y acumulativamente pecuniaria e indemnizatoria a la víctima. Si la multa se le pagare a ésta, el condenado podrá ser beneficiado con una disminución de la pena y hasta una cuarta parte de la misma. Si no fuere posible pagar a la víctima o no aceptare indemnización del condenado, éste deberá pagar la multa al Estado y en particular al Fondo Estatal de Indemnización y Ayuda a las Víctimas de la Criminalidad, que funcionará en el Ministerio del Interior y Justicia y según el reglamento que se dicte al efecto... La pena responderá a los principios de necesidad y proporcionalidad y tiene también como fines la prevención, retribución y reinserción social del condenado". Al respecto debo señalar que el término "pena corporal" debe eliminarse, ya que se refiere a las antiguas penas que dejaban una huella en el cuerpo del individuo.[8] Además, no es función de un Código penal expresar cuál es el fin de la pena. Este asunto forma parte de la discusión propia de la doctrina penal, y es ella quien debe dar la respuesta, más aun cuando se trata de una cuestión

[7] Por todos, Mir Puig, como en nota 1, p. 86 –40–.
[8] Al respecto, Arteaga Sánchez: *Derecho Penal Venezolano*, McGraw Hill, Caracas, 2001, p. 413.

sumamente discutida dentro de la propia doctrina penal. Así, la doctrina mayoritaria atribuye a la pena un fin de prevención general,[9] aunque la misma no está exenta de críticas.[10] Por otra parte, la justificación teórica del fin de prevención especial ("reinserción social del condenado") ha sido puesto en duda por la propia doctrina penal.[11] Por último, la retribución, carece de justificación en un Derecho penal moderno.[12] Como puede apreciarse, la norma comentada le atribuye a la pena todos los fines posibles, de allí su escaso efecto práctico para la interpretación del resto de la ley, por lo tanto no tiene sentido mantener en el anteproyecto una disposición semejante.

El artículo 8 del anteproyecto, al expresar que la ley penal "...podrá ser reformada parcial o totalmente y sólo puede ser derogada por otra ley penal que la substituya", contempla un recordatorio inútil del artículo 218 de la CN.

El artículo 9 del anteproyecto se refiere a ley penal en blanco, y dispone que el "tipo de dicha ley puede ser incompleto o abierto total o parcialmente y para ser completado podrá remitirse a disposiciones administrativas o a otras leyes. Todas éstas deberán ser anteriores a la comisión del hecho susceptible de que se le apliquen y haber sido, en su caso, debidamente aprobadas por el Poder Ejecutivo en Consejo de Ministros y publicadas en la *Gaceta Oficial*". Desde mi punto de vista, la forma en que está redactado este artículo, modo que se aprecia en gran parte de los artículos de la parte general, es impropio de una norma jurídica. La conjugación de los verbos en presente, como si se describiera un suceso o se expusiera una posición personal, no es la forma correcta de redactar una norma, para lo cual debería utilizarse la forma imperativa ("deberá", será", etc.). En cuanto al análisis

[9] Por todos, Roxin: *Strafrecht. AT*, C.H. Beck, München, 1997, p. 49 y ss –24–.
[10] *Ibíd.*, p. 52 –32–.
[11] Al respecto, *vid*. Mir Puig, como en nota 1, pp. 55 y ss –36 y ss–; igualmente, Muñoz Conde: *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, en Mir Puig *et alle*: *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1982, pp. 138 y ss.
[12] *Cfr.* Roxin, como en nota 9, pp. 43 y ss –8 y ss–; *ibíd.*, pp. 57 y ss –44 y ss–.

de fondo, este artículo contiene una definición errada, e inútil, de la ley penal en blanco. En efecto, definir la llamada "ley penal en blanco en sentido amplio", es decir, la que remite a otra disposición *legal* para completar el tipo penal, en mi opinión, carece de sentido, ya que esta forma de remisión no representa problema alguno para la aplicación del tipo penal. En cambio, la ley penal en blanco en sentido estricto, aquella que remite a una norma de inferior jerarquía para completar el tipo penal, genera una infracción de orden constitucional cuando la remisión es *total*, es decir, cuando la remisión tiene por objeto completar *totalmente* el supuesto de hecho. En este caso, la doctrina dominante considera inadmisible tal remisión.[13] Pues bien, la disposición comentada del anteproyecto permite la referida remisión inconstitucional al disponer textualmente que "...el tipo de dicha ley puede ser incompleto o abierto *total* o parcialmente y para ser *completado* podrá remitirse a disposiciones administrativas" (cursivas mías). Evidentemente se acepta que una disposición administrativa (norma de rango inferior) pueda completar el tipo abierto "*total* o parcialmente". Se infringe claramente el principio de legalidad, el cual se caracteriza por la reserva legal en cuanto a la creación de delitos.

El artículo 10 del anteproyecto comienza con una definición de carácter descriptivo al expresar que la ley penal excepcional se "promulga para satisfacer una urgente necesidad y durará lo que ésta por lo cual es una ley temporal. Las acciones perpetradas durante su vigencia se juzgarán de acuerdo con lo establecido en la correspondiente ley penal e incluso después de haber vencido el término de su vigencia y aun si perjudicare al imputado. Pero para que opere tal ultractividad será condición indefectible que la misma ley excepcional incluya una explícita disposición sobre su prórroga o la prolongación de sus efectos una vez derogada". Si bien, en abstracto, resulta correcto un tratamiento de la ley penal excepcional como el que plantea el proyectista en este artículo, resulta dudoso que dicho tratamiento pueda hacerse en una ley, ya que el prin-

[13] Por todos, Luzón Peña: *Curso de Derecho Penal. PG*, Universitas, Madrid, 1996, I, p. 147, con alusiones a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en la p. 150. En general, sobre esta problemática, *vid.* Santana Vega, Dulce: *El Concepto de Ley Penal en Blanco*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 28 y ss.

cipio de irretroactividad de la ley penal establecido en el artículo 24 CN no distingue si se trata de una ley excepcional o no. Por lo tanto pareciera que esta solución ameritaría una reforma constitucional.

El artículo 19 del anteproyecto contempla una disposición innecesaria que titula "concurso aparente de leyes", según la cual cuando "varias leyes penales o varias disposiciones de una misma ley penal regulen idéntica materia, la ley o la disposición especial deroga la ley o la disposición legal generales, salvo que la propia ley disponga lo contrario". Este artículo constituye otro recordatorio de un principio que el intérprete debe saber, como es que la ley especial prevalece sobre ley general. Igualmente, el artículo 20 del anteproyecto contiene otra disposición inútil, además de errónea. Así, dispone este artículo, bajo el título "Concentración y valor del Código Penal" que los "principios generales de la teoría del delito previstos en este código regirán para todas las leyes vigentes con anterioridad a éste. Las leyes penales que se aprueben con posterioridad a este código deben ser incorporadas al mismo mediante leyes de reforma parcial. Caso contrario carecerán de toda validez". Es necesario señalar que la expresión "teoría del delito" es de exclusivo uso de la ciencia penal. En efecto, sólo la ciencia hace teoría, "teoriza", no la ley ni la jurisprudencia, de allí que debería utilizarse solamente el término "delito". Por otra parte, una ley no puede obligar al propio legislador a incorporar las futuras disposiciones penales en el Código penal. El incumplimiento de una disposición semejante carecería de sanción. Nótese que la norma comentada expresa que en caso de la falta de incorporación aludida, la norma no incorporada carecerá "de toda validez". Ahora bien, ¿la norma *legal* penal no incorporada será "inválida por ilegal"? ¿Se trataría de un caso de invalidez de una *norma legal* por contradecir otra *ley*?

Por último, en cuanto a las disposiciones generales sobre la ley penal, el artículo 21 contiene una superflua "disposición especial de remisión" según la cual a "los efectos de la interpretación de los tipos penales tipificados en los libros segundo y tercero de este código, el juez deberá atenerse, cuando sea necesario, a las disposiciones pertinentes de las distintas leyes especiales que regulen en particular una determinada materia. Los tratados, pactos y convenios internacionales ratificados

por Venezuela, en cuanto sean aplicables, podrán orientar en la clarificación del contenido y alcance de tales tipos". Es obvio que si el juez, por ejemplo, está aplicando un tipo penal relativo al ámbito financiero, debe tener en cuenta las disposiciones especiales de la ley respectiva, sobre todo si esa ley especial prevé alguna causa de justificación, o un deber especial de cuidado. Resulta contraproducente intentar guiar hasta el último detalle la labor interpretativa del juez, como se aprecia en numerosos artículos del anteproyecto.

III

El título II del anteproyecto se refiere a la conducta punible, y su primer capítulo se denomina "formas del delito, acción, omisión y relación de causalidad". El artículo 22, bajo el título "formas del delito" establece que las "conductas punibles se dividen en delitos y faltas". Salvo que sea un error de transcripción, este artículo contiene una evidente contradicción entre su título y el contenido al contemplar como formas de *delito*, los "delitos" (se repite de nuevo) y las faltas, que precisamente no son delitos sino faltas (de allí que no sea una "forma de delito"). Como establece el artículo 1 del vigente CP: "Los hechos punibles se dividen en delitos y faltas"; el género es el hecho punible (hecho castigado con una pena), dentro del cual se distinguen los delitos y las faltas.

El artículo 23 contempla una novedosa disposición bajo la denominación "acción y omisión", según la cual las "conductas punibles pueden ser realizadas por acción u omisión... Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado típico y no lo evite, estando en posibilidad de impedirlo, estará sujeto a la pena señalada en la respectiva disposición penal, siempre que tenga a su cargo la protección en concreto del valor o bien jurídico tutelado, o que se le haya confiado la vigilancia de una determinada fuente de riesgo para el bien, sobre la base de la Constitución o las leyes... Se considerará a los efectos de este código que una persona se encuentra en la posición de garante en las situaciones siguientes: 1.- Cuando asuma voluntariamente la protección real de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio... 2.- Cuando exista una libre y estrecha comunidad de vida entre varios sujetos... 3.- Cuando emprenda en forma libre y consciente la realización de una actividad peligrosa

para bienes jurídicos concretos... 4.- Cuando por un acto preparatorio haya creado una situación antijurídica de riesgo próximo e inmediato para el bien jurídico, siempre que la conducta no esté expresamente tipificada como delito autónomo... Los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo sólo se aplicarán en relación con los tipos penales contra la vida e integridad personal y la libertad individual".

Si bien el artículo, en el caso de la comisión por omisión, no hace referencia a la necesidad de que el bien jurídico o la fuente de peligro dependan fácticamente de la persona que se encuentra en posición de garante, el mismo tiene el mérito fundamental de limitar la comisión por omisión a determinados delitos. Sin embargo, considero que los numerales 3 y 4, los cuales parecieran referirse al llamado actuar precedente como fuente de una posición de garante, deben ser reformulados, ya que erróneamente expresan que un acto preparatorio puede ser fuente de una posición de garante y que, además, la realización de una actividad peligrosa impone el citado deber al autor, cuestión esta última que impediría la realización de riesgos admitidos socialmente.[14] Por otra parte, la redacción de dichos numerales acarrearía que muchos delitos de acción deban ser tratados erróneamente como tipos de omisión impropia.

Los artículos 24 y 25 contemplan dos disposiciones que deben ser totalmente eliminadas del anteproyecto. Así, el artículo 24 consagra el principio general de la relación de causalidad, según el cual "Nadie puede ser penado por un delito si éste no es la consecuencia de su acción u omisión...Se considera que el delito es consecuencia de la acción u omisión cuando éstas sean comúnmente idóneas para producirlo. Cuando el delito sea consecuencia de la omisión del agente y para poder atribuirlo a éste, se requiere que tal agente tenga el deber jurídico de evitarlo y que el delito sea causado directamente por su omisión". Por su parte, el artículo 25 contiene una disposición sobre las "concausas"

[14] Sobre la clasificación de los riesgos adecuados socialmente, *vid.* Wolter: *Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad*, en Luzón-Mir (dirs.): *Cuestiones actuales de la Teoría del Delito*, Ciencias Jurídicas-McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 13.

según la cual no "excluyen la relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado, cuando la ley expresamente lo disponga, la concurrencia de causas preexistentes, simultáneas o sobrevenidas, aunque sean independientes de la acción u omisión del agente, a menos que sean suficientes por sí solas para causar el resultado, o sean de tal naturaleza excepcional o extraordinaria que no hubieran podido preverse... En este caso, si la acción u omisión realizada constituye un delito, se aplicarán las penas establecidas para éste... Las concausas a que se refiere el primer párrafo de este artículo pueden también consistir en la acción ilícita de otra persona".

La relación de causalidad en la teoría del delito cumple un papel, por cierto bastante limitado, únicamente en los delitos de resultado material.[15] Dicho papel se restringe a ser un presupuesto necesario para la posterior imputación objetiva del resultado material causado a la conducta. El dogma de la causalidad ha sido superado ampliamente en la ciencia penal.[16] Por otra parte, la relación de causalidad representa una categoría propia de las ciencias naturales[17] (como la ley de gravedad), de allí que no pueda ser "regulada" por una norma de carácter jurídico. Igualmente, el artículo 23 contempla algo superado por la moderna teoría del delito como era sostener que en la omisión existe una relación de causalidad: *ex nihilo nihil fit*.[18] Algún sector doctrinal habla de una "causalidad hipotética" en la omisión, a lo cual se puede refutar que la causalidad existe o no existe, de allí la imposibilidad de concebirla hipotéticamente. Todo lo anterior también es aplicable al artículo 25 que se refiere a las llamadas "concausas".

---

[15] Al respecto *vid*. Modolell: *Bases Fundamentales de la Teoría de la Imputación Objetiva*, Livrosca, Caracas, 2001, pp. 115 y ss.

[16] El mismo era un resabio del positivismo científico, según el cual se creía que mediante la causalidad se podía determinar la responsabilidad por un hecho. En tal sentido, expresan Ebert-Kühl, la antigua doctrina quiso hacer valer cada relación casual como una relación de imputación jurídico-penal, existiendo en el siglo XIX una tendencia a la generalización del pensamiento científico-natural (*Kausalität und objektive Zurechnung*, en *Jura*, 1979, N° 11, pp. 568 y ss).

[17] Al respecto, aludiendo a Kelsen, Modolell, como en nota 15, pp. 48 y ss.

[18] *Cfr.* Mir Puig, como en nota 1, p. 318 –77–

El artículo 26 del proyecto contempla la tentativa al expresar que quien "iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, será sancionado de acuerdo con las pautas contenidas en el artículo 101 de este código... Para determinar las penas en la tentativa, se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo". Si bien correctamente el artículo utiliza el término único "tentativa", no alude a los casos de tentativa acabada y tentativa inacabada, distinción que serviría para diferenciar la pena aplicable. Por otra parte, el comentado artículo, al referirse al inicio de una "conducta punible", amplía la punibilidad de la tentativa a las faltas, cuestión inédita en nuestro derecho y reprobable desde el punto de vista político criminal, ya que implica un aumento de la punibilidad de hechos con una menor relevancia social. En cuanto al fondo de la figura, los criterios para determinar el comienzo de ejecución de un delito, como ha sostenido la doctrina absolutamente mayoritaria al respecto, son el *plan del autor* y la *inmediatez de la ejecución*,[19] criterios que permiten distinguir el comienzo de ejecución del simple acto preparatorio. Por otra parte, considero inconstitucional dejar a la discrecionalidad del juez la determinación de la pena en el caso de la tentativa. Recuérdese que la tentativa es un tipo penal, de allí que la determinación de su pena no puede quedar librada a la absoluta discrecionalidad del juez.

Continuando con el punto referido al delito imperfecto, el artículo 27 contempla el "desistimiento y arrepentimiento eficaz", expresando que si "el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución o la tentativa y realiza todos los esfuerzos necesarios para impedirla o impide el resultado, sólo incurre en las penas cuando los actos ya realizados constituyan de por sí otro delito o falta". La redacción de este artículo pudiera acarrear problemas de interpretación, ya que la frase "desistir voluntariamente de proseguir los actos de ejecución o la

[19] Por todos, Welzel: *Derecho Penal Alemán* –trad. de la undécima edición alemana por Bustos y Yáñez–, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 224. Dichos criterios se reflejan en el parágrafo 22 del Código penal alemán.

tentativa", pareciera dar a entender dos cosas: primero, que la tentativa es distinta al comienzo de ejecución; segundo, que la tentativa es sinónimo de tentativa acabada (ésta es algo más que un simple comienzo de ejecución). Al respecto debe señalarse que los actos de ejecución son parte de la tentativa o, mejor dicho, ésta presupone el comienzo de ejecución. Además, el término "tentativa" no es sinónimo de "tentativa acabada". Si la intención del proyectista fue utilizar la conjunción "o" como sinónimo de "es decir" no hizo más que complicar la posible interpretación del artículo. Por otra parte, al comienzo del artículo ya se menciona que el desistimiento debe ser voluntario, de allí que sea innecesario aludir a "los esfuerzos necesarios para impedirla" (*scil*., la tentativa). La doctrina determinará cuándo el desistimiento de la tentativa es o no voluntario. El artículo quedaría mejor redactado de la siguiente forma: *"Si el autor desiste voluntariamente de continuar los actos de ejecución, o habiendo realizado, según su plan, los necesarios para la consumación impide el resultado, será sancionado..."*. Por último, resulta curioso que en este artículo sí se distinga entre el desistimiento en el caso de un simple comienzo de ejecución (tentativa inacabada), y el desistimiento para impedir el resultado (desistimiento de la tentativa acabada), cuando el artículo anterior regula de manera muy amplia el delito imperfecto sin distinción alguna.

El artículo 28 del anteproyecto contiene una novedosa disposición en nuestro ordenamiento jurídico penal referido a la tentativa inidónea (que el anteproyecto denomina "delito imposible"), formulada en los siguientes términos: "Si el agente de un delito que fuere imposible por absoluta inidoneidad de los medios sí hubiere empleado éstos convencido de su eficacia, deberá ser penado según lo establecido en el artículo 102 y a no ser que fuera demostrada su poca o ninguna peligrosidad, en cuyo caso se podrán rebajar libremente las penas o hasta declararlo inculpable... **Parágrafo primero.-** Si concurren en la acción los elementos constitutivos de un delito distinto del que se quiso cometer, se aplicarán las penas correspondientes al delito efectivamente cometido, a menos que las penas aplicables, según lo establecido en el párrafo anterior resultaren mayores que la primera... **Parágrafo segundo.-** Pese a lo indicado en el párrafo primero, no podrá imponerse pena alguna al agente cuando por la absoluta inidoneidad de los medios, éstos no se especifi-

can en la figura delictiva, o cuando por la inexistencia del objeto no pueda configurarse el delito determinado que la ley describe". El primer párrafo del artículo comentado castiga la llamada tentativa inidónea absoluta, supuesto que, precisamente, no debe castigarse,[20] mucho menos aludiendo a la peligrosidad del autor (cuestión que de cierta forma da a entender el artículo).[21] Así, quien intenta matar a alguien a través de conjuros realiza una tentativa con un medio absolutamente inidóneo, y no existe razón alguna para castigarlo, aun cuando el autor considere idóneo su acto para producir la muerte de la víctima. Por lo tanto, tal artículo atenta contra el principio de responsabilidad por el acto realizado.[22] El parágrafo segundo del artículo trata de introducir un correctivo al excesivo efecto del castigo de la tentativa inidónea absoluta, contemplada en el encabezamiento del artículo, sin embargo, tal correctivo no lo logra, ya que existen muchos tipos penales que no describen el medio de comisión, *vgr*. el tipo de homicidio, de allí que intentar matar a alguien mediante brujería seguiría siendo objeto de sanción penal. Considero que la única tentativa inidónea punible es la llamada desde Feuerbach "tentativa inidónea relativa".[23]

El artículo 29 reproduce casi textualmente el vigente artículo 83 CP, según el cual cuando "varias personas concurren a la ejecución de un delito, cada uno de los perpetradores y de los cooperadores inmediatos quedan sujetos a las penas correspondientes a la acción perpetrada... En las mismas penas incurre el que ha determinado a otro a cometer la acción". El anteproyecto coloca el título "concurso de personas" a dicho artículo. Si bien considero que algunos artículos del CP deberían

[20] En relación a la tentativa inidónea absoluta, *vid.* Modolell, como en nota 15, p. 244. En este trabajo expuse, partiendo de un discutible concepto de tentativa inidónea absoluta, una vía para castigar excepcionalmente dicha forma de tentativa, aunque no tomé partido por la solución expuesta (pp. 245 y ss). Hoy en día considero que la tentativa inidónea absoluta siempre es impune.

[21] Para la crítica a la punibilidad general de la tentativa inidónea por representar en el fondo una sanción de la personalidad del autor, *vid.* Bustos Ramírez: *Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema*, en, del mismo autor: *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 313 y ss.

[22] Sobre esto, *ibíd.*, pp. 315 y ss.

[23] Al respecto, Modolell, como en nota 15, pp. 244 y ss.

mantenerse en un futuro Código penal (*vgr*. el artículo 1, ejemplo de claridad y sencillez en la redacción), el artículo 83 citado es uno de los que precisamente deben ser sustituidos. En efecto, este artículo utiliza de forma ambigua los términos perpetración y ejecución, lo que pudiera conducir a entender que sólo es autor quien ejecute materialmente el hecho. Actualmente la doctrina recurre a la conocida teoría del dominio del hecho, y su reformulación de carácter valorativo, para determinar quién es autor de un hecho punible.[24] Esta teoría permite admitir la autoría no sólo en el caso de la llamada "autoría por propia mano" sino también en los supuestos de autoría mediata y coautoría. Considero que existen formas para interpretar el vigente artículo 83 en el sentido de poder dar cabida a casos de autoría distintos al realizado por propia mano, ya que dentro del concepto de autor se encuentran comprendidas todas sus modalidades,[25] sin embargo, debe crearse un nuevo artículo que facilite la interpretación.

Si bien del artículo 29 del anteproyecto se deriva una concepción de autor, sorprendentemente el artículo que le sigue, el 30, vuelve a referirse al tema, de allí que algunos de los dos artículos sobra. Así, bajo el título "autores", incluye el citado artículo 30 a "quienes por sí mismos o valiéndose de otras personas cometan el delito... También es autor quien obra como representante de una persona natural o también jurídica y cometa el delito pese a que los elementos típicos no converjan en él y sí en la persona representada". Se incluyen así el autor (y dentro de él, al coautor), y al autor mediato. Además, el segundo párrafo incluye la figura del actuar en nombre de otro. Este artículo, que pareciera inspirado en los parágrafos 25 y siguientes del Código penal alemán, contradice totalmente el artículo 29 del anteproyecto, el cual debe ser eliminado en beneficio de éste.

De forma igualmente sorprendente el artículo 31 del anteproyecto se refiere a los instigadores, figura también contemplada en el último pá-

[24] Al respecto, Welzel, como en nota 19 pp. 120 y ss; igualmente, Roxin: *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* –trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo–, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 337 y ss.

[25] En este sentido, Bacigalupo: *Principios de Derecho Penal*. PG, Akal-Iure, Madrid, 1997, p. 365.

rrafo del comentado artículo 29. Así, el 31 considera instigadores a "quienes de modo intencional y abstracción hecha de si tienen éxito o no, determinen a otro a cometer el delito. Serán castigados como los autores". En consecuencia, surgen las preguntas: ¿por qué se vuelve a definir al instigador en este artículo?; ¿se trata, acaso, de dos figuras distintas? La repetición no aclara sino que induce en confusión la interpretación que hará el juez. Por otra parte, la instigación fallida no debe ser castigada, ya que surgirían evidentes problemas en relación al título de imputación al instigador fallido. Así, si A paga un millón de bolívares a B para que mate a C, y B huye con el dinero sin matar a C; A, respondería como instigador de un homicidio que nunca se realizó, lo cual plantearía el problema de aplicar la pena del homicidio consumado sin saber si el instigado iba a tener éxito en su encomienda.

El artículo 32 del anteproyecto contempla una figura que denomina "auxiliadores necesarios", entendiendo por tales "quienes prestan a los autores una asistencia sin la cual el delito no se hubiera ejecutado". El artículo pareciera recurrir a la conocida teoría de la equivalencia de condiciones[26] para determinar quién será auxiliador necesario, criterio sumamente discutible. Además, esta figura irremediablemente se confundiría con la figura del cooperador inmediato, contemplada en el artículo 29 del anteproyecto, y con el cómplice necesario (aquel "cuyo concurso fue indefectible para la realización del delito") previsto en el último párrafo del artículo 33. En efecto, siguiendo el criterio señalado en el artículo comentado, tanto el cooperador inmediato como el cómplice necesario deben aportar una condición necesaria para la realización del delito. Por lo tanto, surgirían entre otras, las siguientes preguntas: ¿es el "auxiliador necesario" equivalente al cómplice necesario? Si la respuesta es afirmativa, ¿para qué repetir la definición? Si la respuesta es negativa ¿cuál es la diferencia entre una y otra figura? ¿En qué se distingue el "auxiliador necesario" del "cooperador inmediato? ¿Contempla el anteproyecto las figuras del instigador, cooperador inmediato, cómplice necesario, cómplice simple y auxiliador necesario? Los problemas de interpretación aumentan al observar que el artículo 94, relativo a la res-

[26] Sobre esta teoría, *vid.* Modolell, como en nota 15, pp. 126 y ss.

ponsabilidad penal de las personas jurídicas, distingue sólo entre "instigadores, auxiliares necesarios o cómplices". Es evidente que el proyectista utiliza una terminología ambigua que justifica la reelaboración total de las disposiciones comentadas.

El artículo 35 dispone, bajo el título "Tipo autónomo y específico" que "Para los efectos de la ley penal se considera que una disposición legal erige una acción en tipo autónomo de un delito o de una falta, cuando señala directamente para el mismo unas determinadas penas y no cuando se limita a aumentar o disminuir en cuotas partes las penas señaladas para el tipo genérico y dada la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes". Personalmente no entiendo qué quiere decir este artículo ni cuál es su finalidad. Si se trata sólo de colocarle un nombre a los tipos penales que reúnan las características señaladas, la disposición es inútil, además de equivocada, ya que el artículo se denomina "Tipo autónomo y específico" y sólo se define el autónomo. Por lo tanto, ¿qué es un tipo específico? ¿será que el tipo autónomo es, según el anteproyecto, también específico?

El artículo 43 del anteproyecto señala, como casos de inaplicabilidad de circunstancias agravantes, que no "aumentarán las penas aquellas circunstancias agravantes que por sí mismas constituyan un delito ni las que sean de tal manera inherentes al delito que sin su concurso no puedan cometerse". Este artículo, reproducción del vigente artículo 79 CP, es innecesario, ya que la nueva aplicación de una circunstancia agravante ya contemplada en el delito respectivo implicaría una infracción al principio del *ne bis in ídem*. Además, las agravantes son elementos generales del delito, de allí que si están contenidas en el tipo, o si son delitos por sí mismas, se aplica el principio según el cual la ley especial priva sobre la ley general.

III

El artículo 45 del anteproyecto expresa: "Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal". En primer lugar, cabe objetar a esta disposición que la concepción de la anti-

juricidad como elemento autónomo del delito constituye una corriente dentro de la doctrina frente a la cual se erige la llamada teoría de los elementos negativos del tipo.[27] Al definir la antijuricidad, el anteproyecto toma partido por una posición que pudiera ser superada en los próximos años, de allí lo inconveniente de recordarle al juez en qué consiste el citado elemento del delito.

En el artículo 46, dentro de las "causas que excluyen la antijuridicidad", se incluye en su numeral 3, el "estado de necesidad justificado", según el cual "quien causare un mal a las personas o en las cosas para salvar su persona o derechos o la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias siguientes: a) Que el peligro sea grave e inminente; b) Que no tenga otro medio practicable menos perjudicial para impedirlo; c) Que el mal producido fuere menor que el evitado; d) Que el peligro no haya sido provocado voluntariamente por el agente; e) Que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo". Al respecto cabe señalar que el estado de necesidad justificante, no sólo consiste en *causar* un mal sino también en infringir un deber (caso en el cual puede darse una omisión amparada por dicha causa de justificación). Además, esta figura, entendida tradicionalmente, nunca puede referirse a la producción de un mal a la persona con el fin de salvar la propia persona o los bienes. En efecto, si se lesiona la integridad física de una persona, o la libertad sexual, considero que no estaríamos ante un estado de necesidad justificante. Lo anterior es de suma importancia, ya que la agresión justificada realizada bajo estado de necesidad no puede ser repelida por un acto de defensa, precisamente por el carácter justo de la agresión necesaria. Mientras que en el caso del estado de necesidad disculpante siempre es posible repeler la agresión injusta. Así, en el caso de la tabla de Carneades, el náufrago que mata al otro para asirse de la tabla que sólo soporta el peso de uno de los dos, realiza un acto injusto, de allí que el náufrago agredido originalmente

[27] Según esta teoría, el tipo de injusto contiene y describe toda la materia de la prohibición por lo cual al tipo positivo, indiciario de la antijuricidad, hay que unirle, como su parte negativa, tanto la ausencia de causas de justificación como las causas de atipicidad que confirman dicho indicio (Luzón Peña, como en nota 13, pp. 329 y 330; sobre esta teoría, Roxin, como en nota 9, pp. 231 y ss –13 y ss–).

pueda actuar en legítima defensa, aunque el agresor actúe bajo un estado de necesidad. Volviendo al estado de necesidad justificante, según la redacción del anteproyecto, si para salvar su vida una persona se abalanza sobre otra con el fin de provocarle una lesión grave no mortal, es lógico que la agredida no tenga por qué soportar la agresión, aun cuando el agresor obre con el fin de salvar su vida. O en el caso de que una persona al intentar salir del local incendiado se abalance peligrosamente contra un niño que juega cerca del lugar, considero que estamos ante una agresión antijurídica, al punto de que los familiares del niño pueden impedir (legítima defensa) el atropellamiento.[28]

El numeral 4 del artículo 46 rompe la secuencia de los artículos anteriores, referidos a las "causas que excluyen la antijuricidad", al incluir lo que el propio proyectista denomina "estado de necesidad inculpable". Así, expresa el citado numeral: "Quien causare un mal a las personas para salvar su vida o integridad corporal o la de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, padre o hijo adoptivo, o de personas estrechamente ligadas a él por el afecto o gratitud o quien causare un mal en las cosas para salvar otras, siempre que concurran las circunstancias de los incisos a), b), d) y e) del numeral 3 de este artículo, aunque el mal impedido sea igual que el causado". Evidentemente, si este caso constituye una causa de inculpabilidad, la disposición estaría mal ubicada, porque el título del capítulo se refiere a la "antijuricidad y causas que la excluyen", y como es bien sabido, la antijuricidad y la culpabilidad constituyen diferentes elementos del delito. Además, lo que caracteriza al llamado "estado de necesidad disculpante" es la no exigibilidad de otra conducta, que conlleva la poca efectividad del fin motivador de la norma penal, característica a la cual no se alude en el numeral 4.

El artículo 48 del anteproyecto consagra el "exceso por emoción", según el cual "cuando el exceso (*scil.* el exceso en la defensa o en la

[28] En contra de todo lo anterior Gimbernat, quien considera que el estado de necesidad, cuando la colisión se plantea entre bienes o deberes iguales, también constituye una *causa de justificación* (*El estado de necesidad: un problema de antijuricidad*, en del mismo autor, *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 218 y ss.; igualmente, del mismo autor, Prólogo a la obra de Cuerda Riezu, *La Colisión de Deberes en Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 22 y ss.).

agresión por estado de necesidad) fuere explicable por temor o terror experimentado por el agente, el juez podrá eximirlo de toda pena". Este es un caso de error denominado por la doctrina moderna "error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación", el cual debe ser tratado dentro de las disposiciones propias del error. Por lo tanto, en el supuesto planteado en el artículo no se puede eximir de pena automáticamente, sino, en primer lugar, determinar si se trata de un error de tipo o un error de prohibición,[29] y, posteriormente, determinar la naturaleza vencible o invencible del mismo.

El artículo 49 consagra otro supuesto disonante dentro de las "causas que excluyen la antijuricidad". Así, el referido artículo al referirse a la obediencia jerárquica, expresa: "No es culpable el que obra en virtud de obediencia jerárquica y debida, siempre que la orden causante del delito dimane de una autoridad competente para darla y que no sea manifiestamente contraria a la Constitución y a las leyes... En este caso las penas correspondientes se le impondrán al que resultare haber dado la orden ilegal... **Parágrafo primero.-** Si el subordinado cree que la orden es legítima y en tal convicción la ejecuta, podría estar en situación de error de prohibición sobre el carácter antijurídico de la orden y en una situación de inculpabilidad. Esa situación deberá ser establecida por el juez... **Parágrafo segundo.-** Si la orden es manifiestamente contraria a la Constitución, criminal o violatoria de los derechos esenciales, la orden no debe cumplirse, sea cual fuere su fuente y quien la cumpla se hace responsable".

El artículo precedentemente citado opta por la llamada teoría de la apariencia para justificar el acto del inferior,[30] cuestión que se evidencia en el uso de la expresión "manifiestamente contraria a la Constitución y a la ley". Sin embargo, en vez de utilizar la expresión "no es punible" el artículo comienza con la expresión "no es culpable". Adoptar la men-

[29] Personalmente considero, en contra de la posición tradicional de Welzel (como en nota 19, pp. 199 y ss.), que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación constituye un error de tipo, ya que precisamente se realiza el supuesto de hecho previsto en un tipo penal en razón de una falsa percepción de la realidad.

[30] Al respecto, Mir Puig, como en nota 1, pp. 504 y ss –66 y ss–.

cionada teoría implica precisamente que la apariencia de legalidad del acto *justifica* el hecho del inferior jerárquico,[31] mientras que el artículo considera que la persona que actúa bajo una orden aparentemente conforme a Derecho no es *culpable*. Si se asume que el inferior no será culpable, en virtud de un mandato aparentemente conforme a Derecho, entonces sólo el acto intrínsecamente justo (el acto válido) justificaría al inferior (teoría de la nulidad,[32] o de la validez intrínseca del acto), pero esto último contradice las premisas de la teoría de la apariencia de la cual parte el artículo comentado. Por lo tanto, se aprecia una mezcla entre teorías contrapuestas que conduce a contradicciones insalvables. Por otra parte, lo dispuesto en el parágrafo primero relativo al error de prohibición[33] es innecesario, ya que constituye otro recordatorio inútil. Además, el artículo no llega a decir que la situación descrita en dicha disposición constituirá un error de prohibición, sino que el inferior jerárquico "podría estar en situación de error de prohibición". Es decir, el artículo contiene una simple advertencia que como tal no puede formar parte de una norma jurídica. También considero que lo dispuesto en el parágrafo segundo, constituye un recordatorio innecesario sobre el efecto de obedecer una orden manifiestamente ilegal o inconstitucional.

El capítulo II del título III se refiere a la culpabilidad, y el mismo comienza con el artículo 50, según el cual "Sólo se podrán imponer penas por conductas punibles realizadas con culpabilidad". Este artículo es prescindible, ya que repite una disposición contenida en el artículo 4 del anteproyecto (o intrascendente sería esta última). Además, es falso que la culpabilidad se aplique a "conductas punibles", por el contrario, las conductas serán punibles porque existe la culpabilidad. Considero que el proyectista debió decir "conductas tipificadas". El artículo 51 hace referencia a las "formas de culpabilidad", según lo cual "Nadie puede ser penado por una acción u omisión que la ley tipifica como delito si no es dolosa, preterintencional o culposa. La culpa y la preterintención sólo

[31] *Ibíd.*, pp. 509 y ss –79 y ss–.
[32] Sobre esta teoría, *ibíd.*, pp. 505 y ss –70 y ss–.
[33] Por cierto, llama poderosamente la atención que en este artículo se utilice el término "error de prohibición", mientras que en el artículo 57 se hable de "error de derecho".

son punibles en los casos expresamente señalados por la ley". Claramente este artículo toma partido por la antigua doctrina causalista del delito que considera el dolo y la culpa como formas de culpabilidad.[34] No es el caso explicar la, por todos conocida, evolución del concepto de delito,[35] que precisamente tiene como uno de sus grandes hitos concebir el dolo y la culpa como elementos del tipo.[36] Sin embargo, aun sosteniendo la antigua concepción causalista, es falso que la preterintención constituya una forma de culpabilidad. En efecto, si la misma se considera una mixtura de dolo y culpa, ella no sería sino una combinación de ambas formas subjetivas y no un "tercer género". Igualmente, si se considera que en la preterintención sólo hay dolo respecto del resultado menor, y no hay vínculo subjetivo respecto al resultado mayor (lo que un sector doctrinal llama "responsabilidad objetiva"), con mayor razón aún, no estaremos ante una especie de culpabilidad precisamente porque habría una exclusiva imputación objetiva del resultado mayor.[37]

El artículo 52 del anteproyecto define el dolo en los siguientes términos: "El delito es doloso cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización... Habrá dolo eventual cuando el agente se representa como probable la consecuencia de su ejecutoria, pero continúa procediendo igual". La definición del dolo contenida en el encabezamiento del artículo considera el conocimiento y la voluntad como sus elementos integrantes. Se toma partido, nuevamente, por una teoría del Derecho penal que, en esta caso, se enfrenta a otra cada

[34] Inclusive, el anteproyecto pareciera seguir, dentro de la doctrina causalista, el viejo concepto psicológico de culpabilidad, según el cual el dolo y la culpa conformaban totalmente la culpabilidad (al respecto, Mir Puig, como en nota 1, pp. 540 y ss –6 y ss–).

[35] Al respecto, *vid.* Jescheck-Weigend: *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, Duncker-Humblot, Berlin, 1996, pp. 199 y ss.

[36] Cuestión absolutamente dominante en la doctrina moderna, y que, en mi opinión, constituye uno de los méritos para calificar a Welzel como el más importante penalista del siglo XX, independientemente de que se comulgue o no con las premisas de las cuales parte su concepción del delito.

[37] Por lo tanto, se recurre al criterio de la adecuación para imputar dicho resultado mayor al autor. Sobre esto, *vid.* Gimbernat: *Die innere und aubere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik* –tesis doctoral–, Hamburg, 1962; del mismo, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Edit. Reus, Madrid, 1966.

vez más creciente que considera que el dolo sólo es conocimiento.[38] Un Código Penal no debe tomar partido por posiciones doctrinales, sobre todo cuando no hay necesidad de hacerlo. Por lo tanto, lo recomendable es que el Código no defina el contenido del dolo, aunque éste se exija como elemento de la imputación subjetiva. Por su parte, en cuanto al dolo eventual, si en el encabezamiento del artículo comentado se sostiene que el dolo es *voluntad* y *conocimiento*, pues el dolo eventual (que también es dolo), debe tener algún componente referido a la voluntad. En tal sentido, la teoría del consentimiento[39] (teoría que deriva precisamente de atribuirle al dolo el componente cognitivo y volitivo) incluye en el dolo eventual la aceptación del hecho. Por lo tanto, no basta la simple representación y continuar la ejecución de la acción como expresa el anteproyecto, exigencia que se adaptaría perfectamente a las teorías cognitivas sobre el dolo (las cuales parten de entender que el dolo sólo se configura con el simple conocimiento del autor).[40] Pareciera entonces que el proyectista considera que el dolo eventual no es una especie de dolo, en contra de lo que abrumadoramente expresa la doctrina penal: el dolo eventual es una especie de dolo, independientemente de la teoría que se acoja.

El artículo 53 define la preterintención en los siguientes términos: "El delito es preterintencional cuando de la acción u omisión se derive un resultado más grave del que quiso producir el agente, siempre que éste hubiera podido prever tal resultado... Los delitos preterintencionales sólo son punibles en los casos determinados expresamente en la ley". Este artículo confirma que el resultado mayor no querido se atribuye al autor mediante uno de los clásicos baremos de la imputación objetiva, como es la previsibilidad (lo que un hombre medio debía tener en cuenta cuan-

[38] Así, Jakobs (*Derecho Penal. PG* –trad. de Cuello Contreras y Serrano González–, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 312 y ss –5 y ss–), su discípulo Lesch (*Dolus directus, indirectus und eventualis*, en JA, 1997 –29–, p. 809); igualmente, Ragués (*El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1999, pp. 165 y ss), autor este último muy influenciado por Jakobs. Partiendo de una fundamentación distinta a los autores anteriores, mantienen una concepción semejante sobre el dolo Frisch y Gimbernat.

[39] Sobre esta teoría, *vid.* Ragués, como en nota anterior, pp. 60 y ss.

[40] Al respecto, *ibíd.*, pp. 83 y ss.

do realizó la conducta). Y esto, precisamente, no constituye en modo alguno una forma de culpabilidad, como expresé anteriormente. En cuanto a la culpa dispone el artículo 54 que "El delito es culposo cuando el resultado, aunque haya sido previsto, no ha sido querido por el agente y se produce a causa de imprudencia, negligencia o impericia... Los delitos culposos sólo son punibles en los casos expresamente determinados en la ley". Este artículo también toma partido por una posición doctrinal, que por cierto comparto, según la cual todo tipo culposo debe producir un resultado. Sin embargo, considero que el término culpa debería sustituirse por el de "imprudencia", sin definir la misma. El artículo 55 contempla la posibilidad de que una falta pueda ser realizada culposamente, lo cual no considero conveniente en virtud del principio de *ultima ratio* del Derecho penal. Las faltas sólo deben penarse cuando sean dolosas.

Los artículos 56 y 57 contemplan los llamados por el anteproyecto "error de hecho" y "error sobre Derecho". En cuanto al "error de hecho" expresa el artículo 56: "Quien yerre acerca de la concurrencia en su conducta de los elementos que la hacen típica pues ignora elementos normativos, descriptivos o materiales del tipo, actúa por un esencial e invencible error de hecho que no le permite saber lo que está haciendo y así haya cometido una acción tipificada como delito no será penalmente responsable. Si el error fuere vencible se castigará el delito como culposo". Obviamente, el título del artículo es incorrecto, yendo en contra de la terminología que utiliza la doctrina absolutamente dominante, la cual habla de "error de tipo". Además, el título referido contradice el contenido del artículo, ya que el desconocimiento de un elemento normativo del tipo no constituye un error de hecho.[41] Por otra parte, el error no se refiere únicamente "a la concurrencia en su conducta de los elementos que la hacen típica", ya que el error puede recaer sobre el objeto de la conducta, o sobre el resultado. Igualmente, la redacción es bastante confusa, ya que directamente expresa que quien desconozca

[41] En este sentido, Welzel, como en nota 19, pp. 197 y ss. Sobre la desacertada distinción error de hecho-error de derecho, *vid.* Modolell: *La problemática del error en materia penal-tributaria*, en AAVV: *Impuesto sobre la Renta e Ilícitos Tributarios. VI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002, pp. 430 y ss.

los elementos que hacen típica la conducta "actúa por un esencial e invencible error de hecho que no le permite saber lo que está haciendo...". Esta disposición da a entender que el error por definición es invencible, equivocada afirmación desde todo punto de vista, ya que el error vencible también es una forma de error.

Por su parte el artículo 57 define el "error de derecho" de la siguiente forma: "Quien yerre porque crea que su conducta delictuosa es lícita, ya sea porque ignore la disposición legal que prohíbe tal conducta; o ya porque crea que lo ampara una causa de justificación; actúa por un invencible error de Derecho que no le permite saber que su conducta está prohibida por la ley penal y así haya cometido una acción tipificada como delito no será penalmente responsable. Si el error fuera vencible se castigará el delito con la atenuación que corresponda a las circunstancias del autor y de su conducta. Si el error fuera craso, el agente será plenamente responsable del delito perpetrado". Al igual que el artículo anterior, esta disposición está redactada de tal forma que define desacertadamente el error de prohibición, ya que da a entender que la creencia de actuar conforme a Derecho, ignorar la prohibición, o considerar que actúa bajo una causa de justificación, implica necesariamente un "error invencible". El carácter invencible del error deriva de la imposibilidad de acceder o no a la norma. A continuación la norma expresa que el error de prohibición vencible acarrea la atenuación de la pena. Esta consecuencia, propia de la llamada teoría de la culpabilidad,[42] tiene sentido si se concibe el dolo como elemento del tipo y no de la culpabilidad.[43] En efecto, si se entiende que el dolo forma parte de la culpabilidad, como sostiene el anteproyecto, el conocimiento de la prohibición forma parte del mismo, por lo tanto el error de prohibición vencible (falta de dolo) acarrea necesariamente la aplicación de un delito culposo, y no la atenuación de la pena de un tipo doloso excluido precisamente a causa del error aludido. La sorprendente mixtura de soluciones prevista en el anteproyecto para este caso, pareciera concebir que el dolo (¿natural?) y el conocimiento de la prohibición son dos elementos distintos que coexisten dentro de la culpabilidad, cuestión sumamente difícil de entender.

[42] Al respecto, Modolell, como en nota anterior, pp. 433 y ss.
[43] Sobre esto, *ídem*.

El artículo 58, titulado "error por culpa", establece que "Si el error de hecho proviniere de culpa del agente, se aplicarán las penas que la ley ha previsto para la infracción culposa". Pareciera que el proyectista quiere hacer referencia en esta norma al "error de hecho" vencible, repitiendo así el efecto señalado en el artículo 56 para el citado error. Por lo tanto es absolutamente innecesario este artículo.

El artículo 59 contempla lo que la doctrina conoce como error *in persona vel in obiecto* (aunque el artículo sólo se refiere al error sobre la persona). Así, dispone el citado artículo: "Si por error en la identidad de la víctima, se perpetra el delito contra una persona distinta a aquella contra quien se dirigió la conducta, el agente es culpable a título de dolo por el resultado producido. Sin embargo, no se le imputarán las circunstancias agravantes que dimanen de la categoría de la víctima o de sus nexos con ésta, pero sí las que habrían disminuido las penas del hecho si lo hubiera cometido en perjuicio de la persona a quien quería ofender o dañar". Resulta irrelevante una disposición semejante, ya que el intérprete, mediante las categorías dogmáticas, puede resolver sin mayor dificultad este supuesto. Por otra parte, el artículo elimina la posibilidad de castigar la posible tentativa (inidónea) sobre la persona a quien originalmente se quería producir el daño.

Continuando con el artículo 60, se evidencia que éste constituye otra disposición prescindible. Así, expresa: *Aberratio ictus*. Cuando por error en el uso de los medios de ejecución o por cualquier otra causa extraña a la voluntad o conducta del agente, perpetra éste el delito en perjuicio de persona distinta a aquella a quien se quería atacar, será culpable por delito culposo respecto al resultado realmente producido; y por delito doloso en grado de tentativa, respecto al resultado querido y no producido". Del mismo modo que en el artículo anterior, la aplicación de las categorías dogmáticas por parte del intérprete conduciría a la correcta solución de este supuesto, de allí lo inconveniente de plantear una solución "tarifada" del problema, solución, por cierto, criticada por un importante sector doctrinal.[44]

[44] Al respecto, *vid*. Silva Sánchez: *Aberratio ictus e imputación objetiva*, en, del mismo autor, *Estudios de Derecho Penal*, Grijley-Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2000, pp. 41 y ss. Este autor recurre a la imputación objetiva para el tratamiento de la *aberratio ictus*.

Por último, en relación al capítulo sobre la culpabilidad, el artículo 61 del anteproyecto prevé el llamado "exceso inculpable", en virtud del cual "No incurre en responsabilidad penal quien obre en estado de incertidumbre, temor o terror". Esta norma tampoco es necesaria, ya que si dicho estado de "incertidumbre, temor o terror" afecta el dolo, se aplicarán las disposiciones sobre el error. Mientras que si el estado aludido afecta la imputabilidad, se aplicarán las normas sobre trastorno mental transitorio.

El capítulo III del título III se denomina "imputabilidad", concibiendo erróneamente a ésta como un elemento externo a la culpabilidad.[45] En tal sentido, dispone el artículo 62: "Imputabilidad e inimputabilidad. Es imputable quien tiene la capacidad de querer y entender y por ello pudo comprender la ilicitud del hecho en el momento en que lo perpetró. No pudo comprender tal ilicitud quien por un defecto permanente o transitorio de su estado mental, no halló en ese momento cómo ajustarse a las normas del Derecho". En relación a este artículo destaca la extraña forma en que está redactado. Así, de su primera disposición se infiere que, quien tiene la capacidad de entender y de querer "pudo comprender la ilicitud del hecho en el momento que lo perpetró". Se establece así una ficción jurídica, ya que una persona puede tener la capacidad de entender y de querer, y no conocer la ilicitud del hecho realizado, como el caso del indígena no integrado que no padece una perturbación mental. Efectivamente, éste tiene capacidad de querer y de entender, aunque en el caso concreto no entienda o no conozca la norma, o no haya tenido posibilidad de acceder a ella. En cuanto a la segunda parte relativa al estado mental, la misma debería ubicarse en la disposición sobre la "perturbación mental".

Sobre la "perturbación mental" establece el artículo 63 del anteproyecto: "Nadie puede ser penado por la comisión de un delito, si cuando realizó la conducta punible era inimputable por su incapacidad de comprender o de querer. No es punible el que ejecuta la conducta punible hallándose en estado de enajenación mental suficiente para privarlo de

[45] Al respecto, *vid supra* nota 3.

la conciencia o de la libertad de sus actos". Este artículo pareciera ser la unión de dos normas extraídas de distintas fuentes, las cuales indirectamente definen la imputabilidad. Por otro lado, la primera parte del artículo está comprendida en el artículo anterior, de allí que uno de los dos sobraría (en mi opinión, el artículo precedente). La segunda parte de la norma comentada alude, al igual que el vigente artículo 62 CP, a la libertad de los actos como fundamento de la imputabilidad. Esta posición es sumamente discutible dentro del Derecho penal moderno,[46] de allí que debería evitarse tomar partido al respecto.

En el artículo 64 se regula lo relativo a la embriaguez, basándose en el vigente artículo 64 del CP, y al igual que éste contempla dos supuestos respecto de los cuales no existe justificación alguna para el castigo. Así, disponen los numerales 3 y 4 lo siguiente: "3. Embriaguez excepcional. Si la embriaguez fuere enteramente excepcional, que no tenga precedente, las penas correspondientes al delito cometido se reducirán entre la mitad y los dos tercios del mínimo señalado en la ley... 4.- Embriaguez ordinaria. Si no fuere probada ninguna de las circunstancias a que se contraen los tres supuestos anteriores y resultare demostrada la perturbación mental por causa de la embriaguez, las penas correspondientes al delito cometido se reducirán de un tercio a la mitad de las penas aplicables". Los citados numerales parten del supuesto de que existe un caso de perturbación mental provocado por embriaguez. De estos dos hechos el proyectista, al igual que el CP, aplica de forma indebida la llamada *actio libera in causa*. Así, en los supuestos referidos no se pudo probar que el sujeto se embriagó para delinquir, o que se embriagó conociendo las posibles consecuencias que podría acarrear dicho estado. Por lo tanto, lo único que consta es que el autor se encuentra bajo un estado de inimputablidad (falta de capacidad de entender o de querer, falta de conciencia o libertad de los actos, siguiendo la terminología del anteproyecto) causado por un acto atípico, como es la embriaguez.

[46] Al respecto, *vid.* Gimbernat: *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?* en, del mismo autor, *Estudios..., cit.,* pp. 142 y ss.

En mi opinión, en los supuestos de delitos cometidos bajo influencia alcohólica, o de sustancias estupefacientes, que derivan en una perturbación mental, deben distinguirse las siguientes soluciones: a) si el consumo se realizó para delinquir, o para procurarse una excusa, esta decisión constituye el punto final del reproche, aun cuando en el momento de delinquir la persona no haya tenido "conciencia o libertad de sus actos" (*actio libera in causa*). Por lo tanto, el juicio culpabilístico partirá de la existencia de un tipo doloso; b) si el consumo se realizó sin la intención de delinquir, pero el autor conocía, o debió conocer por sus antecedentes, que él podía ocasionar un delito, es esta decisión la que constituye el objeto del reproche (*actio libera in causa*), por lo cual su culpabilidad presupondrá la existencia de un tipo culposo (de existir la previsión legal); c) en todos los demás casos, no existe razón alguna para hacer responder al autor que se encuentra perturbado mentalmente a causa de embriaguez o por ingesta de estupefacientes, conductas atípicas (solución correcta para la ingesta fortuita, por fuerza mayor, y para los casos de dudas probatorias). Estas soluciones no tienen por qué constar expresamente en la ley, ya que se derivan del desarrollo doctrinal de la *actio libera in causa*.

El artículo 66 del anteproyecto contempla la sordomudez en los siguientes términos: "No es imputable el sordomudo que en el momento de ejecutar la conducta punible no tenía, por causa de su afección, la capacidad de comprender o de querer. Pero el juez dictará las medidas correspondientes respecto al tratamiento y educación del sordomudo, así como para evitar que sea un peligro para los demás". Esta disposición es superflua, ya que lo que determina la imputabilidad del sordomudo es que, utilizando la terminología del anteproyecto, no tenga "capacidad de comprender o de querer", supuesto consagrado en la fórmula general referida a la inimputabilidad.

El artículo 68 califica directamente al indígena de inimputable, en los siguientes términos: "El juez podrá declarar inimputable al indígena que ejecute una conducta tipificada como punible, teniendo en cuenta su inadaptación a la cultura y su eventual incapacidad para comprender la ilicitud de tal conducta o para adecuarla a las disposiciones del Derecho". Esta norma es errónea, ya que las condiciones para "declarar

inimputable al indígena" no constituyen sino baremos que permiten determinar la existencia de un error de prohibición en el indígena. Éste sólo será inimputable en el caso de que se encuentre en un estado de perturbación mental que anule su capacidad para "entender o querer".

El artículo 70 expresa: "**Ausencia de voluntad.** No es punible el que realice la conducta punible hallándose dormido, ya se trate de un sueño natural, provocado o sonambúlico, siempre que para el momento de su realización el sujeto careciera de la capacidad de comprender o de querer... También está exento de penas quien perpetró el delito, por comisión u omisión, constreñido por otro mediante violencia a la cual no haya podido resistir o substraerse". Los supuestos anteriores son considerados unánimemente por la doctrina como casos de ausencia de conducta,[47] de allí su errónea ubicación en el capítulo referido a la culpabilidad.

El artículo 71 referido a la "acción libre en la causa" debe ser eliminado en razón de los argumentos expuestos *supra*.

IV

Considero que el anteproyecto de Código Penal comentado, contiene graves errores estructurales que ameritan su reelaboración total, es decir, la creación de un nuevo anteproyecto. Espero que estas observaciones sean tenidas en cuenta por las personas que trabajan en la creación de los distintos proyectos legislativos de Código Penal.

[47] Por todos, Mir Puig, como en nota 1, pp. 185 y ss –17 y ss–.

Penas y medidas de seguridad en el anteproyecto Angulo para un nuevo Código Penal

José Fernando NÚÑEZ*

SUMARIO:

Introducción
1. Penas.
2. Medidas de seguridad.
Conclusión

INTRODUCCIÓN

El proceso de rebasamiento del Código Penal venezolano y de derogación tácita o expresa de muchas de sus normas comienza a producirse

* **Universidad Santa María**, *Centro de Derechos Humanos*, Director. **Asamblea Nacional**, *Comisión Mixta para la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal y la elaboración del Código Penal y del Código Orgánico de Justicia Militar*, Asesor. Abogado en ejercicio, Profesor Universitario.

con la irrupción en la realidad social nacional de una serie de situaciones desconocidas en el último decenio del siglo XIX, época de la promulgación de esa ley, situaciones que de alguna manera inician también un proceso de horadación de la base de sustentación del Estado, que apremiado por tales nuevas realidades, en lugar de avocarse a la elaboración y promulgación de una nueva ley penal sustantiva comenzó a paliar los problemas derivados de tales realidades con la creación y promulgación de leyes penales especiales dirigidas a regular cada sector afectado. A esa imprevisión debe agregarse la no menos nociva práctica de la inclusión de tipos penales en leyes promulgadas para regular disciplinas absolutamente diferentes de la penal.

No obstante, resulta conveniente destacar también que en su propia estructura normativa el Código Penal venezolano tiene ausencias notorias, imperceptibles en la época de su elaboración, pero inexplicables en la de hoy, como es el caso de las medidas de seguridad, además de elementos contrariantes de la concepción de estado que asumió Venezuela a partir de 1936, que se decanta y purifica en los textos constitucionales de 1961 y 1999.

Tal es lo relacionado con las penas, cuya racionalización, y por qué no decirlo, cuya humanización, comienza con la entrada de Venezuela en el siglo XX una vez que se encarga de la Presidencia de la República el General en Jefe Eleazar López Contreras a finales de 1935. En la etapa anterior impera en el país una concepción medieval del sistema prisional que se caracteriza por la absoluta crueldad y deshumanización imperantes en las cárceles, en la que, entre otras barbaridades se colocaban grillos[1] a los reclusos, se les colgaba de los testículos, se les envenenaba con sustancias químicas, se le agregaba vidrio molido a la escasa comida que se les suministraba, y, conforme a lo establecido en el artículo 12 del Código Penal, se les obligaba a realizar trabajos forzados.

[1] Los grillos estaban constituidos por dos grilletes que unidos por un perno se colocaban a los presos en los talones para impedirles andar; algunos de ellos, en tal condición eran enviados a trabajar en las obras públicas nacionales, sobre todo en la construcción de carreteras. La denigrante, bochornosa y todavía encorajinante situación penitenciaria de la época es magistralmente descrita por José Rafael Pocaterra, quien fue preso de la dictadura gomecista, en "Memorias de un venezolano de la decadencia".

Ahora bien, fue la Ley de Régimen Penitenciario de 1937, cuya versión original data del año 1915, con reformas en los años 1916 y 1926, llamada "Reforma Chiossone", por el apellido de su impulsor, el siempre presente Doctor Tulio Chiossone, la que realmente constituyó en la época un texto penitenciario integral, y la que tiene el inmenso mérito de que no obstante no contener una derogatoria expresa, borró la gran mácula que estigmatiza el texto del Código Penal, al eliminar del panorama penitenciario nacional la prestación de trabajos forzados por parte de los reclusos.

La vigencia de la "Reforma Chiossone" se prolongó por casi un cuarto de siglo, por cuanto es en 1961, con el advenimiento definitivo de la democracia cuando se realiza un verdadero proceso de renovación del sistema penitenciario, incorporándose en el mismo las pautas establecidas en el texto contentivo de las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos", adoptado por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra en el año 1955, entre otras de dichas pautas, el sistema de progresividad, las fórmulas de cumplimiento de penas, como el destacamento de trabajo y el régimen abierto, y en general, un importante conjunto de medidas tendientes a la recuperación social del penado.

Sin embargo, por la referida ausencia de norma derogatoria expresa, conforme a la normativa consagrada en el Código Penal existe en Venezuela, "en el papel", un régimen de penas entre las que se encuentran el presidio, la prisión, el arresto, la relegación a colonia penal, el confinamiento y la expulsión del territorio de la República, de las cuales, sólo la prisión y el arresto han resistido el embate de la modernidad, es decir, que la misma derogatoria virtual que afectó la pena de presidio ante la promulgación de la Ley de Régimen Penitenciario, la hubieron de soportar la relegación a colonia penitenciaria, el confinamiento y la expulsión del territorio de la República, ante la proscripción por la Constitución de la República de 1961 de la aplicación de penas infamantes y del extrañamiento de venezolanos del territorio nacional.

El régimen de las penas se encuentra consagrado en el Título II del Libro Primero del Código Penal, y la división que se hace en el artículo 8 de las mismas en corporales y no corporales impregna ya la disposición de un contenido semántico absolutamente diferente al que rige en naciones que han modernizado su legislación penal y como ya dejamos establecido, al que rige en Venezuela desde la promulgación del texto constitucional del 20 de julio de 1936, decantado en las constituciones de 1961 y 1999, no obstante que tal como ya expresamos, sólo la pena de presidio, comporta una sanción de índole corporal, como lo es la derogada prestación de trabajos forzados, continuando vigentes sus accesorias establecidas en el artículo 13 del Código Penal: la interdicción civil y la inhabilitación política durante el tiempo de la pena, y la sujeción a la vigilancia de la autoridad por una cuarta parte del tiempo de la pena desde que la misma termine, además de que la condenación a presidio constituye causal de divorcio conforme a la previsión del artículo 185 ordinal 5º del Código Civil, habiéndose creado en el artículo 760 del Código de Procedimiento Civil un sumario procedimiento en el que basta que el cónyuge del condenado presente en el juicio copia certificada de la sentencia definitivamente firme de la condenación a presidio para que el juez declare "…que no hay lugar a pruebas por ser el punto de mero derecho, y procederá a sentenciar la causa en el lapso legal".

No puede ser más denigrante nuestra pena de presidio.

En general, el catálogo de penas corporales e incorporales previstas en el código actual no guarda relación con los lineamientos fundamentales de política criminal que derivan de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la Ley de Régimen Penitenciario y del Código Orgánico Procesal Penal, circunstancia que coadyuva en la inoficiosidad de nuestro texto sustantivo penal.

Las circunstancias expuestas reflejan una caótica situación que hace impostergable la tarea de la codificación, es decir, la incorporación en un solo texto de toda la legislación penal sustantiva que requiere el país, debiendo ser aprovechada la oportunidad de la codificación para modernizar nuestra ley penal sustantiva, poniéndola en sincronía, no sólo con el moderno procedimiento penal imperante en el país desde la pro-

mulgación del Código Orgánico Procesal Penal, sino también con el novísimo texto constitucional que concibe a Venezuela como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, textos que recogen los más significativos aportes doctrinarios que se han formulado en los últimos tiempos a la ciencia penal.

La codificación supone la incorporación en la misma de los principios dogmáticos vigentes en todas las naciones que con un criterio de avanzada han acometido la reforma de su legislación penal, los que por cierto se encuentran incluidos en la Parte General, o Libro Primero del Código Penal que ha sido elaborado y ya presentado por ante la Asamblea Nacional por la Comisión Mixta designada por este ente para la reforma del Código Orgánico Procesal Penal y la elaboración del Código Penal y del Código Orgánico de Justicia Militar, destacando entre dichos principios el de legalidad de los delitos, de las penas y de las medidas de seguridad con la actual concepción que del mismo tiene formulada la moderna dogmática penal, *Nullum crimen, nulla poena, nulla mensura, sine lege praevia, scripta, stricta, publica et certa*, en razón de que conforme a tal concepción, los delitos, las faltas, las penas y las medidas de seguridad deben establecerse mediante una ley formal previa a la comisión del hecho punible, escrita, de estricta interpretación y aplicación, excluyente de la analogía, y pública e inequívocamente conocida por la población.

El principio de lesividad.

El principio de prohibición de la analogía como fuente de derecho penal.

Los principios de aplicación temporal y espacial de la ley penal.

El principio *Non bis in ídem.*

El principio de adecuación irrestricta de la aplicación y ejecución de las penas y medidas de seguridad a los derechos inherentes a la persona humana consagrados en la Constitución de la República, leyes, tratados, convenios y acuerdos internacionales vigentes.

El principio de aplicación general de la ley penal a toda persona que se encuentre incursa en la comisión de hechos punibles, sin distinción alguna.

El principio de la responsabilidad penal de acto.

El principio de regulación de las leyes penales en blanco conforme al cual la complementación del precepto jurídico de la norma deberá constar en una ley, reglamento o decreto del Ejecutivo aprobado en Consejo de Ministros y publicado en *Gaceta Oficial* previamente a la comisión del hecho, sin que sea admisible un segundo reenvío.

El principio de racionalidad y proporcionalidad de las penas aplicables, las cuales, en el indicado trabajo de la Comisión Mixta se conciben como restrictivas de la libertad y restrictivas de otros derechos, estableciendo para las primeras la prisión y el arresto, y para las segundas, un elenco que contempla la inhabilitación o la suspensión por tiempo determinado de otros derechos del condenado, manteniéndose la multa como pena principal. Se establece en el referido trabajo el catálogo de las medidas de seguridad aplicables a las personas inimputables que incurren en la comisión de hechos punibles y el régimen de aplicación de las mismas; se mejora notablemente lo relacionado con la responsabilidad civil derivada de la comisión de hechos punibles; y por supuesto que aspecto fundamental tomado en consideración en la Parte General elaborada por la indicada Comisión Mixta de la Asamblea Nacional lo constituye la protección de la víctima y el resarcimiento del daño que se le hubiere causado.

Ante la perspectiva de labor de la comisión designada por el ente parlamentario nacional, que por supuesto se encuentra en la actualidad trabajando, sin prisa pero sin pausa, en la elaboración de los Libros Segundo y Tercero del futuro Código Penal, surge la alternativa del Anteproyecto de Código Penal realizado a solicitud del Tribunal Supremo de Justicia, por un grupo de destacadísimos juristas venezolanos dirigido por el no menos destacado Dr. Alejandro Angulo Fontiveros, magistrado de la Sala de Casación Penal del mencionado Tribunal Supremo de Justicia, trabajo que como toda obra humana seguramente contiene aciertos y errores, pero que al juzgarlo sin mezquindad debe atribuírsele el innega-

ble mérito de que tal como se señala en su Exposición de Motivos, "…pone fin a la insana dispersión y unificó más de ochenta leyes penales"; y trabajo que sin duda coadyuvará a facilitar el cumplimiento del mandato que conforme al artículo 208 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tiene asignado la ya mencionada Comisión Mixta de la Asamblea Nacional.

De seguidas realizamos un análisis somero de los cambios e innovaciones que en relación con las penas y medidas de seguridad se proponen en el anteproyecto realizado a instancias del Tribunal Supremo de Justicia, al que en lo sucesivo mencionaremos como el anteproyecto.

1. PENAS

El anteproyecto inicia el tratamiento de la pena haciendo una inclusión en las Disposiciones Generales de lo que considera un principio general que se incorpora en el artículo 7, denominado **Naturaleza y fines de la Pena**, el cual, resumidamente, nos permitimos analizar a continuación.

La indicada norma es del tenor siguiente:

> **Artículo 7.-** Naturaleza y fines de la pena. La pena podrá ser corporal y acumulativamente pecuniaria e indemnizatoria a la víctima. Si la multa se le pagare a ésta, el condenado podrá ser beneficiado con una disminución de la pena y hasta una cuarta parte de la misma. Si no fuere posible pagar a la víctima o no aceptare indemnización del condenado, éste deberá pagar la multa al Estado y en particular al Fondo Estatal de Indemnización y Ayuda a las Víctimas de la Criminalidad, que funcionará en el Ministerio del Interior y Justicia y según el reglamento que se dicte al efecto.
>
> La pena responderá a los principios de necesidad y proporcionalidad y tiene también como fines la prevención, retribución y reinserción social del condenado.

A nuestro juicio el artículo tiene contenido principista sólo en el encabezamiento de su único aparte referido precisamente a "…los principios

de necesidad y racionalidad…" a que debe responder la pena, manifestándonos contrarios a considerar, no obstante que códigos de data reciente como el colombiano, por ejemplo, así lo establecen, que pueda asignársele tal carácter de Principio General de Derecho Penal a los fines de la pena, materia correspondiente a la disciplina penitenciaria ya programada, no sólo en la ley especial correspondiente, sino también en el texto constitucional.

El encabezamiento del artículo contiene una inapropiada regresión al sistema por derogar, al asignarle a la pena carácter corporal. Como ya hemos señalado este vocablo tiene un valor semántico indeseado e inencajable en una ley penal de avanzada, derivado de la connotación de afectación de la integridad corporal del ser humano que pudiera hacer suponer en algunos, que válidamente podrían pensar en azotes, torturas, flagelación, mutilación y, en general, en cualquier suplicio infligido en el cuerpo del recluso, no presente dicha circunstancia, aclaramos, en el código actual que equipara las penas corporales con las restrictivas de la libertad, pero en todo caso, de inaconsejable inclusión dado el carácter informativo del Derecho Penal que el propio anteproyecto proclama.

No creemos válido tampoco que la sanción pecuniaria deba ser siempre acumulativa a la pena principal, no sólo por la probable afectación de la "pena justa" que pudiera derivar de tal propósito, sino también por la inexequibilidad de tal pena que se evidenciará en muchos casos. Luce sano que en los casos de afectación de la cosa pública, se mantenga el criterio de la Ley contra la Corrupción, ya incorporado *in illo tempore* de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público; y quizás resulte bueno tal propósito en algunos otros casos que señale la casuística, pero en general, somos de opinión, que, entre otras muchas consideraciones, como las expuestas al comienzo de este párrafo, dado el fin que asignan a la pena el artículo 272 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley de Régimen Penitenciario, no debe incluirse como norma general la aplicación concurrente de la multa con la pena restrictiva de libertad o con la pena restrictiva de otros derechos.

No debe soslayarse en tal sentido la realidad de que tal como dice la propia Exposición de Motivos del anteproyecto hay "…que tomar en

consideración las causas que conducen al hombre a delinquir. La opresión del hombre por duras circunstancias económico-sociales lo hacen propender al delito y máxime si no ha recibido una educación adecuada". (Página II, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código Penal). Parece entonces injusto que se le imponga a un ciudadano que no ha recibido un aceptable nivel de educación y que está sometido a duras circunstancias económico-sociales, y que fundamentalmente por tales causas ha delinquido, que conjuntamente con la pena restrictiva de libertad que se le imponga, deba además dar cumplimiento a una sanción de carácter pecuniario. Definitivamente, nos manifestamos contrarios a que se le otorgue carácter general a la mencionada disposición.

Se establece también en el referido artículo 7 del anteproyecto que la pena pecuniaria sea indemnizatoria a la víctima, lo cual, además de constituir un principio de privatización de la justicia penal pareciera de innecesaria fijación en razón de las previsiones contenidas en los artículos 158 y 159 del mismo anteproyecto en relación con el contenido de la responsabilidad civil derivada de delito y con la restitución, comprensiva la primera de la reparación del daño causado y de la indemnización de los perjuicios materiales y morales.

El primer supuesto de la segunda parte del encabezamiento del mencionado artículo 7 debe ser incluido en el Capítulo III del Título IV por constituir una circunstancia que rebaja la pena incidiendo de manera directa en la aplicación de la misma, y en cuanto al segundo supuesto, resulta absolutamente inoficiosa su inclusión como Principio General de Derecho Penal por carecer de tal entidad, y porque resulta tautológico ante la previsión del artículo 78.

Finalmente con respecto al artículo 7 debemos asentar que si bien los fines de prevención, general y especial, y de retribución, se encuentran ínsitos en toda programación de política criminal, nuestro texto constitucional y la ley especial que rige la materia penitenciaria establecen un único fin para la pena, entendido en el igual significado de las frases "…rehabilitación del interno o interna…" que utiliza la primera, y "…reinserción social del penado…" que pauta la segunda, lo que en todo caso no invalida el abundamiento en que incurre el anteproyecto.

El régimen de Las Penas se encuentra establecido en el Título IV del anteproyecto, estableciéndose en el Capítulo I las Diversas Clases de Penas.

> El artículo 72, denominado con el mismo nombre asignado al Capítulo I, Diversas Clases de Penas, es del tenor siguiente:
>
> **Artículo 72.- Diversas clases de penas**. Las penas que pueden imponerse con arreglo a este código, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y comportan multas.
>
> Las penas se dividen también en principales y accesorias.
>
> Son penas principales:
>
> Las de prisión, para los delitos; el arresto para las faltas; y la multa como pena común para ambos.
>
> Son penas accesorias:
>
> Las que la ley trae como adherentes a la principal, necesaria o accidentalmente.
>
> El comiso y la publicación de la sentencia en la prensa cuando el juez así lo disponga, son penas accesorias y comunes a toda pena principal en cuanto sea necesario.

El copiado artículo, que da comienzo al régimen de las penas patentiza la circunstancia a que hicimos referencia *supra* en relación con el contenido del artículo 7 que impropiamente establece que la "…pena podrá ser corporal…".

En efecto, el artículo 72 corrige el error que señalamos al artículo 7, por cuanto apropiadamente establece que las penas son privativas de libertad y privativas de otros derechos, no resultando afectada la norma propuesta por el evidente error de sintaxis en que incurre al utilizar indebidamente la conjunción copulativa "y" luego de establecer, sin cópula, los dos tipos de penas aplicables y señalar que ambos comportan multas.

El artículo establece también la división entre penas principales y accesorias señalando unas y otras.

En cuanto a la última parte del artículo 72, la aplicación y efectos de la pena de comiso, accesoria y común a toda pena principal, y equipolente a la establecida en el artículo 10 numeral 10 del código actual, se describe en los artículos 88 al 91, pero nos resulta inoficiosa la salvedad contenida en la frase "…en cuanto sea necesario…" porque el comiso sólo procederá en tanto y en cuanto existan los objetos activos y pasivos del delito a que se refiere el artículo 88.

Con respecto al segundo supuesto previsto en la referida parte *in fine* del artículo 72, no consideramos apropiado que la publicación de la sentencia se deje a la discrecionalidad del juez, pareciéndonos más prudente que tal circunstancia sea producto de expresa previsión legal, como es el caso del único aparte del artículo 450 del código actual.

El artículo 73 del anteproyecto, igual que el proyecto de la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional, establece como penas privativas de libertad solamente la prisión y el arresto, criterio al que adherimos y que se recoge en la mayoría de los textos penales promulgados en tiempos recientes, como el colombiano y el español, debiendo advertir que con tal previsión no resultará afectada la norma programática estatuida en el artículo 272 de la Constitución que establece que se preferirá en los establecimientos penitenciarios el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias, por cuanto ambas fórmulas corresponden a la disciplina penitenciaria, estando la primera de ellas prevista en la Ley de Régimen Penitenciario, y la segunda, la de las colonias agrícolas penitenciarias, habiendo sido incluida en el Anteproyecto de Código Orgánico Penitenciario presentado por la Comisión Especial que designó al efecto el Ministerio del Interior y Justicia, por ante la Asamblea Nacional.

La disposición del anteproyecto contempla seis categorías de penas privativas de otros derechos, cuatro de las cuales son exactamente iguales a las creadas por la Comisión Mixta, eliminándose la destitución y la suspensión del empleo en los casos de funcionarios o empleados públi-

cos, esta última considerada, conforme al artículo 93 del anteproyecto como sanción que no es reputada como pena, y presumiendo nosotros que la destitución la da por incluida el anteproyecto en la figura que el mismo crea de "La inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas". A nuestro juicio los tres indicados supuestos, destitución y suspensión del empleo en los casos de funcionarios o empleados públicos, e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, pueden conglobarse en una sola categoría comprensiva de "La inhabilitación para el ejercicio de algún cargo, profesión, industria, arte o comercio", tomando en consideración que en alguna de estas últimas cinco situaciones podría verificarse la comisión del hecho punible que motiva la pena, y lo que reduce a cinco las categorías de Penas Privativas de otros Derechos.

Mención especial nos merece la pena privativa de otro derecho identificada con el Nº 4 del mencionado artículo 74 del anteproyecto y que se identifica como "La imposición de trabajos en beneficio de la comunidad".

El artículo 84 del anteproyecto que establece la forma como se aplicará la pena de "imposición de trabajos en beneficio de la comunidad", señala que los trabajos en beneficio de la comunidad no podrán imponerse sin consentimiento del penado. La frase es de una desafortunada estructuración. Una pena impuesta no puede consultarse con la persona a quien se le impone, y por supuesto que el trabajo impuesto, independientemente de la clase y calidad del mismo, encuadraría dentro de los trabajos forzados que comporta, "en el papel", la pena de presidio que contempla nuestro actual Código Penal, que como ya dejamos establecido fue eliminada de nuestro ordenamiento legal por la Ley de Régimen Penitenciario de 1937.

En razón de lo expuesto consideramos que esta pena privativa de un derecho debe denominarse, más apropiadamente, "Prestación de trabajos en beneficio de la comunidad", nomenclatura que por hacer suponer el consentimiento del penado para someterse a la misma elimina la posibilidad de concebirla como una imposición o como "trabajo forzado", independientemente, como ya dijimos, de la clase y calidad del mismo, y más en sincronía tal nomenclatura con el supuesto previsto en el encabezamiento del artículo 489 del Código Orgánico Procesal Penal.

El artículo 75 que señala en qué consiste y cómo se cumple la pena de prisión no nos merece comentario alguno.

En el artículo 76, que consagra que la pena de prisión puede ser reemplazada "…en los casos determinados por la ley…", se establecen las penas accesorias a la misma:

> 1.- La inhabilitación política.
>
> 2.- La inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. Cuando el condenado fuere funcionario o empleado público, esta pena comporta la suspensión del empleo o función que venía ejerciendo.
>
> 3.- La inhabilitación para el ejercicio de una profesión, arte o industria, cuando en el ejercicio de ella fue cometido el delito por el que ha recaído la condena.

La figura del reemplazo a que hace referencia el encabezamiento del artículo, la estudiaremos una vez que arribemos al capítulo correspondiente a la **Ejecución de la Pena**, en el que se encuentra incorporada en los artículos 114 y 115.

En cuanto a las penas accesorias consagradas en dicho artículo, consideramos que no debe haber discusión en cuanto a la procedencia y conveniencia de la incorporación como tal de la inhabilitación política. Es de una lógica abrumadora que las personas que se dedican a la política deben ser de las más respetables del conglomerado social, y el fundamento de tal respetabilidad deriva del comportamiento sin tacha que esas personas deben observar en todos sus actos. Por ello es que nos resulta tan lógico admitir que, inhabilitándolo para la misma, se separe de la actividad política a aquel individuo sobre el que recae una condenatoria.

La misma reflexión cabe con respecto a la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, debiendo destacarse en todo caso la redundante estructuración de la norma al establecer que "Cuando el condenado fuere funcionario o empleado público, esta pena comporta la suspensión del empleo o función que venía ejerciendo".. Si resulta condenado a

prisión, y por ende inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas, pareciera de Perogrullo que esa inhabilitación se extiende al empleo o función que venía ejerciendo. Definitivamente debe ser eliminada esta parte de la norma propuesta.

En cuanto a la tercera pena accesoria a la de prisión, somos de opinión que se agreguen al numeral las circunstancias de comercio y cargo con lo que se cubre un mayor espacio de supuestos en los que se podría cometer el hecho punible que da lugar a la condenatoria.

En el artículo 77 se establece en qué consiste la pena de arresto, poniéndose de relieve la diferencia fundamental de esta pena con la prisión, cual es la de la institución en que se cumplen una y otra.

Siendo que otra diferencia de la pena de prisión con la de arresto es la más baja entidad criminal del hecho que motiva esta última, y las instituciones para su cumplimiento, que podrían estar ubicadas en el propio lugar del domicilio del penado, consideramos que no debe comportar la suspensión del empleo o función pública que viniera desempeñando el penado, por lo que creemos que debe eliminarse el único aparte del indicado artículo 77.

En cuanto a la pena de multa, establecida en el artículo 78 del anteproyecto, nos permitimos dar aquí por reproducido lo que expusimos cuando analizamos el artículo 7, debiendo en todo caso referirnos ahora a alguna incoherencia que observamos en la estructuración de la norma, la cual señala que la pena consiste en la obligación de pagar a la víctima, al Fisco Nacional o al Fisco Municipal, según se trate de delitos o faltas respectivamente, la cantidad de unidades tributarias que de acuerdo con la ley determine la sentencia, estableciendo de seguidas que la referida "…cantidad será destinada a la creación, fomento y mantenimiento de un Fondo Estatal de Indemnización y Ayuda a las Víctimas de la Criminalidad, que tendrá por objeto coadyuvar con la restitución del valor de la cosa cuando aquella no sea posible y el resarcimiento del daño causado".

Descartado para nosotros el pago a la víctima, que objetamos por la razón ya aducida de que constituiría un principio de privatización de la

justicia penal, inencuadrable ni siquiera dentro de los acuerdos reparatorios establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal, por la propia especificidad dentro de la que éstos pueden producirse, resulta inoficioso que se programe el pago de la multa al Fisco Nacional o al Fisco Municipal, como por cierto lo establece el código actual, si luego tales fondos van a engrosar el fondo especial que crea la norma proyectada. Es decir, que de crearse el señalado fondo especial la multa debería destinarse de una vez al mismo sin tener que transitar por los enrevesados caminos de la burocracia nacional o municipal.

En la pretendida instauración de la multa como pena principal se pone de manifiesto la marcada influencia, advertible en una gran extensión del anteproyecto, que tiene sobre el mismo el proyecto de Código Penal presentado por los ilustrísimos Doctores José Miguel Tamayo Tamayo y Jorge Sosa Chacín por ante el Congreso Nacional en el año 1984, pues este también establece la multa como pena común para los delitos y para las faltas, que sanciona respectivamente con las penas de prisión y de arresto, sólo que el proyecto Tamayo-Sosa hace al respecto una enunciación de carácter general que se decanta cuando se establecen los diferentes tipos pues sólo impone multas a aquellos delitos y faltas cuya naturaleza lo determina, como es el caso de los delitos contra el honor, de los relativos a la prostitución, de los delitos contra el patrimonio, algunos de los delitos contra el orden económico como aquellos que se cometen contra la industria y el comercio, y los societarios, los delitos contra la cosa pública, el ejercicio arbitrario de un pretendido derecho entre los delitos contra la administración de justicia y los delitos contra el orden público. El resto de los numerosos delitos sancionados con prisión o arresto establecidos en el también codificador proyecto Tamayo-Sosa, no tienen asignada la pena de multa.

Creemos prudente que el anteproyecto reformule lo relacionado con la pena de multa para que la misma se imponga, conjuntamente con la pena de prisión o con la de arresto, únicamente en aquellos casos, como lo establece el proyecto Tamayo-Sosa, en que la naturaleza del hecho perseguido, o del agente, lo determinen.

En el artículo 79 del anteproyecto se establece que la multa se pagará con base en la unidad tributaria que establece el Código Orgánico Tributario, adecuación que resulta necesaria en razón del dinamismo de esta figura que mantendrá siempre actualizados los montos a pagar por concepto de multas, por lo que en virtud de tal adecuación no volverá a plantearse el proceso de obsolescencia y desuso que arropó en las últimas décadas a las faltas y a las multas.

En los artículos 80, 81 y 82 se fijan las pautas de aplicación de las penas accesorias de la pena de prisión: inhabilitación política, inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas e inhabilitación para el ejercicio de una profesión, arte o industria, pareciéndonos apropiada la determinación del único aparte del artículo 82, considerando la irrisoria sanción que contemplan algunas leyes especiales, como por ejemplo la Ley de Abogados, que establece como máximo un año de suspensión para el abogado que hubiere defraudado de alguna manera el interés de su representado o de la justicia.

El artículo 83 da inicio a la descripción de las penas privativas de otros derechos, estableciéndose en el mismo un supuesto no contemplado en el artículo 74, que fija tales penas, como lo es la suspensión para el ejercicio de un oficio, y de seguidas, en los artículos 84, 85 y 86 se señalan las reglas de aplicación de las penas privativas de otros derechos establecidas en los numerales 4º, 5º y 6º del artículo 74.

Nos luce apropiada la disposición contenida en el artículo 87 relacionada con la remisión a los tribunales encargados de la aplicación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de la correspondiente compulsa de las actuaciones que afecten derechos de menores o adolescentes.

Los artículos 88 al 91 contienen las reglas aplicables al comiso, institución sustitutiva de la pena no corporal prevista en el artículo 10 numeral 10 del código actual; en el artículo 92 se establece lo relacionado con la publicación de la sentencia a que nos referimos cuando comentamos el último aparte del artículo 72, y en el artículo 93, se establecen cinco categorías de sanciones que no son reputadas como penas, inoficiosa-

mente incorporadas, salvo el segundo supuesto del número 1, si tal como reza dicho artículo corresponden a disciplinas diferentes de la penal.

El Capítulo II del Título IV se denomina **Personas Jurídicas** y en el mismo se estipula lo relacionado con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Dicho Capítulo se inicia en el artículo 94, denominado **Responsabilidad de las Personas Jurídicas**, y en el mismo se establecen los supuestos conforme a los que se puede sancionar a las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad, que por los mismos hechos, pudiera corresponder a las personas naturales.

El único aparte del mencionado artículo 94, contrariando la eufemística descripción del encabezamiento, que no habla de responsabilidad penal, formula un innecesario señalamiento, por cuanto resultaría inconcebible que por haberse determinado o establecido la responsabilidad penal de una persona jurídica, pudiera excluirse la que bajo cualquier forma de participación correspondiera a personas naturales, lo que en todo caso pareciera estar aclarado en el comienzo del propio encabezamiento de la norma.

En el artículo 95 se establece el elenco de penas aplicables a las personas jurídicas, a las cuales, salvo la clausura y la prohibición definitivas incorporadas en los numerales 3 y 6, que evidentemente tienen carácter perpetuo, no señalamos ninguna observación.

Nos parece apropiada la disposición del artículo 96, por cuanto deja claro lo relacionado con la oposición, que en los términos indicados en el Código de Procedimiento Civil, podría interponer la parte afectada contra las medidas precautelativas que fueren dictadas en su contra.

Salvo el capítulo separado en que el fiscal del Ministerio Público solicitará la sanción que corresponda contra la persona jurídica, que pareciera tener fundamento en la naturaleza de ésta, no vemos justificación para la inclusión del encabezamiento y el segundo aparte del artículo 97, por cuanto los principios, debido proceso y derecho a la defensa, invo-

cados en dicho encabezamiento, y la acción civil a que se refiere el segundo aparte, resultan comunes a las personas naturales y a las personas jurídicas.

Conforme es el propósito de la publicación del anteproyecto, es de esperar en todo caso que el delicado tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulte enriquecido con los aportes de la doctrina nacional y extranjera.

En el capítulo IV del Título IV del anteproyecto se incorpora una normativa denominada **Ejecución de la Pena** que consideramos inoficiosa ante la ya existente en el Código Orgánico Procesal Penal, normativa que se inicia en el artículo 112 con una velada remisión a la mencionada ley procesal y a la Ley de Régimen Penitenciario.

Los artículos 114 y 115 describen la figura del reemplazo aludida en el artículo 76, y son del tenor siguiente:

> **Artículo 114.- Prisión o arresto en días y horas no laborables.** El reemplazo de las penas privativas de libertad por prisión o arresto en días y horas no laborables, se aplicará con el fin de que el condenado pueda trabajar y mantenerse a sí mismo y a su familia. Consistirá en una forma de detención en horas no laborables e incluso nocturnas y las de días festivos, durante todo el tiempo que debiera durar la pena ordinaria de prisión o de arresto.
>
> **Artículo 115.- Trabajo en horas determinadas sin privación de libertad.** En las mismas circunstancias del artículo anterior se podrán reemplazar las penas privativas de libertad por trabajos en beneficio de la comunidad, según el artículo 107 y por todo el tiempo fijado en la sentencia condenatoria de prisión o de arresto.

En las copiadas normas se pone nuevamente de manifiesto la influencia del proyecto Tamayo-Sosa de Código Penal, que en el Título IV del Libro Primero, correspondiente a **Las Penas**, trae

incorporado en el Capítulo IV el **Reemplazo de las Penas Cortas de Privación de Libertad.**

Ahora bien, el proyecto Tamayo-Sosa en su Exposición de Motivos, con respecto a su propuesta del Reemplazo de las Penas Cortas de Privación de Libertad, señala:

> El Capítulo IV trata una importante materia, prevista en el anteproyecto de 1967, con la cual se permite el reemplazo de las penas cortas de privación de libertad. En efecto, se establece que las penas privativas de libertad que no excedan de tres años podrán ser reemplazadas por prisión o arresto en días y horas no laborables, trabajo en obras determinadas sin privación de libertad, confinamiento y reclusión domiciliaria. Estas normas que siguen las recomendaciones de la política criminal moderna habrán de permitir el descongestionamiento de las cárceles y la posibilidad de que el delincuente primario no peligroso no sea encarcelado facilitándose así su rehabilitación al evitarse la influencia de la cárcel como factor criminógeno.

Como se aprecia del párrafo trnascrito el reemplazo tiene como propósito el descongestionamiento de las cárceles y el impedir el encarcelamiento del delincuente primario no peligroso para facilitar su rehabilitación al evitarse la influencia de la cárcel como factor criminógeno, propósitos ínsitos, y por ende ya cubiertos, en las Alternativas a la Prosecución del Proceso previstos en el Capítulo III, Título I del Libro Primero, y en lo que para abreviar nos permitimos llamar beneficios establecidos en el Capítulo III del Libro Quinto, ambos, del Código Orgánico Procesal Penal, mecanismos que parecieran suficientes a tales fines.

No debe olvidarse por lo demás que una de las razones determinantes del proceso de descrédito y satanización que sufrió el Código Orgánico Procesal Penal inmediatamente después de su plena vigencia se debió a que con el mismo coexistieron una serie de beneficios procesales que se habían establecido para atemperar la rigidez del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, además de las Fórmulas de Cumplimiento de

Pena establecidas en la Ley de Régimen Penitenciario, circunstancialidad que posibilitó en muchos casos una indebida concurrente aplicación de tales beneficios procesales con los modernos institutos incorporados en la nueva ley adjetiva penal, como precisamente las Alternativas a la Prosecución del Proceso, situación a la que se puso coto en la segunda reforma que se hizo a dicha ley procesal en noviembre de 2001, y que podría verificarse nuevamente con el "reemplazo" de la pena de prisión, no así con la de arresto, a la cual adherimos.

Con respecto al supuesto previsto en el artículo 115, nos manifestamos absolutamente de acuerdo con el mismo, siempre que se trate de delitos cuya entidad y naturaleza lo permitan.

En cuanto al reemplazo de las penas de prisión y arresto por confinamiento, además de la consideración de suficiencia de los indicados dispositivos establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal, con uno de los cuales, la Suspensión Condicional del Proceso, guarda la propuesta bastante similitud, nos parece que el vocablo tiene un contenido indeseado que lo hace inaplicable en una ley penal moderna. Piénsese que es una de las penas corporales, también denominadas privativas de libertad, que consagra el código actual, lo que en el tiempo atribuyó a la institución y a su sujeto, "el confinado", una connotación infamante que contrasta con la disposición constitucional que proscribe ese tipo de penas en nuestra legislación.

En general consideramos que debe eliminarse del anteproyecto el capítulo correspondiente a la **Ejecución de la Pena**, establecido, con una mejor denominación, **De la Ejecución de la Sentencia**, y ampliamente regulado en el Código Orgánico Procesal Penal.

2. MEDIDAS DE SEGURIDAD

Aspecto que resalta del anteproyecto lo constituye la importancia que asigna a las medidas de seguridad al incluirlas en título propio, en palabras de la Subcomisión Especial coordinada por el profesor Carlos Simón Bello Rengifo, designada por la Comisión Mixta para la elaboración del Proyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal, en el Informe

presentado en fecha 18 de febrero de 2003, "…como quizá recomiende una mejor técnica legislativa…", cuestión que por las razones que se aducen en dicho informe no se hizo originalmente en ese proyecto.

Efectivamente, en el Título V del Libro Primero se encuentran ubicadas las medidas de seguridad a partir del artículo 119, el cual establece el principio de legalidad de dichas medidas, conforme al cual sólo se aplicarán aquellas que estén expresamente establecidas en la ley y en los casos en la misma contemplados.

Ante la actual estructuración del principio de legalidad, *Nullum crimen, nulla poena, nulla mensura…*, resulta evidente que lo relacionado con el principio de legalidad en las medidas de seguridad, debe incluirse en el artículo 2º dentro de los Principios Generales de la Ley Penal, lo que redundaría en una mejor sistematización del anteproyecto.

No obstante, a pesar de la importancia que deviene para las medidas de seguridad de su inclusión en un título propio del anteproyecto, creemos que es superficial el tratamiento que se hace de las mismas.

En efecto, en el anteproyecto se establecen las clases de medidas de seguridad y los establecimientos e instituciones en los que deben cumplirse las mismas, la prohibición de aplicación de medidas contrarias a la dignidad humana, el régimen de duración y prescripción de las medidas de seguridad y la posibilidad de su reemplazo en los casos que resultare necesario.

El anteproyecto establece en el artículo 120 las clases de medidas de seguridad, que "…se aplicarán en susbstitución de las penas…", obviando una conveniente diferenciación de carácter general, como la que establece en cuanto a las penas en el artículo 72, considerando como medidas solamente la internación en los diferentes establecimientos que contempla la misma norma, siendo que tal como señala el Proyecto de la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional en relación con las medidas de seguridad, "…para su aplicación el juez debe atender a las características y gravedad del hecho, así como a la personalidad del infractor", lo que perfectamente podría determinar que se aplicaren a dicho infractor, alter-

nativamente, una medida de internamiento, o de internación como reza el anteproyecto, o, en los casos en que no resultare recomendable el internamiento, una medida de seguridad privativa de otros derechos, por lo que nos parece conveniente que se establezcan dos categorías rectoras de medidas de seguridad aplicables: internamiento, que comprende el aseguramiento personal del infractor, y privativas de otros derechos del infractor, debiendo señalarse las diversas clases de uno y otras.

Parece también necesario que en el artículo 127 se regule la prescripción de las medidas de seguridad, por cuanto no obstante el *nomen juris* de la norma no se efectúa tal regulación.

De igual manera, y guiándonos al respecto por el Proyecto de la Comisión Mixta, nos parece lógico que los supuestos de exención de responsabilidad penal previstos en los artículos 62 y 64 numerales 1º y 3º del código actual, y en los artículos 76 al 80 y 116, de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, todos eventualmente determinatorios de la aplicación de medidas de seguridad, se incluyan en el Título V del Libro Primero del anteproyecto.

Dentro de los principios generales, quizá agregándose en el propio artículo 7 del anteproyecto, deben establecerse los fines de las medidas de seguridad y la obligación para el Estado, tal como lo sugirió la profesora Lolita Aniyar de Castro para el Proyecto de la Comisión Mixta, de suministrar los medios y recursos necesarios para la ejecución de tales medidas cuando el infractor o su familia no dispusieren de los mismos, e igualmente creemos necesario que de alguna manera se prevean en el anteproyecto las instituciones en la que se verificaría el internamiento.

CONCLUSIÓN

Está claro que en materia de penas y medidas de seguridad, y quizá en muchos otros aspectos del anteproyecto, haya muchas cosas que corregir, pero como hemos dejado dicho, el mismo constituye un importantísimo aporte, una guía extraordinaria en la búsqueda del perfeccionamiento para el logro de un Código Penal para un Estado Constitucional Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

La maldición de Sísifo y la necesidad de una codificación penal

Algunos comentarios al anteproyecto de codificación penal, preparado por Alejandro Angulo Fontiveros, Magistrado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia

Jesús OLLARVES IRAZÁBAL[*]

Las leyes arbitrarias o despóticas pueden contener 'infracciones normativas' y también 'penas', pero no delitos ni penas jurídicas.

Juan Fernández Carrasquilla[1]

[*] **Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas**, **Corte de Apelaciones**, *Sala 2*, Juez titular. **Universidad Central de Venezuela**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho*, Profesor. *Centro de Estudios de Postgrado, Especialización en Derechos Humanos, Comité Académico*, Miembro. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de Pregrado y Post-grado.

[1] *Cfr.* Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Liberal de Hoy*. Ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2002, p. 115.

SUMARIO:

Introducción
1. El aborto.
2. Los delitos de desacato.
3. La responsabilidad internacional del Estado.
4. La naturaleza de las penas y las multas.
5. Los crímenes internacionales y la jurisdicción universal.
6. El fraude procesal.
7. La entrega vigilada en materia de drogas.
8. Las invasiones.
9. La penalización de las faltas.
A modo de colofón

INTRODUCCIÓN

Al referirnos al tema de la reforma del Código Penal venezolano, recordamos el *Mito de Sísifo*,[2] aquel mítico personaje de la literatura griega, de vida disipada que en un momento fue condenado al hades, y allí los jueces de los muertos le impusieron un castigo ejemplar. Sísifo hacía violentos esfuerzos para empujar con los brazos una piedra enorme, apoyándose en los pies a fin de que subiera a lo alto de una colina. Cuando iba a doblar la cima, la piedra se venia sobre él y le hacía retroceder hasta que la piedra rodaba nuevamente hacia la llanura. Otra vez Sísifo recomenzaba su inútil trabajo con todas sus fuerzas, corriéndole el sudor por todos sus miembros.

Esta imagen que arriba describimos, nos induce a reflexionar sobre una de las tareas pendientes del Derecho Penal en Venezuela, que sin lugar a dudas, la constituye el dilema de la descodificación y la codificación; debemos recordar que se han realizado múltiples esfuerzos por reformar integralmente el Código Penal, cabe mencionar el Proyecto Chios-

[2] Obra de Albert Camus, (1913-1960), novelista, ensayista y dramaturgo francés, considerado uno de los escritores más importantes posteriores a 1945. El *"mito de Sísifo"* fue publicado en 1942, revela la influencia del existencialismo en su pensamiento". Alianza Editorial, S.A., 2001.

sone de 1938, el Proyecto Mendoza de 1944, el Proyecto de la Comisión Codificadora Nacional de 1947, el Proyecto Jiménez de Asúa, Mendoza y Méndez de 1948, el Proyecto del Instituto de Codificación y Jurisprudencia de 1955 (Ponencia de Tulio Chiossone), el Proyecto del Instituto de Codificación y Jurisprudencia de 1961 (Ardila, Tamayo y Medina), el anteproyecto de 1967 (Jiménez de Asúa y José Agustín Méndez), el Proyecto de 1969 (J. Ascanio, Otto Marín Gómez y José Miguel Tamayo). En 1974, el Congreso designó una comisión integrada por José Miguel Tamayo y Jorge Sosa Chacín, para la elaboración de un nuevo Proyecto de Código Penal. En el mes de marzo de 1976, la comisión designada remitió al Congreso el Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Penal, con la correspondiente Exposición de Motivos (sobre el Libro Primero del Código Penal). En el año 1983 esta misma comisión, después de diversas revisiones, envió al Congreso de la República el texto completo, parte general y especial de la reforma del Código Penal. La última reforma del Código Penal realizada en el año 2000, incluyó el delito de desaparición forzada de personas, en cumplimiento de un mandato Constitucional, e incrementó algunas penas de otros delitos. Sin embargo, tal modificación sólo se hizo de forma puntual y no resolvió el grave problema estructural de la legislación penal. Además, se menciona que se deroga el Código Penal de 1915, el cual ya había sido sustituido por la Ley de Reforma del Código Penal de 1964, con lo cual se ha confundido todavía más el ya enrarecido y contradictorio ordenamiento jurídico penal.[3]

Ahora bien, al margen de esa dilatada intención legislativa, encontramos una prolija cantidad de leyes descodificadoras, que han marcado la crisis de la codificación penal.[4] El límite de nuestras pretensiones está orientado a hacer algunos comentarios puntuales sobre aspectos neu-

[3] Véase documentos de la Comisión Mixta para el estudio del Código Orgánico Procesal Penal, Código Penal y Código Orgánico de Justicia Militar.

[4] El abogado Fernando Fernández señala, que en la *Gaceta Oficial* están publicados más de 700 delitos, es decir, mucho más que Colombia (372), España (478) o Argentina (223) y Alemania (227), pero no todos se encuentran vigentes, otros están repetidos y también existen delitos que han desaparecido de las publicaciones oficiales inexplicablemente, como en los casos relativos a la identificación y al sistema monetario. Véase Fernández, Fernando. *Crímenes, Delitos y Faltas Vigentes en Venezuela.* Ediciones Libresca, Caracas, 2000, p. XXXII.

rálgicos y novedosos del anteproyecto *in commento*, como el aborto, los delitos de desacato, entre otros, destacando el gran esfuerzo,[5] que implica un trabajo de esta magnitud, que de una u otra manera viene a suplir la lenta tarea de la Asamblea Nacional, y que sin lugar a dudas, constituye la fiel expresión del *Mito de Sísifo*.

1. EL ABORTO

Jurídicamente, el aborto es la interrupción dolosa o intencional del proceso fisiológico de la preñez o del embarazo, con muerte o destrucción del producto de la concepción.[6] Este tema está previsto en el anteproyecto de codificación en el Capítulo IV, con especial mención a los abortos por angustiosa necesidad social y libre, previstos en los artículos 240, 242 y 243, frente a tales circunstancia consideramos necesario, hacer algunas consideraciones.

El tema del aborto ha sido muy controvertido, hoy por hoy, y en nuestra opinión, dejar de penalizar este delito, es igual que legalizar el homicidio. Pareciera que desde el punto de vista que ha sido planteado el aborto en este anteproyecto de codificación, la mujer es libre de decidir sobre su cuerpo,[7] pero resulta que desde el momento en que se realiza la concepción, el producto de ésta no es parte de su cuerpo, ya que es vida en toda la extensión de la palabra y debido a ello no se le puede negar el derecho a disfrutar de ella.[8]

Resulta fuera de toda realidad y contexto jurídico, pretender legalizar al homicidio, bajo argumentos sin fundamento alguno, ya que no hay algo más valioso que la vida. La vida humana en gestación es algo que es y

---

[5] El anteproyecto fue elaborado por el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros con la colaboración del Doctor José Luis Tamayo, Doctor Miguel Villarroel, Doctora Gladys Hernández, Doctora Mónica Fernández.

[6] *Cfr.* Grisanti Aveledo, Hernando, y otro. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, tercera edición, 1982, Valencia, p. 73.

[7] Derechos éstos que han sido alegados y defendidos por algunos movimientos feministas.

[8] Comentarios realizados por el Doctor Eduardo Alberto Zozaya Delano, Universidad Abierta de México, 1999.

que tiende a seguir siendo, su destrucción es muerte.[9] Tal circunstancia ha sido confirmada por la Sala Penal de nuestro más alto tribunal al señalar que: "El homicidio voluntario y sus elementos son: el hecho material concerniente a la extinción de una vida y el elemento psicológico correspondiente a la voluntad homicida del acusado".[10]

La vida es, en sí misma un bien, así tenga que enfrentarse a innumerables dificultades y obstáculos para su desarrollo, es lamentable que el ser humano nazca en la pobreza o la miseria, marcado por la escasez y la necesidad, efectivamente no es deseable ni la miseria ni la pobreza, pero ello no es una causa que pudiera solventarse o mejorarse legalizando o aprobando el aborto.

El problema del derecho a la vida está resuelto en nuestra legislación, ya que el constituyente lo ha estimado como un derecho inviolable, considerándolo dentro del renglón de los Derechos Fundamentales de la persona humana,[11] previsto en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el artículo 43 el cual establece que: "El derecho a la vida es inviolable".

De igual forma, Venezuela ha suscrito y ratificado tratados internacionales de Derechos Humanos, tales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,[12] el cual establece en su artículo 6.1 que: *"1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la*

[9] *Ídem*.
[10] Véase decisión Nº 1673, del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Penal, de fecha 19/12/2000.
[11] Es importante resaltar que el profesor Héctor Faúndez Ledesma, precisa de forma diáfana las connotaciones correctas que se deben dar a las expresiones *"Derechos humanos"* y *"Derechos fundamentales"*. En este sentido, sostiene que la expresión Derechos humanos *"se ha reservado para ciertos Derechos básicos o elementales, que son inherentes a toda persona, y que derivan únicamente de su condición de ser humano"*. La expresión Derechos fundamentales está referida *"a una categoría dentro de los Derechos humanos, a los cuales simplemente se considera más importantes que otros de naturaleza meramente accesoria, o a Derechos que tiene un carácter absoluto, en cuanto no se pueden suspender bajo ninguna circunstancia"*. Véase: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales, 2ª Edición Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Héctor Faúndez Ledesma, San José de Costa Rica, 1999, p. 27.
[12] Ratificado por Venezuela en fecha 10 de mayo de 1978.

vida arbitrariamente". Así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[13] que establece en su artículo 4.1 que: *"1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"*.

Así las cosas, es pertinente señalar que legalizar el aborto en Venezuela además de ser inconstitucional, induciría a nuestro país en una situación de responsabilidad internacional, por incumplimiento de los tratados internacionales que rigen la materia, y que son ley de la República, por haber sido ratificados en su oportunidad. Un ejemplo palpable de ello, lo constituye la primera obligación del Estado frente a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos:

> Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los Derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Es incuestionable que muchas dificultades se le pueden o no presentar a la madre para mantener, cuidar, educar a su hijo, por las carencias que la rodean, por múltiples razones, pero el aborto no puede ser visto como una forma de evitar los problemas de desnutrición, desempleo, inflación, niñez abandonada, entre otras, que cada día van creciendo en nuestro país y que es obligación del Estado solucionar; es un problema más profundo que el Estado debe resolver; es un problema de cultura, educación, salud, familia, trabajo que no se erradica con la legalización del aborto. El Estado debe implementar programas dirigidos a mejorar la calidad de vida y el bienestar de la sociedad en su conjunto, y es preci-

[13] Ratificada por Venezuela en fecha 23 de junio de 1977.

samente, con el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, como se podría superar el problema de la pobreza.

Los problemas de la miseria, de la exclusión social, del hambre y de las carencias; el drama de la violencia y los gravísimos males de las taras y anormalidades genéticas, no pueden ser sencillamente abordados con la fórmula simplista del decreto de muerte para seres inocentes, a cargo del Estado omnipotente que, en todo caso, debe velar y proteger a los más necesitados y a los más débiles, entre los cuales están los seres indefensos concebidos, aunque no hayan nacido.[14]

El derecho a la vida debe ser objeto de la máxima protección legal, incluyendo la penal, que contemple las más duras sanciones por los hechos más graves contra bienes fundamentales del ser humano. Y la vida, sin duda, es un derecho fundamental del hombre, no pudiendo admitirse que la violación de un derecho o la transgresión de una norma justifiquen su abolición, ya que ello es tanto como plantear que la frecuencia de los homicidios o de los fraudes fiscales justifique su eliminación como delito.[15]

La función de la ley es tratar de regular la vida en sociedad, en el sentido de que la misma prevé los ordenamientos que nos regulan y quien la infrinja sabe que al momento en que la autoridad correspondiente tenga conocimiento de su infracción será inminentemente sancionado. La idea del aborto libre y por angustiosa necesidad social, nos recuerda a Adolfo Hitler, en su obra *Mi Lucha*, refiriéndose a los judíos expresó que: "son un parásito en el cuerpo de otras personas".

2. LOS DELITOS DE DESACATO

Las leyes de desacato son una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el

[14] Véase declaraciones del Doctor Alberto Arteaga Sánchez, en el *diario El Universal*, de fecha 02 de enero de 2004.
[15] *Ídem.*

desempeño de sus funciones oficiales. Estas leyes tienen una larga historia, habiéndose promulgado en tiempos de los romanos para defender el honor del emperador. Hoy en día, las leyes de desacato que subsisten en muchos estados miembros, se justifican so pretexto de la necesidad de proteger el adecuado funcionamiento de la administración pública.[16]

El anteproyecto de codificación penal, en el Capítulo IV, tipifica del artículo 194 al 197, las agresiones y ofensa a los altos funcionarios y a los poderes públicos, y el ultraje a los símbolos nacionales consagrado en el artículo 988, ratificando, de esta manera, lo expresado por la Sala Constitucional, en la sentencia 1942 relacionada con la demanda de nulidad del conjunto de normas que tienden a penalizar con privación de libertad las expresiones ofensivas, dirigidas contra los funcionarios públicos e instituciones del Estado, recogidas en el Capítulo VIII del Título III del Código Penal vigente.

Dicha sentencia señaló textualmente que:

> ...se trata de una defensa de las instituciones, cuyos motivos de protección son los mismos que se expresaron con relación al vilipendio, donde se busca mantener las instituciones que son la base del Estado, y que respetando los límites que la Sala considera son aceptables dentro de un Estado democrático, las palabras u obras ofensivas al decoro o dignidad de los cuerpos señalados en dicha norma deben generar responsabilidad para quien trate de debilitar a las instituciones.

Frente a tales consideraciones, es importante destacar que en materia de Derechos Humanos, es universalmente compartido el criterio de que:

> La aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga

[16] *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 1994, Sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de fecha 17 de febrero de 1995. En Venezuela, se encuentran tipificados en el Capítulo VIII del Código Penal, "De los ultrajes y otros delitos contra las personas investidas de autoridad pública", artículo 223.

> injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. Si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial son, a todos los efectos, el gobierno, es entonces precisamente el derecho de los individuos y de la ciudadanía criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública.[17]

La consagración de este tipo de delitos, criminalizaría la expresión que es fundamental en una sociedad democrática, además, *"el temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor. La crítica política con frecuencia comporta juicios de valor"*. Asimismo, no debemos olvidar que:

> el fundamento de las leyes de desacato contradice el principio de que una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público. Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano fundamental que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. A este respecto, invocar el concepto de "orden público" para justificar las leyes de desacato se opone directamente a la lógica que sustenta la garantía de la libertad de expresión y pen-

[17] *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 1994, Sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, de fecha 17 de febrero de 1995.

> samiento consagrada en la Convención". En conclusión, la Comisión entiende que el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida.[18]

3. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Los artículos 372 y 440 del anteproyecto de codificación penal, están relacionados con la violación de convenios internacionales ratificados por Venezuela, señalando que las personas de nacionalidad venezolana o extranjera, que comprometan la responsabilidad del Estado, serán penadas con prisión de tres a siete años, y multa de trescientas a seiscientas unidades tributarias, sin perjuicio de las penas que le correspondan por la comisión de otro delito tipificado en este código.

Frente a tal circunstancia, conviene destacar que es erróneo hacer referencia a las personas de nacionalidad venezolana o extranjera, puesto que para que se verifique la responsabilidad internacional del Estado, debe tratarse de una persona que encarne el poder en los términos de la Constitución, y cuya actuación constituya un desconocimiento o incumplimiento de una obligación internacional convencionalmente contraída por el Estado. Es importante señalar, que debe tratarse del Estado, como sujeto de derecho internacional y no de la persona como tal, ya que, la responsabilidad internacional es la consecuencia de la violación al principio *pacta sunt servanda*.

[18] *Ídem*.

El principio *pacta sunt servanda,* es un principio troncal del derecho de los tratados, el cual consagra la observancia, aplicabilidad y obligatoriedad de los tratados, señalando que: *"todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*[19] La Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha señalado que esta obligación corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe y no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.[20]

En otras palabras, las obligaciones del Estado conforme al Derecho Internacional y el papel de los tribunales venezolanos debe entenderse conforme a los principios básicos del Derecho Internacional actualmente en vigencia, que nos enseña que todo Estado está obligado al pleno cumplimiento de buena fe de sus compromisos, voluntariamente asumidos al momento de ratificar un tratado.[21]

La responsabilidad internacional es una institución jurídica que impone al Estado o a cualquier otro sujeto de Derecho Internacional, "que ha realizado un acto ilícito, en perjuicio de otro, la obligación de reparar el daño causado".[22] La responsabilidad constituye el "epicentro" de un sistema jurídico: la naturaleza de los derechos, la estructura de las obligaciones, la definición de las sanciones por su violación, todo converge y se entremezcla en ella en conexiones lógicas y relaciones de estrecha interdependencia.[23]

---

[19] Es importante señalar, que este principio está consagrado en el artículo 2.2 y en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los principios de Derecho internacional, referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados. (Resolución 2625 (XXV), los preámbulos y artículos 26 de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convenios de 1969 y 1986).

[20] *Cfr.* Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención. (Artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, Serie A Nº 14, párrafo 35.

[21] *Cfr.* Hans Kelsen, *Principios de Derecho Internacional Público*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965, p. 406.

[22] *Cfr.* Hañajczun, Bohdan T. y Moya Domínguez, María T. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, 1978, p. 327.

[23] *Cfr.* Dupuy, Pierre-Marie. *Le fait générateur de la Responsabilité internationale des Etats.* Récueil des Cours de l'Academie de La Haye, RCADI, 1984, tomo V, p. 21.

Las normas sobre la responsabilidad son de origen consuetudinario y desde 1949 la Comisión de Derecho Internacional ha realizado innumerables esfuerzos para crear una conferencia codificatoria sobre la responsabilidad de los estados, sin haberlo logrado hasta el presente. No obstante, en su sesión de fecha 9 de agosto de 2001, la Comisión de Derecho Internacional recomendó a la Asamblea General que tomara nota del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos en una resolución.[24]

4. LA NATURALEZA DE LAS PENAS Y LAS MULTAS

El artículo 7 del anteproyecto de codificación penal establece la naturaleza y fines de las penas. Así mismo, el artículo 107 del mencionado anteproyecto establece el incumplimiento del pago de la multa. Una vez analizados los referidos artículos y la codificación de todos los tipos penales, nos damos cuenta que todos los delitos sin excepción llevan consigo la multa en unidades tributarias.

Del análisis de ambos dispositivos se plantean algunos inconvenientes que hacen inconcebibles tales dispositivos, por ejemplo cabe preguntarse cómo haría el Estado para ejecutar el pago de una multa a un ciudadano de escasos recursos, evidentemente, sería de imposible cumplimiento y traería como consecuencia que luego de haber cumplido una pena privativa de libertad, deba permanecer detenido por la conmutación de la pena de multa a arresto. Lo que constituiría una doble sanción de privación de libertad, por el delito cometido y la falta de pago de la sanción pecuniaria, aunado a que el citado anteproyecto impone como límite al pago de la multa un lapso de 15 días, esto crearía que muchos de los ciudadanos que delinquen se mantendrían detenidos. Además, que sería una forma de discriminación, en virtud de que el más pudiente alcanzaría cancelar la multa, mientras que los limitados económicamen-

[24] La Comisión de Derecho Internacional decidió también recomendar, que la Asamblea General estudiase en una etapa posterior y a la luz de la importancia del tema, la posibilidad de convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios, para examinar el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con miras a concertar una convención sobre el tema.

te no lo podrían hacerlo. Igualmente, traería consigo otros problemas, como la nueva estructuración del sistema penitenciario, ya que, si hoy en día tenemos graves dificultades por los hacinamientos en las cárceles, comisarías y prefecturas éstos se incrementarán debido al posible incumplimiento de las sanciones pecuniarias.

Así las cosas, consideramos que estas multas deben ser clasificadas dependiendo de la gravedad del delito, recomendando ser incluidas en delitos de narcotráfico, delincuencia organizada, lavado de dinero y otros de igual índole, agresiones que se han incrementado a lo largo del tiempo.

En consecuencia, compartimos la opinión de Luigi Ferrajoli al señalar que:

> Si las penas pecuniarias son desproporcionadas por defecto, las penas privativas de derechos, que también tienen un contenido patrimonial, son a veces desproporcionadas por exceso a la gravedad de los delitos para los que están previstas. Es completamente absurdo, además de inicuo, que mientras las multas se encuentran comprendidas en todos los ordenamientos entre las "penas principales" y se imponen después de una específica valoración y motivación del juez, las penas privativas de derechos se configuran como "penas accesorias" que siguen automáticamente a la condena. Sobre todo en la sociedad actual, la capacidad de obrar, el acceso a la función pública, el ejercicio de una profesión o de una actividad artesanal o comercial y hasta el uso del permiso de conducir son condiciones elementales de trabajo y de supervivencia. Y, en consecuencia, su privación sobre todo cuando es a perpetuidad, resulta en la mayor parte de los casos bastante más gravosa no ya que una pena pecuniaria, sino que la misma pena privativa de libertad. Es claro que en muchos casos (quiebras, fraudes, corrupciones, malversaciones, falsedades, infracciones muy graves de las normas de circulación vial y similares) estas penas son sin duda pertinentes y, por ello, mucho más adecuadas y eficaces que una genérica pena restrictiva de la libertad personal. Pero es esencial que sean elevadas a la categoría de penas principales, de modo que puedan ser impuestas también

de manera exclusiva para aquellos tipos de delito que hagan necesarias la que Bentham llamaba "incapacitación". Y, sobre todo, es necesario que estén sujetas al principio de jurisdiccionalidad, de manera que sean infligidas por el juez no automáticamente, sino con conocimiento de causa, es decir, sobre la base de una exacta comprensión y connotación del hecho.[25]

5. LOS CRÍMENES INTERNACIONALES Y LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Es importante señalar, que Venezuela fue el primer país de Iberoamérica y el undécimo del mundo en ratificar el Estatuto de Roma.[26] El Estatuto establece un régimen que pretende terminar con la impunidad a través de los tribunales nacionales; en tal sentido, los Estados, entre ellos Venezuela, para llevar a cabo esta función deberán demostrar que pueden investigar y juzgar los crímenes descritos en el artículo 5 y siguientes del Estatuto de Roma, de acuerdo con los estándares reconocidos en el Derecho Internacional y en el propio Estatuto. Es por tal razón, que se presenta la necesidad de la incorporación en el anteproyecto de codificación, la legislación relativa a la Corte Penal Internacional, que les permita desarrollar sus funciones correctamente, la recomendación que los códigos penales nacionales incluyan las definiciones recogidas en el Estatuto, deberán asegurarse de que su legislación no reconoce mayores garantías procesales a los acusados de perpetrar estos crímenes, de las previstas para delincuentes comunes; deberán incorporar normas que garanticen los derechos y protección a víctimas, testigos y familiares, etc., normas que faciliten la entrega de los acusados, deberán incorporar los principios generales del Derecho Internacional, el concepto de asistencia judicial internacional, etc.

---

[25] *Cfr.* Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del galantismo penal*. Editorial Trotta, 3ª edición, Madrid, 1998, p. 418.

[26] El 17 de julio de 1998, 120 Estados votaron para adoptar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma). A diferencia de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional (CPI), no dilucidará casos entre naciones, sino que procesará a individuos que sean acusados de los crímenes más graves bajo la ley internacional, a saber, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

En el anteproyecto de codificación no se evidencia, la obligación del Estado venezolano a que los procedimientos existentes en su legislación nacional permitan todas las formas de cooperación con la Corte Penal Internacional.

Es importante señalar que la legislación nacional debería permitir que fueran arrestadas y entregadas a la Corte Penal Internacional, aquellas personas requeridas como sospechosas de haber cometido los crímenes descritos en el artículo 5 del Estatuto de Roma. La figura de la extradición contemplada en el estatuto debe distinguirse de la tradicional figura de la extradición entre estados. Por ello, sería preferible hablar de "entrega", como hace el propio estatuto al definir ambas figuras en el artículo 102, que se refiere a la entrega de una persona de un Estado a la Corte. En nuestra opinión, Venezuela debe reformar su legislación sobre extradición o sobre asistencia mutua, dado que la actual legislación para extradición entre estados puede no ser eficaz para la Corte, por la lentitud de sus procedimientos, y sobre todo porque podría violarse el estatuto.

Debemos destacar, que la mayoría de las legislaciones de nuestra región, recogen la prohibición de extraditar a un nacional a otro país, pero hay recordar, que esta excepción no podría alegarse en el caso de la Corte Penal Internacional, pues este es un órgano judicial común a los Estados Partes.

En definitiva, pensamos que el anteproyecto de codificación debería hacer referencia, por lo menos, a las dos obligaciones principales establecidas por el Estatuto de Roma, como son la cooperar plenamente con la Corte y establecer procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación mencionadas por el estatuto. La obligación de cooperar plenamente con la Corte, constituye la base para todas las demás obligaciones creadas por el estatuto. Llega a ser el principio básico que rige las relaciones entre los Estados Partes y la Corte.

Como las obligaciones y las formas de posible cooperación son numerosas, sería conveniente crear un marco legal para posibilitar el cumplimiento efectivo de éstas, sin necesidad de regularlas en detalle de manera inmediata. Dicha legislación marco, debe además incluir el principio de

cooperación plena; Venezuela debe incorporar los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en su Derecho Interno y prever la jurisdicción universal, también mencionar la obligación de los tribunales nacionales de consultar la Corte cuando ésta lo insta, es decir, el anteproyecto de codificación penal debería contemplar la cooperación judicial con órganos internacionales.

6. EL FRAUDE PROCESAL

El fraude procesal es un delito que los autores alemanes han denominado la *prozessterug* o los italianos la *trufa processuale* y en nuestra doctrina se ha denominado fraude procesal. Es importante señalar que en nuestro Derecho sustantivo penal no se encuentra prevista la figura de fraude procesal de manera específica, pues su contenido se encuentra receptado en la Estafa genérica, la que se encuentra consagrada en el artículo 464 del Código Penal vigente. Es decir, carece de tipificación autónoma en el Código Penal, a diferencia de otras legislaciones que la han sancionado expresamente, como por ejemplo, el Código Penal español, que castiga el hecho como un tipo agravado de estafa, en el artículo 250, cuyo texto dice: *"el delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: (...) 2º) se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesa*l*"*; o el Código Penal del Perú, que en el artículo 197, inciso 1º, prescribe una tipicidad análoga a la española.

Se debe tener presente que el fraude procesal se lleva a cabo en un proceso determinado, teniendo como finalidad el de obtener una sentencia, a fin que una parte, injustamente, sea favorecida ocasionando un perjuicio al otro sujeto procesal. Carnelutti, cuando define al fraude procesal nos dice que:

> ...es la obtención dolosa de una sentencia, a fin de sustraer determinados bienes al procedimiento ejecutivo, con el perjuicio consiguiente para los acreedores del dueño de esos bienes. Sin embargo, cuando se menciona el contenido de la Estafa Procesal se caracteriza por la existencia de un ardid o

> engaño, causante de un error, que motiva una disposición patrimonial perjudicial.[27]

Es una figura que se encuentra consagrada en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, el cual ordena al Juez tomar de oficio las medidas necesarias para evitar el fraude procesal y los actos contrarios a la majestad de la justicia. Generalmente el fraude procesal se configura cuando las partes actuaron con un manifiesto concierto, cuya conducta es contraria a la ética y probidad que deben guardar las partes en todo proceso, trayendo como consecuencia, una desviación del proceso hacia fines perversos, en razón de tal circunstancia, deviene la inexistencia del proceso, por razones de resguardo del orden público constitucional.

La tipificación del fraude procesal como delito en el anteproyecto de codificación es una necesidad y un acierto, pues la circunstancia de utilizar el proceso contencioso para dirimir conflictos entre las partes, desnaturalizándolo, es un fraude que convierte a la jurisdicción en una ficción y, permitir tal situación, es propender al caos social, ya que las instituciones no se utilizarían para el fin que fueron creadas. Tal situación resulta contraria al orden público, ya que de permitirse y proliferar, todo el sistema de justicia perdería la seguridad para el cual fue creado, y se regresaría a la larga a la vindicta privada.[28]

7. LA ENTREGA VIGILADA EN MATERIA DE DROGAS[29]

El anteproyecto de codificación penal consagra, en su artículo 394, la figura de la entrega vigilada en materia de drogas, la adopción de este

---

[27] *Cfr.* Núñez, Ricardo C. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV, Editorial Lerner, Córdoba, 1997, p. 285.

[28] Véase decisiones, emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fechas 09/03/2000 y 27/12/2001, con ponencias de los Magistrados Jesús Eduardo Cabrera Romero y Pedro Rafael Rondón Haaz, expedientes Nos. 00-0126 y 00-1629, respectivamente. Dicho delito se encuentra tipificado en el artículo 906 del proyecto de codificación.

[29] La entrega vigilada es un procedimiento que permite que remesas ilícitas salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él con el conocimiento de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados en la Convención de las Naciones Unidas, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicas ratificada por nuestro país en 1991.

dispositivo, nos parece muy acertada, toda vez que el legislador compatibilizaría la legislación nacional a los estándares internacionales, convencionalmente contraídos por el Estado, al ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, adoptada en Viena, el 20 de diciembre de 1988.[30] Este instrumento internacional es fundamental para los países, en cuanto es la que prioriza el control penal, desarrollando el aspecto represivo en materia de control de drogas, recomendando a los demás países incorporen la figura como delito, incluye tipos penales y sanciones que norman todos los aspectos del delito, desde el cultivo hasta la adquisición de la sustancia. Refuerza los mecanismos de cooperación, especialmente a nivel policial y judicial, como los de decomiso, la entrega vigilada, la asistencia judicial, la extradición, pruebas, etc.

Los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, entre ellos Venezuela, deben facultar a sus organismos de represión para que realicen operaciones de entrega vigilada, según se dispone en la Convención. La Oficina Europea de Policía (Europol) y la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol), con el apoyo del Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID), deben armonizar los manuales sobre los procedimientos de entrega vigilada, a fin de contribuir a que las operaciones de entrega vigilada sean más coherentes y eficaces. Para promover una cooperación internacional eficaz y minimizar las demoras, los gobiernos deben revisar los procedimientos por los que se tramitan las solicitudes de cooperación judicial de autoridades extranjeras. Los estados deben propiciar la investigación patrimonial conjunta con las operaciones rela-

[30] Venezuela participó en la Conferencia de las Naciones Unidas para la aprobación de una Convención contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Celebrada en Viena (Austria), 25 de noviembre a 20 de diciembre de 1988. La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988), cuya Ley Aprobatoria está publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 34.741, de fecha 21 de junio de 1991.

tivas al tráfico de cocaína, como instrumento eficaz para desarticular las organizaciones delictivas.[31]

8. LAS INVASIONES

Las invasiones a terrenos públicos y privados, que esporádicamente se producían, en la actualidad se han incrementado, cobra fuerza con los días y amenaza con desestabilizar al propio gobierno. Este problema se ha expandido desde los predios rurales a los urbanos, edificios de apartamentos desocupados, casas y terrenos de todo tipo. Miles de personas, el número es difícil de estimar, generalmente bien organizadas, han comenzado a ocupar inmuebles o instalar sus pertenencias en improvisadas viviendas que levantan casi siempre en horas de la noche. El fenómeno crece con velocidad, abarca cada vez más sectores sociales.

El hecho es que, más allá de los intereses de quienes lo manipulan o de las causas remotas que lo fundamenten, existe un amplio movimiento social, bastante organizado, que quiere asumir por la vía de la acción directa un reparto de la propiedad que viola todos los derechos existentes. Aunado a que luego de que son ocupadas ilegalmente, su desocupación por medio de procesos legales judiciales es casi imposible, quedando en situación de desventaja el propietario o el Estado. En sólo horas pueden ser ocupados, pero desocuparlos podría tardar años.

Por tales motivos consideramos que la tipificación del delito de invasión de terrenos o edificaciones, el cual está consagrado en el artículo 563 del anteproyecto, es uno de sus aspectos positivos. Cabe resaltar que el derecho a la propiedad, es un derecho que se encuentra protegido y reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezue-

[31] *Cfr.* Consejo Económico y Social, Comisión de Estupefacientes, 45º período de sesiones, Viena, 11 a 15 de marzo de 2002, Tema 7, a) del programa provisional Tráfico ilícito y oferta de drogas: Situación mundial del tráfico de drogas e informes de los órganos subsidiarios de la Comisión. *Situación mundial del tráfico ilícito de drogas y medidas adoptadas por los órganos subsidiarios de la Comisión de Estupefacientes*, punto N° 3.

la, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece que:

> Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Así mismo en el artículo 21. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Derecho a la Propiedad Privada.

> 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Dentro del derecho interno en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,

> Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

Crear un proyecto de tipo penal de invasiones de terrenos o edificaciones, ha sido muy acertado. El derecho a la propiedad privada que a veces es soslayado en la promoción de estos valores, es, sin embargo, un aspecto de imprescindible necesidad en el establecimiento y en la institucionalización de una sociedad democrática, además nuestro Estado cumple con el compromiso de adoptar medidas legislativas tendentes a proteger la propiedad privada que, como hemos visto, está protegida por instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos.

9. LA PENALIZACIÓN DE LAS FALTAS

En nuestra opinión una de las falencias que ha representado a nuestro sistema penal es la ausencia de procedimiento para penalizar las faltas. En tal sentido, en el Libro Tercero del anteproyecto de codificación penal se ha consagrado la circunstancia de penalizar aquellas conductas, que sin llegar a la categoría de delitos, deben ser tuteladas por el Derecho Penal. Tiene por finalidad la necesidad de sancionar con penas aquellas circunstancias que se circunscriben a las conductas de mayor simplicidad y quizás de menor trascendencia punitiva, pero que su consuetudinaria acrecencia produce perturbaciones sociales menores. Se adopta la categorización de algunas conductas como faltas y no como delitos para evitar una criminalización excesiva.

Este libro agrupa las faltas en cinco títulos: Primero relativo a las personas, los cuales abarca la relevancia que se otorga a la integridad física y personal, en cuantos aquellos ataques a la integridad física que no llegan a ser un delito pero que producen perturbaciones. Segundo, relativo a las faltas contra la decencia pública, que dispone sancionar a todas aquellas personas que irrespeten elementales normas de convivencia social que implican el decoro y la obediencia de conceptos universalmente reconocidos. Tercero, incluye las concernientes al patrimonio, que son catalogadas como no tan graves, pero lesionan de forma mínima y frecuente el bien jurídico patrimonial y por ende requieren de una sutil tutela jurídica efectiva. Cuarto, faltas contra la seguridad y la fe pública, las cuales en la actualidad se han hecho muy frecuentes en nuestra sociedad, y pueden ser sancionables como conductas lesivas y peligrosas para el colectivo y por último, el Quinto, que comprende las faltas contra el orden público.

El anteproyecto señala que las sanciones de arresto como multa establecidas en él se han fijado sobre la base de los mismos principios relativos a la finalidad de la pena, pero su intención es imponer sanciones que sean aplicables y que conduzcan al mismo tiempo hacia la educación del ciudadano, a través del criterio pedagógico orientador de las penas, dominando el concepto de prevención general, de que es en las faltas donde cobra una mayor relevancia, ya que si existe un grave daño

en el bien jurídico de la protección social, la puesta en peligro o la lesión presunta de éste, es comprendida por el Derecho Penal como una necesidad y por ello el abocamiento a su regulación.

En nuestra opinión, en Venezuela sería complicado la aplicación de la pena con una finalidad educativa, además es importante señalar que nuestro Estado en materia de exigibilidad y justiciabilidad en materia de derechos económicos, sociales, y culturales, está en mora desde hace más de cincuenta años, y sería arbitrario aplicar sanciones penales a personas que nunca han tenido acceso a la educación o cultura por aparte del Estado.

Pensamos que la solución debería estar orientada a la creación de un sistema de cumplimiento de trabajos comunitarios, en donde las necesidades de la comunidad marquen las actividades a desarrollar. Entre estas tareas pueden mencionarse actividades de reparación, mantenimiento y pintura, trabajos de cocina y limpieza, reparación de daños ocasionados a edificios públicos, vehículos de transporte público y propiedad privada, etc. En la mayoría de los casos estos proyectos se realizan en instalaciones de organizaciones sin fines de lucro, tales como escuelas, hospitales, hogares de ancianos y centros comunitarios, en zonas verdes y en otros sitios similares.

A MODO DE COLOFÓN

El anteproyecto de codificación penal es, sin lugar a dudas, un trabajo que denota un esfuerzo interesante, que no debe pasar inadvertido, toda vez que logra aglutinar una prolija cantidad de leyes que han matizado un Derecho Penal colateral de emergencia. Sin embargo, se dice que el mismo es un anteproyecto de codificación liberal, lo cual no compartimos, ya que, en el campo del Derecho Penal, el liberalismo denota una cierta orientación ideológica y política que, proviniendo de las ideas iluministas en que la Revolución Francesa se inspiró, persigue a toda costa la protección personalista o individualista de los derechos fundamentales del hombre contra toda posible intervención arbitraria del Estado.

Para una concepción liberal del Derecho, éste descansa en la idea de la persona y sus derechos básicos como núcleo esencial de toda protección jurídica y de todo poder político. Las organizaciones políticas y sociales tienen siempre por objeto la protección de la persona y de su ámbito de desarrollo en libertad, lejos de que la persona exista para el servicio de la comunidad o del interés general.[32]

Evidentemente, la tipificación de las leyes de desacato, la despenalización del aborto, y la forma como está concebida la responsabilidad internacional del Estado, como consecuencia de la violación de los tratados internacionales, denota una falencia, la cual está reñida con la concepción de un Derecho Penal liberal. Sin embargo, el anteproyecto presenta algunos elementos novedosos, que son el reflejo de una necesidad social, como la tipificación del delito de invasión a la propiedad y la figura de la entrega vigilada en materia de drogas, la cual es un compromiso asumido por Venezuela en la Convención de las Naciones Unidas, contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

En la actualidad, la tragedia del Derecho Penal en Venezuela está marcada por la necesidad de una codificación, para superar todo un entramado jurídico y contradictorio de leyes complejas, confusas e inestables, las cuales se han erigido en un proceso de descodificación, esperamos que este anteproyecto sea tomado como el punto de partida de una discusión seria, y alejada de mezquindades, el cual tiene la particularidad de adelantarse a la demora que se presenta en la Asamblea Nacional, y no sea el reflejo del infinito e inútil trabajo de Sísifo.

Las discusiones y sugerencias que se formulen al anteproyecto de codificación penal, van a marcar la pauta en la solución del retraso legislativo y deben ser bienvenidas, para así abonar el terreno y erradicar la actual tendencia expansiva del "desorden jurídico" en que estamos sumergidos, siempre teniendo como fundamento los pilares que represen-

[32] *Cfr.* Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Liberal de Hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2002, p. 324.

tan al Derecho Penal liberal de hoy, y el cumplimiento de sus postulados es lo que permitirá que la opinión de Juan Fernández Carrasquilla cobre vigencia al expresar que: "Ningún Estado de Derecho social y democrático tiene potestad legítima para dictar o imponer leyes penales de contenido antisocial o antidemocrático".[33]

[33] *Cfr.* Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Liberal de Hoy*. Ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2002, p. 115.

EUTANASIA: ¿Homicidio por piedad?

Tulia G. PEÑA ALEMÁN*

"...pues si vivimos, para el Señor vivimos;
y si morimos, morimos para el Señor.
En fin, sea que vivamos, sea que muramos, del Señor somos".

(Rom. 14, 8; Fil. 1,20)

Los derechos y valores inherentes a la persona humana por encima de las divergencias filosóficas e ideológicas representan una base contra los argumentos de índole político. En el reconocimiento del derecho a la vida se fundamenta la convivencia humana y la comunidad política.

* **La Universidad del Zulia.** Abogada. Magíster Scientiarum en Ciencias Penales y Criminológicas, **Tribunal Supremo de Justicia,** *Sala Constitucional,* Abogada II.

Etimológicamente la palabra eutanasia, deriva del griego *"eu y thánatos"*, muerte lenta o muerte blanda, significa muerte sin sufrimiento físico; acción u omisión médica que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, aceleran su muerte (Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, 1997).

Antiguamente, se le llamó *"muerte dulce sin sufrimientos atroces"*. Para el *iusnaturalismo*, el deber de respetar la vida humana es primordial, esto es, por ley natural no puede disponerse de la vida por cuenta propia. En cambio, para la teoría utilitarista de los derechos, la eutanasia es buena frente a la existencia marcada por el dolor y sin posibilidades de felicidad, así se disminuyen los daños a la sociedad y se termina con una carga familiar.

Jiménez de Asúa, señala que la eutanasia consiste tan sólo en la muerte tranquila y sin dolor, con fines libertadores de padecimientos intolerables y sin remedio, a petición del sujeto, y con el objetivo eliminador de seres desprovistos de valor vital, que importa a la vez un resultado económico, previo diagnóstico y ejecución oficiales (Luis Jiménez de Asúa. *Libertad de Amar y Derecho a Morir,* Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1942, p. 404).

Hoy día, el término se utiliza con la connotación "*causar la muerte por piedad*", con el propósito de suprimir los últimos sufrimientos y a los incurables la prolongación de una vida desdichada quizás por largos años, que podría imponer cargas a la familia y a la sociedad. A esta tendencia alude el Artículo 217 del anteproyecto de Código Penal, que tipifica lo siguiente:

> **Dar muerte por piedad.** No comete delito quien para evitar o aliviar el inaguantable dolor o sufrimiento al que padezca una enfermedad terminal o incurable, haga cesar el tratamiento médico a sabiendas de que podría sobrevenir la muerte o aun que la producirá. Tampoco comete delito quien administre a un enfermo tal calmantes en dosis masivas que puedan mitigar el dolor pero también provocar la muerte. Ni cometerá delito el que por piedad y de modo directo cause la muerte para mitigar su dolor o sufrimiento.

> En estos casos se requerirá indefectiblemente el consentimiento del paciente, y dado de un modo consciente, expreso e inequívoco. Si no estuviera en condiciones de dar su consentimiento, éste podrá ser suplido por un testamento vital o documento auténtico en el cual haya manifestado su deseo acerca de los tratamientos médicos que desea recibir o no recibir, caso de sufrir enfermedad terminal o irreversible, cuando ésta le impidiere expresarse de viva voz o directamente en tal eventualidad. El testamento mencionado debe ser evaluado por una comisión integrada por un familiar del paciente, un médico y un abogado designado por el Estado. A esta comisión podrán agregársele un médico y un abogado designados por la familia. Si hubiere desacuerdo entre los integrantes de la comisión, éstos deberán enviar inmediatamente el testamento a un tribunal penal, al que corresponderá la decisión definitiva sobre el caso.
>
> Si pese a que no hubiere tal consentimiento ni aquel testamento o documento auténtico, alguna persona da muerte a otra y se comprobare que mediaron razones de misericordia, se tendrá esa acción como un homicidio, pero la pena de prisión será de uno a cinco años y multa de cien a quinientas unidades tributarias.

Para empezar, es necesario establecer en qué sentido se toma el término eutanasia en el tipo penal descrito, en este sentido se caracteriza por:

> a) *Definición*: es una acción u omisión dolosa que causa la muerte de una persona, a fin de aliviar o eliminar el dolor o sufrimiento.
>
> b) *Elementos, requisitos o condiciones*: padecimiento de una enfermedad terminal o incurable, destrucción de una vida humana, intención de matar por piedad o para mitigar el dolor o sufrimiento, consentimiento del paciente en forma consciente, expreso e inequívoco, en su defecto que haya testamento o documento auténtico donde se evidencia la manifestación de voluntad; y por último, debe existir una relación de causalidad

> entre la conducta (acción u omisión) y el resultado típicamente antijurídico.
>
> c) *Sujetos*: activo, es indeterminado, cualquier persona física e imputable; y el pasivo, cualquier individuo que esté enfermo.
>
> d) *Objeto Material*: es la persona enferma que resulta muerta.
>
> e) *Bien Jurídico*: la vida humana que resulta destruida con la consumación del delito.
>
> f) *Medios de perpetración*: de modo directo, administrar una dosis de calmantes excesiva o disparar contra el paciente o hacer cesar el tratamiento médico.
>
> g) *Penalidad*, en caso de que no hubiere el consentimiento del enfermo: prisión de uno (01) a cinco (05) años y multa de cien (100) a quinientas (500) unidades tributarias.

El magistrado Presidente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, doctor Alejandro Angulo Fontiveros, señaló que "…en el caso específico de la eutanasia, lo conmovedor es que sigan viviendo quienes sufren mucho y debieron ser ayudados a bien morir…" (Alejandro Angulo Fontiveros, Un Jápeto de Verdad. En: diario *El Universal*, Caracas, 5 de marzo de 2004, p. 1/10).

Sobre el particular, el Papa Juan Pablo II en su Encíclica *Evangelium Vitae*, publicada el 25 de marzo de 1995, explicó lo siguiente:

> …puede ser decisivo, en el enfermo, el sentimiento de angustia, exasperación e incluso desesperación, provocado por una experiencia de dolor intenso y prolongado, de modo que, por una parte, que el enfermo corre el riesgo de sentirse abatido por la propia fragilidad; por otra, en las personas vinculadas afectivamente con el enfermo, puede surgir un sentimiento de comprensible aunque equivocada piedad. Todo esto se ve agravado por un ambiente cultural que no ve en el sufrimiento nin-

> gún significado o valor, es más, lo considera el mal por excelencia, que debe eliminar a toda costa. Esto acontece especialmente cuando no se tiene una visión religiosa que ayude a comprender positivamente el misterio del dolor.
>
> Además, en el conjunto del horizonte cultural no deja de influir también una especie de actitud prometeica del hombre que, de este modo, se cree señor de la vida y de la muerte porque decide sobre ellas, cuando en realidad es derrotado y aplastado por una muerte cerrada irremediablemente a toda perspectiva de sentido y esperanza. Encontramos, una trágica expresión de todo esto en la difusión de la eutanasia, encubierta y subrepticia, practicada abiertamente o incluso legalizada. Ésta, más que por una presunta piedad ante el dolor del paciente, es justificada a veces por razones utilitarias, de cara a evitar gastos innecesarios demasiado costosos para la sociedad (…). La eutanasia, aunque no esté motivada por el rechazo egoísta de hacerse cargo de la existencia del que sufre, debe considerarse como una falsa piedad, más aún, como una preocupante perversión de la misma. En efecto, la verdadera compasión hace solidarios con el dolor a los demás, y no elimina a la persona cuyo sufrimiento no se puede soportar (…).

La Iglesia Católica, contrario a lo que piensan sus opositores, consagra el derecho a morir bien y con dignidad humana y cristiana, puesto que "... es importante proteger, en el momento de la muerte la dignidad de la persona humana y la concepción cristiana de la vida contra un tecnicismo que corre el riesgo de hacerse abusivo; y por ello, es lícito renunciar a unos tratamientos que procurarían solamente una prolongación precaria y penosa de la existencia..." (*Declaración Pontificia Iura et bona*, Roma, 1980).

Al respecto, la declaración sobre la eutanasia, publicada el 5 de mayo de 1980, por la Santa Sede, establece que: "... nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto, o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie además puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su

responsabilidad, ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo. Se trata en efecto de una violación de la ley divina, de una ofensa a la dignidad de la persona humana, de un crimen contra la vida, de un atentado contra la humanidad (...), aunque en esos casos la responsabilidad personal puede estar disminuida o incluso no existir; sin embargo, el error de juicio de la conciencia –aunque fuera incluso de buena fe– no modifica la naturaleza del acto homicida, que en sí sigue siendo siempre inadmisible..." (www.elvaticano.com).

De lo anterior, resulta importante considerar el nivel de la intención y los medios utilizados.

A manera de ejemplo histórico, el caso de Karen Ann Quinlan cautivó la atención mundial, la mencionada ciudadana a la edad de 21 años sufrió un colapso por sobredosis de una mezcla de drogas y alcohol, y quedó en coma el 15 de abril de 1975. No recuperó su estado de conciencia y fue mantenida en vida mediante un aparato respirador y alimentación intravenosa durante varios meses. Sus padres solicitaron al hospital que retirara el respirador, dado que no se veía esperanza de su recuperación, dicha solicitud fue rechazada, motivo por el cual acudieron ante el juez y solicitaron autorización para tal fin, la cual fue negada el 10-11-75 por la Corte Superior de New Jersey. Apelaron de la decisión ante la Corte Suprema del referido estado y el 1° de abril de 1976, dicha Corte falló por unanimidad en el sentido de que podía retirarse el respirador, bajo el argumento siguiente: "... en las circunstancias dadas no había homicidio criminal. En primer término, porque la muerte que se produciría como consecuencia de los hechos, no configuraría un homicidio, sino más bien, la expiración, por causas naturales y preexistentes. Una muerte resultante de un acto de este tipo no recaería en los alcances de los estatutos vigentes del homicidio que sólo proscriben la muerte ilegal de otra persona. Asimismo, el término tratamiento que surge del derecho a la privacidad, tiene en cuenta la limitación de este caso legal, dadas sus peculiares condiciones". Fue suspendido el aparato pero Karen continuó respirando por su cuenta sin lograr salir del estado de coma durante largos años; y, finalmente, falleció en 1986 (www.lafacu.com/apuntes/medicina).

Cabría preguntarse: ¿sería lícito tratándose de un paciente en fase terminal no aplicarle un tratamiento inútil o suspendérselo, retirándole aparatos o desconectándolos?, desde esta perspectiva es moralmente lícito permitir que todo enfermo en tales condiciones, muera. De hecho, la citada Declaración sobre la Eutanasia, reza lo siguiente: "...No se puede imponer a nadie la obligación de recurrir a un tipo de tratamiento que, aunque ya esté en uso, todavía no está libre de peligro o es demasiado costoso. Su rechazo no equivale al suicidio; significa más bien o simple aceptación de la condición humana, o deseo de evitar la puesta en práctica de un procedimiento médico desproporcionado a los resultados que se podrían esperar, o bien una voluntad de no imponer gastos excesivamente pesados a la familia o a la comunidad...".

Sobre este punto, el padre José Ignacio Rey s. j. –citado por García-Velutini– expresó lo siguiente: "... no se podía hablar de conflicto entre el dogma, la moral cristiana y la misión de la medicina, porque la muerte no puede ser definitivamente vencida. Lo más que la ciencia está logrando, y por cierto con mucho mérito y relativo éxito, es alargar al máximo las posibilidades biológicas del proceso vital del hombre, y el médico está consciente de que su lucha va a acabar en derrota. La medicina y el médico tienen dentro de sí mismos un profundo conflicto, porque si la vida es el conjunto de funciones que resisten a la muerte, ésta pertenece a la naturaleza de la medicina; pero si al mismo tiempo la muerte es la consecuencia lógica del proceso vital que se inaugura con la concepción, la muerte forma parte de la naturaleza misma de la vida biológica. Por eso, aquél no ve la contradicción en que si Dios es creador de la vida y le pertenece, no hay conflicto por el aplazamiento de la muerte, no se trata de evitar la muerte, sino de alargar la vida, ésta forma parte de la vida, del proceso vital. Si la ciencia está en capacidad de aplazar la finitud de la vida hay una violación del dogma de que Dios da la vida y la muerte y nadie se puede oponer a sus designios, en razón de que aplazar la finitud no significa negarla, sino hacerla más larga, no hay un cambio sustantivo..." (Oscar García-Velutini. *Sobre los Derechos Personales y la Dignidad Humana*, Caracas, en: Serie Estudios N° 27 de la Academia de la Ciencias Políticas y Sociales, 1986, p. 49).

Lo anterior, conlleva afirmar que no existe obligación de usar los medios extraordinarios para conservar la vida, en todo caso, se evaluarán los medios comparándolos con el tipo de terapia, el grado de dificultad y el riesgo que comporta, los gastos necesarios y las posibilidades de aplicación con el resultado esperado, así como las condiciones del enfermo y sus fuerzas físicas y morales. Debe señalarse que lo expuesto no equivale al suicidio, implica más bien la simple aceptación de la condición humana ante la inminencia de una muerte inevitable, a pesar de los medios empleados.

Como fundamento de lo expresado, el Artículo 28 de la Ley de Ejercicio de la Medicina, dispone lo siguiente:

"El médico que atienda a enfermos irrecuperables no está obligado al empleo de medidas extraordinarias de mantenimiento artificial de la vida".

De igual forma, el Código de Deontología Médica, aprobado durante la LXXVI, reunión extraordinaria de la Asamblea de la Federación Médica Venezolana realizada en Caracas el 20-03-85, establece como deber primordial del profesional de la medicina el respeto a la dignidad humana y el respeto a los derechos inherentes a la fraternidad, libertad, justicia e igualdad, consagrados en la Carta de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en la Declaración de Principios de los Colegios Profesionales Universitarios del país. Así como, también, establece como papel fundamental del médico aliviar el sufrimiento humano, sin que motivo alguno, sea personal, colectivo, religioso o político, lo separen de este noble objetivo.

Del mismo modo, los Artículos 77 y 81 del citado Código, contemplan lo siguiente:

> **Artículo 77.-** El moribundo tiene derecho a exigir se le permita morir sin la aplicación indiscriminada de medidas extraordinarias de mantenimiento artificial de la vida, respetándose también su decisión de que no le sean aplicadas medidas de reanimación. El desatender este derecho puede considerarse como una violación a los derechos del enfermo de morir en paz.

> **Artículo 81.-** El médico que atiende enfermos irrecuperables no está obligado al empleo de medidas extraordinarias de mantenimiento artificial de la vida. En casos de ser posible, oirá la opinión de otro u otros profesionales de la medicina.

En principio, toda persona debe tomar las medidas necesarias para conservar la salud y la vida, es un derecho-deber extensible a los familiares y al médico tratante del enfermo. Habitualmente, tal derecho sólo obliga al empleo de los medios ordinarios según las circunstancias de las personas, lugares, épocas y culturas.

La Carta Fundamental consagra en su Artículo 43 el derecho a la vida, y en el Artículo 46, el derecho a la integridad personal entendida el respeto físico, psíquico y moral de la persona. Asimismo, el Artículo 80 del Código de Deontología Médica, antes mencionado, prohíbe al médico, bajo ninguna circunstancia, provocar deliberadamente la muerte del enfermo, aun cuando éste o sus familiares lo soliciten, pues constituye obligación del médico el alivio del sufrimiento humano, lo contrario sería incurrir en el delito de omisión de socorro.

Dentro de este marco, en el ordenamiento jurídico venezolano vigente, la eutanasia se subsume dentro del tipo de homicidio simple, previsto en el Artículo 407 del Código Penal, que dice: "El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de doce a dieciocho años".

En oposición a lo anterior, el anteproyecto "desacrimina la eutanasia", término utilizado de forma impropia, que quiere decir, la descriminalización[1] de la eutanasia, con lo cual se reivindica el derecho a la misma y atribuye a la libertad personal un significado perverso e inicuo, el de un poder absoluto sobre los demás y contra los demás.

Sostiene la tesis de respetar la voluntad ajena en relación con la fase terminal de su vida, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el

[1] Descriminalización: eliminar la sanción penal a determinados ilícitos penales.

derecho a no recibir tratos degradantes. Nadie puede ser obligado a recibir un tratamiento médico que no quiera. Eso puede ser equivalente a someterlo a un trato inhumano o degradante (Exposición de Motivos del anteproyecto de Código Penal, p. 74).

De este modo se produce un cambio de trágicas consecuencias en el proceso histórico normativo venezolano, después de avanzar en el ámbito de los derechos humanos, como inherentes a la persona humana consagrados en la Constitución, con el anteproyecto se evidencia una sorprendente contradicción: justo en una época en la que se proclaman solemnemente los derechos inviolables de la persona y se afirma públicamente el valor de la vida. Esta es aún más desconcertante por originarse en una sociedad que hace de la afirmación y de la tutela de los derechos humanos su objetivo principal y al mismo tiempo su motivo de orgullo, esta es una amenaza capaz, de poner en peligro el significado mismo de la convivencia democrática.

Por otra parte, el tipo penal descrito plantea el problema de equiparar las medidas alternativas a la prisión con las penas, esto es, hay coexistencia entre la pena privativa de libertad y las medidas alternativas a la privación (prisión y multa), a la persona que cause la muerte a otra por piedad, sin que ésta hubiera dado su consentimiento expreso. Esta posición asumida es contraria a los criterios para lograr una política criminal reduccionista de la privación de libertad.

Volviendo la mirada, hacia el punto central del trabajo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su recomendación 1.418 del 25 de junio de 1999, solicitó se garantice el acceso de los enfermos terminales a los cuidados paliativos y recordó que la eutanasia activa contraviene el Artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual afirma que “la muerte no puede ser inflingida intencionalmente a nadie”.

Tomás de Aquino, citado por Melendo, en su artículo titulado “La dignidad de la persona”, dice: “... la superioridad del hombre sobre el resto de la creación material radica en el hecho de haber sido creado a imagen y semejanza de Dios; y ese mayor grado de similitud se debe a que

el hombre posee una voluntad libre, por la cual puede dirigirse a sí mismo hacia su propia perfección. Su especial dignidad consiste en la peculiar relación que une al hombre al absoluto. De hecho, cuando se ha querido prescindir de esa relación, se ha desembocado en abusos y atentados contra la dignidad; el desprecio de la vida humana que hace el aborto, la eutanasia..." (*Manual de Bioética General*, Madrid, Rialp, S.A., 1994, pp. 59-62).

Sobre el particular, el autor venezolano García-Velutini señala que: "... la eutanasia atenta contra la ley superior a toda ley escrita, a un ideal de justicia, a la filosofía jurídica, o sea, al derecho natural. No se puede ocasionar la muerte de otro, ni aun con el consentimiento de la víctima, por cuanto la vida es, además, un bien personalísimo del cual no se puede válidamente disponer..." (*op. cit.*, p. 60).

A este respecto, el consentimiento del ofendido en palabras del autor español Muñoz Conde, puede desplegar sus efectos por una triple vía: a) como causa de exclusión de la tipicidad del hecho; b) como causa específica de atenuación de pena; y c) como causa de justificación. (Derecho Penal. Parte General, Valencia, Segunda Edición, Tirand lo Blanch, 1996, p. 421).

La mayoría de los tipos penales de bienes jurídicos disponibles presuponen la ausencia de consentimiento del titular del bien jurídico, lo opuesto conlleva atipicidad. En cambio, el consentimiento justificante implica la renuncia a la protección del derecho y se limita a aquellos casos que la ley concede a la persona protegida la posibilidad de emplear su derecho de autodeterminación, renunciando a sus bienes. Sin embargo, en el caso de tipos penales que tutelan bienes jurídicos indisponibles –por ejemplo, los derechos personalísimos como la vida–, lo único que sería jurídicamente válido es tipificar la conducta en un tipo penal especial con una penalidad menor al tipo genérico, sugerencia que se hace para el caso de incluir en la reforma el homicidio por piedad, propuesta que permitirá al juez penal en caso de condenar, imponer dentro del rango establecido una pena media o mínima que no exceda el tipo genérico de homicidio simple.

Por otra parte, el consentimiento del paciente no puede constituir una causa justificante, debido a que en el sistema jurídico venezolano, la ley penal es de orden público y la pena se impone en nombre del Estado y la sociedad, por cuanto el titular de la acción penal es el Ministerio Público, no es posible derogar por convenciones particulares las leyes de orden público.

En suma, el consentimiento no legitima el homicidio por piedad.

Ahora bien, tal como se plantea en el anteproyecto la descriminalización de la eutanasia comportará una decadencia ética progresiva, esto es:

> a) la aceptación social y legal crearía una situación intolerable de presión moral institucionalizada sobre los débiles jurídicos (enfermos, ancianos, discapacitados o incapacitados) y sobre todos aquellos que por algún motivo pudieran sentirse como una carga para sus familiares o para la sociedad.
>
> b) Significaría además, introducir en las relaciones humanas un factor más a favor del dominio injusto de los más fuertes y del desprecio de las personas más necesitadas de cuidados.
>
> c) El enfermo sentiría menos dignidad que los demás.
>
> d) Originaría la depreciación de la vida humana, valorada más por su capacidad de hacer y producir que por su mismo ser.
>
> e) Se presentará la opción como un tratamiento aplicable en condiciones clínicas extremas y sometidas a un control estricto, que con el transcurso del tiempo se irá eliminando su carácter excepcional.
>
> f) Existe el riesgo de que el médico termine sustrayendo la voluntad del paciente.
>
> g) No resuelve el problema del enfermo sino que destruye la vida de la persona y legitima su eliminación directa.

h) El mandamiento "no matarás" obliga a todo hombre cristiano.

En lo esencial, la vida humana es el fundamento de todos los bienes, la fuente y condición necesaria de toda actividad humana y de toda convivencia social. El fundamento ético-jurídico que impide la impunidad y descriminalización sin reservas del tipo previsto en el Artículo 217 del anteproyecto denominado *"muerte por piedad"*, radica en el respeto a la vida humana, considerada como un valor o bien jurídico superior a los motivos por el cual se aplica la eutanasia, no obstante, tal conducta representa una menor entidad antijurídica, respeto al tipo de homicidio simple, por tanto la atenuación de pena resultaría aplicable, como históricamente lo estableció el Código de *Ticino*, en su Artículo 301, del atentado o suicidio producido por horror de una muerte dolorosa, inevitable e inminente por efecto de enfermedad incurable.

Habida cuenta, que la eutanasia es un homicidio sancionado por el ordenamiento jurídico vigente y por la ley moral. Sin duda, hay que distinguir entre morir bien y con dignidad, y descriminalizar la conducta dolosa que causa la muerte para suprimir el dolor o el sufrimiento, pues el enfermo necesita no sólo una atención médica puramente técnica, sino también un ambiente humano y los cuidados que le permitan aliviar el dolor y vivir con serenidad el final de su vida.

Además, constituye una negación de la natural aspiración a la vida, una renuncia frente a los deberes de justicia y caridad hacia el prójimo, y el desconocimiento del derecho natural.

Resulta impretermitible, entonces, apoyar el progreso terapéutico, a fin de prestar ayuda cada vez más calificada a los enfermos, con el objeto de mantener la salud y la vida. Así como también, debe procurarse el uso proporcionado de los medios terapéuticos. Empero, es lícito interrumpir el uso de los extraordinarios ante la inminencia de una muerte inevitable.

Debe señalarse igualmente, que debe respetarse el derecho a la integridad física, psíquica y moral de toda persona humana, consagrado en la Constitución Nacional y en los Tratados y Convenios Internacionales. A

este propósito, el Papa Juan XXIII recordó en la Encíclica *Pacem in terris*, publicada el 11 de abril de 1963, que "…en la época moderna se considera realizado en bien común cuando se han salvado los derechos y los deberes de la persona humana. De ahí que los deberes fundamentales de los poderes públicos consisten sobre todo en reconocer, respetar, armonizar, tutelar y promover aquellos derechos, y en contribuir por consiguiente en hacer más fácil el cumplimiento de los respectivos deberes. Tutelar el intangible campo de los derechos de la persona humana y hacer fácil el cumplimiento de sus obligaciones, tal es el deber esencial de los poderes públicos. Por esta razón, aquellos magistrados que no reconozcan los derechos del hombre o los atropellen, no sólo faltan ellos mismos a su deber, sino que carece de obligatoriedad lo que ellos prescriban…".

Para concluir, descriminalizar la eutanasia implica atribuir a la libertad humana un significado perverso e inicuo: el de un poder absoluto sobre los demás y contra los demás. La vida es siempre un bien, vivir para el Señor conlleva reconocer que el sufrimiento es una prueba que siempre llega a ser fuente de bien; morir para el Señor significa vivir la propia muerte como acto supremo de obediencia.

Algunas consideraciones sobre la parte especial del anteproyecto de Código Penal presentado por el Tribunal Supremo de Justicia

María Inmaculada PÉREZ DUPUY*

SUMARIO:

Introducción

1. **Sistematización y jerarquización de los bienes jurídicos seleccionados.**
2. **Algunas consideraciones sobre la sistematización.**
3. **Los delitos de la Ley Contra los Delitos Informáticos y su incorporación en el Título III del anteproyecto del Código**

* **Universidad Santa María**, Abogada, Doctora en Ciencias Penales, mención *summa cum laude*. Especialista en Casación, mención *summa cum* laude. Profesora de Pre y Postgrado. **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 eventos nacionales e internacionales.

Penal: 3.1 *Las modalidades delictivas en la ley especial contra los delitos informáticos:* **3.1.1** El delito de fraude informático. **3.1.2** El delito de acceso indebido o *hacking.*

4. **El problema de la tipificación de los ataques contra la propiedad cuando el objeto material de protección es la energía eléctrica: 4.1** *Tipo de ley que contiene la norma.* **4.2** *Naturaleza de la descripción del artículo 94 de la Ley del Servicio Eléctrico.* **4.3** *Naturaleza de la energía eléctrica.*
5. **La intervención penal para la protección de los derechos de los niños y adolescentes.**

INTRODUCCIÓN

Paralelamente al Código Penal se ha desarrollado una legislación penal colateral a través de la sanción de leyes penales especiales y a través de leyes especiales en las que se incriminan conductas cuya respuesta por parte del Estado es la imposición de una pena.

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". Al lado del Código Penal y el Código Orgánico de Justicia Militar existe un gran número de textos legales, siete de ellos leyes penales especiales; setenta y cuatro leyes especiales que contienen tipos penales.

En las leyes penales especiales se tipifican delitos contra la propiedad en forma ya descrita en el Código Penal, Libro Segundo Título X y el

[1] Derogada por la Ley Contra Corrupción que entró vigencia recientemente en abril de 2003

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 sanciona 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 se requiere 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. Se presenta también el problema en los casos de un robo de un vehículo automotor en el que además de recaer la acción sobre el vehículo se apoderan de los bienes que porta el conductor o se encuentran dentro del vehículo, resultando en estos casos severos problemas a la hora de establecer cuál es la norma a aplicar procediéndose en algunos casos a castigar el hecho por la Ley especial, quedando fuera de la protección penal los objetos muebles apoderados distintos al vehículo. Otros optan por aplicar en forma de concurso real los artículos del Código Penal y los de la ley especial, lo cual se traduce en doble castigo por un mismo hecho.

Problemas más graves se presentan ante los homicidios perpetrados en el curso de la ejecución de un robo de vehículo por la falta de referencia en el artículo 408 del Código Penal a los artículos de la Ley Especial Sobre Hurto y Robo de Vehículos.

Observamos que las leyes especiales que se han sancionado 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. O se refiere a medios de comisión especial, tal como es la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos.

En el Código Penal vigente el legislador en atención a la función de sistematización del bien jurídico reconocida por la doctrina, estructuró el Libro Segundo en XI Títulos en los que sistematizó los delitos en atención al bien jurídico tutelado, pero los jerarquizó dando prioridad a los delitos que tutelan bienes jurídicos de control y consagra en un nivel inferior de jerarquía bienes jurídicos fundamentales del individuo como la vida e integridad física.

La situación de la legislación penal venezolana impone que se codifiquen las diversas descripciones dispersas. Ya hemos propuesto con anterioridad que a los fines de la reforma del Código Penal deben revisarse todas estas leyes y con base al principio de mínima intervención y de lesividad, 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.

Presentado el problema y elaborado un anteproyecto de Código Penal hemos pensado que sea de utilidad la revisión de la parte especial a los efectos de examinar la forma como aborda y resuelve algunos de los problemas legislativos que estamos confrontando. La labor de revisión de la legislación penal especial es titánica, la sistematización no es nada fácil. Nos permitimos hacer las siguientes reflexiones:

1. SISTEMATIZACIÓN Y JERARQUIZACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS SELECCIONADOS

El anteproyecto de Código Penal está estructurado en tres libros, denominándose el Libro Segundo “PARTE ESPECIAL DELITOS EN PARTICULAR”, el cual a su vez se estructura en dieciocho Títulos, constando cada uno de ellos de diversos capítulos en los que se agrupan determinadas categorías de delitos.

La denominación de los Títulos del Libro Segundo en algunos casos se identifican con el bien jurídico objeto de tutela penal, tal como los Títulos I, II, III, V, VI, VII, VIII, IX al XVIII. Otros títulos se relacionan con la denominación del tipo de delito, por ejemplo el Título IV "Crímenes de Lesa Humanidad". El nombre de los Capítulos no siempre se corresponde con el bien jurídico tutelado, sino que en algunos casos se refiere a una categorías de delitos como el de delitos societarios; en otros al sujeto pasivo de la acción típica o titular del bien jurídico como el de "Delitos relacionados con los Niños y Adolescentes" y en otros se identifica el Capítulo con el objeto material de la acción típica como el capítulo denominado "Hurto y Robo de Vehículos".

En atención a la jerarquización de los bienes jurídicos observamos que el anteproyecto privilegia y coloca en primer orden los delitos contra la Seguridad e Independencia de la Nación (bienes jurídicos de control)[2] sobre bienes jurídicos necesarios para la existencia del sistema, tal como la vida, la libertad, la propiedad.

En cuanto a los bienes jurídicos base de existencia del sistema, el anteproyecto los sistematizó en los Títulos II al VII, aunque observamos algunos de estos bienes en los Títulos XVI, XVII y XVIII. Los delitos que tutelarían bienes jurídicos colectivos, cuya afección impide el desarrollo real y efectivo de los bienes jurídicos individuales, los sistematizó en los Capítulos X, XI y XII, jerarquizándolos por debajo de los bienes institucionales,[3] los cuales agrupó en los Títulos VIII y IX y en los Títulos XIII, XIV, XV y XVI.

[2] Los bienes jurídicos de control constituyen categorías de bienes necesarios para el funcionamiento del sistema que hacen referencia a un conjunto de vías para asegurar el poder del Estado Éstos están al servicio de los bienes necesarios para la existencia del sistema. Su protección y determinación tiene un límite externo a ellos mismos que implica que no pueden ir más allá del servicio a la protección de los bienes jurídicos que están en la base de existencia del sistema. Tal como lo afirma Juan Bustos Ramírez: **Manual de Derecho Penal**, *Parte Especial*. Editorial Ariel. Barcelona. España 1986, p. 7.

[3] Nos enseña Bustos Ramírez que los bienes jurídicos institucionales constituyen el conjunto de procesos o vías que aparecen como necesarias dentro del sistema para que los sujetos puedan interrelacionarse. *Ob. Cit.*, p. 7.

En atención a la función de sistematización del bien jurídico, estimamos que los Títulos de la Parte Especial de un Código Penal deben presentarse con base a las categorías de bienes jurídicos seleccionados para su tutela y en esa sistematización debe haber una jerarquización privilegiando los bienes necesarios para la existencia del sistema sobre los referidos al funcionamiento del mismo y dentro de esta categoría privilegiar los colectivos sobre los institucionales y éstos sobre los de control.

Observamos así cómo el anteproyecto, acertadamente, jerarquizó los delitos que tutelan bienes jurídicos individuales, que son la base de existencia del sistema por encima de los bienes colectivos e individuales, corrigiendo la jerarquización del actual Código Penal que ubica delitos de esta naturaleza en los Títulos IX y X, mantiene el problema del actual Código Penal que privilegia los bienes jurídicos de control sobre las demás categorías.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA SISTEMATIZACIÓN

1.- En el Título I, denominado “Delitos contra la Independencia y Seguridad del Estado”, Capítulo II, Delitos contra la Seguridad de la Nación, se insertó el delito de Incumplimiento del Régimen especial de las Zonas de Seguridad, actualmente regulado en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, el cual parece constituir un delito contra el orden público.

2.- En el Título II “Delitos contra la vida e integridad personal”, hemos identificado los siguientes problemas de sistematización por la incorporación de delitos en los que no se tutela el bien jurídico vida ni integridad física que constituyen los bienes jurídicos objeto de protección penal, según la denominación del título.

2.1 En el Capítulo II, que regula el delito de LESIONES PERSONALES, que tutela el bien jurídico integridad física, se incluyó el delito de Tortura, que si bien es pluriofensivo, tutela fundamentalmente el bien jurídico libertad. Observamos igualmente que no se atendió a la función del bien jurídico como criterio de medición de la pena y se establece una

sanción para este delito que no se corresponda con la naturaleza del mismo, siendo inferior frente a ataques contra la propiedad, por ejemplo de una cabeza de ganado.

2.2 En los Capítulos IV, VII y VIII, se incorporan los delitos de violación, rapto y acoso sexual, los cuales constituyen atentados contra la libertad sexual y no son delitos contra la vida.

2.3 En el Capítulo IX se incorporan delitos contra la dignidad y pudor público que constituyen ataques contra las buenas costumbres.

3.- En los delitos contra la Libertad y Otras Garantías se incorporó en los Capítulos VII, VIII y IX la mayoría de los tipos penales descritos en la actual Ley Contra los Delitos Informáticos. De estos delitos sólo constituyen atentados contra la libertad, en su expresión privacidad de las personas y de las comunicaciones, algunas de las descripciones contenidas en el Capítulo IX del Anteproyecto.

4. En el Título V denominado "Crímenes de Lesa Humanidad", que constituye una categoría de crimen, mas no una categoría de bien jurídico de tutela penal, se incorporan los delitos descritos en la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en el que la mayoría de los delitos se trata de figuras que tutelan el bien jurídico salud pública.

5.- En el Título VI denominado "Delitos Contra la Familia" se identifican los siguientes problemas:

5.1 En el Capítulo I denominado "Delitos Contra la Violencia Intrafamiliar" se inserta la casi totalidad de los delitos previstos en la actual Ley Sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, incluyendo en este Capítulo un delito que en atención al bien jurídico debe ubicarse con los delitos contra la libertad sexual, cual es el delito de violación entre cónyuges que por la descripción pareciera más bien negar la tutela de libertad sexual a la mujer y pretende proteger su salud.

5.2 Se incorporan al Capítulo II denominado "Delitos relacionados con los niños y adolescentes" la casi totalidad de las descripciones típicas

contenidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente que constituyen delitos contra el Sistema de Protección establecido por la ley y en el que en concreto se tutelan diversos bienes jurídicos de estos sujetos pasivos, tales como: libertad ambulatoria, integridad física, libertad sexual, orden público, entre otros.

La denominación de este Capítulo no se refiere al bien jurídico que sería Delitos contra el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente, sino que se relaciona con el titular del bien jurídico tutelado.

6.- En el Título VI denominado "Delitos contra la Propiedad" se identifican varios problemas:

6.1 Si bien se trata de un ataque contra el bien jurídico propiedad, se tipifica el delito de hurto de energía y fluidos con la conducta típica de apoderarse o substraer que no se puede realizar sobre los bienes intangibles como lo es la energía eléctrica. La electricidad se tutela también a través de las formas de fraude partiendo de la conducta de apropiación que se relaciona más con las conductas en las que se incorpora el abuso de confianza.

6.2 Se trasladan casi de manera idéntica los delitos descritos en la actual Ley Sobre Hurto y Robo de Vehículo Automotor con los mismos problemas de hipertrofia normativa, pues el objeto material de la acción típica, lo es también un bien mueble. Si por razones de Política Criminal, el Estado considera que los vehículos automotores deben ser objeto de tutela penal especial a través de repuesta punitiva mayor, no hace falta que se construya un tipo especial, sino que es posible configurarlo como una forma más grave que se reflejaría en la pena a imponer.

6.3 Se trasladan casi de manera idéntica los delitos descritos en la actual Ley Penal de Protección de la Actividad Ganadera, valgan los mismos comentarios del número anterior.

6.4 Esta pluralidad de normas para castigar el delito de hurto o robo, cuyo objeto de apoderamiento lo sea un bien mueble, procediendo a distinguirse en los diversos objetos de apoderamiento (dinero, joyas,

vehículos, ganado) conlleva a severos problemas en cuanto a la norma a aplicar en los casos en los que por ejemplo se roba a un conductor de un vehículo cargado de cabezas de ganado, desapoderándolo del camión, de las cabezas de ganado y de su pertenencias. Este problema se está frecuentando desde hace varios años por la hipertrofia legislativa en delitos contra la propiedad. El anteproyecto no resuelve este problema, como tampoco resuelve lo relativo al homicidio causado en el curso de la ejecución de un delito contra la propiedad de un vehículo automotor o de ganado.

De lo expuesto, nos referiremos especialmente a la inclusión en el Título relativo a los delitos contra la libertad y otras garantías, la mayoría de los delitos tipificados en la actual ley Contra los Delitos Informáticos; el problema relativo a si la energía eléctrica puede ser objeto de apoderamiento y apropiación, y haremos algunas reflexiones sobre los delitos tipificados en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y al Adolescente

3. LOS DELITOS DE LA LEY CONTRA LOS DELITOS INFORMÁTICOS Y SU INCORPORACIÓN EN EL TÍTULO III DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL

El Derecho Penal, como medio de control social altamente formalizado, debe dar una respuesta ante los posibles ataques o puesta en peligro de bienes jurídicos como consecuencia de un uso abusivo o pervertido de la informática. Varios países de Europa han incorporado a su legislación penal figuras que castigan los comportamientos ilícitos cometidos a través de las computadoras o contra éstas, tal es el caso de España, Francia, Alemania, Austria, Gran Bretaña, Holanda. En América han legislado en materia de delitos informáticos Chile y Colombia. Estados Unidos en 1994 adoptó el Acta Federal de Abuso Computacional.

En España la opción por crear delitos informáticos se impuso ante la imposibilidad de castigar la criminalidad informática a través de las tradicionales figuras delictivas en el ámbito de los delitos contra el patrimonio (estafas y delitos de daños). En este sentido, la expansión de la informática y la correspondiente fenomenología criminal en este ámbito, así como la evolución del derecho comparado fueron factores decisi-

vos para que el Código Penal español de 1995 optase por contemplar delitos informáticos.[4]

En Venezuela la Ley Sobre Delitos Informáticos entró en vigencia el 30 octubre de 2001, la cual es una ley penal especial que forma parte de la legislación penal colateral del ordenamiento jurídico venezolano, caracterizado por una hipertrofia legislativa en cuanto a la gran cantidad de leyes que contienen tipos penales y una hipertrofia normativa en los delitos contra el orden económico y para la regulación de los delitos contra la propiedad.

3.1 *LAS MODALIDADES DELICTIVAS EN LA LEY ESPECIAL CONTRA LOS DELITOS INFORMÁTICOS*

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.

[4] Morales Prats, Fermín: *La Intervención Penal en la Red. La Represión Penal del Tráfico de Pornografía. Estudio Particular.* En *Derecho Penal. Sociedad y Nuevas Tecnologías*. Colex. Madrid. España. 2001, p. 112.

La Ley en el Título II tipifica las conductas delictivas estructurando cinco capítulos a saber:

Capítulo I

De los Delitos Contra los Sistemas que Utilizan Tecnologías de Información

– Acceso indebido.
– Sabotaje o daño a sistemas.
– Sabotaje o daño culposos.
– Acceso indebido o sabotaje a sistemas protegidos.
– Posesión de equipos o prestación de servicios de sabotaje.
– Espionaje informático.
– Falsificación de documentos.

Capítulo II

De los Delitos Contra la Propiedad

– Hurto.
– Fraude.
– Obtención indebida de bienes o servicios.
– Manejo fraudulento de tarjetas inteligentes o instrumentos análogos.
– Apropiación de tarjetas inteligentes o instrumentos análogos.
– Provisión indebida de bienes o servicios.
– Posesión de equipo para falsificaciones.

Capítulo III

De los delitos contra la privacidad de las personas y de las comunicaciones

– Violación de la privacidad de la data o información de carácter personal.
– Violación de la privacidad de las comunicaciones.
– Revelación indebida de data o información de carácter personal.

Capítulo IV

De los delitos contra niños, niñas o adolescentes

– Difusión o exhibición de material pornográfico.
– Exhibición pornográfica de niños o adolescentes.

Capítulo V

De los delitos contra el orden económico

– Apropiación de propiedad intelectual.
– Oferta engañosa.

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, 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.

De lo expuesto observamos que varios son los bienes jurídicos objeto de protección penal que deben ser tomados por el legislador al momento de codificar las descripciones contenidas en la legislación especial. Esa labor de codificación requiere el examen de los tipos con fines de clasificación y posterior inserción en los Títulos y Capítulos de la Parte Especial, por ello no pueden trasladarse en su casi totalidad a un Título en concreto.

El anteproyecto reconoce como dignos de protección penal los anteriores delitos y procede a insertarlos en su casi totalidad en el Título III, denominado "Delitos contra la Libertad y las Garantías", a pesar que la mayoría de los delitos tipificados en la referida ley especial no constitu-

yen ataques que lesionen el bien jurídico libertad en forma tal que puedan ser sistematizados en esta categoría de delito, en atención a lo protegido. De las descripciones que contiene el anteproyecto, observamos que sólo constituyen ataque al bien jurídico libertad en la manifestación "privacidad de las comunicaciones", las contenidas en los artículos 325, 326 y 327. Veamos algunas de las descripciones.

3.1.1 *El delito de fraude informático*

Con la incursión de la informática en el sistema financiero, se ha reemplazado muchos de los documentos tradicionales en soporte de papel en los que constan las operaciones y saldos de cada cliente de un banco o institución financiera por anotaciones en cuenta o registros realizados en los sistemas informáticos.

Múltiples han sido los casos en los que efectuando manipulaciones en el sistema informático de un banco o institución financiera han resultando defraudadas tales entidades. Se trató de incluir tales defraudaciones en el tipo de estafa y surgieron así en la doctrina las discusiones acerca de la imposibilidad de engañar a una máquina, o de la existencia de un error psicológico por parte del computador que lo lleva a la disposición patrimonial perjudicial.

En argentina, Ricardo Núñez plantea que el principio de la reserva legal impide encuadrar en la figura de estafa hechos que se han denominado "delitos informáticos". Acoge doctrina del Tribunal Supremo de España de que a las máquinas no se les puede engañar, a los ordenadores tampoco, por lo que en los casos en los que el juicio se produce directamente por medio del sistema informático, con el que se realizan las operaciones de desplazamiento patrimonial, no se produce el engaño ni el error necesario para el delito de estafa.[5]

En España González Rus, expresa que las transferencias informáticas de fondos, consistentes en introducir datos u órdenes falsas o efectuar

[5] Núñez, Ricardo: *Manual de Derecho Penal.* 2ª Edición. Editora Córdoba. Argentina 1999, p. 226.

alteraciones en los programas que gestionan automáticamente transferencias bancarias, ingresos o reconocimientos de créditos a favor de quien realiza la manipulación, presentan problemas de tipificación.[6]

Considera el citado autor que tales comportamientos no pueden ser incluidos en el hurto por la imposibilidad de considerar cosa muebles a la llamada moneda escritural o moneda de giro, ya que éstas son modificaciones contables efectuadas directamente por el ordenador como consecuencia de las que se reconocen derechos de crédito. En cuanto a la estafa expresa:

> Cuando el perjuicio se produce directamente a través del sistema informático (contabilidad y abono de nóminas en cuentas corrientes, pagos a proveedores, asientos y operaciones bancarias, giros transferencias, etc.) la estafa sólo será apreciable si el ordenador no es más que un medio auxiliar o de ayuda a la toma de decisiones, que acaba adoptando efectivamente una persona, que podría decirse que había sido efectivamente engañada. De esta forma, la aplicabilidad de la estafa al caos de manipulación del ordenador terminaba dependiendo de que hubiera o no personas encargadas del control de las operaciones de entrada, procesamiento y salida de datos y de la ejecución y autorización de los actos de disposición correspondientes, lo que es ciertamente excepcional en los sistemas informáticos, cuya utilidad principal radica, precisamente, en poder realizar millones de operaciones sin intervención directa de persona alguna.[7]

Fermín Morales, en España, al referirse a los delitos informáticos en la esfera patrimonial y económica, señala que se creó el delito de fraude informático, pues conforme a la tradición jurídica española, la definición general de estafa no permite el castigo del fraude informático, pues la estafa genérica exige una relación psicológica entre autor y víctima que

[6] González Rus, J. J.: (1996) *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Marcial Pons. Madrid. España. 1996, p. 686.
[7] *Ibídem*, p. 687.

no se da en la estafa informática. “Por esta razón se ha procedido a crear el delito específico de fraude informático que exige la realización de manipulaciones informáticas para conseguir una transferencia económica o patrimonial no consentida, llevada a cabo con ánimo de lucro y perjuicio para tercero”.[8]

En Ecuador, Santiago Acurio Del Pino considera que la primera dificultad que surge para tratar de subsumir el fraude informático en el delito tradicional de estafa es la consideración de cosa corporal mueble como objeto de dicho delito. “Por tanto si mediante la manipulación fraudulenta de datos lo que se afecta es al dinero escritural o contable (cosas incorporales), mediante las alteraciones de los registros de crédito y débito, no se afecta a ninguna cosa corporal mueble, sólo se adquiere un derecho de crédito contra la entidad que fuere; o bien se salda un débito que le era atribuido...”. Igualmente señala que los manejos fraudulentos siempre irán dirigidos al engaño de la víctima, lo que hace imposible la adecuación del tipo penal de estafa al fraude informático, dado que no es factible engañar o hacer caer en el error psicológico a una máquina.[9]

En Venezuela, en el artículo 464 del Código Penal, el delito de estafa requiere del uso de artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciendo en error a una persona, lo que presupone que la víctima del error ha de ser una persona física y no una máquina, circunstancia ésta que excluiría la aplicación del artículo 464 en los casos de perjuicios patrimoniales como consecuencia de manipulaciones informáticas.

En la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras se describe una conducta que se conoce como fraude bancario, y la misma existe desde 1983 cuando se sancionó la Ley General de Bancos y Otras Instituciones de Crédito. En la Ley General de Bancos y Otras Institu-

[8] *Ob. Cit.*, p. 114.
[9] Acurio Del Pinto, Santiago: *El Fraude y los Daños Informáticos, 2001,* p. 4 En www.delitosinformático.com/trabajos/fraudes.htm.

ciones Financieras que entró en vigencia el 1º de enero de 1994, se contemplaba en el artículo 291:

> Quien forja o emita documentos de cualquier naturaleza o utilice datos falsos, con el propósito de cometer u ocultar fraudes o desfalcos en una institución financiera, será castigado con prisión de tres (3), a seis (6) años.

Las estafas que fueron cometidas en contra de los bancos o instituciones financieras mediante la manipulación de los sistemas informáticos se tipificaban por este artículo, subsumiéndose la conducta en concreto en la modalidad de **utilización de datos falsos.** El medio de prueba era pericial contable y pericial informático. Los casos más comunes se trataban de débitos indebidos de la cuenta de algún cliente para abonarlos a la cuenta de otro cliente, haciéndose a través del sistema informático. Casos más complejos consistían en que un cliente acudía a una agencia cualquiera del banco, negociaba un instrumento de captación, quedando obligado el banco emitente. La manipulación informática consistía que a través de un terminal creado al efecto, se debitaban de las cuentas de los clientes la suma de dinero que se había negociado en el instrumento de captación, pero no iban a la cartera de depósitos del banco, sino que se transferían a la cuenta de una persona jurídica, del tipo banca *off shore*, domiciliada en el exterior, quien disponía de los fondos.

La Ley Especial Contra los Delitos Informáticos en las figuras delictivas en que el sistema de tecnología de información es un medio para cometer delitos, en el artículo 14 tipifica la figura del fraude informático, en los siguientes términos:

> **Artículo 14.-** Fraude. El que a través del uso indebido de tecnologías de información, valiéndose de cualquier manipulación en sistemas o cualquiera de sus componentes o en la data o información en ellos contenida, consiga insertar instrucciones falsas o fraudulentas que produzcan un resultado que permita obtener un provecho injusto en perjuicio ajeno, será penado con prisión de tres a siete años y multa de trescientas a setecientas unidades tributarias.

La descripción anterior resuelve el problema del fraude informático, cuando el hecho no pueda subsumirse en la estafa del Código Penal.[10]

En el anteproyecto de Código Penal en el artículo 319 se describe el delito de Fraude en Sistema o Medios de Comunicación en una forma casi idéntica en cuanto a los elementos estructurales del tipo descrito en el artículo 14 de la Ley Contra el Delito Informático, por ello el examen de esta norma nos permite afirmar que en ella no hay ataque al bien jurídico libertad.

3.1.2 *El delito de acceso indebido o hacking*

Paloma Llaneza, al estudiar el uso de la tecnología de información para cometer delitos, al referirse al acceso no autorizado a sistemas señala que se puede realizar por "las puertas falsas", "el uso de llaves maestras" o "el pinchazo de líneas".[11]

Las puertas falsas suponen la intromisión indebida a los sistemas informáticos aprovechando los accesos o "puerta de entrada", que no están previstas en las instrucciones de la aplicación, pero que facilitan la revisión o permiten recuperar información en casos de errores de sistema.

---

[10] Ahora bien, en cuanto al fraude bancario mediante manipulación informática, tenemos que en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras en la reforma que entró en vigencia el 1º de enero de 2002 se incluye la siguiente modalidad delictiva **"Fraude Electrónico: Artículo 445.** Quien a través de la manipulación informática o mecanismo similar, con ánimo de lucro, efectúe una transferencia o encomienda electrónica de bienes no consentida, en perjuicio del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, o de un cliente o usuario, será penado con prisión de ocho (8) a diez (10) años". Con la misma pena serán castigados los miembros de la junta administradora, directores, administradores o empleados del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio que colaboren en la comisión de las transferencias antes mencionadas.
Se trata de un delito que consagra de manera expresa el fraude bancario a través del medio electrónico, pudiendo ser afectado patrimonialmente cualquiera de las instituciones reguladas por la ley o un cliente de la institución. Es una ley posterior y especial con penas mayores que las previstas en la Ley Contra Los Delitos Informáticos. Atendiendo al criterio de la especialidad en cuanto a los medios determinados y los sujetos, la ley a aplicar sería la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, debiendo observarse previamente la constitucionalidad de la misma en cuanto a la reserva legal, toda vez que se trata de una ley emanada del Poder Ejecutivo en virtud de delegación de la Asamblea Nacional mediante Ley Habilitante.

[11] Llaneza González, Paloma: *Internet y Comunicaciones Digitales*. Bosch. Barcelona España, 2000, p. 239.

La llave maestra consiste en el uso no autorizado de programas para modificar, destruir, copiar, insertar, utilizar o impedir el uso de datos archivados en un sistema informático. El pinchado de línea se efectúa interfiriendo las líneas telefónicas o telemáticas a través de las cuales se transmiten las informaciones procesadas a las que se pretende acceder.[12]

El acceso no autorizado puede comenzar como simple curiosidad, pasar a ser un reto personal y finalizar en actos de sabotaje, espionaje, o incluso terrorismo al acceder e intervenir sistemas vitales. El *hacker* blanco es aquel sujeto ávido de conocimiento, y por puro placer de aprender y de poner a prueba sus propias capacidades, entra en los sistemas ajenos sin permiso y los explora hasta manejarlos y manipularlos a su antojo.[13] Esta modalidad de afección a los sistemas de tecnología de información no está descrita en todos los países que han optado por legislar en materia informática.

Fermín Morales Prats considera que la conducta que reclama mayor reflexión es el *Hacking* como manifestación del intrusismo informático, reinando la duda de criminalizar tal conducta cuando no vaya acompañada de un fin ilícito específico añadido al mero deseo de curiosidad y de demostración de pericia informática en el *hacker.* Hace la siguiente reflexión:

> ...el debate no es otro que el relativo a si es necesario adelantar la barrera de la intervención penal para tipificar la conducta del *hacker* como delito autónomo de mera actividad sin ulteriores requisitos típicos. La opción por una propuesta criminalizadora podría vulnerar el principio de intervención mínima y el carácter de última *ratio* del Derecho Penal. Sin embargo, convendría reflexionar sobre la necesidad de que la legislación penal afronte una nueva manifestación de intrusismo, ahora en versión informática, mediante técnicas de tipificación que preserven el principio de ofensividad a bienes jurídicos y alejen, de *lege ferenda,* los problemas que suscita-

[12] *Ídem.*
[13] *Ídem.*

> ría la creación de un delito de peligro abstracto por su falta de determinación y contenido ilícito material.[14]

Paloma Llaneza considera que la intrusión no autorizada, sea o no por placer y sin ánimo de dañar, compromete la integridad y la confidencialidad de los datos que se encuentran en los sistemas accedidos "y en esta línea va la postura que considera al *hacker* como aquel que, no contento con acceder, intenta analizar su capacidad técnica personal agotando las posibilidades de obtención de información, modificando progresivamente su actuación hasta concluir realizando actos de sabotaje o espionaje informático".[15] Desde esta óptica para la citada autora se justifica la intervención penal anticipada criminalizando el simple acceso al servicio de tecnología de información sin estar autorizado.

En la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos de Venezuela, se tipifica el delito de acceso indebido en los siguientes términos:

> **Artículo 6.- Acceso indebido.** El que sin la debida autorización o excediendo la que hubiere obtenido: **acceda, intercepte, interfiera o use un sistema que utilice tecnologías de información**, será penado con prisión de uno a cinco años y multa de diez a cincuenta unidades tributarias.

De la descripción legal observamos que se incrimina el simple acceder, interceptar, interferir o usar un sistema que utilice tecnología de información, sin estar autorizado, o excediéndose en la autorización dada. No está asociada la conducta a ningún resultado lesivo al bien jurídico tutelado. Se trata de un delito de mera actividad. Optó el legislador por criminalizar la conducta del *hacking* blanco, lo que constituye una intervención penal anticipada, que contraría el principio de mínima intervención.

En el anteproyecto se incorpora al artículo 311 la misma descripción del artículo 6 de la Ley Especial. Consideramos que el simple acceso a un

[14] Morales Prats, Fermín: *Ob. Cit.*, p. 118.
[15] Llaneza González, Paloma: *Ob. Cit.*, p. 240

sistema que utiliza tecnologías de información no lesiona el bien jurídico que se pretende proteger con la norma, pues si se causan daños, otros tipos resuelven el problema, si se compromete la confidencialidad de los datos, existen otros tipos que lo protegen. Tampoco lesiona el bien jurídico libertad en ninguna de sus manifestaciones.

Conforme lo hemos expresado, la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos en el Capítulo II regula una serie de conductas que tutelan bienes jurídicos diversos cuyos ataques están descritos en el Código Penal o en la Legislación Penal Colateral. De las descripciones que contiene el anteproyecto, observamos que sólo constituyen ataque al bien jurídico libertad en la manifestación "privacidad de las comunicaciones", las contenidas en los artículos 325, 326 y 327.

Nos permitimos presentar la forma cómo se relacionan algunas de las descripciones de la ley con los delitos tipificados en el Código Penal y en la legislación penal colateral, que puede servir de punto de partida para hacer la selección y proceder a su sistematización:

ARTÍCULO LEY CONTRA DELITO INFORMÁTICO	ARTÍCULO CÓDIGO PENAL O LEY ESPECIAL
Artículo 7 Sabotaje o daño a sistemas.	Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Artículos 109 ordinal 1° y 109 ordinal 4°
Artículo 8 Sabotaje o daños culposos.	Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Artículo 108 ordinales 1° y 2°
Artículo 10 Posesión de equipos o prestación de servicios de sabotaje.	Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Artículo 109 ordinal 2°
Artículo 11 Espionaje informático	Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Artículo 447
Artículo 12 Falsificación de documentos	Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Artículo 447
Artículo 13 Hurto	Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Artículo 446

ARTÍCULO LEY CONTRA DELITO INFORMÁTICO	ARTÍCULO CÓDIGO PENAL O LEY ESPECIAL
Artículo 14 Fraude	Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Artículo 445. Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Artículo 108 ordinal 3°
Artículo 15 Obtención indebida de bienes y servicios	Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Artículo 108 ordinal 2°
Artículo 16 Manejo fraudulento de tarjetas inteligentes o instrumentos análogos.	Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Artículo 108 ordinal 3°
Artículo 17 Apropiación de tarjetas inteligentes o instrumentos análogos.	Código Penal. Artículo 471.
Artículo 19 Posesión de equipo para falsificaciones.	Artículo 549 del Código Penal
Artículo 21 Violación de la privacidad de las comunicaciones	Ley Sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones. Artículos 2 y 4

ARTÍCULO LEY CONTRA DELITO INFORMÁTICO	ARTÍCULO CÓDIGO PENAL O LEY ESPECIAL
Artículo 22 Revelación indebida de data o información de carácter personal.	Ley Sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones. Artículo 4
Artículo 23 Difusión o exhibición de material pornográfico.	Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Artículo 237
Artículo 25 Apropiación de propiedad intelectual	Ley sobre Derecho de Autor. Artículo 119
Artículo 26 Oferta engañosa	Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Artículo 439.

4. EL PROBLEMA DE LA TIPIFICACIÓN DE LOS ATAQUES CONTRA LA PROPIEDAD CUANDO EL OBJETO MATERIAL DE PROTECCIÓN ES LA ENERGÍA ELÉCTRICA

Debemos partir del concepto tradicional de bienes intangibles que manejamos en el derecho, a los efectos abordar el problema de la naturaleza de la energía eléctrica y el uso del flujo eléctrico como bien de esta especie. Así tenemos que según el Diccionario de la Lengua Española "Real Academia Española" , **"intangible"** significa que no debe o no puede tocarse. Trataremos de aplicar el concepto de bien intangible a la electricidad

La ciencia no puede aún realmente explicar la electricidad; sus efectos se pueden medir y predecir, pero de su naturaleza esencial el hombre de ciencia actual no sabe más que Tales de Mileto, que ya en 585 a.C.; pensaba en la electrificación del ámbar. La electricidad, dice Beltrand Russel, "no es una cosa, como la Catedral de San Pablo, por ejemplo, es una manera que tienen las cosas de comportarse. Cuando decimos cómo se comportan las cosas al ser electrificadas y en qué circunstancias son electrificadas, hemos dicho todo lo que se puede decir".[16]

El Profesor Halmoguera expresa que la Teoría Electromagnética corresponde a aquella parte de la física teórica dedicada al estudio de los fenómenos eléctricos y magnéticos, tanto en el vacío como en presencia de materia; teniendo como postulados físicos básicos entre otros la existencia de la carga eléctrica y la conservación de la carga eléctrica.[17]

Según las leyes de la física referidas, **la electricidad es un bien intangible.** No se puede tocar, pero puede fluir a través de un sistema eléctrico que está constituido por todos aquellos elementos y dispositivos destinados a conducir el flujo eléctrico, conectados en circuito cerrados y cuya función es la de suplir la demanda de fuerza eléctrica

[16] Halmoguera Palma, Roberto *Apuntes de Teoría Electromagnética.* Universidad Simón Bolívar. (s/a), II.
[17] *Ibídem,* pp. 1-2

necesaria, para el funcionamiento en forma segura y satisfactoria de aquellos aparatos y equipos que requieren para su operación de una fuerza externa de energía.

Esta fuerza externa de energía es proporcionada por las empresas de servicio eléctrico, entre ellas La Electricidad de Caracas, Cadafe y sus filiales, Enelven. El servicio que prestan es suministro de energía eléctrica que lo miden en KWH por bolívares según tarifas reguladas. Así por ejemplo en las facturaciones de servicio, la empresa en el espacio destinado al "DETALLE DE LA FACTURACIÓN" expresa. "FACTURACIÓN POR CONSUMO 851 KWH por Bs. 59,3666, especificando que el cargo o crédito es la cantidad de bolívares...".

La empresa para facturar utiliza un dispositivo de medición de energía eléctrica colocado al inicio del sistema eléctrico a alimentar. Un usuario del servicio de energía eléctrica puede obviar o reducir la facturación por diversos mecanismos, tales como tomas ilegales conectándose mediante cables al sistema de distribución de la empresa de energía o a otro usuario; conectando cargas cuya alimentación no pase a través del medidor (haciendo derivaciones antes de llegar al medidor) alteración o modificación del funcionamiento del medidor; causar daños al medidor o cualquier otra manipulación de cables o del medidor.

Con estas maniobras el usuario se beneficia del servicio de electricidad por **falta de facturación o disminución de la misma.** Es importante destacar que el flujo eléctrico que por una u otra razón no pase o fluya a través de los aparatos contadores del usuario final no se puede determinar la cantidad de KWH que éste ha consumido a través de los mecanismos señalados. Ahora bien, la empresa que suministra el servicio eléctrico cuenta con mecanismos para determinar la cantidad de carga que está contratada legalmente y la que se le está exigiendo y en qué tiempo o momento. Al advertirse esta circunstancia se percatan de la existencia de tomas ilegales, **resultando que determinados usuarios se benefician indebidamente de un servicio al no efectuar el pago del mismo.**

En el Decreto con rango y fuerza de Ley del Servicio Eléctrico, se imponen al usuario del servicio eléctrico, en el artículo 41, una serie de obligaciones, entre ellas pagar oportunamente el servicio eléctrico efectivamente recibido y permitir el acceso de personal debidamente autorizado por la empresa encargada del suministro de electricidad, a los equipos de medición de potencia y energía eléctrica.

En el artículo 93 de la citada ley se señalan como infracciones de los usuarios las siguientes:

1.- La conexión no autorizada a los sistemas eléctricos.

2.- El consumo no autorizado de energía eléctrica.

3.- La sustracción de energía mediante conexiones no autorizadas o alteración de equipos de suministro o instrumentos de medición.

4.- La alteración, daño o modificación intencional de los medidores, sus equipos asociados y los equipos destinados a la prestación del servicio.

La ley señala un régimen especial para la infracción de sustracción, estableciendo el artículo 94:

> **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 y daños establecidos en el Código Penal, así como las indemnizaciones y resarcimientos que procedan de conformidad con las leyes.

De lo precedentemente expuesto, se observa que de las actividades de sustracción, **determinados usuarios se benefician indebidamente de un servicio al no efectuar el pago del mismo.**

Es aquí donde debe intervenir el derecho penal a los efectos de subsumir tales conductas en algún tipo delictivo. El problema a resolver es determinar si es posible aplicar las disposiciones del delito de hurto descrito en el Código Penal, a la sustracción de energía mediante conexio-

nes no autorizadas o alteración de equipos de medición o suministro, por disponerlo así el artículo 94 de la Ley del Servicio Eléctrico.

Para resolver el problema debemos atender a los siguientes criterios:

a) Tipo de ley que contiene la norma.

b) Naturaleza de la descripción.

c) Naturaleza de la energía eléctrica.

4.1 *TIPO DE LEY QUE CONTIENE LA NORMA*

Se trata de un Decreto con rango de Ley que emana del Presidente de la República dictado en virtud de Ley Habilitante con fundamento en el artículo 190 ordinal 8° de la Constitución de la República de Venezuela de 1961. En consecuencia, no se trata de Ley en sentido formal que permita la tipificación de delitos, por violar el principio de la legalidad.

4.2 *NATURALEZA DE LA DESCRIPCIÓN DEL ARTÍCULO 94 DE LA LEY DEL SERVICIO ELÉCTRICO*

La descripción del citado artículo 94 no es una descripción típica, se trata de un paratipo real, según la concepción de Jorge Nova, quien al respecto expresa: "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".[18]

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

[18] Nova Pereira Jorge, 1979, *La paratipicidad penal*, p. 31. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.

> 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 adecua a ningún tipo legal, y el paratipo, en sí mismo, no tiene el carácter de norma incriminadora (que consta de precepto y sanción).[19]

La razón por la cual no se puede aplicar la descripción del artículo 94 de la ley al delito de hurto radica en que la descripción es sustracción de energía, y la energía no es un objeto mueble que sea susceptible de apoderamiento, y el hurto requiere el apoderamiento de "objeto mueble" .

4.3 *NATURALEZA DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA*

Según el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, energía, es eficacia, poder; en física es capacidad para realizar un trabajo, se mide en julios (joules), entonces hay energía atómica, nuclear, cinética, potencial, radiante, energía existente en un medio físico, causada por ondas electromagnéticas, mediante las cuales se propaga directamente sin desplazamiento de la materia; energía causada por una corriente de partículas como electrones, protones, etc. Y, **Electricidad** es: "Fis. propiedad fundamental de la materia que se manifiesta por la atracción o repulsión entre sus partes, originada por la existencia de electrones con carga negativa o protones con carga positiva. ||2. Fis. Forma de energía basada en esta propiedad, que puede manifestarse en reposo, como electricidad estática, o en movimiento como corriente eléctrica, y que da lugar a luz, calor, campos magnéticos, etc...".

Según las definiciones anteriores, y lo explicado en párrafos precedentes, observamos que la energía eléctrica y el flujo eléctrico es intangible, lo que impide que sea sustraída o apoderada, y por ell o lo

[19] Nova Pereira Jorge, *Ob. Cit.,* p. 52.

que cobra la empresa que suministra el servicio es la **energía consumida** que se mide en KWH, el kilovatio es una medida de potencia que es un valor instantáneo, la cual se exige al sistema de la empresa en el momento que se conecta la o las cargas (la nevera, la plancha, las luces) por ello no puede ser objeto de apoderamiento ni sustracción. El hecho mismo que no pueda ser almacenada evidencia que no puede ser objeto de apoderamiento y por ello no puede tipificarse como hurto, porque éste, según la descripción del Código Penal, no puede recaer sobre bienes intangibles.

Lo precedentemente expuesto nos permite afirmar que no es posible aplicar el delito de hurto a la descripción contenida en el artículo 94 de la Ley del Servicio Eléctrico, por cuanto no se trata de ley en sentido formal; no se trata de una descripción típica, sino de un paratipo real y el carácter intangible de la energía eléctrica impide que pueda ser objeto de sustracción o apoderamiento.

Ahora bien, la Ley Especial contra los delitos informáticos consagra la acción de apoderamiento de bienes intangibles a través del uso de tecnologías de información o uso de sistema o medios de comunicación. Esta descripción ha sido reproducida en el anteproyecto de Código Penal en el artículo 318. Igualmente en el artículo 508 se describe el apoderamiento de la energía eléctrica. Lo anterior nos lleva a hacer la consideración si a través de los referidos medios puede ser objeto de apoderamiento un bien intangible como lo es la energía eléctrica o el fluido eléctrico y si podría realizarse a través del apoderamiento según la descripción del referido artículo del anteproyecto. Al respecto observamos:

Los sistemas de distribución y comercialización de la energía eléctrica para uso residencial se hace mediante una conexión física del sistema de electricidad de la empresa de servicio al sistema eléctrico del usuario mediante la instalación de un medidor y una caja de mediciones según especificaciones de la compañía eléctrica en función de los datos suministrados por el suscriptor en el momento de la solicitud del servicio en la que habitualmente no intervienen tecnología de información o sistemas o medios de comunicación.

Las empresas que suministran servicio en sus sistema de transmisión y distribución tienen instalados sistemas de telemática para fines de mantenimiento, mediciones, seguridad, detecciones de fallas, comunicaciones y otros servicios pero que no intervienen en la conexión final del servicio al usuario residencial, por ello, hasta el momento no aparece que puede subsumirse la acción de apoderamiento de fluido eléctrico a través de la descripción típica del artículo 13 de la Ley Especial contra los Delitos Informáticos, recogida por el anteproyecto en el artículo 318.

Estimamos que tampoco es subsumible la conducta en la figura de fraude informático que por la descripción, la conducta está dirigida a insertar instrucciones falsas o fraudulentas que produzcan un provecho injusto con perjuicio ajeno, tratándose de manipulación en sistemas, en la data o información en ellos contenidas, medios éstos que no se corresponden con las manipulaciones a través de las cuales se puede obtener el flujo eléctrico sin pagar el consumo, que están descritas en el artículo 93 de la Ley del Servicio Eléctrico.

Lo anterior nos lleva a afirmar que lo correcto a fin de evitar lesiones al principio de legalidad es incluir en la reforma del Código Penal un tipo específico de defraudación de energía eléctrica y otros fluidos para hacer referencia a los "agentes invisibles y de naturaleza desconocida que se han considerado como causa inmediata de los fenómenos eléctricos, magnéticos, luminosos y caloríficos"[20] en forma similar a la adoptada por el Código español en el artículo 255 que establece:

> **Artículo 255.-** Será castigado con la pena de multa de tres a doce meses el que cometiere defraudación por valor superior a cincuenta mil pesetas, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:
>
> 1) Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación

[20] González Rus, J. J.: *Ob. Cit.,* p. 720

2) Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.

3) Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.

Como se observa la regulación contenida en el Código Penal español permite subsumir sin lugar a dudas y discusiones, el uso del flujo eléctrico mediante maniobras del usuario que se beneficia del servicio de electricidad por falta de facturación o disminución de la misma.

El anteproyecto pretende tutelar penalmente el fluido eléctrico a través del delito de hurto (artículo 508) y a través del delito de fraude (artículo 541), estimamos que las conductas típicas contenidas en las descripciones no pueden realizarse sobre el fluido eléctrico, por ello la fórmula de la defraudación sería la más idónea pero en los términos empleados por el Código Penal de España.

5. LA INTERVENCIÓN PENAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

La Constitución contempla la obligación del Estado, la familia y de la sociedad de asegurar la protección integral de los niños y adolescentes e igualmente establece que los niños estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados. La LOPNA desarrolla el Sistema de Protección Integral estableciéndose en el artículo 118 que para el logro de sus objetivos el Sistema de Protección del Niño y Adolescente cuenta con los siguientes medios: políticas y programas de protección y atención, medidas de protección, órganos administrativos y judiciales de protección, entidades y servicios de atención, sanciones, procedimientos, acción judicial de protección, recursos económicos. De estos medios llama la atención las sanciones que se encuentran reguladas en el Capítulo IX denominado Infracciones a la protección Debida. Sanciones en el que tipifica una serie de ilícitos, unos castigados con multa y otros con penas privativas de libertad, constituyendo estas últimas tipificaciones normas penales que tutelan diversos bienes jurídicos en el que aparece como titular de los mismos un niño o adolescente a quien la LOPNA erige en un sujeto especial de tutela penal.

A simple vista la inserción de tipos penales en la LOPNA aparece como un caso más del problema que confrontamos en Venezuela de hipertrofia legislativa por la proliferación de leyes especiales que penalizan conductas ya penalizadas en el Código Penal, pero en realidad al reflexionar sobre la ubicación que le dio la ley a estos delitos cuando los tipificó, observamos que el legislador consideró necesario incluir dentro de los medios del Sistema de Protección del Niño y Adolescente un elenco de comportamientos humanos que considera lesivos a los derechos humanos de tales sujetos.

En la actualidad uno de los puntos que más se discute en la dogmática jurídico-penal es cuando se justifica la intervención del derecho penal, lo cual guarda estrecha relación con los principios de mínima intervención y exclusiva protección de bienes jurídicos, los cuales se erigen como límites para el ejercicio de la potestad punitiva en el Estado Social. Ahora debemos resolver si la inserción de tipos penales en la LOPNA y su toma en consideración por un Proyecto de Código Penal, es violatoria a estos principios o si por el contrario se encuentran justificadas y legitimadas tales descripciones en atención al modelo de Estado consagrado en el artículo 2 de la Constitución de 1999 de Venezuela.

En un modelo de Estado social y democrático de derecho, la idea del Estado social cumple una función en concreto: legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesario para proteger a la sociedad,[21] lo que permite que entre en funcionamiento el principio de intervención mínima compuesto por los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario, que a su vez ofrece fundamento al ***principio de exclusiva protección de bienes jurídicos***, entendidos éstos como condiciones

[21] En tal sentido expresa Mir: "la idea del Estado Social sirve para legitimar la función de prevención en la medida (y sólo en la medida) en que sea necesario proteger a la sociedad. Pero hay que aclarar que en este sentido no importará solo la eficacia de la prevención (principio de la máxima utilidad posible), sino también limitar al máximo sus costos (principio de mínimo sufrimiento necesario) de forma que resulte menos gravosa la protección que ofrece el Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho que la que supondrían otros medios de control social ilimitados (como la venganza privada o pública) o desprovistos de garantías (como actuaciones policiales incontroladas) Derecho Penal Parte General. Pág. 30.

fundamentales de la vida social. El principio de Estado de Derecho constituye el fundamento a los límites derivados del principio de legalidad. La concepción de Estado democrático es la fuente de los límites que se asocian al respeto de los principios de humanidad, culpabilidad y resocialización, "de lo que resulta una función limitadora del *ius puniendi* que aleja el peligro de ampliación antiliberal de la intervención jurídico-penal". También la teoría del delito y la de la pena, deberán basarse en la función de prevención limitada.[22]

De la teoría elaborada por Santiago Mir Puig sobre los límites del *Ius Puniendi* en un Estado social y democrático de derecho, podemos extraer dos ideas centrales para resolver el problema abordado: a) la idea del Estado social cumple una función en concreto: legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesario para proteger a la sociedad; y b) por bienes jurídicos entiende las condiciones fundamentales de la vida social. Resultando entonces que un Estado social el Derecho Penal interviene para proteger a la sociedad, lo cual hace mediante la incriminación de conductas que ataquen o pongan en peligro bienes jurídicos. Esas condiciones fundamentales de la vida social están constituidas básicamente por el respeto por parte del Estado y de los co asociados de los derechos humanos de un determinado sujeto o grupos de sujetos, entre esos derechos humanos protegidos penalmente hay unos de carácter civil o políticos como la protección a la vida con la sanción del delito de homicidio, y hay otros para derechos de tercera generación como la protección penal al ambiente. La intervención penal para proteger derechos humanos de primera generación ha sido aceptada sin ningún tipo de discusión. En cuanto a la protección penal de los derechos humanos de tercera generación se insertan en los códigos punitivos como nuevas formas de criminalidad. La protección penal de los derechos humanos de segunda generación se ha desarrollado en cuanto a los derechos económicos, siendo muy incipiente en cuanto a los culturales, pero en cuanto a los derechos sociales la criminalización de conductas es un proceso realmente novedoso entre nosotros.

[22] Mir Puig, Santiago (1995) *Ob. Cit.,* pp. 30-31.

El principio de mínima intervención del Derecho Penal que se erige como límite en un Estado social nos coloca frente al problema de cómo ha de ser la selección de los bienes jurídicos para elevarlos a categoría de bien jurídico objeto de tutela penal. Al contener la Constitución de 1999 un verdadero Programa Penal, estimamos que ese ha de ser el marco de referencia. Al estar los derechos sociales reconocidos constitucionalmente no cabe duda que se legitime la intervención penal para castigar conductas que lesionen tales derechos. En el caso concreto de la regulación constitucional de los derechos del niño y del adolescente a ser protegidos por la familia y el Estado con la coparticipación de la sociedad, no cabe duda que cualquier comportamiento que lesione o ponga en peligro los derechos sociales de un niño o adolescente y que tenga la entidad de impedir que funcione el Sistema de Protección ordenado por la Constitución y desarrollado en la LOPNA, debe ser castigado penalmente, pues se trata de ataques a un bien jurídico fundamental reconocido en la Constitución.

La LOPNA tipifica conductas para proteger penalmente los derechos sociales del niño y adolescente consagrados en el artículo 78 de la Constitución al criminalizar las siguientes conductas: Desacato a la autoridad (artículo 270), falso testimonio (artículo 271), omisión de atención (artículo 274) y omisión de denuncia (artículo 275). Al tratar de identificar el bien jurídico tutelado en estos delitos, concluimos que los mismos se erigen como una nueva categoría de delitos en la legislación penal venezolana que en atención al bien jurídico podemos denominar **"Delitos contra el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente"**, sistema de protección reconocido en la Convención de los Derechos del Niño, en el artículo 78 de la Constitución y desarrollado en la LOPNA, por lo cual está legitimada constitucionalmente la intervención penal para proteger este derecho social de los niños y adolescentes.

La intervención penal para castigar los actos lesivos contra el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente constituye entonces uno de los mecanismos legislativos adoptados por Venezuela para proteger los derechos sociales del niño consagrados en la CDN y en el artículo 78 de la Constitución de 1999.

Ahora bien, en el anteproyecto de Código Penal en los delitos contra la Familia, según expresa la Exposición de Motivos, se crea el Capítulo II, intitulado DELITOS RELACIONADOS CON LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES *"para codificar los numerosos delitos estipulados en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente"*, de lo que derivamos que lo principal era codificarlos. Entendemos que no basta codificar, sino que debe hacerse la valoración si se justifica la intervención del Derecho Penal para despenalizar las conductas ya tipificadas, efectuada esta valoración con base en el instrumento jurídico-político que representa la Constitución como marco de referencia para hacer la selección, en atención a la categoría del bien jurídico de que se trate, proceder a insertarlos en forma sistemática en un Título en concreto y jerarquizarlo dentro de la parte especial del Código Penal.

El anteproyecto sistematizó las descripciones de la LOPNA dentro de los delitos contra la Familia, lo cual compartimos, no así la denominación del Capítulo ni la sistematización dada a todos los delitos que trasladó para codificarlos. La codificación puede hacerse trasladando cada tipo al título que tutela el bien jurídico en concreto, así por ejemplo los delitos descritos en los artículos 458, 459, 475 y 476 del anteproyecto pueden incluirse en los diversos Capítulos del Título XV, relativo a los delitos contra el Orden Público, como formas agravadas en atención a que en la conducta puede conducirse a lesionar los derechos de un niño o adolescente a quien se le involucra en tales delitos.

Nos permitimos presentar un cuadro en el que especificamos el bien jurídico en concreto que estimamos se relacionan las descripciones típicas contenidas en la LOPNA, que puede servir de punto de referencia para su codificación:

Bien jurídico	Delito	Artículo
Integridad física y psíquica	**Tortura** Trato Cruel Omisión de atención Suministro de sustancias nocivas	**253** 254 274 263
Protección al Trabajo	**Trabajo forzoso** Admisión o Lucro por Trabajo contraindicado Admisión o Lucro por Trabajo de Niños Hasta 8 años	**255** 256 257
Libertad sexual	Explotación Sexual Abuso sexual a niños Abuso sexual a adolescente	**258** 259 260
Orden público	Suministro de armas municiones y explosivos Suministro de fuegos artificiales Uso de niños o adolescentes para delinquir Inclusión de niños o adolescentes en grupos criminales	**261** 262 264 265

Bien jurídico	Delito	Artículo
Libertad individual	Tráfico de niños y adolescentes Lucro por entrega de niños o adolescentes Privación ilegítima de libertad Falta de notificación de la detención	**266** 267 268 269
Contra el sistema de protección del niño y del adolescente en sentido estricto	Desacato a la autoridad Falso testimonio Sustracción y retención de niños o adolescentes Omisión de denuncia	**270** 271 **272** 275
Estado civil	Omisión de registro de nacimiento	**273**

Breves notas sobre la culpabilidad en el anteproyecto de Código Penal venezolano

Carlos Enrique PINTO OTTATI[*]

SUMARIO:

Introducción

1. **Extensión.**
2. **Culpabilidad.**
3. **El problema venezolano.**
4. **El estado actual.**
5. **Culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad jurídico-penal.**

[*] **Universidad Católica Andrés Bello,** Abogado, Especialista en Ciencias Penales Criminológicas, Especialista en Derecho Mercantil, Mención Contratos y Mención Sociedades. **Universidad Central de Venezuela,** Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Profesor Contratado en la Cátedra de Derecho Penal Parte Especial. Abogado en Ejercicio

6. **El principio culpabilista y el libre albedrío**
7. **Alternativas: 7.1** *Sobre la antijuricidad*. **7.2** *En Referencia a la Imputabilidad*. **7.3** *El cambio del anteproyecto*
8. **El problema del dolo, la culpa y la preterintención: 8.1** *El Concepto Psicológico*. **8.2** *El Concepto Normativista*. **8.3** *Del anteproyecto*. 8.4 *Nuestra postura*.

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Debo, ante todo, agradecer la oportunidad que me ha brindado la Fundación Gaceta Forense del Tribunal Supremo de Justicia, por invitarme a participar en este destacado panel de autores, doctrinarios y juristas que han sumado esfuerzos a fin que el anteproyecto de Código Penal venezolano, presentado por el Dr. Alejandro Angulo Fontiveros y su equipo, constituya un valioso instrumento legislativo, destinado a regular, en base a una realidad más moderna y versátil, tanto los conceptos de orden lógico que sustentan la parte general, como una serie de conductas antijurídicas, propias del siglo pasado, como de la actualidad, las cuales, lamentablemente, no habían sido establecidas con criterio punitivo, así como formando parte de un único cuerpo normativo.

En este orden de ideas, esta exposición está destinada al estudio de "La Culpabilidad", incluida en el Capítulo III, del Título III, Libro Primero, del Anteproyecto de Código Penal, como elemento autónomo e indispensable en la consideración del delito en su espectro formal. De esta manera, comentaremos las diversas e innovadoras disposiciones que, si bien ya obedecían a consideraciones del campo doctrinal, llevan a una reforma legislativa, diametralmente distinta, al menos en lo concerniente a la figura del error.

Llegaremos a una serie de conclusiones que hacen pertinente la reforma o al menos una interpretación diferente de las disposiciones del anteproyecto en aspectos tales como el *"Error sobre derecho"*, antes de su discusión definitiva por la Asamblea Nacional. Creemos indispensable tales consideraciones, dado que la culpabilidad, como juicio de reproche, es uno de los elementos indispensables del delito en su aspecto

formal, en cuyo caso, de faltar éste, sería imposible considerar la aplicación del derecho al caso en particular. En otras palabras, trataremos de proporcionar una base de aplicación del tipo en particular, sobre la culpabilidad del agente en el caso en concreto.

1. EXTENSIÓN

Como corolario principal del presente estudio, debemos primeramente analizar dentro de qué parámetros se ha de estudiar la culpabilidad en el anteproyecto de Código Penal venezolano. De esta manera, el Capítulo II, del Título III, del Libro Primero, se dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

> ...**Artículo 50.- Culpabilidad.** Sólo se podrán imponer penas por conductas punibles realizadas con culpabilidad.
>
> **Artículo 51.- Formas de culpabilidad.** Nadie puede ser penado por una acción u omisión que la ley tipifica como delito si no es dolosa, preterintencional o culposa. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley...

Ante estas nuevas disposiciones, cabe la interrogante de cómo ha de interpretarse la culpabilidad, frente a la vieja presunción de dolo que establece el último aparte del artículo 61 del actual Código Penal Venezolano, cuya redacción data de 1873 antes del Código italiano de Zanardelli de 1889.

En este orden de ideas, si la culpabilidad se exige como presupuesto fundamental para la imposición de penas, en el nuevo anteproyecto de Código Penal venezolano, ¿Cómo debe igualmente interpretarse esa norma? ¿En base a un principio culpabilista que parte de un nexo meramente psicológico del autor, o en base a una concepción normativista de la culpabilidad, la cual muchos autores no dejan de insistir en su aplicación?

2. CULPABILIDAD

Afirma Fernández C. (*Derecho Penal Fundamental. Introducción al Derecho Penal*, 2ª edición, Volumen I, Santafé de Bogotá. Editorial Temis, S.A., 1995, p. 326), en su teoría del delito, que el reproche de la culpabilidad depende, obviamente, del contenido que se les haya dado previamente a los restantes elementos... "...todo el mundo sabe que el delito se estructura con una acción que consta de elementos objetivos y subjetivos, una calificación legal de esa acción (antijuricidad), y una calificación legal de su autor (culpable o reprochable), referida desde luego la total conducta a un modelo legal (típica)...".

No obstante, no estamos de acuerdo con la forma en la cual dicho autor emplea los términos para la definición de la estructura del delito, sí compartimos su punto de vista en señalar que no existe un acuerdo en la distribución de los elementos ontológicos (elementos finalistas, entiéndase componentes materiales y psicológicos de la acción), y de los axiológicos (tipicidad, antijuricidad y reprochabilidad) que han de regir al mismo.

Sin embargo, no seguimos el criterio por el autor expresado (*Op. Cit.* p. 326), en que a pesar la tendencia de la doctrina de la escuela finalista en Alemania, la tendencia actual es a volver a un análisis bipartito del delito, (entiéndase como parte del injusto y parte de la culpabilidad).

De hecho, creemos que lo que se ha llegado a mal interpretar, es la forma cómo la culpabilidad ha de ser incorporada, como elemento de reprochabilidad en una conducta igualmente típica y antijurídica del autor del delito. Ello resulta, de que no se puede tratar de mezclar, los principios que fundamentan la culpabilidad, sin pensar en las consecuencias que ello implica.

En efecto, si se ha de redactar una norma que regule la culpabilidad como juicio de reproche, se debe previamente establecer los principios, en base a los cuales dicha culpabilidad ha de ser reconocida en el texto normativo. Una vez hecho esto, es posible fijar cuál es la teoría que ha de prevalecer en la definición del delito, como un hecho social.

3. EL PROBLEMA VENEZOLANO

Todos los autores que se han dedicado a analizar el caso venezolano han tenido que lidiar, entre otros, con el problema de la presunción de dolo, establecida en el artículo 61 del vigente Código Penal venezolano, el cual prevé lo siguiente:

> ...Nadie puede ser castigado como reo de un delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.
>
> El que incurre en faltas, responde de su propia acción u omisión aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la Ley
>
> La acción u omisión **se presumirá voluntaria**, a no ser que conste lo contrario... (Negrillas nuestras).

La presunción de dolo surge del hecho que en Venezuela hemos tenido un código de orden estrictamente clasicista guiado por un determinismo positivista, basado ello en una sucesión de códigos extranjeros.

Tal como señalan Mendoza (s/f. *Curso de Derecho Penal Venezolano. Compendio de Parte Especial.* Tomos I y II. Caracas. Librería Destino, pág 121 y ss.), Chiossone (*Manual de Derecho Penal Venezolano.* Caracas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, pp. 29 y ss.) y Arteaga, (1989. *Derecho Penal Venezolano.* Parte General. (5ª edición). Caracas. Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela, pp. 35 y ss.), los trabajos de codificación penal comenzaron a darse desde 1830, año en el que se aprobó en Venezuela una Constitución, la cual proclamó la legalidad de los delitos y las penas, abolió las penas crueles, y suprimió el principio que las penas podían imponerse a la familia del culpable.

En tal virtud, el mismo año de 1830, el Congreso ordenó la creación de varias comisiones, entre ellas, una comisión para la redacción de un Código Penal, otra para un Código de Procedimiento Criminal y otra

para la creación de una Ley de Jurados. Lamentablemente de estas tres comisiones sólo fue presentado uno por Pedro Pablo Díaz, un proyecto para el establecimiento del Juicio por Jurados, en 1832.

Tras varios intentos infructuosos, por iniciativa del Congreso de 1853, se acordó auxiliar al Dr. Julián Viso para la redacción de los Códigos Penal y Civil, así como los referentes a sus respectivos procedimientos. De esta manera surge el **primer** Código Penal venezolano, inspirado en el Código Penal Español y aprobado en 1863. No obstante, como afirma Chiossone (*Op. Cit*.p. 30) "...esta obra, que habría sido notable en los anales de nuestro Derecho, no llegó a feliz término...". En efecto, dicho código tuvo una vigencia de cuatro (4) meses, tras un decreto del ocho (8) de agosto del mismo año, promulgado por el entones Presidente Juan Crisóstomo Falcón, declarando nulas y sin valor alguno las disposiciones promulgadas con posterioridad al quince (15) de marzo de 1858, haciendo volver al sistema de las viejas leyes penales españolas.

El **segundo** Código Penal venezolano, aprobado el diecisiete (17) de abril de 1873, tomó por modelo, básicamente el Código Penal español de 1850, según afirman Chiossone y Ochoa.

El **tercer** Código Penal venezolano, que básicamente es una copia del Código Penal italiano de Zanardelli, de 1889, fue aprobado en 1897, a solicitud del Congreso de 1895, cuya comisión redactora fue integrada por los doctores Cárdenas Delgado, Michelena, Feo, Dominici, Bruzual Serra, Febres Cordero y Zárrago.

El **cuarto** Código Penal venezolano, de 1904, fue sancionado bajo la presidencia del General Cipriano Castro. En dicho código no sólo se retomaron los conceptos del Código Penal español de 1850, sino que éstos se incorporaron al azar con disposiciones del código anterior a éste, resultando, particularmente, y a decir de Mendoza , (*Op. Cit.* p. 124), disposiciones contradictorias, especialmente en el Libro Primero.

El **quinto** Código Penal venezolano fue sancionado en 1912. En éste, si bien mejoró en mucho la redacción del mismo, quedaron ciertas antinomias, especialmente, en las disposiciones del Título II, Libro II (delitos contra el Derecho Internacional) y del Título I *eiusdem*.

El **sexto** Código Penal venezolano, de 1916, volvió a los lineamientos generales del Código de Zanardelli, de 1889, aunque con algunos aspectos de códigos españoles.

En el **séptimo** Código Penal venezolano, de 1964, se hicieron reformas tales como el aumento de las penas máximas a cumplir, y la incorporación de tipos penales absurdos como el llamado "secuestro por alarma" y especies delictuales adicionales de hurto calificado, hurto agravado y fraude, del Título X del Libro II.

Por último, está el **octavo** Código Penal venezolano, del año 2000, cuya reforma significativa fue la inclusión de tipos penales especiales por obstaculización de las vías públicas, y una incorporación muy especial en lo que respecta al artículo 181-A, correspondiente al tipo penal de desaparición forzada de personas, que a pesar de tener una redacción algo contradictoria, deriva, tanto de disposiciones de orden constitucional (artículos 19 y 45), como principios recogidos en instrumentos tales como la Convención para prevenir y 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, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en 1998.

El problema de la presunción de dolo surge básicamente en el Código Penal de tendencia española, sancionado en Venezuela en 1873. La disposición sobre el particular, vigente en el Código Penal español hasta hace poco, establecía que "...son delitos o faltas las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley..."; y luego, "...las acciones u omisiones penadas por la ley, se reputan voluntarias, a no ser que conste lo contrario...".

No obstante el propio Código de Zanardelli, de 1889 no preveía disposición semejante, no fue eliminada al momento de sancionarse el Código Penal venezolano, de 1897. En lo que respecta al Código Penal de 1915, en lo concerniente al encabezado del hoy artículo 61 (que proviene en su mayoría del Código Penal de Zanardelli), se cambió la palabra *voluntad*, por la de *intención*, la cual existe hasta nuestros días.

Aunque hay autores para lo cuales no existe una presunción de dolo en el artículo 61 del Código Penal venezolano, sino una simple *presunción de voluntariedad*, es necesario estimar que el pensamiento que dio origen a dicha horma se basa en el más puro matiz de la escuela Clásica del Derecho Penal.

Esta escuela, denominada según Gómez Grillo (1979. *Introducción a la Criminología "con especial referencia al medio venezolano"*. (3ª edición). Caracas. Librería Piñango , p. 99), tradicionalista o jurídica, parte de las ideas de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria (Cesare Beccaria), quien vivió en Italia, durante el siglo XVIII, desde 1738 hasta 1794, plasmadas en un pequeño manifiesto denominado "De los delitos y de las penas" (*dei delitti e delle pene*), publicado por primera vez en forma anónima en Liarna, en 1764.

No obstante, el pensamiento que dio origen al surgimiento de la obra de Beccaria, no se produjo en forma aislada. El mismo surgió, junto a otras publicaciones, como una crítica a la legislación penal imperante en Europa hasta ese instante. Una legislación penal que hundía sus raíces en el medioevo, que respondía a una concepción teocrática del poder, y cuya crisis política en la Europa del siglo XVIII había provocado la aplicación de penas infamantes, lo cual era contrario al pensamiento de la época, que tomaba al individuo y a la sociedad como base de su pensamiento filosófico, a los fines de la estructuración de un modelo nuevo de sociedad.

Ese movimiento, que tendía a la eliminación de todos los abusos de la tiránica "razón de Estado", fue denominado "Iluminismo". Al respecto, y con relación al libro de Beccaria, observan Berdugo y otros (1999, Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 2ª edición. Barcelona Editorial Praxis, S.A., pp. 78 y ss.) que "... es un libro crítico, que hoy sería incluido dentro del apartado de política criminal que concreta sistemáticamente todas las objeciones que el pensamiento ilustrado formulaba a la legislación penal del antiguo régimen...", e igualmente "...No se trata tampoco de una obra aislada, sino que en este marco histórico-político, Montesquieu, Marat y en especial Voltaire, en su

"Defensa de los oprimidos", también pusieron reparos al derecho penal de la época...".

Igualmente, no pueden dejarse de lado ideas como las de John Howard, nacido en Hacney (hoy arrabal londinense) en 1726. Éste llegó a ser prisionero de un corsario francés, y vivió el horror de las cárceles de su tiempo. Posteriormente en 1772 fue nombrado Sheriff del Condado de Bedford. En base a su nombramiento, procedió a visitar y criticar tanto las cárceles de Inglaterra como las de casi todos los países europeos, entre 1775 hasta 1790, año en el que muere en Kherson (Ucrania), el 20 de enero, tras haber contraído tifus exantemático en el medio carcelario por él habituado. De esta corta pero fructífera vida dedicada al examen de las cárceles, Howard publicó en 1777 "El Estado de las prisiones", (*The State of prisons*).

Es en base a los ideales de la Escuela Iluminista, vigentes en Italia, que surgieron los principios que dieron pie al "Liberalismo" de la Revolución Francesa, los cuales fueron proclamados en la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", en 1789, posteriormente consagrados en Francia, en los códigos penales de 1791 (inspirado en el *Contrato Social,* de **Rousseau** y en *La Enciclopedia*); de 1795 (inspirado en el de **Brumario** del año IV –más procesal que punitivo–) y por último, en el Gran Código napoleónico de 1810, que templa en gran parte la injusticia de las penas fijas.

Posteriormente un nuevo liberalismo surgió en la legislación penal francesa al extenderse a las circunstancias atenuantes, en 1824 y 1825. En tales condiciones es que el Liberalismo dio pie al Código italiano de 1889 (Código de Zanardelli), calificado Jiménez de Asúa como "la obra más perfecta de la Escuela Clásica, el fruto del brillante desenvolvimiento alcanzado en el siglo pasado por la ciencia penal italiana" (citado por Berdugo y otros, *Op. Cit.* p. 79).

Por otra parte, si bien se denomina "Clásica" a esta escuela del Derecho Penal, fue Enrique **Ferri**, (s/f. *Sociología Criminal.* Nueva Bibliotea Universal. Sección Jurídica. Tomo I. Madrid, Centro Editorial de Cóngora, pp. 4 y ss.), un positivista, quien adjudicó un sentido peyorati-

vo, despectivo, al término, no para con ello designar lo consagrado o lo ilustre, sino todo lo contrario, para significar lo viejo, lo caduco. Con ello Ferri, perseguía, como en efecto así lo quiso, englobar a todos los autores que con anterioridad a la época del surgimiento del positivismo criminológico (entiéndase Lombroso, Ferri y Garófalo), se habían ocupado de los problemas jurídicos penales. Esta postura, según afirma Berdugo, (*Op. Cit.* p. 80) olvidaba que antes del positivismo habían sido ya varias las direcciones doctrinales que, defendiendo incluso posiciones opuestas, se habían ocupado del delito. De hecho, en la Escuela Clásica hay muchas variedades; así, por ejemplo, entre la teoría de la retribución y la prevención, no hubo en su época similitud alguna. Pero cuando el positivismo concibió al hombre y al delito como objeto natural de la indagación, las muy diversas escuelas que existían pudieron ser unificadas por contraste.

La escuela "Clásica", sostenida entre otros por autores como Carrara, Romagnossi, Filangieri, Rossi, Ellero y Pessina, parte de la noción en abstracto que existe sanción, pena o castigo, porque existe delito. A tal evento, Carrara (1997, Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen III. *Derecho Penal*. México D.F. Editorial Mexicana, p. 64), sostiene en su obra que "...el fundamento del Derecho Penal es la tutela jurídica. Es un desenvolvimiento necesario de esta idea, que cuando no existe violación de derechos, la espada de la justicia no puede descargar sus golpes..."

El delito, en otras palabras, no lo constituiría propiamente una acción humana, sino una infracción: la contradicción entre la acción humana y la ley. La misión de los legisladores consistía en formar las reglas constitutivas de los delitos, como entes jurídicos abstractos, creados por la razón y los principios del derecho natural, a fin de mantener un orden moral, divino y jurídico, castigando las acciones antijurídicas que ofendieran a cada uno de los miembros de una sociedad. En tal sentido, Carrara, comentado por Mendoza, señala que el delito "...es la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, **moralmente imputable y políticamente dañoso**..." (s/f. *Curso de Derecho Penal Venezolano. Compendio de Parte Especial.* (Tomos I y II). Caracas. Librería Destino, pp. 314 y sigts.).

En este orden de ideas, para la postura de la escuela "Clásica" del Derecho Penal, el delito surge bajo una idea abstracta que deriva de la capacidad de adaptar determinada acción humana al contenido de la norma. No se toma en cuenta, para nada, al delincuente, sino al postulado de la norma aplicable, en razón al acto cometido por el agente, con la justificación de defender un bien moralmente superior, cual es la paz y seguridad de los ciudadanos, usando como instrumento de persuasión la aplicación de una pena con efecto intimidante. En consecuencia, el delito se considera como una entidad aislada, sin tomar en cuenta el aspecto fisiológico, individual o social del delincuente. No cuenta su posibilidad de resocialización o readaptación a la sociedad. Por último, su método de investigación es puramente objetivo, lo cual se concreta deductivo, silogístico y lógico-abstracto.

En virtud de lo anterior, para ser responsable de un hecho (entiéndase objetivamente), conforme a los postulados de la Escuela Clásica, y en consecuencia, conforme al pensamiento que dio origen a la norma del artículo 61 del vigente Código Penal venezolano, se requiere voluntad capaz y consciente del autor para cometer el hecho, así como la facultad de distinguir entre el bien y el mal. Ello determina a su vez una responsabilidad de orden moral, en base a la cual, el hecho cometido **se presume siempre voluntario**, y sólo se justifica en determinados casos, como cuando el agente obedece a una autoridad superior, cuando no puede resistir a una fuerza insuperable o cuando no ha podido determinarse libremente a ejecutar el resultado.

4. EL ESTADO ACTUAL

Si bien es cierto que en la doctrina se ha superado, con creces, la noción de la Escuela Clásica, en virtud que peca de ser en exceso abstracta, partir de un método de investigación altamente objetivo-deductivo y atribuir a la pena efectos intimidantes, no es menos cierto que se ha querido resolver, con postulados de orden netamente positivista (contrarios, por tanto a la Escuela Clásica), problemas del Código Penal venezolano vigente, para los cuales es necesario atender a una noción moderna y diferente de la culpabilidad.

De esta manera, cabe nuevamente la pregunta ¿Cómo resuelve el problema de la culpabilidad el Anteproyecto de Código Penal venezolano? ¿Cómo debe de interpretarse el artículo 51 antes mencionado?

5. CULPABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL

Según afirma Roxin, C. (1997, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura General del Delito*. Tomo I. Madrid, Ediciones Civitas, C.A., pp. 791 y ss.), la responsabilidad designa tras la antijuricidad una valoración ulterior, que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Así, mientras que con el predicado de la antijuricidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva que el mismo infringe el orden del deber ser jurídico penal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto, de manera que quien cumpla con los parámetros que le hacen aparecer como responsable de una acción típicamente antijurídica, se hará a acreedor, a una pena, obedeciendo para ello los parámetros impuestos por el Derecho Penal.

6. EL PRINCIPIO CULPABILISTA Y EL LIBRE ALBEDRÍO

En referencia al principio culpabilista, el artículo 4 del anteproyecto de Código Penal venezolano, indica lo siguiente:

> ...**Principio de culpabilidad.** No hay delito ni pena sin culpabilidad.
>
> Nadie podrá ser castigado por un hecho tipificado en la ley como delito si no es imputable y culpable. La excepción a este principio la constituyen las personas jurídicas, pues siempre responderán por el eventual daño causado y a título de responsabilidad penal objetiva....

Entre los fundamentos antropológicos de la teoría de la culpabilidad, Jescheck (1978. *Tratado de Derecho Penal*. Volumen Primero. Bar-

celona, Bosch, pág.s 36 y ss.), menciona al principio de la culpabilidad como un postulado supremo de Política Criminal, vigente en Alemania, ya que la pena sólo puede fundarse en la constatación de que cabe formular al autor un reproche por la formación de voluntad que le condujo a decidir el hecho, y nunca puede ser más grave de lo que el autor *merezca* según su culpabilidad.

No obstante, señala el referido autor que el principio de culpabilidad presupone lógicamente la libertad de decisión del hombre (libre albedrío), pues sólo si existe la capacidad de actuar de otra forma, podrá hacerse responsable al autor de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar sus impulsos criminales.

Frente esto, existen negadores de la libertad de voluntad, entre ellos Von Liszt y Wegner, quienes proponían el dogma del *indeterminismo incondicionado*, según el cual, el hombre podría seguir, tanto la voz de la conciencia, como la de la tentación y así determinar, en base a su libre decisión, su mérito y culpabilidad.

De ahí que la principal problemática antropológica del principio de la culpabilidad, se basa en la admisión de la *libertad de voluntad* como presupuesto lógico de aquélla. Por su parte, contra las teorías que sostienen el *indeterminismo incondicionado* de la culpabilidad del agente, se alega, entre otros por Roxin (*Op. Cit.* p. 799), que ni siquiera en las leyes naturales rige una ley de causalidad exenta de un cierto margen de libertad.

Igualmente, Jeschek (*Op. Cit.* p. 563 y ss.) alega a favor del libre albedrío, que la determinabilidad de la actuación del hombre descansa en la capacidad de controlar los impulsos que sobre él inciden, y de dirigir su decisión según contenidos del sentido, valores y normas, ya que lo que lo distingue de los demás seres vivos es que su comportamiento se ajusta a un sentido conferido por él mismo, en tanto que el animal permanece encerrado por el mecanismo de su mundo instintivo.

Por su parte, Roxin, (*Op. Cit.* pp. 792 y 807) indica que hay que entender la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa. Es decir, que la culpabilidad de un sujeto existe,

según dicho autor, en la medida en que el mismo estaba disponible para el momento del hecho y la llamada de la norma, según su estado mental y anímico, en base a los siguientes supuestos: **a)** cuando aún le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma"; y **b)** cuando la posibilidad (ya sea libre o determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones, existía en el caso en concreto. Alega dicho autor que no es una hipótesis indemostrable, sino que se trata de un fenómeno científico de orden netamente empírico.

De esta manera, cuando existe asequibilidad normativa, se parte, sin poder pretender probarlo en el sentido del libre albedrío, de la idea que el sujeto posee también la capacidad de comportarse conforme a la norma, y que se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta, en principio psíquicamente asequibles para él.

En tal sentido Baurmann, (1980, Zweckrationalität und Achtrafect", p. 255 y 238) citado por Roxin (*Op. Cit.* p. 812) considera a "...la dependencia de las medidas jurídico-criminales de la asequibilidad normativa, sólo una exigencia de política jurídica...", además de que "...aboga por un derecho de las medidas referido al hecho, en el que la función de protección del principio de culpabilidad se cumpliría a través de los criterios de "dañosidad social" y "motivabilidad"...". Al respecto, Kargl, (1982, p. 246; acerca de, *Cfr.* Zeelmann ZStW 102 ,1990, 879) citado por Roxin (*Op. Cit.* p. 812) opina que la asequbilidad, conforme a aquél, simplemente se supone, de modo que el "como si hubiera libertad" "...coincidiría con un no menos ficticio 'como si hubiera motivabilidad'...", lo cual a juicio de Roxin constituye un contrasentido, si se trata de constatar la asequibilidad normativa de un modo empíricamente controlable.

De esta forma, según los artículos 50 y 51 del anteproyecto de Código Penal venezolano entendemos que la óptica del principio culpabilista, encuentra un fundamento de la pena a nivel preventivo-social. No obstante, existen autores que creen en el derecho penal de las medidas de seguridad y no en el de las penas corporales, asumimos que dicha culpabilidad, rige, en tanto y en cuanto el agente del hecho tenga una serie de características mínimas suficientes de conducta que condicionen su

comportamiento al nivel ético-social promedio que rige el libre albedrío. Ahora bien, no obstante que el libre albedrío constituye un postulado de orden constitucional, creemos que existe un libre albedrío mínimo requerido para fundamentar la culpabilidad del sujeto, en tanto y en cuanto ésta (la culpabilidad) se constituya bajo un dominio suficiente del autor para entender que la conducta por él realizada es reprochable.

No se trata de una cuestión de simples tentaciones, sino de facultades psíquicas, éticas y morales, que permitan a su vez dar a entender al autor de un hecho, que en el ejercicio de su libre albedrío, su conducta es reprochable.

7. ALTERNATIVAS

Para adoptar respuestas sobre el caso, se hace necesario resolver, si el anteproyecto del Código Penal venezolano, opta por una noción de culpabilidad altamente relacionada con el problema de la antijuricidad o si por el contrario, maneja la culpabilidad bajo la óptica del nexo psiconormativo de conducta del agente.

7.1 *SOBRE LA ANTIJURICIDAD*

Para Welzel, H. (1980. *Derecho Penal alemán. Parte General.* (11ª edición). Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas del Sur. Pág. 197 y ss.) el problema de la culpabilidad surge, en primer término, en saber qué autor puede ser responsabilizado por su conducta antijurídica. Para ello, alude en que se debe de entender el concepto de autor en sentido amplio, es decir, en el sentido que comprende toda clase de participación dolosa (incluso autor, instigador y cómplice) así como al autor culposo. En otras palabras, para Welzel, la responsabilidad por las acciones antijurídicas es la culpabilidad.

Además de las dificultades y contradicciones que surgen de tales acepciones, expresa igualmente Welzel, que (*Op. Cit.* p. 197) "...si bien la antijuricidad es una relación entre la acción y el ordenamiento jurídico que expresa la disconformidad de la primera con la segunda..."; "...la culpabilidad por otro lado, no se agota en esa relación de disconformidad entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamen-

ta el reproche personal del autor, en el sentido de que no omitió la acción del autor aun cuando podía omitirla...". Señala igualmente, (*Op. Cit.* p. 201) que "...el objeto primario del reproche de la culpabilidad es la voluntad...". En base a tales conceptos, es que Welzel concluye que los presupuestos existenciales y esenciales de la reprochabilidad son los siguientes:

> 1. Que el autor es capaz, atendidas a sus fuerzas síquicas, de motivarse de a cuerdo a la norma (los presupuestos "existenciales" de la reprochabilidad: la "imputabilidad").
>
> 2. Que él (el autor) está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuricidad de su propósito concreto (los presupuestos "especiales" de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto).

De ahí que algunos autores como Grisanti H. (1991. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (3ª Edición). Caracas. Editorial Mobil-Libros, p. 11) y el autor mexicano Carlos Francisco Sodi, referido igualmente por aquél (1991, *Op. Cit.* p. 12) acepten, de manera no inesperada, que a la imputabilidad se le denomina también *capacidad de culpabilidad*, y que entre sus aspectos "negativos" (causas de inculpabilidad), se encuentran el error de hecho que, cuando es esencial e invencible, excluye el dolo y la culpa, y que cuando es esencial y vencible excluye el dolo y deja subsistente la culpa, si el tipo en específico prevé la hipótesis culposa. Igualmente, como parte de las causas de inculpabilidad en que se basa el error, incluyen la obediencia jerárquica u obediencia legítima y debida, y las eximentes putativas.

Con un contenido materialmente distinto ha definido Jescheck (1981, *Op. Cit.* p. 588 y ss.) la capacidad de culpabilidad. El mismo refiere dicha institución como el primero de los elementos sobre los cuales reposa el juicio de culpabilidad (hecho antijurídico en relación con la actitud interna jurídicamente desaprobada que se actualiza en aquél). Dicha capacidad debe de concurrir para que la falta de actitud jurídica que nace de la decisión del hecho pueda aparecer como digna de censura, ya que únicamente quien ha alcanzado una determinada edad y no sufre

de graves perturbaciones psíquicas, posee el mínimo de capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico requiere para la capacidad jurídico-penal.

No obstante el mismo Jescheck, señala: "...la designación usual de "imputabilidad" enlaza con la imputación subjetiva en el sentido de la doctrina jurídico-penal del siglo XIX. Imputabilidad significaba entonces que ningún obstáculo se oponía a la imputación subjetiva. La expresión abarcaba así, también la ausencia de error y coacción (*Cfr.* Berner Imputationslehre, p. 52)...".

7.2 *EN REFERENCIA A LA IMPUTABILIDAD*

En cuanto a la imputabilidad, autores como Frías C. (1993. *Imputabilidad Penal (Capacidad Personal de Reprochabilidad Etico-Social).* Caracas. Livrosca, pág. 201) señalan que ésta consiste en una serie de cualidades personales, que crean un estado psicológico-espitritual suficiente para convertir al sujeto en autor apropiado para la imputación jurídico-penal, y por ende, apropiado para la reprochabilidad y la pena. Señala que dichas cualidades se condicionan, **de manera positiva**, por:

> a) Un desarrollo mental suficiente;
>
> b) Una conciencia lúcida, exenta de perturbaciones profundas; y
>
> c) Un psiquismo exento de alteraciones graves. De tales presupuestos ha de derivar la aptitud o capacidad para comprender la antijuricidad del hecho y para actuar conforme a dicha comprensión....

No obstante respetamos el hecho que la imputabilidad sea considerada por algunos autores como "capacidad de reproche" o capacidad de reprochabilidad "ético social", debemos destacar que a nuestro juicio, tal acepción obedece a una noción ajena al principio de culpabilidad del autor.

En efecto, nadie duda que la culpabilidad es el juicio de reproche que surge de la acción de un sujeto frente al acto que realiza. Pero ello es muy diferente a considerar la culpabilidad, sea en su totalidad, sea como parte de ella, al elemento de la imputabilidad.

La imputabilidad, se entiende como un conjunto de condiciones y características personales que fundamentan el que alguien pueda estar en uso de sus facultades mentales al momento de realizar un hecho. Ello, es muy distinto a la culpabilidad, entendida ésta como el conocimiento personal que tiene el autor de un determinado hecho, que el acto por él realizado es o no reprochable.

A título de ejemplo, una persona que vive y se desenvuelve en las colonias indígenas, entre cuyos miembros no existe un concepto ciertamente desarrollado de la propiedad privada, no se halla en posibilidad concreta de expresar de súbito, si existe un allanamiento o no de morada, al ocupar *por motu propio* una tierra ajena, precisamente, porque no se ha forjado un juicio de reprochabilidad sobre la conducta que realiza. Ahora bien, ello no implica necesariamente que la misma persona no tenga capacidad de raciocinio, o psiquis suficiente, sino sólo que no ha sido posible forjarse un juicio de reproche acerca de su conducta.

Igual situación podría suscitarse con alguien que a pesar de tener capacidad de raciocinio suficiente, vive en el extranjero y predica una religión en la cual está legalmente permitida la bigamia. Al llegar a Venezuela y contraer matrimonio por más de una vez, estaría, siendo plenamente capaz y consciente de sus actos, realizando un hecho para el cual la Ley Penal atribuye una sanción, a título de acusación privada, pero sanción penal al fín.

El hecho de considerar a la imputabilidad como “capacidad” (sic.) de culpabilidad, tiene sentido, en un sistema legislativo, en el cual el “error sobre el derecho” o el “error de prohibición”, no son permitidos. De hecho Grisanti H. (1996. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (9ª edición revisada). Caracas. Vadell-Hermanos Editores. p. 215) al comentar sobre el error de derecho en Venezuela, alega que el mismo no es procedente en virtud de la disposición del artículo 60 del

vigente Código Penal venezolano que indica que *la* ignorancia de la ley no excusa de ningún delito o falta. Refiere dicho autor que el fundamento de dicha norma es muy sencillo: "...si el error de derecho o ignorancia de la ley que tipifica un delito determinado funcionase como causa de inculpabilidad, y por ende, como eximente de responsabilidad penal, todos los delincuentes, sistemáticamente, la invocarían, para así quedar exentos de responsabilidad penal, alegando el error de derecho o ignorancia de la ley, es decir, cometerían delitos y dirían que ellos ignoraban la ley y, por tanto no sabían que determinado hecho era delictivo y penalmente castigado ...".

Lamentamos no compartir el criterio del mencionado autor, pero debemos necesariamente concluir que tal aseveración parte de un criterio lógico-deductivo, propio de las escuelas clásicas, o siendo optimistas, de un determinismo netamente positivista. De hecho, pudiera incluso deducirse que se parte, única y exclusivamente, del supuesto previsto en la norma. Supongamos por un momento que un ciudadano alemán (por citar un ejemplo), llegue a Venezuela e instale una venta de productos alimenticios, sin cumplir con las reglamentaciones impuestas por el Instituto Nacional de Protección al Consumidor y al Usuario; que en virtud de ello sea detenido y que se le impute la comisión de ciertos ilícitos previstos en la ley que rige la materia. Por otro lado, supongamos el caso de personas extranjeras que ingresan a Venezuela para realizar turismo en la República, quienes emiten cheques postdatados, sin fondos, sin la menor conciencia que su conducta pudiera considerarse reprochable, es decir, que constituya delito conforme al artículo 494 del Código de Comercio. ¿Se debería en estos casos, en base a los principios de territorialidad de la ley penal, legalidad, nacionalidad, personalidad, real defensa y protección a los intereses del Estado, eximir a los autores de cualquier error o excusa por desconocimiento de la ley, aplicándoseles penas por hechos sobre los cuales no guardan juicio alguno de reprochabilidad sobre su conducta?

7.3 *EL CAMBIO DEL ANTEPROYECTO*

Creemos que toda interpretación sobre las ideas antes expuestas debe cambiar, entre otras consideraciones, porque los principios que motivan

dicho cambio se hayan incorporados en el artículo 57 del anteproyecto del Código Penal, el cual prevé lo siguiente:

> ...**Error sobre Derecho.** Quien yerre porque crea que su conducta delictuosa es lícita, ya sea porque ignore la disposición legal que prohíbe tal conducta; o ya porque crea que lo ampara una causa de justificación; actúa por un invencible error de derecho que no le permite saber que su conducta está prohibida por la ley penal y así haya cometido una acción tipificada como delito, no será penalmente responsable. Si el error fuera vencible se castigará el delito con la atenuación que corresponda a las circunstancias del autor y de su conducta. Si el error fuera craso, el agente será plenamente responsable del delito perpetrado...

Como señalaremos con mayor detenimiento, esta disposición, no obstante trata de incorporar conceptos modernos del derecho penal, mezcla elementos de la antijuricidad, por un lado, y de culpabilidad por el otro, lo cual contrasta con la disposición del artículo 51 *eiusdem.*

8. EL PROBLEMA DEL DOLO, LA CULPA Y LA PRETERINTENCIÓN

Si la culpabilidad reside en el juicio de reproche del autor, acerca del hecho que constituye la infracción. ¿Por qué el anteproyecto del Código Penal venezolano, en su artículo 51 señala al dolo, la culpa y la preterintención como formas de culpabilidad? ¿Debemos inclinarnos por la culpabilidad en el sentido de reproche, o como un nexo psiconormativo que necesariamente ha de existir entre el autor y su conducta? En todo caso, ¿Es correcto entrar a definir en forma aislada el dolo, la culpa y la preterintención?

Siguiendo entre otros autores a Jakobs G. (1995. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la impunidad.* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., pp. 568 y ss.), existen fundamentalmente dos conceptos de culpabilidad: un concepto de orden psicológico y otro de orden normativo.

8.1 *EL CONCEPTO PSICOLÓGICO*

Sobre el particular, se indica que la separación del aspecto externo (injusto), con respecto al aspecto interno (culpabilidad) en el sistema de Von Liszt, Beling y Radbruch, da lugar al concepto psicológico de la culpabilidad: los hechos psíquicos de la vertiente interna, se basan, según la concepción imperante a la sazón, a cuyo evento, sólo el dolo y la imprudencia constituyen la culpabilidad. Señala Jakobs, que esta concepción surgió de una consideración de orden naturalístico, así como del afán o interés en expulsar valoraciones imprecisas fuera del concepto de culpabilidad y sujetar ésta a datos verificables con cierta seguridad.

Sin embargo, se ha señalado, en forma casi unánime, que dicha concepción no es sostenible, entre otros motivos, porque no proporciona indicación alguna sobre qué hechos psíquicos han de ser relevantes para la culpabilidad, así como tampoco alcanza a fundamentar la relevancia del dolo y de la imprudencia.

8.2 *EL CONCEPTO NORMATIVISTA*

Tal como asientan Roxin (1997, *Op. Cit.* p. 798), y Jeschek (1981, *Op. Cit.*pags. 577 y 578) la crítica a la teoría psicológica de la culpabilidad ha rendido frutos, tanto que, en forma histórica, ha habido casos en que la ley disculpó al autor, incluso cuando existía dolo e imprudencia. Es decir, según la concepción moderna y según la concepción antigua, siempre que concurran causas de exculpación.

Al respecto, Frank, citado por Jakobs (*Op. Cit.* pp. 569 y ss.), presenta la crítica a la teoría psicológica de la siguiente manera: "... y es que si el concepto de culpabilidad se reduce a la suma de dolo e imprudencia, y éstos consisten sólo en la realización consciente o descuidada del resultado, no se explica cómo se podría excluir la culpabilidad, mediante el estado de necesidad (disculpante). Pues también el autor que obra en estado de necesidad (disculpante) sabe lo que está haciendo...".

De esta manera, para Frank, *en la culpabilidad, el dolo y la imprudencia, importan sólo indirectamente.* En consecuencia, la culpabilidad **será re-**

prochabilidad por de pronto, en hechos –en parte estandarizados–: constitución psíquica normal, más relaciones psíquicas con el hecho, más configuración normal de las circunstancias en que el autor actúa. Sin embargo, el problema de considerar la teoría normativista de la culpabilidad en la fórmula elaborada por Frank, reside en que ésta no es más que una ampliación de la relación indicada por Radbruch (*vid.* Jakobs. *Op. cit.* p. 568 y 570) en su teoría psicológica, entre hecho y desaprobación jurídica, lo cual Radbruch denomina "...actitud antisocial..." y Frank, "...reprochabilidad..."; con la diferencia que Frank la limita a dolo e imprudencia.

Por su parte, Hegler, según Jakobs (*Op. Cit.* p. 570), indica que la concepción normativista de la culpabilidad es posible, siempre y cuando se determine que el autor ha sido *dueño* de su hecho, y de éste en sus características propias, según sus cualidades *jurídicamente significativas*. Dominio que debe ser traducido, siempre como conocimiento material de lo injusto, el cual, unido a la imputabilidad y a la falta de causas de exculpación será presupuesto necesario de la pena.

La concepción normativista experimentó una ulterior modificación a través de la doctrina finalista de la acción expresada en autores como E. Wolf (*vid.* Jescheck, *Op. Cit.* p. 579) y Welzel (*Op. Cit.* p. 199 y 200). Para esta postura, la problemática de la relación entre la culpabilidad y la evitabilidad (dolo e imprudencia) se resuelve considerando al dolo y a la imprudencia como objetos de una valoración, frente a lo cual, en la culpabilidad importa la valoración de tales objetos. Citan por ejemplo el robo, en cuyo caso, según la solución finalista, la culpabilidad es simplemente la valoración (también) del dolo de robar como jurídicamente disvalioso. En otras palabras, el dolo de robar, por sí mismo, no es culpabilidad, sino objeto de valoración.

Frente a tal consideración, se ha alegado que la solución finalista lleva a una desnaturalización del concepto de culpabilidad o a "dejarlo vacío", afectandoeésta crítica no a lo normativo de la culpabilidad, pero sólo a su excesiva relevancia. Al respecto señala Jakobs, (*Op. Cit.* p. 573) que:

> ...en la teoría del delito no se trata –por expresarlo gráficamente– de unos cajones apilados en los que pueden desapare-

> cer objetos sin consideración al contenido de los demás cajones, sino de la ordenación de dichos objetos hacia un fin, es decir, de la determinación de los presupuestos de la pena. Por eso, los objetos (p. ej. dolo e impudencia) integrados en los escalones iniciales del delito (p. ej. del tipo) no se pierden para los escalones posteriores (p. ej. culpabilidad), sino que más bien, el saldo delictivo situado en un escalón más profundo (más alejado del fin) del concepto de delito, vuelve a aparecer en el escalón más alto (más próximo al fin)...

No obstante respetamos las ideas de la teoría normativista finalista, acerca que el dolo y la culpa son objetos de valoración y no elementos de culpabilidad, compartimos la crítica de Roxin (*Op. Cit.* p. 797) sobre el particular, quien asienta que la eliminación del dolo de la culpabilidad y su adscripción al tipo de la responsabilidad es absolutamente errónea, ya que, de la misma manera que se debe distinguir entre supuesto de hecho del injusto y juicio del injusto, (en el que el injusto representa el objeto de la valoración junto con su predicado de valor), se debe diferenciar entre supuesto de hecho de la responsabilidad y juicio de responsabilidad, y concebir la acción responsable, como unidad de la valoración y lo valorado.

Refiriéndose a Kaufmann (1976, p. 182), Roxin (*Op. Cit.* p. 797) indica que al supuesto de la responsabilidad de hecho pertenecen todas las circunstancias que más allá del injusto son determinantes para la responsabilidad. Éstos son elementos en parte subjetivos y en parte objetivos, como la constitución psíquica del sujeto, su conocimiento real o potencial de la antijuricidad y la ausencia de situaciones exculpatorias. "...Al supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido amplio pertenece también el injusto típico, ya que al sujeto se le hace responsable por el conjunto del hecho. Todos los elementos del injusto son por tanto de manera mediata, también criterios de la culpabilidad y de la responsabilidad. La cuestión de si se ubica el dolo en el tipo o en la culpabilidad, determina por tanto únicamente si el mismo pertenece al supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido estricto..."

8.3 *DEL ANTEPROYECTO*

Ahora bien, el anteproyecto del Código Penal venezolano, indica que las formas de culpabilidad son el dolo, la culpa y la preterintención. Sobre tales entidades, el mismo prevé lo siguiente:

> ...**Artículo 52.- Dolo.** El delito es doloso cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.
>
> Habrá dolo eventual cuando el agente se representa como probable la consecuencia de su ejecutoria pero continúa procediendo igual.
>
> **Artículo 53.- Preterintención.** El delito es preterintencional cuando de la acción u omisión se derive un resultado más grave del que quiso producir el agente, siempre que éste hubiera podido prever tal resultado.
>
> Los delitos preterintencionales sólo son punibles en los casos determinados expresamente en la ley.
>
> **Artículo 54.- Culpa.** El delito es culposo cuando el resultado, aunque haya sido previsto, no ha sido querido por el agente y se produce a causa de imprudencia, negligencia o impericia.
>
> Los delitos culposos sólo son punibles en los casos expresamente determinados en la ley...

Señala Fernández C. (1995. *Derecho Penal Fundamental. Teoría General del Delito y Punibilidad.* (2ª edición Volumen II). Santafé de Bogotá. Editorial Temis, S.A., p. 255), que "...si se entiende por culpabilidad, en el sentido del tipo subjetivo y no en el de juicio de reproche- el nexo psico-normativo que necesariamente ha de existir entre el autor y su conducta, vemos que aquélla puede asumir las formas de dolo, culpa y preterintención...".

Refiere igualmente que ".. es claro que el nexo-psico normativo entre la conducta y su ejecutor no puede revestir, en el derecho penal, formas distintas de las del dolo, la culpa o la preterintención, por lo que éstas deben extenderse necesariamente a los inimputables. "...Nadie pretenderá que tales formas de culpabilidad, encargadas de realizar y garantizar los alcances del principio de culpabilidad en materia de medidas de seguridad, sean idénticas en imputables e inimputables, pues en los primeros obra, o así en los últimos, la conciencia de la ilicitud como elemento esencial...".

Por su parte, al criticar el concepto normativo de culpabilidad Fernández C. (*Op. Cit.* p. 255 y 256) indica "...si se aplica el concepto de culpabilidad tradicional o normativo en forma muy literal y estricta a los inimputables, el resultado es que éstos actúen sin ella. Lo grave que este planteamiento abriga es que, de un lado, conduce a la responsabilidad objetiva, y del otro autoriza el tratamiento de los inimputables como objetos al desposeerlos de la protección que otorga el principio de culpabilidad, que justamente se asienta sobre los límites del poder punitivo en cuanto toca con la dignidad del hombre como persona...".

8.4 *NUESTRA POSTURA*

No creemos, por contraposición a lo señalado por Fernández (*Op. Cit.* p. 256), que la postura normativista de la culpabilidad, en cuanto a juicio de reproche se refiere, cause una desprotección de los inimputables, bajo el contexto del Anteproyecto de Código Penal venezolano, ya que en su artículo 4 prevé que para ser castigado como reo de un delito **se requiere ser imputable y culpable**, **con la sola excepción de las personas jurídicas, quienes serán responsables a título de responsabilidad penal objetiva**.

Creemos procedente dicha excepción, dado la eterna discusión existente en materia de voluntariedad de los actos ejecutados por personas jurídicas, que como bien se sabe, son ficciones jurídicas creadas para la ejecución de los actos destinados por sus estatutos o actas constitutivas. De hecho el propio Roxin, (*Op. Cit.* p. 258) indica que "...tampoco son acciones conforme al Derecho Penal alemán los actos de personas

jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual , no pueden manifestarse por sí mismas. Sólo órganos humanos pueden actuar con eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquéllos y no a la persona jurídica...".

Al respecto Modollel, J. (2001. *Bases Fundamentales de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Caracas. Livrosca, p. 91) al indagar sobre las bases de la imputación objetiva en la teoría del delito, expone lo siguiente: "...por último, quiero señalar que una 'hipertrofia' del concepto de imputación en la teoría del delito pudiera conducir a la eliminación de las estructuras ontológicas del Derecho Penal (como la acción y la causalidad) pudiendo admitirse la existencia de un concepto de acción propio del Derecho Penal...", "...desde este punto de vista no habría razón alguna, por ejemplo para desechar la existencia de una responsabilidad penal de la persona jurídica: si la acción es todo aquello designado como tal por el Derecho Penal, éste pudiera sin problema alguno calificar de acción a las actividades de las personas jurídicas...". La tesis de Modolell cobra sentido si se toma en cuenta que parte, en gran medida, de la crítica que de la concepción de Derecho hace Zaffaroni, en sus libros, *La crítica sociológica al Derecho Penal y el porvenir de la dogmática jurídica* y *Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal*, cit, págs. 36 y 37.

Para Zaffaroni, existe una teoría de las estructuras lógico-reales, que afirma que "...el Derecho cuando se refiere a cualquier ente, debe reconocer y respetar el orden del mundo en el que se está inserto y que tal reconocimiento, como todo conocimiento, no altera al ente que se conoce....". Tal como lo describe Modollel en su obra (*Op. Cit.* p. 106), de seguirse los argumentos de Zaffaroni hasta sus últimas consecuencias, "...se llegaría a la conclusión que el derecho nunca pudiera crear ficciones, como se hace en el Derecho Civil (*Vgr.* El concepto de persona jurídica). Sin embargo, dicho autor no explica por qué el derecho penal no puede acudir a las ficciones para conseguir sus fines, lo cual sólo puede entenderse haciendo referencia a un concepto de valor que debe estar más allá de la simple mención a la ontología, aunque considero que no es necesario aludir a un 'supraprincipio', para fundamentar la referencia a las estructuras lógico-objetivas..." ... "pudiendo valerse para ello de una decisión valorativa de menor alcance...".

La conclusión a la que podemos llegar, más allá que se evidencie de su redacción en el texto normativo, es que el anteproyecto de Código Penal adopta una concepción normativista de la culpabilidad, pero en base a un criterio tradicional, no en relación a su sentido finalista. De hecho, al prever el artículo 51 que "nadie puede ser penado por una acción u omisión que la ley tipifica como delito si no es dolosa, preterintencional o culposa", no hace sino reafirmar que la culpabilidad del autor está en base a la reprochabilidad de su comportamiento. Sin embargo, creemos que pueden ser sumados a este concepto las consideraciones de Goldschmidt, citado por Jakobs. (*Op. Cit.* p. 570), quien propone situar junto al hecho psíquico del dolo y la imprudencia, un elemento normativo de la culpabilidad, cual es *la contrariedad al deber*, la cual consistiría en una infracción de una *norma de deber,* y decaería en caso de exculpación, análogamente a cuando sucede en la situación justificante.

CONCLUSIONES

Se ha tratado, en base al presente trabajo, realizar una especie de guía que pueda contribuir con todos nuestros colegas a interpretar, de manera correcta el sentido de la culpabilidad que recoge el nuevo anteproyecto de Código Penal venezolano, a cuyo evento, debemos de esbozar las siguientes conclusiones:

1) La historia ha enseñado que a pesar de las más de siete reformas que ha tenido el Código Penal venezolano, no se ha podido borrar el matiz clasicista del que parte su redacción, así como el determinismo positivista que el mismo refiere, principalmente, en lo atinente a la presunción de dolo, que parte del artículo 61 del Código Penal venezolano aún vigente, cuya historia se remonta al siglo XIX.

2) No obstante, el nuevo anteproyecto de Código Penal venezolano, parte del principio de culpabilidad, en base al cual, nadie puede ser castigado como reo de un delito sino es **imputable y culpable**. Para ser imputable de conformidad con el artículo 51 *eiusdem* se requiere haber obrado mediante dolo, imprudencia o negligencia.

3) El principio de orden culpabilista no debe de ser entendido en base antropológica como un formato ilimitado de libre albedrío. El libre albedrío debe ser el mínimo requerido para fundamentar la culpabilidad del sujeto, en tanto y en cuanto ésta posea el dominio suficiente para entender que la conducta por él realizada es reprochable. Se trata de que el sujeto posea facultades psíquicas, éticas y morales, que permitan a su vez darle a entender que su conducta es reprochable.

4) Conforme a tales directrices, se hace necesario establecer si las formas de culpabilidad a que hacen referencia los artículos 51 al 54 del anteproyecto de Código Penal venezolano, ofrecen la posibilidad de entenderse bajo una concepción psicológica o bajo una concepción normativista de la culpabilidad, y dentro de esta última en cual de sus vertientes.

5) En base a todo lo anterior, creemos pertinente concluir que la culpabilidad, en el sentido del anteproyecto de Código Penal venezolano, se debe concebir en base a una concepción normativista que implique la reprochabilidad del comportamiento del autor. Una reprochabilidad que ha de situar junto al hecho psíquico del dolo y la imprudencia, un elemento normativo de la culpabilidad, consistente en la *contrariedad al deber*, contrariedad ésta que decaería en caso de exculpación, análogamente a cuando sucede en la situación justificante.

Lectura político criminal del anteproyecto de Código Penal propuesto por el doctor Alejandro Angulo Fontiveros, desde la perspectiva de la parte especial

Jesús R. QUINTERO P.*

SUMARIO:

1. **La ideología de la codificación.**
2. **El pensamiento penal ilustrado y el principio de la estricta legalidad penal.**
3. **Incumplimiento del régimen especial de las zonas de seguridad.**

* **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.

4. Delincuencia organizada.
5. El tratamiento de la entrega vigilada o controlada de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.
6. Del aborto.
7. Simón Bolívar y el bolivarianismo.
8. Recomendaciones.

Una obra reciente del distinguido profesor de la Universidad de Málaga, José Luis Diez Ripollés,[1] ha llamado nuevamente a la reflexión acerca de la escasa atención que se presta en la actualidad a la problemática relativa a la creación del derecho en el ámbito de la investigación jurídica. El interés académico ha permanecido centrado casi exclusivamente, desde hace un siglo, en el estudio de la aplicación judicial del derecho. La intensa dedicación de los estudiosos del derecho penal al perfeccionamiento de instrumentos conceptuales que permitan la aplicación racional del derecho penal –empeño que se ha traducido en la elaboración de la refinada dogmática jurídico penal– ha traído aparejada lamentablemente la renuncia de los juristas al intento de consolidar una teoría y una práctica racionales para la elaboración de las leyes penales. "La tarea –dice el profesor Diez Ripollés– se ha dejado en manos de un legislador al que, con el argumento de ser el directo representante de la soberanía popular, se le han tolerado todo tipo de decisiones legislativas arbitrarias, trufadas de oportunismo y populismo".

1. LA IDEOLOGÍA DE LA CODIFICACIÓN

Sin embargo, no siempre ha habido tan manifiesto desinterés por la labor de producción jurídica. Durante la época de la codificación y hasta el siglo XIX, por el contrario, la vocación de los juristas se orientaba preferentemente a la elaboración de un cuerpo racional de leyes. Se llamó entonces código a un libro de reglas jurídicas organizadas, según un sistema (un orden) y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para toda la extensión geográfica del área de unidad política (para todo

[1] J. L. Diez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

el Estado), dirigido a todos los súbditos o sujetos a la autoridad política estatal, querido y publicado por esa autoridad, que abroga todo el derecho precedente sobre la materia por él regulada y por ello no integrable con materiales jurídicos antes vigentes, y destinado a durar por mucho tiempo.[2] Tarello ha expresado de tal modo tanto los rasgos característicos de lo que debe entenderse por un "código", como la incompatibilidad ideológica entre éstos.

Cuando se habla de un código –explica– se hace referencia, en primer lugar, a su carácter de "libro de leyes hecho por alguien", un *fiat* dirigido a los súbditos, sujetos a la autoridad política de quien hace el libro de leyes, dictado para estar vigente en el espacio sobre el cual se ejerce aquella autoridad política, abrogando el derecho antes vigente. En segundo término, es igualmente propio o específico del "código" su carácter de libro de leyes sistemático, dotado de unidad de materia destinado a larga y tendencialmente ilimitada duración, que lo dota de cierto carácter de inmutabilidad trascendental.

El primero de estos rasgos caracteriza el código como el acto de una voluntad concreta e históricamente determinada de la autoridad política. El segundo, por el contrario, se refiere al acto de conocimiento de la materia regulada y del sistema bajo el cual se estructuran las reglas, no para un momento determinado y en un territorio limitado, sino para siempre y dondequiera, cuyo valor está igualmente implícito en el código. La primera característica revela en el código el *fiat* de una autoridad históricamente circunscrita en el tiempo y en el espacio. La segunda –la estructura sistemática de las reglas– significa en cambio, la persistencia de una *ratio* tendencialmente constante en el tiempo y pretendidamente universal.

De estos caracteres, el primero se corresponde con lo que se ha denominado "derecho arbitrario", el segundo, *per contra*, caracteriza el código como expresión del "derecho natural", universal y racionalmente

[2] G. Tarello, *Cultura jurídica y política del derecho*, traducción al castellano de la obra *Cultura giuridica e política del diritto*, Editorial FCE, México, 1995, p. 39.

válido. “A cada uno de estos dos rasgos que el código vino a asumir correspondió –dice Tarello–, respectivamente, entre el siglo XVII y finales del XVIII, una ideología del derecho; y una tercera ideología del derecho correspondió, a fines del siglo XVIII, a la yuxtaposición –en los códigos que concretamente se hicieron– de los dos rasgos de la arbitrariedad y la naturalidad”.

Así pues, la primera fuente ideológica de la codificación es aquella según la cual todo el derecho de las sociedades humanas modernas, es “derecho arbitrario”. El arbitrio que “pone” el derecho puede encontrar límites de hecho y descubrir, inclusive, límites morales; pero no puede encontrar límites jurídicos, al menos en el sentido en que son propiamente jurídicas las reglas propuestas por el arbitrio. Es patente en esta ideología la influencia del pensamiento de Tomás Hobbes y de Samuel Puffendorf.

Hobbes[3] había escrito que “la Ley es propiamente la palabra de aquel que por derecho manda a los demás”. La diferencia entre las leyes, en particular la diferencia entre la ley natural y la ley civil, deriva de la especificación del término que queda indeterminado en tal definición general. Para solventar esa indeterminación basta con precisar el nombre del legislador. La ley natural es caracterizada como “la palabra de Dios que por derecho manda en todas las cosas” y, del mismo modo, la ley civil añade al concepto general de ley sólo “la mención de la persona que manda, que es la *persona civitatis*, la persona del Estado”. Así pues, como expresara el mismo Hobbes, “de la diferencia de autores o legisladores, viene la división de la ley en divina, natural y civil”. En Hobbes, la noción de mandato es primordial, y como tal, consiste en la declaración de la voluntad de una persona a otra que le debe obediencia. Sólo hay mandato “si el interlocutor está obligado a hacerlo o a abstenerse”, por lo que no ha de esperar otra razón que la voluntad de quien habla. Es el derecho del que manda, en suma, el legislador, divino o humano, lo que justifica o legitima la ley.

[3] T. Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Editora Nacional, Madrid, 1980 Cap. XXVI.

El modo como Dios significa o expresa las leyes naturales es, en cambio, inmediato, porque es posible reconocerlas en la inmanencia de nuestra razón. Las leyes naturales conservan su valor en el Estado, en el que se convierten en leyes civiles sin necesidad de ser promulgadas. "Si existe una ley que obliga a todos los súbditos sin excepción, y no está escrita, ni se ha publicado en lugares adecuados para que éstos puedan conocerla, es una ley de la naturaleza".[4] Tal carácter constituye un criterio de distinción esencial acerca de la naturaleza de la ley civil positiva: "exceptuada la ley de naturaleza, las demás deben ser dadas a conocer a las personas obligadas a obedecerlas, sea de palabra, o por escrito, o por algún otro acto que manifiestamente proceda de la voluntad soberana". "La ley civil es para cada súbdito –dijo Hobbes–, el conjunto de reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito, o con algún otro signo adecuado de la voluntad, para que la utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley".

Sólo el Estado puede dar leyes civiles, de modo que el soberano es el único legislador que, por otra parte, no está sometido a las leyes civiles. El primer mérito de la ley es su certeza o claridad, es decir, la ley buena es la ley no equívoca, no ambigua, no obscura y, el segundo, ser necesaria para el bien del pueblo, de donde deriva el rechazo a la excesiva acumulación de prescripciones. Siendo la ley, por otra parte, una manifestación de voluntad o una voluntad manifiesta, es obvio que pudiendo variar la voluntad síguese de allí que el derecho no es inmutable por esencia y que, todo lo contrario, parece un atributo del soberano el poder de crear derecho nuevo. De esta consideración surgirá la máxima puffendorfiana, *lex posterior derogat priori*.

El primer elemento de esta ideología es su *voluntarismo*. El derecho es voluntad. La voluntad es mudable en el tiempo. Y la de hoy puede ser diferente de la de ayer; de donde pensar el derecho como voluntad es concebirlo como algo esencialmente mudable o transitorio. De ahí la validez del antes citado aforismo *Lex posterior derogat priori*. La nueva y última voluntad soberana abroga toda la legislación antes vigente.

[4] *Op. loc. cit.*

El segundo elemento de esta ideología es el *imperativismo*. El derecho no consta de afirmaciones o aserciones sino de mandatos. Puffendorf insiste, conforme al modelo hobbesiano, en que el derecho está constituido por órdenes que el superior dirige a los inferiores, y en que los mandatos son predominantemente negativos y consisten, por ende, en prohibiciones. En este carácter imperativo del precepto se basan las prácticas de publicación de la ley, la cual se configura como un mandato [imperativo] cuya expresión se comunica.

Por otra parte, si el derecho está hecho de mandatos que responden a la voluntad soberana, su conocimiento es el conocimiento de la mente o voluntad del soberano legislador. De ahí el *psicologismo* propio de esta doctrina y el papel preponderante de la voluntad del legislador en la interpretación.

La segunda de las grandes ideologías del derecho que ejercieron su influjo en la codificación fue la de Leibniz y Wolf. El derecho para ellos es un dato como todos los otros datos de la realidad. El conocimiento del derecho, por consiguiente, es idéntico a todos los demás conocimientos. Su método es el del conocimiento en general. "Cada problema jurídico debe encontrar una respuesta cierta, y la respuesta cierta consiste en la solución derivada, según las reglas de la lógica, de ciertas premisas. Esas premisas ciertas son las proposiciones fundamentales que reflejan las reglas del derecho".[5]

De ahí se sigue que las reglas de derecho aparezcan como proposiciones o predicaciones de la cualidad de un ente, de un *obiectum.* El primer elemento de esta doctrina es, por consiguiente, el *descriptivismo*, toda vez que el derecho consiste en proposiciones jurídicas que son tales, no ya en cuanto mandadas o queridas, sino en cuanto a verdaderas o conformes a la naturaleza de éste. El descriptivismo, pues, por oposición al imperativismo hobbesiano, supone que el derecho conste en proposiciones jurídicas, que son jurídicas, no ya en cuanto mandadas o queridas, sino en cuanto a verdaderas. "Si el derecho es el conjunto

[5] G. Tarello, *Op. Cit.* p. 43.

de las proposiciones jurídicas verdaderas, entonces a) el derecho es coherente, en cuanto que las proposiciones verdaderas no se pueden contradecir; b) entre las proposiciones jurídicas se instituyen las relaciones lógicas que se establecen entre las proposiciones en general; c) el derecho aún no conocido se descubre mediante el trabajo lógico a partir de las proposiciones jurídicas conocidas".

El segundo elemento de la ideología leibniziana fue el *sistematicismo*. El conjunto de las proposiciones jurídicas constituye un sistema por estar dispuestas según un orden, de modo que cada proposición jurídica está en relación sistemática, lógica y conceptual con todas las demás.

De ahí el *conceptualismo*, como tercer carácter distintivo de la doctrina de Leibniz, para cuya postura teórica el problema no era la creación de derecho nuevo, sino el descubrimiento de nuevas implicaciones del derecho viejo. "La equivocación de aquellos que han hecho a la justicia depender del poder, viene, en parte, –dijo Leibniz–[6] de que han confundido el derecho con la ley. El derecho no puede ser injusto; sería una contradicción. Pero la ley bien puede serlo. Pues es el poder quien da y conserva las leyes. Y si éste carece de sabiduría o de buena voluntad, puede dar y mantener leyes muy perversas...".

Argumentó Leibniz la distinción entre lo legal y lo justo, refiriéndose a la inaceptable posición de Trasímaco,[7] que pretendiendo explicar la justicia replicó a Sócrates que cada Gobierno establece las leyes según lo que a él conviene: la democracia, de manera democrática; la tiranía, tiránicamente, y así todos los demás. Una vez establecidas estas leyes, declaran que es justo para los gobernados lo que sólo a los que mandan conviene, y al que de esto se aparta lo castigan como contraventor de las leyes y de la justicia. Lo que yo digo, mi buen amigo, –explicó Trasímaco– que es igualmente justo en todas las ciudades, lo que conviene para el que detenta el poder, o lo que es lo mismo, para el que manda; de modo que para todo

[6] G. W. Leibniz, *Meditación sobre la noción común de justicia*, en *Escritos de filosofía jurídica y política*, Edición de Jaime de Salas, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, p. 86.
[7] Platón, *La República*, 338d..

hombre que discurre rectamente, lo justo es siempre lo mismo: lo que conviene para el más fuerte. De ser cierto esto –dijo Leibniz–,[8] jamás sentencia alguna de un tribunal supremo o del más humilde juez sería injusta, y lo que es más, una misma acción podría ser justa o injusta, según los jueces que tuviera. "Una cosa es ser justo y otra muy diferente es pasar por tal y ocupar el lugar de la justicia". Esto implica no distinguir entre el derecho y el hecho. Pues una cosa es lo que se puede y otra lo que se debe hacer. Hobbes que según Leibniz ha querido sostener lo mismo que Trasímaco, cree y por la misma razón, que la verdadera religión es la del Estado. "Y, por consiguiente, que si el emperador Claudio, que publicó un edicto en el que se establecía que en un Estado libre el eructo debía ser libre, hubiera puesto al dios *Crepitus* (eructo) entre los dioses autorizados, éste hubiera sido un dios verdadero y digno de culto".

También señala Tarello que a las dos ideologías del derecho originadas en el siglo XVI, se unieron en el transcurso del siglo XVIII nuevos elementos ideológicos que se presentaron como presupuestos para que ambas llegaran a afirmar que el derecho o las leyes debían ser simples, claras y pocas, breves y concisas. "La posibilidad misma de una codificación del derecho penal, a finales del siglo XVIII, pasaba no sólo por la unificación del sujeto de derecho [reduciendo a la unidad la pluralidad de los diversos *status* subjetivos o de pertenencia de clase] y por el objetivismo, sino también por una importante amputación de las figuras que se dirigían a la represión penal y por una drástica reducción de los instrumentos de la represión misma".[9] El monopolio de la represión por parte del poder soberano y la escasez de medios represivos, conduciría a la despenalización de un número cada vez mayor de comportamientos, excepto de aquellos considerados peligrosos. La reducción de los medios de represión era igualmente sugerida por la ideología proporcionalista, que exigía instituir una proporción entre el comportamiento reprimido y la pena represiva. La ideología humanitaria facilitaba también la despenalización y la preferencia por sanciones privativas de libertad y pecuniarias, más suaves que las penas corporales.

[8] G. W. Leibniz, *Meditación sobre la noción común de justicia*, *Cit.* p. 84.
[9] G. Tarello, *Op. Cit.* p. 51.

Es necesario hacer énfasis, sin embargo, en que el problema central de la polémica acerca del concepto de derecho, ha sido y es la relación entre el derecho y la moral. En esta materia, como puntualiza Alexy, "a pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista". Las primeras sostienen la tesis de la separación, según la cual el concepto de derecho debe ser definido de tal forma que no incluya ningún elemento moral, ya que parte del supuesto de que no es posible establecer una conexión conceptual necesaria entre lo que el derecho ordena y lo que exige la moral, o entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Por el contrario, las teorías no positivistas sostienen la tesis de la vinculación, conforme a la cual, el concepto de derecho debe ser definido por medio de elementos morales.

Las consideraciones acerca de las relaciones entre la moral y el derecho son especialmente pertinentes cuando se trata de juzgar acerca de una ley penal. La ley penal es la llave que permite al Estado abrir la Caja de Pandora del ejercicio de la violencia y de la fuerza contra los ciudadanos –que es, en definitiva, su *ultima ratio*– aunque no sea éste el medio que más favorezca la continuidad y la estabilidad de las relaciones de dominación. No es posible –dijo Max Weber–[10] definir una asociación política, señalando los fines de la acción de la asociación. Desde el cuidado de los abastecimientos hasta la protección del arte, no ha existido fin alguno que ocasionalmente no haya sido perseguido por las asociaciones políticas. Por esta razón, sólo se puede definir el carácter político de una asociación por el medio –elevado en ciertas circunstancias a fin en sí–, que sin serle exclusivo es ciertamente específico y para su esencia indispensable: la coacción física, aunque no sea el único medio de que el Estado se vale.

Que la violencia sea el medio específico y característico del Estado como entidad política –*Machstaat*– se hace patente al constatar que históricamente coinciden el proceso de monopolización del uso de la

[10] M. Weber, *Economía y sociedad*, Editorial FCE, México, 1983, p. 44.

fuerza y la violencia con la consolidación del Estado moderno. Su soberanía dependió de la capacidad de imponer la concentración de la fuerza y de su capacidad de excluir poderes rivales hostiles que sometían la sociedad a riesgos desproporcionados de disgregación. De ahí la necesidad de que el ejercicio de la fuerza y la violencia sea legítimo. Si bien Weber declaraba que "el medio decisivo de la política es la violencia",[11] por el carácter evidentemente violento del juego político estatal, no habló nunca –sin embargo– de la violencia sin más, cuando se refería a la forma de dominación del Estado moderno. Habló siempre del "monopolio legítimo de la violencia". Aludió siempre a la dialéctica de las razones y sin razones de la violencia.

Para asegurar los efectos vinculatorios y la continuidad de la sociedad política, se requiere que aquellos sobre quienes se manifiesta la dominación aprueben el derecho que asiste a quien lo ejerza, de donde deriva la necesaria correspondencia entre violencia y consentimiento. Tal aprobación puede resultar, e históricamente ha resultado, de diversas motivaciones que emanan, bien sea de las cualidades carismáticas de quien ejerza el poder o de su sacralidad; pero en nuestro mundo, sin embargo, la aprobación no puede derivar más que de la racionalidad jurídica de las instituciones.

La política liberal, sin desmedro del carácter agonístico o conflictual que le es propio, pone necesariamente en juego valores que le dan sentido a la acción política. La paradójica incorporación hobbesiana de la violencia como medio específico de lucha contra la violencia misma, no puede darse más que intentando domesticarla, regularla o dosificarla, lo que equivale a su transformación en poder y a su juridificación. "Entendemos aquí por dominación –dijo Weber–[12] un estado de cosas por el cual una voluntad manifiesta ("mandato") del "dominador" o de los "dominadores" influye sobre los actos de otros (del "dominado" o de los "dominados") de tal suerte que en un grado socialmente relevante, es-

[11] M. Weber, *La política como vocación* en *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1984, p. 115.
[12] M. Weber, *Economía y sociedad*. Editorial FCE, México, 1997, p. 699.

tos actos tienen lugar como si los dominados hubieren adoptado por sí mismos y como máxima de su obrar el contenido del mandato ("obediencia")...". Característica del Estado moderno es la legitimidad legal, la cual opera como una representación colectiva de sentido basada en la pretendida conveniencia de un orden de dominación.

Lo propio de la política es evitar la extrema polarización, el estado de guerra, y promover la instauración de formas normadas e institucionales de resolver los conflictos sociales y es ésta la finalidad del monopolio legítimo de la violencia. Su fin parece, a primera vista, muy claro: cumplir la funciones protectoras y conjurar los riesgos destructivos. De inmediato, sin embargo, surge la cuestión de cuál es objetivamente una función social protectora y cuál disolvente.

2. EL PENSAMIENTO PENAL ILUSTRADO Y EL PRINCIPIO DE LA ESTRICTA LEGALIDAD PENAL

Los principios fundamentales de la obra de Cesare Beccaria[13] que impulsaron la codificación del derecho penal, se concretan en esbozar las líneas generales de una política legislativa. Su obra se refiere, en gran medida, a la necesaria relación entre derecho y razón. Las leyes –dijo Beccaria– son las condiciones con que los hombres vagos [aislados] e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella, para gozar de la restante en segura tranquilidad. El complejo de todas estas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de la Nación, y es el soberano su administrador y legítimo depositario.

Pero el administrador y depositario de la soberanía no puede ser arbitrio puro. Por esta razón –explicó asimismo Beccaria– toda pena que no deriva de la absoluta necesidad es tiránica y, en términos más genera-

[13] La obra de Beccaria se cita aquí por la edición facsimilar de la primera edición castellana del *Tratado de los delitos y de las penas*, traducción de J. A. de las Casas, originalmente editado en Madrid, en la imprenta de Joachin Ibarra en 1774 y reproducido en la coedición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y la Biblioteca Nacional, Madrid, 1993.

les, todo acto de autoridad de hombre a hombre que no derive de la absoluta necesidad es tiránico. Sólo el agregado de las pequeñas porciones de libertad posibles cedidas, forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso y no justicia, es hecho y no derecho. En este pensamiento de Beccaria es fácil advertir un claro antecedente ideológico y teórico del programa legislativo que varios siglos después el garantismo penal,[14] desde la perspectiva de una racionalidad preponderantemente ética, denominará "derecho penal mínimo", esto es, la afirmación de la pretensión ético-política de restringir el ámbito derecho punitivo, condicionado y limitado al máximo, concediendo también el máximo grado de tutela a las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, dentro de un ideal de racionalidad y certeza, capaz de determinar cuándo y cómo prohibir, penar y juzgar. El derecho punitivo se justificaría exclusivamente, desde el punto de vista del garantismo penal, como reflejo de los mismos derechos fundamentales que constituyen principios ético-políticos externos al derecho, originados en la primacía de la persona humana y en la esencial igualdad de todos.

Según Ferrajoli, el derecho penal será racional y cierto, en efecto, únicamente en la medida en que sus intervenciones sean previsibles y serán previsibles sólo aquellas intervenciones motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente desde una posición predominantemente informada por el principio *favor rei*, que permite y exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusiones o de atenuación de responsabilidad cada vez que subsista incertidumbre acerca de los presupuestos cognoscitivos de la pena.

También se refirió Cesare Beccaria, como inspirador de la codificación penal, a las consecuencias de estos principios. "Sólo las leyes –dijo, para afirmar el fundamental principio de la legalidad– pueden decretar las penas de los delitos; y esa autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social". Primer corolario de este fundamental principio en que ningún

[14] L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción castellana de la obra *Diritto e raggione. Teoria del garantismo penale*, Edit. Trotta S.A., Madrid, 1995, p. 104.

magistrado –que es parte de la sociedad– puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa, y otra más en extensión, se sigue que ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, pueda aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.

Por otra parte, señaló Beccaria, que el soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros; pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la Nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano que afirma la violación; y otra el acusado, que la niega. Es pues necesario que un tercero juzgue de la verdad del hecho y de ahí la necesidad de un magistrado cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras aserciones o negativas de hechos particulares.

Esos principios tan claramente afirmados derivan, tanto de la experiencia histórica que aconseja la separación de poderes y la distribución de funciones de los órganos del poder público, como de las exigencias epistemológicas que constituyen el presupuesto del equilibrio necesario entre el saber y el poder para la justicia del juzgamiento. También aquí, cuando Beccaria se refiere a la esencia de la función de juzgar y atribuye al fallo la naturaleza de "meras aserciones o negativas de hechos particulares", se hace manifiesta una particular coincidencia con los postulados del garantismo penal contemporáneo atinentes al principio de la estricta legalidad.

Beccaria, en efecto, alude a los mismos conceptos que constituyen los presupuestos epistemológicos del garantismo penal, esto es, como señala Ferrajoli,[15] a las condiciones que deben ser dispuestas en el plano legal y satisfechas en el judicial para permitir la "decidibilidad" en abstracto y la decisión en concreto acerca de la "verdad" procesal. El correcto planteamiento de los problemas epistemológicos del juicio que aluden a la cuestión de la verdad se refieren, en último término, a veri-

[15] *Op. Cit.,* p. 117.

ficabilidad o refutabilidad de las aserciones. Sólo son verificables o refutables en términos de verdad o falsedad, las aserciones dotadas de significado o de referencia empírica, es decir, aquellas que describen hechos o situaciones determinadas desde el punto de vista de la observación. No lo son, por el contrario, los juicios de valor ni las descripciones valorativas. De ahí resulta que las exigencias del principio de la legalidad no pueden ser satisfechas a plenitud por la tipificación legal de figuras de delito formadas por conceptos jurídicos indeterminados o por juicios de valor, cuya aplicación no permita verificaciones o refutaciones sino meras valoraciones que, en cuanto tales, no son verdaderas ni falsas. Para que las exigencias epistemológicas de la responsabilidad penal resulten plenamente satisfechas, como lo indicó Cesare Beccaria, es necesario que la norma incriminadora sea formulada en términos tales que permita la formación de un juicio empírico, no valorativo, sino estrictamente formulado en términos de verdad o falsedad.[16]

Según esta ulterior exigencia del principio de la legalidad que se refiere al contenido legislativo, esto es, a la semántica del lenguaje legislativo, cuando se impone al legislador que el contenido del precepto penal esté formado por supuestos típicos no sólo dotados de significado unívoco y preciso, sino también que sea posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas, el principio de la legalidad opera –paradójicamente– como un límite a la potestad legislativa y una circunstancia determinante de la aplicación del derecho, ya

[16] L. Ferrajoli, en su antes citada obra, p. 121, analiza los conceptos de verificabilidad jurídica y denotación legal. El presupuesto necesario –explica– de la verificabilidad y de la refutabilidad jurídica es que las definiciones legales que establecen las connotaciones de las figuras abstractas de delito, y más en general de los conceptos penales, sean lo suficientemente precisas como para permitir, en el ámbito de la aplicación de la ley, la denotación jurídica (o calificación, clasificación o subsunción judicial) de hechos empíricos exactamente determinados. A esta exigencia se refiere el artículo 1º del Código Penal vigente: "Nadie podrá ser castigado por un *hecho* que no estuviere *expresamente* previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente". Este principio puede y debe ser caracterizado también como una regla semántica metalegal de formación de la lengua legal, que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados verdaderos de los hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intención no con palabras vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predispuestas normas para su solución.

que únicamente si tal exigencia es satisfecha en el plano legal, la motivación de la sentencia judicial puede tener carácter declarativo y ser susceptible de control empírico como verdadera o como falsa.

Otra consecuencia del principio de la legalidad que expresa asimismo Beccaria, es el postulado positivista-ilustrado conforme al cual la autoridad de interpretar las leyes no puede residir en los jueces criminales, por la misma razón que no son legisladores. Sólo el soberano, depositario de las actuales voluntades de todos, es intérprete legítimo. "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondrase como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley; de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiera hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley". Un códice fijo de leyes que se debe observar a la letra, no deja más facultad al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos, si son o no conformes a la ley escrita. Si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidente la oscuridad que arrastra consigo, necesariamente, a la interpretación. Hoy es preciso observar que el protagonismo de la ley, propio del positivismo jurídico, está siendo seriamente cuestionado.

Como ha sido señalado,[17] el protagonismo de la ley en la configuración del ordenamiento jurídico, rasgo esencial del derecho moderno, está siendo seriamente cuestionado hasta el punto que se ha convertido en un lugar común hablar de la crisis de la ley. La ley ha perdido la centralidad y preponderancia que ocupaba en el sistema jurídico desde la instauración del Estado de derecho liberal, como expresión de la voluntad general democráticamente expresada.

En la originaria configuración ilustrada y revolucionaria del Estado de derecho, la ley era el instrumento por excelencia encargado de la racionalización social, cuyo *momentum* se manifestará en el proceso de codificación.

[17] J. L. Diez Ripollés, *La racionalidad...*, *Cit.* p. 67.

El Estado de derecho del positivismo otorga a la ley aun mayor importancia institucional al considerar la ley como producto de una voluntad contingente, no sometida a otros límites que a la voluntad de los detentadores de la soberanía. Sin embargo, como ha sido destacado, "esa misma implícita arbitrariedad le priva de su estrecha vinculación a la razón, que se va desplazando paulatinamente de la creación a la aplicación del derecho".

La etapa ulterior, que corresponde a la aparición y consolidación del Estado social de derecho, se verá caracterizada por un activismo normativo en el que a la ya perdida racionalidad de la ley se añade su desbordamiento por reglamentos y normas de inferior rango. Las constituciones que instituyeron el Estado social del derecho, nutridas con abundantes contenidos sustanciales, ligados a la protección de derechos fundamentales o al establecimiento de principios orientadores de la acción política, constriñen el ámbito de la ley al espacio normativo restante que media entre la actividad reglamentaria y el debido respeto a los principios constitucionales.

El Estado constitucional de derecho impuso, adicionalmente a la ley, su necesaria acomodación a las prescripciones normativas constitucionales. El control de la constitucionalidad de las leyes ha determinado el protagonismo jurisdiccional y el menoscabo de la función racionalizadora de lo legislativo. "El rico contenido de principios de las modernas constituciones, y la necesidad de ponderarlos en cada caso concurrentes, algo que se estima que no está al alcance de la perspectiva general y abstracta inherente a la legislación, ha originado que la aplicación judicial de cualquier ley se vea sometida a un previo análisis de su correspondencia en el caso concreto con ciertos principios, con independencia de su reconocimiento explícito o implícito en la norma legal correspondiente".[18] La vinculación preferente del juez a los principios constitucionales y no a la ley, ha encontrado apoyo en la teoría de la argumentación jurídica.

[18] J. L. Diez Ripollés, *La racionalidad..., Cit.* p. 70.

Beccaria hizo notar también la necesidad de guardar la proporción entre los delitos y las penas. No sólo es interés común que no se cometan delitos, pero aun lo es que sean menos frecuentes, en proporción al daño que causan a la sociedad. Así pues –dijo–, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por eso haber una proporción entre los delitos y las penas. "Aquella fuerza, semejante a la gravedad, que nos impulsa a nuestro bienestar, no se detiene sino en la medida de los estorbos que le son opuestos. Los efectos de esta fuerza son la confusa serie de las acciones humanas: Si éstas se encuentran recíprocamente y se ofenden, las penas, que yo llamaré estorbos políticos, impiden el mal efecto, sin destruir la causa impelente, que es la sensibilidad misma, inseparable del hombre; y el legislador hace como el hábil arquitecto, cuyo oficio es oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad, y mantener las que contribuyen a la fuerza del edificio".

De ahí que según el concepto de Beccaria, todas las acciones opuestas al bien público, que se llaman delitos, van aminorándose por grados insensibles del mayor al más pequeño. Su primer grado consiste en aquellos delitos que destruyen inmediatamente la sociedad, y el último, es la más pequeña injusticia posible cometida contra los miembros particulares de ella. Por eso, el legislador no debe decretar contra los delitos del primer grado las penas del último. Si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen a él unida mayor ventaja.

Sorprendentemente, esta concepción político criminal de Beccaria es compartida por la doctrina penal de hoy. Entre las normas mediante las cuales es posible definir la identidad de una sociedad, de un Estado o de una persona –según explica Jakobs–[19] se encuentran aquellas que for-

[19] G. Jakobs, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción española de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, p. 63.

man el núcleo del Código Penal, las cuales ocupan esa posición central en la medida en que garantizan el derecho a la existencia de cada ciudadano y los principios del orden constitucional. La realidad muestra, que alrededor de este núcleo de normas penales cuyos límites, por lo demás –como precisan el mismo Jakobs y también Roxin–,[20] sólo pueden determinarse difusamente, se encuentran también otros círculos externos de normas sancionadoras derivadas y de importancia real o supuestamente decreciente, cuya menor entidad normativa aproxima gradualmente los comportamientos normados y sancionados por ellas a las conductas socialmente adecuadas. Explica Jakobs, en este sentido, que "cuanto menos evidente es la relación con el núcleo y cuanto más se aproxima el comportamiento antinormativo a lo adecuado socialmente, tanto menos necesario, y con frecuencia asimismo tanto menos tolerable, es reaccionar ante la infracción del modo en que se reacciona frente a la infracción de las normas del núcleo".

Cuando Ferrajoli busca definir qué es el garantismo tal y como hoy es entendido, afirma que éste ha sido recibido en la Constitución italiana y en otras constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad en la intervención punitiva, pero que tal concepto se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas y policiales. Lo mismo podríamos decir en Venezuela. Tal divergencia entre la normatividad del modelo constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores, comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto. "La orientación que desde hace algún tiempo se conoce con el nombre de "garantismo" nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que la han avalado, ocultado

[20] C. Roxin, *Derecho penal. Parte general*, traducción de la 2ª edición alemana y notas de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Edit. Civitas. Madrid, 1997, t. I. p. 72. Debe observarse, sin embargo, que mientras Roxin sigue estrictamente las tesis cuantitativas, Jakobs está más próximo a las tesis valorativas que toman en consideración factores tales como el significado del bien jurídico protegido o el significado ético social de la infracción.

y alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del estado de derecho y del ordenamiento democrático".[21]

Explica Ferrajoli,[22] que según una primera acepción, "garantismo", designa un modelo normativo de derecho y en lo que se refiere al derecho penal el modelo de "estricta legalidad", propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad y en el plano jurídico, como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.

En una segunda acepción –dice asimismo Ferrajoli– "garantismo" designa una teoría jurídica de la "validez" y de la "efectividad" como categorías distintas, no sólo entre sí, sino también respecto de la "existencia" o "vigencia" de las normas. Expresa una aproximación teórica que mantiene separados el "ser" y el "deber ser" en el derecho. Propone como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente antigarantistas), interpretándola mediante la antinomia que subsiste entre la validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.

Finalmente, en una tercera acepción, según la tesis de Ferrajoli, "garantismo" designa una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de su justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad del Estado y del derecho. En sentido filosófico-jurídico, el "garantismo" consiste esencialmente en la fundamentación heteropoyética del derecho, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo, así como en la prioridad axiológica respecto de ambos desde el punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación. A esto va aparejada una concepción utilitarista e instrumentalista del Estado, orientado únicamente

[21] L. Ferrajoli, *Op. Cit.* p. 851.
[22] L. Ferrajoli, op. loc. *Cit.*

al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales. "El presupuesto de todo totalitarismo, en efecto, es siempre una visión finalista y optimista del poder como bueno o, en todo caso dotado de valor ético gracias a la fuente de legitimación de quien lo posee. Por el contrario, el presupuesto del garantismo es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere el que lo posea, puesto que se halla expuesto en todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar en el despotismo".[23] A la idea de "poder bueno" tiende a asociarse a la idea de "sociedad mala" y viceversa, lo que da lugar a dos configuraciones opuestas de la relación entre potestades públicas y derechos civiles. En el primer caso, los derechos de los ciudadanos resultan instrumentados y mediatizados por intereses públicos que se estiman superiores a ellos y se encuentran, por consiguiente, limitados y disciplinados por cláusulas indeterminadas que los vacían de contenido.

Ejemplo evidente de esa ordenación totalitaria es el artículo 62 de la Constitución cubana vigente, el cual establece: "Ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra lo establecido en la Constitución y las leyes ni contra la existencia y fines del estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible".

En el otro caso, son por el contrario los poderes públicos y privados los que están instrumentados para la tutela de los derechos civiles fundamentales, y a tal fin limitados y disciplinados. "La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre", afirmó el artículo 2 de la Declaración francesa de 1789, cuyo artículo 12, además, añadió: "La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza se instituye, por tanto, para beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos que la tienen a su cargo".

En 1944 Piero Calamandrei, al prologar una nueva edición de Beccaria, denunciaba que la legislación penal italiana había repudiado el espíritu

[23] L. Ferrajoli, *Op. Cit.* p. 885.

de Beccaria durante los veinte años fascistas y hacía votos porque esas ideas sirvieran nuevamente para humanizar la legislación penal italiana posterior al fascismo. "Sólo un lector extraño al mundo podría consolarse, después de oír las protestas de Beccaria, diciéndose que se trata de atrocidades de los tiempos bárbaros, que los siglos han corregido ya; los siglos han pasado, la técnica de los códigos se ha perfeccionado, pero los angustiosos problemas morales que constituye el centro de toda esta materia de los delitos y de las penas continúan en el mismo punto".

Tratándose como se trata de un anteproyecto de Código Penal, mantengo la esperanza de que las ideas acerca de la libertad expuestas en los párrafos que anteceden, sean útiles para morigerar muchos excesos que se advierten en él con facilidad. Una ley no es liberal, como se afirma, porque no sea represiva en exceso o porque tenga una tendencia a no fijar penas altas o cuando, por un notable arranque de populismo y absoluta carencia de técnica legislativa, se pretenda adoptar soluciones como la del hurto famélico o la institución de la atenuante del artículo 40 del anteproyecto del doctor Angulo. El liberalismo de las disposiciones es patente únicamente cuando se asumen a plenitud las exigencias de la estricta legalidad tal y como éstas han sido postuladas por el garantismo penal contemporáneo, cuando se observa la justa proporcionalidad de los delitos y las penas y cuando los tipos penales son formulados en términos epistemológicamente adecuados y por medio de una semántica legal idónea. El anteproyecto adolece de una gran confusión de valoraciones. Algunas de sus disposiciones son francamente autoritarias y sus soluciones técnicas parecen, en muchos casos, inadmisibles o superabundantes. Se deben considerar algunos ejemplos, ya que no parece posible un examen exhaustivo de las disposiciones de tan copioso instrumento. Es preciso limitarse a algunos casos en los que resultan patentes tales errores, que se manifiestan también en otras disposiciones del anteproyecto.

3. INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS ZONAS DE SEGURIDAD

El artículo 189 del anteproyecto tipifica un curioso delito que parece tomado de las páginas de los viejos manuales en los cuales se explicaba

a sus operadores la tristemente célebre doctrina de seguridad nacional elaborada en los tiempos de la guerra fría en el National War Colege de Washington. Fue ésta la doctrina militar y política que profesaron los militares argentinos. Aquellos sujetos que primero subyugaron al pueblo argentino durante muchos años, después fueron rápidamente derrotados en Las Malvinas por un ejército verdadero y son hoy prófugos de la justicia internacional. La doctrina de seguridad nacional se basa en el empleo político de la hipótesis de guerra y en la consideración del opositor como enemigo tal y como ha sido planteado por Schmit. Se concibe la confrontación política como un enfrentamiento que exige y justifica la utilización de la fuerza militar, esto es, como una guerra interior, que se hace contra un enemigo interno que se equipara al enemigo exterior. En ese contexto, las fuerzas armadas utilizan el armamento de guerra y la organización militar del espacio contra el enemigo interior. El poder político y la potestad legislativa misma del Estado tiene por función legitimar el uso de ese poder militar como forma de hacer política, instaurándose entonces el terrorismo de Estado. Este consiste en la criminalización de la oposición política, expediente que permite negar que se esté violando con la represión el Estado de derecho. Cuando las hipótesis sobre organización militar del espacio se trasladan del exterior a lo interno por la utilización de las fuerzas militares en el combate político, el territorio nacional se convierte en un teatro de operaciones y surgen las zonas de seguridad.

Las zonas de seguridad constituyen un elemento esencial de organización militar del espacio y de la concepción del territorio nacional como teatro de operaciones militares, por esta razón hemos seleccionado este delito para poner de manifiesto el espíritu de la doctrina de seguridad nacional que subyace a muchas disposiciones del anteproyecto.

El dispositivo del artículo 189 del anteproyecto que ha sido propuesto, pensado y compuesto sin lugar a duda para satisfacer la vocación autoritaria y la ideología totalitaria de los responsables políticos de la hora actual y con el claro propósito, ya manifiesto, de impedir a los ciudadanos el ejercicio del derecho constitucional a reunirse pacíficamente y sin armas en gran parte de la ciudad de Caracas y otras regiones del país para criminalizar la oposición política, ha sido concebido así:

> Quien dentro de las zonas de seguridad organice, sostenga o instigue la realización de actividades dirigidas a perturbar o afectar la organización y funcionamiento de las instalaciones militares, de los servicios públicos, industrias y empresas básicas, o de la vida económico-social del país, será penado con prisión de cinco a diez años.

Seguramente en Argentina, en torno a la Escuela de Mecánica de la Armada, fue establecida alguna vez una zona de seguridad celosamente guardada por los Gualtieri y los Viola de entonces y por otros sujetos de la misma calaña, que no por azar fueron los mismos que no pudieron, sin embargo, mantener la zona de exclusión en torno al archipiélago de Las Malvinas, porque resultaba más fácil hacer la guerra contra un pueblo desarmado que enfrentar a un ejército verdadero. Esta previsión legal, como en sí mismas las zonas de seguridad militares, son todo un ejercicio de futilidad. Las zonas de seguridad que estos ejércitos de opereta –como el nuestro– reclaman y celosamente guardan, incluso con la amenaza de graves sanciones penales, en realidad no se relacionan con la defensa nacional y ni siquiera con los otros cometidos que la Constitución le atribuye a la Fuerza Armada Nacional. La nuestra es una fuerza militar que no es de suyo capaz, en el contexto geopolítico en que el país se encuentra, de "garantizar la independencia y soberanía de la Nación y de asegurar el espacio geográfico, mediante la defensa militar". Y si nos refiriéramos a "la cooperación en el mantenimiento del orden interno", cometido que también le atribuye la Constitución, no resulta difícil determinar a qué concepto de "orden interno" entienden los militares ser fieles cuando su carácter corresponde, hoy como ayer, a la idea del pretorianismo, que ha sido el papel político de los militares desde la época de la separación de la Gran Colombia. En cuanto a su "participación activa en el desarrollo nacional", mejor ni hablar, estaríamos francamente en el plano de la utopía.

La acción en el tipo delictivo que se propone en el anteproyecto del doctor Angulo, consiste en "organizar", "sostener" o "instigar" la realización de actividades dirigidas a "perturbar" o "afectar" la organización y funcionamiento de las instalaciones militares, de los servicios

públicos, industrias y empresas básicas, o de la vida económico-social del país. Por consiguiente, es éste uno de esos casos que la doctrina alemana denomina de leyes mixtas *(Mischgesetze)*, concepto que proviene de la dogmática de Binding y corresponde a las leyes penales que se caracterizan por la reunión de diversas acciones en un único precepto, todas las cuales son abarcadas por la misma conminación penal. En estos casos, el intérprete está llamado a determinar si en realidad las diversas acciones descritas conforman diversas modalidades no autónomas de un mismo tipo, en cuyo caso corresponde hablar de las leyes mixtas alternativas; o si, por el contrario, éstas constituyen formas independientes de ejecución de tipo, cada una de ellas con relevancia propia, que configuran entonces las leyes mixtas acumulativas. En el presente caso pareciera que nos encontramos ante un supuesto de ley mixta alternativa, desde luego que las conductas descritas: "organizar", "sostener" o "instigar" la realización de las actividades dirigidas al resultado punible, alternativamente enunciadas, no serían más que diversas formas de atentar contra el bien jurídico protegido, equivalentes todas ellas para el legislador, llamadas en su conjunto, a describir la conducta de una manera pretendidamente agotadora. Como ha dicho Vasalli,[24] prevalentes exigencias de justicia y de proporción se oponen, en efecto, a la idea de que cada vez que el Legislador escribe un verbo en el seno de la descripción típica crea *ipso facto* una nueva y diversa figura delictiva. Sin embargo, en el presente caso el asunto se ha complicado al describirse como acción típica la acción de "instigar", más que problemática en el articulado del anteproyecto.

El artículo 29 del anteproyecto establece que "cuando varias personas concurren a la ejecución de un delito, cada uno de los perpetradores y de los cooperadores inmediatos quedan sujetos a las penas correspondientes a la acción perpetrada". El aparte único de dicho precepto, dispone además, textualmente: "En las mismas penas incurre quien ha determinado a otro a cometer la acción", dispositivo que se repite con cierto grado de especialidad en el artículo 31: "Son instigadores quienes

[24] G. Vasalli, *Le norma penali a piú fattispecie*, citado por R. García Arvelo en su: *Non bis in ídem material y concurso de leyes penales*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1995, p. 118.

de modo intencional y abstracción hecha de si tienen éxito o no, determinen a otro a cometer el delito. Serán castigados como los autores". De manera que según ese precepto es instigador quien determine a otro a cometer el delito, "abstracción hecha de si tiene éxito o no", lo que querría decir, según entiendo, independientemente de que el instigado haya o no cometido el delito, esto es, de que lo haya perpetrado. Lo difícil e incomprensible es que pueda decirse que el instigador haya determinado a otro a cometer el delito y éste –el instigado– no lo haya cometido. Según la lógica panglosiana del proyectista, corresponde entonces castigar como autor al instigador sin que pueda castigarse al perpetrador que fue "determinado" por el instigador, pero en forma tal que en efecto no lo cometió y, por consiguiente, no fue perpetrador. Esto, dejando a salvo, por supuesto, lo referente a los delitos autónomos de instigación pública delinquir y desobedecer, previstos y sancionados en los artículos 927 y siguientes del anteproyecto.

Se trata el aludido precepto, por otra parte, de una norma penal en blanco, toda vez que como lo establece el artículo 9 del anteproyecto, el tipo es incompleto o abierto, y para ser completado, se remite a disposiciones administrativas. Sin el recurso a esas disposiciones administrativas no es posible determinar, en efecto, cuál es el ámbito de las zonas de seguridad y ya se tiene la experiencia del uso abusivo de la potestad reglamentaria con propósito de impedir, mediante este expediente, el ejercicio del derecho constitucional reconocido en el artículo 53 de la Constitución en forma incondicionada. "Toda persona tiene el derecho de reunirse pública o privadamente, sin permiso previo, con fines lícitos y sin armas. Las reuniones en lugares públicos se regirán por la ley". Hay en esta admisión de la norma penal en blanco un claro desconocimiento del principio de la legalidad.

Por otra parte, debe destacarse que en el supuesto que ahora se comenta, la acción típica contiene, agregado, un elemento subjetivo que se concreta en la "realización de actividades dirigidas a perturbar o afectar la organización y funcionamiento de las instalaciones militares", así como las de las demás entidades enumeradas en el precepto. La antijuridicidad de la conducta incriminada en esta clase de delitos que incluyen en el tipo elementos subjetivos –denominados por la doctrina de

tendencia interna trascendente– depende del propósito del autor del hecho que en el caso se concreta en que las actividades que se realicen estén "dirigidas" a perturbar o afectar la organización o funcionamiento de las señaladas entidades o, en su caso, la vida económico-social del país. La antijuridicidad del hecho no depende exclusivamente de circunstancias de hecho objetivas o externas, sino que está determinada, asimismo, por actitudes, tendencias o propósitos del autor del hecho. Con los elementos subjetivos del injusto, el legislador describe ciertos estados y procesos anímicos del agente que han de ser comprobados como característicos del injusto punible.

Por último, aparte de la defectuosa redacción del precepto, conviene referirse a la entidad de la pena conminada. El anteproyecto prevé una pena de cinco a diez años de presión y multa de quinientas a un mil unidades tributarias, pena que es mayor que la conminada para el delito de divulgación de datos o informaciones que comprometan la seguridad y defensa de la nación, previsto en el artículo 188; a la conminada para el delito de traición de mandato, previsto en el artículo 181; a la conminada para el delito de espionaje u obtención de secretos, previsto en el artículo 177, a la conminada para el delito de impedir la defensa nacional, previsto en el artículo 175. Se trata, a todas luces de una pena desproporcionada, por ser más grave que la prevista para otras conductas de mayor nocividad. Esa desproporción no puede explicarse más que por el propósito manifiesto de utilizar la ley penal en la actual coyuntura política.

4. DELINCUENCIA ORGANIZADA

En el artículo 930 del anteproyecto se incrimina una conducta delictiva denominada "delincuencia organizada" que se comete "cuando tres o más personas acordaren organizarse o efectivamente se organizaren para practicar en forma permanente o reiterada conductas que unidas a otras tienen como fin el cometer cualesquiera delitos de los tipificados en este Código y cuya pena en el límite máximo supere la pena de prisión de seis años...", en cuyo caso serán sancionadas por ese solo hecho como miembros de la delincuencia organizada y se les impondrán, aumentadas en un tercio, las penas que correspondan por el delito o

delitos que cometan, sin perjuicio de las sanciones por ese u otros delitos cometidos. También este precepto es paradigmático. La imperfección técnica de los tipos es generalizada en el anteproyecto, así como la defectuosa semántica del lenguaje legislativo que se propone, como se muestra aquí.

Debe señalarse que el delito de delincuencia organizada que hace acreedor a sus autores de sanción "por ese solo hecho" como miembros de la delincuencia organizada, no tiene prevista pena alguna, de modo que funciona en la práctica como circunstancia agravante de los delitos efectivamente cometidos por los participantes en el *pactum sceleris*. En el artículo 932 se establece, además, una pena accesoria que es redundante con la pena de comiso prevista en el artículo 88 del anteproyecto.

Desde el punto de vista político criminal, como lo ha sostenido el comisario Rafael Rivero Muñoz, siguiendo las enseñanzas de Klaus von Lampe, es posible distinguir tres aproximaciones básicas al concepto de delincuencia organizada. La primera se refiere a ciertos tipos de delito, como la provisión de ciertos bienes y servicios ilegales, tomando en cuenta el grado de organización de los involucrados en esas actividades y la posición que ocupan en el entorno social y político. La segunda aproximación parte de un enfoque organizacional que privilegia, por consiguiente, la forma de la organización delictiva, independientemente del tipo de actividades criminales y de la posición social y política de sus integrantes. Otros consideran el crimen organizado, esencialmente como una condición social donde tanto las estructuras legítimas como las criminales, son parte integrante de un entorno sociopolítico corrupto, sin tomar en cuenta tampoco el tipo de delitos que se cometen o el grado de organización de quienes soportan el sistema. El tipo delictivo propuesto en el anteproyecto no parece poder encuadrarse en ninguna de estas orientaciones.

El tema del crimen, la criminalidad o la delincuencia organizada no es fácil de comprender, explicar ni definir. Cuando se trata de construir un tipo delictivo para sancionar el crimen organizado, la dificultad se hace aún mayor. La mayor parte de los estudiosos consideran necesario distinguir entre los grupos de personas que sistemáticamente cometen crímenes y que preci-

samente por esta razón se les considera formando un grupo, por una parte, y, por otra, aquella actividad criminal que propiamente se considera crimen organizado. Se dice que existe crimen organizado cuando la clase de delitos que se cometen tienen particular repercusión social y cuando los autores de esos crímenes han desarrollado la capacidad de protegerse de la persecución del Estado, bien sea por medio de la intimidación mediante el uso de la violencia o mediante la amenaza de emplearla, o bien por medio de la corrupción sistemática de las instituciones del Estado, como señalan Fernando Reinares y Carlos Resa Nestares.

En el mismo Capítulo, en el artículo 934 del anteproyecto, se encuentra previsto el delito de agavillamiento. Según el proyectista, ambos delitos "presentan entre sí ciertas diferencias conceptuales". Y así es en efecto. Mientras que en el delito de delincuencia organizada, que aunque se pretende autónomo no tiene penalidad, se requiere el concurso de tres o más personas, en el agavillamiento bastan dos. En el primer caso es preciso que los interesados se "organicen" aunque basta que "acuerden organizarse", mientras que en el agavillamiento es suficiente el pacto o asociación con el fin de cometer delitos, sin que sea requerida ni la organización ni el acuerdo de organizarse. Basta, en el delito de delincuencia organizada, "organizarse o acordar organizarse" para practicar en forma permanente o reiterada "conductas que unidas a otras tienen como fin cometer cualesquiera delitos", lo cual le atribuye a este tipo imperfecto y técnicamente deficiente una amplitud que puede ser desmesurada y que puede conducir a que cualesquiera categorías de personas puedan ser consideradas como miembros de la delincuencia organizada, concepto que se aproxima peligrosamente al derecho penal de autor. El agavillamiento, por el contrario, tiene establecida la pena, que es de prisión de dos a cinco años y multa de doscientas a quinientas unidades tributarias.

5. EL TRATAMIENTO DE LA ENTREGA VIGILADA O CONTROLADA DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O PSICOTRÓPICAS

El artículo 394 del anteproyecto prevé la entrega vigilada o controlada de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en los siguientes términos:

> Artículo 394. Definición de entrega vigilada o controlada. A los efectos de este Código se entiende por entrega vigilada o controlada el procedimiento mediante el cual las autoridades competentes, teniendo conocimiento de la entrada o salida del territorio de la República o del recorrido por el interior del mismo, de personas implicadas en la entrega de remesas (ilícitas o sospechosas) de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o de químicos esenciales desviados, las referidas autoridades le hacen un seguimiento a tales individuos, así como a quienes portan las sustancias que hubieren sido previamente sustituidas ex profeso por medio pertenecientes a las órganos de investigación penal con el fin de investigar los delitos tipificados en este Capítulo y consecuentemente a quienes resulten implicados en éstos...

El anteproyecto, independientemente de la defectuosa redacción de la norma, identifica indebidamente la "entrega vigilada" con la "entrega controlada" de sustancias estupefacientes o psicotrópicas y de químicos esenciales, toda vez que no advierte, en contra de la realidad, diferencia alguna entre tales operaciones. Este criterio que se traduce en la identificación de la "entrega vigilada" y la "entrega controlada", es a todas luces erróneo, porque entre uno y otro procedimiento existen notorias diferencias. Así se desprende, en efecto, del estudio de las normas que sobre la materia es posible encontrar en el derecho comparado.

En los casos de "entrega vigilada" el material objeto de interés en la operación, la organización del grupo, las negociaciones, el dinero, las operaciones de compraventa, el transporte, el almacenamiento, la custodia, la organización y custodia de los centros de acopio, así como la distribución, son ejecutadas bajo la exclusiva responsabilidad de los grupos delictivos dedicados al tráfico ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, sin intervención activa de las autoridades policiales o de los órganos de investigación penal, que se limitan a vigilar dichas operaciones discretamente, sin intervenir en ellas, con el propósito de adquirir mayor conocimiento de las mismas y de sus ramificaciones, aplazando su intervención hasta tanto la información sea completada. En los casos de "entregas controladas", en cambio, tanto el dinero como la infraestructura de la operación, así como el apoyo para las operaciones, son proporcionados

total o parcialmente por funcionarios policiales pertenecientes a los órganos de investigación penal, que intervienen entonces activamente en la operación para investigar los delitos y la participación de sus autores y lo hacen como agentes provocadores, con las consecuencias que de ahí derivan desde el punto de vista de la teoría del delito.

En los casos de "entrega controlada" resulta difícil en muchos casos distinguir una operación policial contra el tráfico de drogas de una verdadera o auténtica participación de funcionarios policiales en el delito, que hacen uso para ello de bienes, estructuras y recursos logísticos del Estado con fines criminales. Como ha señalado el comisario Rivero Muñoz, la "Operación Cálico", que tenía por objeto colocar en el mercado norteamericano más de mil quinientos kilos de cocaína provenientes de Colombia, reveló las dificultades de la distinción entre "entrega vigilada" y "entrega controlada" y las diferencias conceptuales que pueden existir al respecto en diversos ordenamientos. En ese caso, aun cuando en Venezuela, se consideraba la "Operación Cálico" una operación legítima y encubierta de la Guardia Nacional, en los Estados Unidos se consideró la misma una operación delictiva real, por cuya comisión fueron condenados los responsables y queda pendiente aún el juicio en contra de los funcionarios venezolanos que intervinieron en la misma. En los alegatos fiscales ante el juez Shelby Higsmith de la Corte Federal del Distrito Sur de Florida, la Fiscalía expresó que la evidencia señalaba, cuando era examinada en su conjunto, que fue ésta una *smuggling venture* llevada adelante por el general Guillén con la ayuda de Adolfo Romero Gómez.

Una disposición como la que se contiene en el anteproyecto en esta materia, tiene como consecuencia introducir en el campo de las operaciones materiales de policía y en la decisión de los jueces y la actuación del Ministerio Público, conceptos cuyo cabal alcance es desconocido, como resulta evidente de la confusión en que incurre el mismo proyectista, todo lo cual se traduce en exponer a los funcionarios públicos, a la Fiscalía y a los jueces a quedar sujetos a la descalificación, enjuiciamiento y eventualmente a la condena, por haber participado en operaciones policiales erróneas y haber incurrido como cómplices en conductas ilícitas de tráfico de drogas.

6. DEL ABORTO

La Exposición de Motivos que precede el anteproyecto de Código Penal dedica el punto 5 del Título II al aborto. Afirma el autor de la Exposición de Motivos, que la norma del último aparte del artículo 435 del Código Penal vigente, la cual establece que no incurrirá en pena alguna el facultativo que provoque el aborto como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta, es doblemente absurdo "porque no lo autoriza para salvar la salud" y porque el aborto no puede ser posible en una parturienta en trance u ocasión de parto, pues aborto y parto son conceptos excluyentes.

La norma del artículo 435 del Código Penal vigente no se encuentra en el Código Zanardelli, que le sirvió de modelo. Señala Mendoza[25] que el artículo 365 del Código Penal de 1873 consagraba la exención para "el facultativo que por salvar la vida de una mujer grávida, empleare con inteligencia medios abortivos, o que puedan tener esos resultados, no incurrirá en pena alguna". Asimismo, el último aparte del artículo 391 del Código Penal de 1887 previó la causa de exención de la misma forma que está prevista en el Código vigente. Explica Majno[26] que el proyecto de Código Penal italiano de 1887 contenía una disposición especial (artículo 365), para declarar no punible al médico o cirujano cuando justificare haber obrado con el fin de salvar la vida de la mujer, puesta en peligro por la gravidez o por el parto. Tal disposición parece conforme al concepto universal aceptado de que en tal caso el sacrificio del feto está plenamente justificado por la necesidad de preservar la vida de la madre. Las comisiones parlamentarias, sin embargo, fueron acordes al proponer la supresión de dicha disposición, la cual no fue reproducida en el texto definitivo, no ya –como explica la relación al Rey– para excluir la aplicación del concepto, sino porque se consideraba superfluo e inoportuno declararlo, ya que así lo dispone el artículo 49, del cual sería sólo una aplicación. Superfluo –dice Majno– porque los principios generales del derecho lo exigen y por lo dispuesto en el artículo 45, y también por el criterio universalmente adoptado de que toda figura

[25] J. R. Mendoza, *Curso de derecho penal venezolano*, tomo VII, Empresa El Cojo. Caracas, 1964. p. 85.
[26] L. Majno, *Commento al Codice Penale italiano.* UTET , Torino, 1915, v. II, p. 351.

delictuosa supone el concurso del dolo y éste falta cuando el hecho querido no es el aborto como fin, sino como un medio legítimo y obligatorio para salvar la vida de la madre. Peligroso, –señala asimismo el autor citado– porque la disposición propuesta se limitaba a los médicos y cirujanos, mientras que a cualquier otra persona, en las posibles contingencias del caso, debe extenderse la exención si falta el dolo; y sobre todo, porque de tal modo se subvertía la carga de la prueba, poniendo a cargo del médico la justificación de su inocencia, de donde deriva la conveniencia de dejar libre al médico de toda inquietud de responsabilidad penal frente a la urgencia del peligro por un lado, y del otro, la incertidumbre de la ciencia y las dificultades de la operación.

Es difícil imaginar cómo pudo el proyectista, al considerar la citada disposición del artículo 435 del Código Penal vigente y los criterios de la doctrina en esta materia, llegar a la conclusión que expresa en estos términos: "Aquella limitación (artículo 435) es hipócrita, discriminatoria y cruel: 1.- No hay educación sexual ni planificación familiar y tal ocasiona que el aborto se use como control de natalidad por quienes hubieran podido impedir la procreación; 2.- Las clases acomodadas pueden comprar más anticonceptivos y si hay embarazos pueden ir a EEUU y abortar: aquí el aborto es delito sólo para el proletariado. 3.- Se impone a la mujer un hijo indeseado y un cambio de vida con el cual su infelicidad es probable. Y si aborta lo hará de modo clandestino y con grandes riesgos para su vida y salud".

Basado en esta conclusión el proyectista propone la que denomina "solución del plazo" como la mejor, que se concretaría en autorizar a todas las mujeres para abortar, a fin de evitar el aborto clandestino con su estela de mortalidad, rasgos patológicos o sobrecarga institucional, mediante el aborto legal, es decir, intervenciones sanitarias correctas y técnicamente realizadas en contraposición al aborto clandestino y a las torpes maniobras de la embarazada, del personal sanitario subalterno e incluso de los curanderos. El proyectista se califica de "proabortista", en el sentido de que hace primar el aborto libre, puesto que prefiere la solución denominada "del plazo" que en principio –porque en el anteproyecto no se permite a la mujer abortar en cualquier momento de la gestación– da un derecho absoluto al aborto. Sin embargo, si era éste el

propósito del proyectista –como lo expresa en la Exposición de Motivos– es evidente que no logró plasmarlo en la normativa.

La influencia del Código Penal español es patente sobre el anteproyecto, pero, sin embargo, son abismales las diferencias de técnica legislativa. El Código Penal español regula el aborto en tres artículos (144, 145 y 146) que tipifican las diversas modalidades de aborto en razón de tres factores que determinan la responsabilidad: el consentimiento de la gestante, la cualidad de gestante del sujeto activo y la concurrencia de dolo o de imprudencia.

El artículo 144 castiga el aborto doloso no consentido; el artículo 145 tipifica el aborto consentido doloso y el autoaborto doloso, reduciendo la pena en el primer caso para la mujer que consiente; mientras que el artículo 146 regula el aborto imprudente, exceptuando del círculo de autores potenciales a la mujer embarazada. En la legislación española los supuestos del aborto consentido, que deben desincriminarse en función del grado de desarrollo del embarazo o de la preponderancia de ciertos bienes concurrentes sobre el protegido por el tipo delictivo ha quedado transitoriamente regulado por la disposición del artículo 417-bis del Código Penal abrogado en los términos de la Disposición Derogatoria Unica, 1.a) hasta tanto se dicte una nueva ley especial. La referida disposición del artículo 417-bis del Código español anteriormente vigente, es la que guarda estrecha relación con el texto del articulado propuesto en el anteproyecto, pero con notorias imperfecciones técnicas.[27]

El artículo 238 castiga el aborto doloso no consentido con prisión de quince a treinta y seis meses, cuya pena se agrava en caso de que los medios empleados para procurarlos causaren la muerte de la mujer y cuando el culpable fuere el cónyuge. Los artículos 239, 240, 241 y 242

[27] El artículo 417-bis del Código Penal español anteriormente vigente dispone textualmente: "1.- No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1ª.- Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada *y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.* En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso. 2ª.- Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto

se refieren respectivamente al aborto terapéutico, al aborto ético, al aborto eugenésico y al aborto por angustiosa necesidad social. En todos estos casos, el aborto no se considera delictuoso, siempre que fuere practicado por un médico con el consentimiento de la gestante y cuando no hubieren transcurrido tres meses o doce semana de embarazo. Sin embargo, la limitación del plazo no opera en el aborto terapéutico ni en el aborto eugenésico. El artículo 243 del anteproyecto prevé que: "No será delito el practicar médicamente el aborto a una mujer que así lo solicite siempre que la gestación no pase de tres meses". Esta última norma hace innecesarias las previsiones relativas al aborto eugenésico, al aborto por angustiosa necesidad social y al aborto ético, desde luego que aun fuera de las expresadas circunstancias constitutivas de los tipos de aborto en cuestión, la mujer es libre de practicárselo por cualquier otra razón. Hubiera sido más fácil decir que el embarazo puede ser libremente interrumpido dentro de las doce semanas siguientes, sin referencia alguna a la necesidad social, la eugenesia o a circunstancias de carácter ético.

El artículo 244 incrimina el aborto extemporáneo, que consiste en el que se practique transcurridos tres meses desde la concepción, que se castiga con pena de prisión de seis a veinticuatro meses y multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias, a menos que se trate de aborto terapéutico o eugenésico. De allí deriva que en definitiva, cuando se diagnostique que el hijo nacerá con grandes taras físicas o psíquicas, el aborto puede practicarse en cualquier tiempo, lo que hace difícil de entender la *ratio legis* de la disposición del artículo 241.

Puede decirse que las disposiciones sobre aborto constituyen un confuso y abigarrado ir y venir de ideas que semejan una danza macabra

---

se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación *y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.* 3ª.- Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, *expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.* 2.- En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada, aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos".

sobre la muerte y el sufrimiento. Se impone una revisión seria y concienzuda de esta temática en la que están implicadas cuestiones éticas y filosóficas de primer orden, y que son de difícil armonización.

7, SIMÓN BOLÍVAR Y EL BOLIVARIANISMO

El artículo 985 del anteproyecto constituye todo un monumento a la incultura. Se propone tipificar el delito de difamación e injuria contra la memoria del Libertador. El texto propuesto reza:

> Artículo 985.- Difamación e injuria contra la memoria del Libertador. Quien de alguna manera irrespete, ultraje o menosprecie el nombre o la efigie del Libertador, así como sus títulos de Libertador y Padre de la Patria, será penado con prisión de tres a seis meses y multa de veinticinco a cincuenta unidades tributarias.

La Exposición de Motivos expresa que entre las incriminaciones del Título XIX del anteproyecto "destaca el delito de difamación e injuria contra la memoria del Padre de la Patria. En este Capítulo –dice– se proponen unos tipos penales especiales en los que se castiga el irrespeto, ultraje o menosprecio del nombre, títulos o efigies del Libertador. No hay quien pueda promover la acusación en defensa de su memoria: no tiene el Padre de la Patria cónyuge, descendientes, hermanos, sobrinos, a fines ni herederos inmediatos; quizá herederos. Este anteproyecto propone unos tipos penales de eminente acción privada como lo son la difamación y la injuria, pero por tratarse del Libertador de la Patria, se convierten en delitos perseguibles de oficio por el Ministerio Público, que representa la persecución de la acción penal en nombre del Estado...".

La figura del Libertador ha representado para los venezolanos, sobre todo después de la disolución de la Gran Colombia, un mito político de enorme fuerza expresiva. Como dice Elías Pino Iturrieta[28] las explica-

[28] E. Pino Iturrieta, *El divino Bolívar. Ensayo sobre una religión republicana*. Editorial Los Libros de la Catarata, 2ª edición, Madrid, 2004. p. 25.

ciones usuales sobre el culto a Bolívar encuentran el origen del fenómeno en la liturgia promovida por los gobiernos venezolanos después de la desmembración de Colombia.[29] "Se trata de un análisis con fundamento, si recordamos cómo salían entonces de palacio las instrucciones para la fábrica del tabernáculo y cómo fue el Presidente Antonio Guzmán Blanco, a partir de 1870, uno de los arquitectos más empeñosos. Por lo menos desde 1842 cuando retornan con pompa a Caracas las cenizas del Libertador debido a las órdenes del Presidente José Antonio Páez, se puede establecer una relación nítida entre esa suerte de religión cívica y las gestiones oficiales".

Desde el decreto legislativo de 30 de abril de 1842 dictado por el Senado y la Cámara de Representantes Sobre Honores a la Memoria del Libertador General Simón Bolívar y desde la fecha del Decreto de José Antonio Páez de 12 de mayo de 1842, se instauró la nueva fe en la cual es posible observar dos hitos esenciales. El primero, la inauguración del Panteón Nacional por el Presidente Guzmán Blanco y el segundo, el nuevo bautismo de Venezuela, convertida hoy en República Bolivariana, gracias al designio del Presidente Chávez.

El Panteón Nacional se establece, como es sabido, en la Iglesia de la Santísima Trinidad y como señala Pino Iturrieta, el altar mayor se reemplaza por el sarcófago del Padre de la Patria. El resto de los altares y de los espacios del rito católico es ocupado por las tumbas de numerosos hombres públicos. Es evidente cómo la operación coloca a Bolívar en el lugar de la Divina Majestad, mientras lo rodea de un elenco de personajes que toman el espacio destinado a los apóstoles y a los santos más socorridos. "La mudanza ni siquiera le deja trabajo a la imaginación. Es un traslado mecánico de referencia y valores, en el cual sale ganando el Dios de la Nación frente al Dios del Universo. Es una mutación de

[29] G. Carrera Damas en su obra *El culto a Bolívar* (Alfa Grupo Editorial, Caracas, 5ª edición, 2003), señala que por "culto a Bolívar" entiende la compleja formación histórico ideológica que ha permitido proyectar los valores derivados de la figura del héroe sobre todos los aspectos de la vida de un pueblo. Tal culto se presenta, a su juicio, como un hecho histórico cuya objetividad se impone al investigador que intente comprender y explicar la evolución ideológica de Venezuela. El estudio histórico crítico del culto a Bolívar como forma ideológica no conlleva necesariamente disminución de los méritos históricos reales del Libertador.

deidades realizada sin disimulos para que la mole de la edificación y las flamantes estatuas que la habitan anuncien, desde su antigua inspiración confesional, el reino sacrosanto de Simón Bolívar y de los sujetos virtuosos que siguieron su ejemplo".

Los sacerdotes de ese culto han sido desde entonces, los presidentes de Venezuela, custodios y oficiantes del Panteón Nacional, quienes se han ocupado de añadirle imágenes, promesas, inciensos, milagros y beatos a las hornacinas ya atiborradas. "Precedida por la manifestación de los mandatarios que entonan jaculatorias desde 1842 y promovida por el Presidente Hugo Chávez, la Constitución de 1999 hace que la Nación se denomine República Bolivariana de Venezuela. Además, el artículo 1 del Título I de la Carta Magna señala: La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador".[30] Comenta por esto el citado Pino Iturrieta que la comarca que ya había conocido la encarnación de su redentor y la había depositado en el mármol de una elocuente basílica, tiene ahora su evangelio. El manual de la nacionalidad ha concedido al pensamiento del gran hombre la calidad de palabra sagrada.

El mito de un Libertador que regresará para redimir a los oprimidos, se ha convertido entonces en una religión, en el *logos* propio de la libertad, la justicia y la paz internacional, y del modo en que tales valores son entendidos por la Constitución como nuevo evangelio de la fe.

Como ha sido señalado, en la figura histórica del Libertador es posible distinguir significados atribuidos y reales. Es posible constatar la existencia de un significado histórico propio de Bolívar, y de otro que es un producto historiográfico estrechamente relacionado con las finalidades del culto de que es objeto.[31] "Cabe distinguir en él dos figuraciones históricas. Una, la visible y hasta cotidiana, producto de una historiografía que ha oscilado entre la pura y simple apologética boli-

[30] E. Pino Iturrieta, *El divino Bolívar.... Cit.* p. 27.
[31] *El culto a Bolívar. Cit.* passim.

variana y la diatriba no menos infundada. La otra, la auténtica, yace en alguna parte sepultada, como hemos dicho, y sólo penosamente logramos entreverla. Por obra de la primera, Bolívar es: "caminante y guiador", "caudillo incomparable", "caudillo milagroso", "complemento de todo", "genio perfecto", "perfecto representante esporádico y único de su raza, de todas las razas", "el Héroe", "San Simón Bolívar", "Dios". Por su parte, la diatriba está supuestamente ocupada todavía en fabricar un antiBolívar".[32]

No obstante la existencia de este culto y de los heterodoxos detractores a ultranza de la figura de Bolívar, resulta evidente el influjo histórico de su personalidad entre los venezolanos. De ahí la necesidad de dilucidar la herencia histórica venezolana, liberándola en cuanto a la personalidad de Bolívar se refiere, del maniqueísmo de tales valoraciones contradictorias. Una norma como la propuesta en el anteproyecto, lejos de contribuir a la satisfacción de ese apremiante y legítimo interés del pueblo venezolano, se afinca por razones espurias en la perpetuación del mito político de la divinidad de Bolívar, y con tal fin instituye una nueva blasfemia secular. Todo intento de desmitificar la figura del Libertador puede ser entendido como irrespeto, ultraje o menosprecio a su nombre y penado con prisión de tres a seis meses y multa de veinticinco y cincuenta unidades tributarias. Esta incriminación demuestra, además de una gran incultura, la disposición de los nuevos oficiantes de mantener vivo el culto religioso a la figura del Libertador para perpetuarse en la manipulación del pueblo irredento.

RECOMENDACIONES

La ley penal, en mayor medida que cualquier otra legislación, debe mantener un sustrato de racionalidad ética, toda vez que instituye un control social sancionador orientado a garantizar la convivencia social. Ese orden de convivencia no puede asegurarse ni legitimarse si no se corresponde con el sistema básico de creencias del conjunto de la sociedad.[33]

[32] G. Carrera Damas, *Op. Cit.* p. 39.
[33] J. L. Diez Ripollés, *Op. Cit.* p. 111.

Ese sistema básico de creencias está constituido por el entramado de actitudes vitales y principios reguladores del comportamiento que condicionan de manera determinante los modos de interacción de los miembros de la sociedad, y cuya aceptación está tan arraigada que sólo muy de cuando en cuando se somete alguno de sus aspectos a discusión.[34] De ahí que el primer libro de consulta del proyectista deba ser la realidad sociocultural.

Por otra parte, para la identificación de los contenidos de tutela del derecho penal es necesario tener en cuenta, como hemos señalado antes, el principio de proporcionalidad que se concreta en la justificación de la norma por su idoneidad y necesidad, así como por su certera orientación a la protección de bienes jurídicos que ameriten protección penal. La idoneidad se refiere a la eficacia de la intervención penal para la protección del bien jurídico, mientras que la necesidad se identifica con las ideas de *ultima ratio* y subsidiaridad. De ahí que tales principios aparezcan como límites necesarios a la incriminación de conductas por parte del legislador.

El proyectista debe tener ideas claras para la selección de los contenidos de tutela por el derecho penal. No todo bien jurídico puede ser eficaz y convenientemente garantizado por medio de la tutela penal. Ésta ha de reservarse para aquellas conductas que puedan calificarse de socialmente dañosas de manera objetiva. De tales conductas socialmente dañosas, el derecho penal sólo debe ocuparse de las que constituyan presupuestos esenciales para la convivencia y limitar de tal modo su intervención a las que parezcan más intolerables y de notable incidencia social. Como ha sido dicho, el derecho penal ha de limitarse a proteger los presupuestos esenciales para la convivencia frente a los ataques más graves porque sus medios de intervención son tan drásticos que es obligado que restrinja sus objetivos. Las conductas socialmente dañosas, objeto del derecho penal por su nocividad y porque afecten los presupuestos esenciales de la convivencia, deben ser seleccionadas atendiendo a la realidad de la vida social y al sistema de las creencias

[34] J. L. Diez Ripollés, *op. loc. Cit.*

dominantes. Una normativa penal que se aparte de estos presupuestos está destinada al fracaso.

Desde el punto de vista técnico, las incriminaciones deben garantizar el principio de la certeza o seguridad jurídica, debe evitarse –más allá de la textura abierta del lenguaje natural– la ambigüedad semántica del lenguaje legislativo, a fin de que puedan saberse con precisión los hechos y circunstancias de los que deriva la responsabilidad penal y se ponga coto al arbitrio del intérprete.

Debe hacerse énfasis en la necesidad de que la imputación del comportamiento a la persona sea objetiva, esto es, que el hecho sea realizado o producido materialmente por ese sujeto y que quede claramente establecida la graduación de esa vinculación entre el hecho y la persona, por medio de normas claras referentes a la participación criminal. Se requiere un estudio más profundo de los criterios de restricción plasmados en la imputación objetiva de resultado y de los principios y normas relativas a la autoría y a la participación criminal.

Debo concluir estas líneas haciendo un llamado a los proyectistas para que se apresuren a una revisión integral y concienzuda del anteproyecto que les permita precisar sus ideas en torno al fenómeno penal y no incurrir en errores tan de bulto como los señalados.

Sucinto análisis del anteproyecto de Código Penal

Jesús Enrique RINCÓN RINCÓN*

SUMARIO:

Introducción. Situación actual.

1. El anteproyecto del Doctor Alejandro Angulo Fontiveros.
2. Observaciones a la propuesta.
3. Derecho y moral. Delito y pecado. Religión y ética.
4. La violación y otros delitos de naturaleza sexual.

---

* **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 abril de 1998, actualmente Juez de Juicio. **Comisión Mixta de la Asamblea Nacional para el Estudio de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal y de Justicia Militar**, Asesor Permanente *ad honorem*. Autor de monografías difundidas en publicaciones especializadas. Seleccionado como Colaborador Permanente, en representación de Venezuela, de la **Revista Penal**, publicación semestral de las universidades españolas de Huelva, Salamanca, Pablo de Olavide y Castilla-La Mancha.

INTRODUCCIÓN. SITUACIÓN ACTUAL

El Código Penal venezolano es muy antiguo, ya que data de alrededor de 100 años,[1] y las modificaciones que se le han hecho no han sido ni profundas ni afortunadas, manteniendo así su corte clásico original. Adicionalmente, el Código Penal se encuentra prácticamente desmembrado, perdiendo gran parte de su vigencia, ya que en las últimas décadas fueron promulgadas alrededor de 80 leyes especiales que contienen normas y sanciones penales, lo que ha traído como consecuencia que algunos de los más importantes y frecuentes hechos punibles, como son: el hurto y el robo de vehículos, de ganado, los delitos contra la cosa pública, contra el ambiente, los relacionados con las drogas, etc., ya no se encuentran en su texto. Esta dispersión de normas penales está ocasionando graves trastornos e inseguridad jurídica en la población, que no sabe a ciencia cierta qué disposiciones están vigentes y cuáles no. Por ello, la Asamblea Nacional de Venezuela resolvió conformar una Comisión Especial (Mixta) para que estudiara y analizara toda esta problemática, con el objeto de que se propusieran las reformas necesarias para adaptar los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal y de Justicia Militar a la Constitución de 1999 y a los tiempos modernos, y que tratara de "codificar" todas las normas penales que se encuentran actualmente dispersas.

El 13 de marzo de 2001, la Plenaria de la Asamblea Nacional de Venezuela designó a los 21 diputados integrantes de la **Comisión Mixta para el Estudio de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal y Orgánico de Justicia Militar**, cuidando que estuvieran representadas todas las tendencias políticas y las regiones del país, presidida por el diputado Doctor Alberto Jordán Hernández, a quien acompañan en la Directiva de dicha Comisión los diputados Guillermo Palacios, Nelson Ventura y Nelson Chacín. Dos días después, el 15 de marzo de 2001, la Plenaria de la Comisión Mixta procedió a designar una **Comisión Técnica** conformada por un grupo de asesores especialistas en Derecho

[1] El Código Penal, promulgado en 1915, es prácticamente una copia del Código Penal italiano de 1889 (Código de Zanardelli), con reformas puntuales en 1926, 1958, 1964 y 2000.

Penal y en Derecho Procesal Penal, entre los cuales tuve el altísimo honor de ser seleccionado, para así acompañar a algunos de los más respetados juristas venezolanos de la actualidad, como es el caso de los Doctores Alberto Arteaga Sánchez, Hernando Grisanti Aveledo, Carlos Simón Bello Rengifo, Fernando Fernández, Beltrán Haddad, Julio Elías Mayaudón, José Luis Tamayo, José Fernando Núñez, Lolita Aniyar de Castro, Carmelo Borrego, Elsi Rosales, Esther Franco La Riva, Eleazar Guevara Sifontes, Sergio Brown, Gilberto Alcalá, Federico Gasiba, Alejandro Leal, José Soilán, Evelín Fernández y otros distinguidos abogados, algunos de ellos representando a diversos organismos como el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y las universidades, todos los cuales han dado aportes extraordinarios a la Comisión Mixta. Adicionalmente, se han recibido observaciones y recomendaciones de Magistrados y ex Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, así como de Magistrados y Jueces de otras instancias judiciales. Como Asesor o Consultor Internacional, se designó al prestigioso y reconocido Catedrático de Derecho Penal de las universidades españolas de Salamanca, Huelva y Carlos III, Doctor Juan Carlos Ferré Olivé, quien ya se ha desempeñado como asesor de numerosos países latinoamericanos y europeos, así como de organizaciones adscritas a las Naciones Unidas, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y otros organismos internacionales. También en el año 2001 el Tribunal Supremo de Justicia le encargó la elaboración del Anteproyecto de Código Penal al Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros.

Desde marzo hasta noviembre de 2001, la Comisión Mixta únicamente se ocupó de la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), iniciando el estudio para una reforma integral del Código Penal o un nuevo código en enero de 2002. De tal manera que, hasta la presente fecha, por parte de la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional, dicho estudio sólo se ha prolongado por poco más de dos años, lo cual es un lapso relativamente breve para esta clase de trabajo tan complejo y especializado.

El Código Penal vigente está dividido en tres secciones o partes, denominadas Libros, los cuales a su vez se subdividen en Títulos, Capítulos y Artículos. La Parte General o Libro Primero, comprende las disposicio-

nes y principios generales sobre los hechos punibles, las personas responsables y las penas. La Parte Especial o Libro Segundo desarrolla lo correspondiente a la tipificación de los delitos y a las penas previstas para cada uno de ellos. Y, finalmente, la Parte correspondiente a las Faltas se desarrolla en el Libro Tercero.

Ha habido mucha discusión sobre si debe hacerse una Reforma Integral del Código Penal o si es preferible redactar uno nuevo. La mayoría de los especialistas se inclinan por un Código Penal totalmente nuevo. Sin embargo, eso no sólo no es tarea fácil, que requiere de mucho más tiempo y dedicación, sobre todo para reincorporar al código las más de 80 leyes especiales actualmente existentes,[2] sino que, adicionalmente, se necesita un consenso político que en este momento no existe. Por ello, la Comisión Mixta ha estado trabajando con las dos posibilidades. En mi opinión, creo que lo que probablemente va a ocurrir es que para mediados del presente año (2004) se culmine una propuesta de Reforma Integral y luego, con más tranquilidad y utilizando como base dicha Reforma, se redactará el totalmente nuevo Código Penal.

La Comisión Mixta de la Asamblea Nacional entregó en enero de 2003, el borrador o papel de trabajo correspondiente a la Reforma del Libro Primero (**la Parte General**), para la consideración de las universidades nacionales y privadas, especialmente de sus respectivas facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas, así como de los Institutos de Ciencias Penales y Criminológicas, de los Colegios de Abogados y de los especialistas en Derecho Penal. A dicho borrador ya se le han hecho numerosas observaciones, existiendo divergencias en varios puntos importantes que esperamos se resuelvan, especialmente en relación con algunas figuras e instituciones, como es el caso del 'error'. Luego de que se le hagan todas las modificaciones pertinentes, la Parte General será presentada para su revisión y aprobación final. Es de hacer notar que en ese borrador se respetó y mantuvo el mismo articulado actual. Las principales modificaciones hasta ahora planteadas en esa Parte General, son las siguientes:

---

[2] Para revisar dichas leyes especiales, ver la obra de Fernández, Fernando. *Crímenes, Delitos y Faltas Vigentes en Venezuela*. Livrosca. Caracas. 2003. 2 Tomos.

– Se determinan con más claridad los principios rectores del sistema penal venezolano, especialmente el principio de legalidad, de prohibición de la analogía, de la irretroactividad, de la culpabilidad, de la proporcionalidad de las penas y de la cosa juzgada.

– Se definen ciertos conceptos básicos y fundamentales, como ley penal, hecho punible, funcionario o empleado público, reo, ley penal en blanco, medidas de seguridad, autor, coautores, instigador y cómplice.

– Las penas ya no se dividirán en corporales y no corporales, sino en privativas de libertad, privativas de derechos y pecuniarias.

– Se derogan las penas de presidio, de relegación a una colonia penal, de confinamiento y de expulsión del espacio geográfico de la República (esta última ya derogada por la Constitución Nacional en relación con los venezolanos).

– Entre las penas privativas de derechos se establecen algunas nuevas como 'la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad', así como las prohibiciones de conducir vehículos automotores, poseer o portar armas, residir o acudir a determinados lugares, y aproximarse o comunicarse con determinadas personas.

– También se establece la posibilidad de que la pena de arresto se pueda cumplir los fines de semana.

– Los montos de las penas de multa se actualizan y se establecen en Unidades Tributarias, de manera que no pierdan vigencia con el transcurrir del tiempo. Igualmente se determina la conversión de la pena de multa en arresto y viceversa. Se ratifica y aclara así lo que ya disponen los artículos 489 y 548 del Código Orgánico Procesal Penal en esa materia.

– Se plantea la creación de un fondo de asistencia a las víctimas de los delitos.

– Se eleva el límite máximo de la edad en que una persona puede estar en prisión a 75 años (actualmente se encuentra en 70 años).

– Se establecen medidas de seguridad privativas de libertad y privativas de derechos para las personas que sean declaradas exentas de responsabilidad penal.

– En la legítima defensa se incorpora la defensa de terceros.

– Se incorporan nuevas circunstancias atenuantes a las ya existentes, como son: haber obrado en estado de emoción, pasión o provocación, o por especiales circunstancias de apremio, el daño físico o moral sufrido por el condenado, y la indigencia o falta de educación del acusado.

– Se derogan algunas de las circunstancias agravantes actualmente existentes, como son: "ser vago el culpable" y "ser por carácter pendenciero", por ser evidentemente inconstitucionales y consagrar la responsabilidad por el autor y no por el acto.

– Se elimina la frustración y se deja sólo la tentativa de delito, ampliándola.

– Se ratifica que todo lo relativo a la ejecución de las penas corresponde exclusivamente a los Jueces de Ejecución de Sentencias, tal como ya lo dispone el Código Orgánico Procesal Penal (Arts. 64, 106, 107, 478 y ss.), excluyéndose así al Poder Ejecutivo de esos menesteres que no le corresponden, ya que el actual Código Penal todavía contiene algunas disposiciones que permiten que el Ejecutivo se inmiscuya en los asuntos jurisdiccionales, quedándole al Ejecutivo Nacional sólo lo concerniente a la administración de los establecimientos carcelarios. De esta manera se confirma que son exclusivamente los Jueces de Ejecución quienes tienen que resolver sobre todo lo concerniente con el cómputo del cumplimiento de la pena; con la inspección de las cárceles, con los traslados de los pe-

nados a los centros hospitalarios (excepto en casos de emergencia), con la conversión de las penas de multa en arresto o prisión, con ordenar la libertad del penado (aun en los casos de indulto o conmutación de pena, o de perdón del ofendido o extinción de la pena), con acordar medidas, beneficios o fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena, con acordar, negar o revocar la Suspensión Condicional de la Ejecución de la pena, con revisar los informes de los delegados de prueba, con autorizar el trabajo de los penados fuera de la cárcel, con acordar la libertad condicional, etc. Igualmente en relación con las medidas de seguridad (Arts. 419 al 421, y 513 al 515, todos del Código Orgánico Procesal Penal).

– Se define más adecuadamente la figura del error, actualizando las nociones tradicionales de 'error de hecho' y 'error de derecho', con las más modernas de 'error de tipo' y 'error de prohibición', tomando siempre en cuenta el carácter excepcional de la existencia del supuesto 'error' y que lo general es el conocimiento de la norma, para evitar así abusos y desmanes de quienes pretendan aprovecharse alegando errores inexistentes. Es menester señalar que el Estatuto de Roma vuelve a poner en el tapete las figuras de 'error de hecho' y 'error de derecho'.

– Se define más claramente "el delito continuado o permanente" (Art. 99 del Código Penal vigente), el cual ha sido en muchas ocasiones mal interpretado y peor aplicado, en beneficio de delincuentes que perpetran diversos delitos durante un mismo lapso, incluso contra víctimas distintas, al confundir esa figura con "la concurrencia o el concurso material o real de hechos punibles".

– Se aclara definitivamente que, con respecto a determinar si ha operado o no la prescripción de la acción penal de un determinado hecho punible, lo que se tomará en cuenta es si ha transcurrido **el término máximo de la pena que tenga prevista la ley para el delito de que se trata**, no el término medio como algunos han planteado y generalmente se ha estado aplicando.

– Se elimina la reincidencia como agravante genérica por considerarla inconstitucional en ese sentido, pero se la mantiene como impedimento para obtener algunos beneficios, medidas y fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, tal y como lo establece el Código Orgánico Procesal Penal en diversas disposiciones. De esta manera, no incide la reincidencia en aumentar la pena por el nuevo delito cometido, pero sí tiene efectos la conducta pre-delictual y el hecho de no ser delincuente primario, para tener derecho a optar a ciertos "beneficios" que contemplan algunas instituciones.

– Se definen más claramente los llamados delitos de consumación anticipada, los pluriofensivos y los de peligro abstracto.

– Se determina más adecuadamente la responsabilidad civil de las personas naturales y jurídicas que resulten responsables penalmente por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado a la víctima, así como la obligación del condenado de restituir la cosa ajena o su valor, de reparar el daño y de indemnizar a la víctima.

En relación a **la Parte Especial**, ya se han elaborado algunos Títulos y Capítulos y se está trabajando para presentar un borrador o papel de trabajo en los próximos meses. En la misma situación se haya el Libro Tercero de las Faltas. En general, se tiene previsto con respecto al Libro Segundo, lo siguiente:

– Reincorporar al Código Penal los hechos punibles actualmente dispersos en las diversas leyes especiales, como es el caso de los delitos contra la propiedad (hurto y robo de vehículos, de ganado, de electricidad, etc.), contra la indemnidad e integridad sexual (la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, la prostitución y la pornografía infantil, y la Ley Especial de los Delitos Informáticos), así como en materia de drogas, corrupción, ambiente, bancaria, delincuencia organizada y terrorismo.

– Tipificación de los delitos establecidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, firmado y ratificado por Venezuela,[3] esto es: crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Lo que significa incorporar, entre otros, los siguientes ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil o grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos: el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación de poblaciones, la tortura, la esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual grave, la persecución por motivos inaceptables, la desaparición forzada de personas, el *apartheid*, los actos inhumanos, los ataques o bombardeos de ciudades, pueblos o edificaciones que no sean objetivos militares, la realización de saqueos, el empleo de armas prohibidas, etc.

– La descriminalización de las conductas que ya no se justifica que se consideren punibles.

– La incorporación como delitos de aquellos actos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos relevantes y no se encuentren previstos como hechos punibles en la legislación venezolana.

– El incremento de las penas en aquellos delitos que tienen sanciones irrisorias, respetando, por supuesto, el principio de la proporcionalidad.

1. EL ANTEPROYECTO DEL DOCTOR ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS

La obra nos sorprendió, gratamente por lo demás, ya que, aunque teníamos algunas noticias sobre su elaboración, tanto de parte del propio Magistrado Angulo como del Doctor José Luis Tamayo, no habíamos logrado tener acceso al mismo. Así, no teníamos conocimiento de su contenido.

[3] Y Ley de la República, ver *Gaceta Oficial* del 13-12-2000.

Considero que este anteproyecto es un aporte sumamente importante, que proviene de un jurista respetado y reconocido, como lo es el Doctor Alejandro Angulo Fontiveros, actual Presidente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, quien conformó un equipo de colaboradores de primera línea, a la mayoría de los cuales conozco como colegas estudiosos y preparados, quienes han llevado a cabo un trabajo sumamente difícil, realmente titánico, como es el lograr compilar las dispersas normas penales que se encuentran contenidas en más de ochenta leyes especiales, que han prácticamente desmembrado el Código Penal. Ya eso solamente, es digno de admiración. Pero, por supuesto, un anteproyecto tan complicado y de tal magnitud, con más de mil artículos, que abarcan no sólo los hechos punibles tradicionales, sino que además plantea varias innovaciones y pone en el tapete algunos temas sumamente polémicos, tiene necesariamente como consecuencia que, por mucho cuidado que se haya puesto en la redacción del anteproyecto, el mismo tiene que ser objeto de muchas observaciones por parte de todos los sectores de la vida nacional, producto de un debate serio y constructivo, desvinculado de aspectos e intereses políticos y religiosos, o de cualquier otra índole distinta al jurídico, académico, cultural y social, ya que eso es en realidad lo más conveniente, necesario y deseable que puede ocurrir.

La situación socio-política que actualmente vive el país no es evidentemente la más propicia para obtener el necesario y requerido respaldo para la discusión y aprobación de un nuevo Código Penal, en parte por ello es que, ya desde hace 2 años he venido manifestando que se debe de trabajar en dos posibilidades: la de hacer una reforma integral del Código Penal y la de redactar un completamente nuevo Código Penal, para que, en el peor de los casos se logre al menos lo primero.

El escaso tiempo y espacio disponible para realizar este trabajo, aunado a la gran cantidad de artículos a analizar, hacen realmente imposible, en esta oportunidad, el efectuar un estudio pormenorizado, minucioso y comparativo, artículo por artículo, del anteproyecto del Doctor Alejandro Angulo Fontiveros, como hubiera querido, tarea a la cual espero poder dedicarme en los próximos meses. No obstante las limitaciones antes mencionadas, en las últimas tres semanas he reali-

zado un estudio preliminar de dicho anteproyecto, del cual esbozaré, en primer lugar, las cuestiones que, en general, considero positivas, las cuales son las siguientes:

– Que logró codificar la mayoría de las disposiciones legales que contienen normas penales y que actualmente se hayan dispersas en más de 80 leyes especiales.

– Que no constituye una reforma, como muchos han señalado, sino un completamente nuevo Código Penal, lo cual es un proyecto aún más ambicioso y complejo.

– Que introduce numerosas y positivas innovaciones.[4]

– Que actualiza y moderniza el Código Penal al incorporar las más modernas tendencias.

– Que les coloca "títulos" a los artículos, lo cual facilita su lectura y su aprendizaje, así como la rápida ubicación de las disposiciones por parte del interesado, especialmente cuando no se es abogado o especialista en Derecho Penal.

– Que se toman en cuenta las referencias doctrinales, la praxis judicial y la jurisprudencia de nuestros tribunales, especialmente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, así como de la Sala Constitucional.

– Que puso en el primer plano de la discusión nacional al Código Penal, lo cual es sumamente importante, ya que la redacción del nuevo código nos compete a todos los venezolanos, no sólo a los especialistas.

[4] Entre las innovaciones no puede contabilizarse la eliminación del infanticidio denominado 'honoris causa' (artículo 413), ni el abandono de niños recién nacidos por idéntico motivo (artículo 439), ya que ambas disposiciones fueron derogadas expresamente por el artículo 684 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) de 1998, la cual entró en vigencia el 01-04-2000.

– Que ha incentivado la realización de un gran debate en el seno de nuestras universidades, especialmente en las Escuelas de Derecho, Institutos de Estudios Jurídicos y Colegios de Abogados, sobre este anteproyecto, así como sobre otras propuestas que se han presentado, lo cual tiende a su perfección y enriquecimiento.

– Que se mantiene la división tradicional en tres Libros, que no sólo es la más práctica y funcional, sino que además está firmemente arraigada entre los juristas venezolanos.

2. OBSERVACIONES A LA PROPUESTA

Así como tiene aspectos muy positivos, el anteproyecto también tiene muchas disposiciones que, a mi juicio, deben ser ampliamente discutidas y mejoradas, y sobre otras, francamente considero que deben ser eliminadas. Estimo que la oportunidad es propicia para la realización de un proceso de foros, conferencias, seminarios, talleres y otros métodos de participación y discusión, para que se efectúe un gran debate sobre esta materia, lo cual beneficiará no sólo al anteproyecto, sino al Derecho Penal venezolano, tan necesitado de una doctrina y una dogmática penal propia. Sin más preámbulo, procedo a plantear las siguientes observaciones:

A LA PARTE GENERAL o LIBRO PRIMERO

El artículo 2, que trata del Principio de Legalidad, tal como está redactado crea cierta confusión, ya que contiene mucho más de lo que debe estar en una definición. Considero que dicha disposición debe llegar hasta "…circunstancias agravantes del delito", es decir, que a partir de "Todos tienen…" debería ser eliminado, por tratarse de principios generales del Derecho que no deben positivizarse. Alguien podría llegar a considerar que, si sólo se incorporan estos principios y no los demás, es que se están negando los no enunciados, que son muchísimos más. Por otro lado, este artículo no hace mención alguna de las medidas de seguridad, que debería hacerlo, sino que habla de "castigo", por lo cual no estarían abarcadas. Adicionalmente, yo propondría que se le agregara también que la "ley"

debe ser sancionada por el Poder Legislativo democráticamente elegido, tal y como lo establece la propuesta de la Comisión Mixta. Debe evitarse la posibilidad de que el Poder Ejecutivo dicte normas que contengan sanciones penales. En algunos países, como es el caso de España, las leyes que contengan alguna sanción penal tiene que ser incluso una Ley Orgánica, no una ordinaria. El Derecho Comparado nos evidencia cada vez más, que la realidad que se impone en el mundo, es que en ningún país verdaderamente democrático el Poder Ejecutivo puede dictar norma alguna que contenga sanciones penales, ni puede ser facultado o habilitado por el Poder Legislativo para hacerlo.

El artículo 4 se refiere al Principio de Culpabilidad, pero utiliza una fórmula que no es la más afortunada. Por una parte exige ser "imputable y culpable", cuando la imputabilidad es uno de los elementos esenciales de la culpabilidad. Como dice Bustos Ramírez "En la evolución de la teoría del delito, la imputabilidad ha pasado de ser una categoría autónoma a un elemento de la culpabilidad",[5] de tal manera que ya la concepción cuatripartita del delito, como una acción típica, antijurídica, imputable y culpable, no tiene muchos seguidores. La excepción establecida en este artículo 4, sobre que las personas jurídicas siempre son responsables, "a título de responsabilidad penal objetiva", tampoco me parece afortunada. Ni siquiera en ese caso puede hablarse de responsabilidad penal objetiva, porque es algo muy peligroso. Considero que con el encabezamiento del artículo "No hay delito ni pena sin culpabilidad" basta y sobra. Quizás, en vez de "delito" quedaría mejor "hecho punible". La fórmula que propuso el Doctor Beltrán Haddad en la Comisión Mixta, y que resultó aprobada, fue también muy sencilla, "No hay pena sin culpabilidad. Se proscribe toda forma de responsabilidad objetiva" (numeral 10 del artículo 1).

El artículo 5. Retroactividad. Esta disposición no prevé excepción alguna, lo cual contradice al artículo 10 del propio anteproyecto, sobre la ley penal excepcional o temporal. Debería agregarse la fórmula "Salvo las

[5] Bustos Ramírez, Juan. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. II, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 20.

excepciones expresamente establecidas en la Ley", o incorporar lo dispuesto en el artículo 10 como un aparte, reformulando el artículo.

El artículo 6 está titulado como 'Prohibición de la analogía', pero en realidad la consagra, ya que luego de 'prohibirla', dicho artículo establece "a menos que ello implique la exclusión o atenuación de las penas". Considero que la analogía no se puede aplicar al sistema penal, ni en favor ni en contra del reo, esto es, ni *in malam partem* ni *in bonam partem*. ¿Serían acaso admisibles las causas de justificación por analogía? Evidentemente que no. Se ha señalado que en el Código Penal venezolano existe uno o dos ejemplos de analogía *in bonam partem*, que han dado por considerar algunas no propiamente analogías, sino 'interpretaciones analógicas', o simples ejemplos o referencias para orientar al intérprete en un caso semejante o parecido. Pero lo cierto es que, en mi opinión, debe dejarse claramente establecido la prohibición de la analogía. En consecuencia, considero que el artículo 6 debería ser reformulado. Una posibilidad es que se deje solamente la primera parte: "La ley penal no se aplicará por analogía" y se elimine el resto. El borrador de la Comisión Mixta (numeral 3 del artículo 1) señala simplemente "La ley penal no puede ser aplicada analógicamente", que también serviría.

El artículo 7. Contiene unas disposiciones sumamente confusas al señalar que "la pena podrá ser corporal y acumulativamente pecuniaria e indemnizatoria de la víctima". En primer término, es mejor no decir que la pena es corporal, sino privativa de la libertad, como luego el propio anteproyecto hace. En segundo lugar, ¿supone esta norma que la pena no puede ser exclusivamente pecuniaria? Por otro lado, la indemnización no forma parte de la pena, y el pago de la multa debe ser siempre en relación al Estado, nunca hacia la víctima. Ya el Código Orgánico Procesal Penal establece dos instituciones, dentro de las medidas alternativas a la prosecución del proceso, que propician la posibilidad de que víctima y victimario lleguen a ciertos convenios indemnizatorios, como es el caso de los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso. Finalmente, no se hace mención alguna a las medidas de seguridad, que, aunque no son penas, se imponen en vez de la sanción, por lo cual considero que, al menos, debe hacerse una referencia a las mismas.

El único aparte de este artículo 7 es tan genérico que lo comprende todo y en mi opinión está demás, ya que se presta a malos entendidos y a aplicaciones caprichosas, porque ya todos esos principios debieron ser tomados en consideración por el legislador al momento de promulgar la ley y decidir la pena establecida para el hecho punible de que se trate, no se puede permitir que alguien interprete que se está dejando en manos del Juez que éste revise y decida si la pena asignada por la disposición legal le parece o no necesaria, si responde o no a los fines de la prevención general o especial, o si propiciará o no la reinserción del condenado.

Artículo 8: Esta disposición es tan elemental que no se justifica, sobra. Se aplican los principios generales del Derecho. Yo la eliminaría. Adicionalmente, contradice la norma del artículo 20, que está mejor que ésta.

Artículo 9. Es positivo. Se gana en seguridad jurídica y es una disposición acertada. Yo sólo le agregaría "...sin que sea admisible un segundo reenvío", tal y como propuso el Doctor Julio Elías Mayaudón en la propuesta que hizo por ante la Comisión Mixta y como quedó aprobado en el numeral 11 del artículo 1 del borrador sobre la Parte General.

El artículo 10 trata de la ley penal excepcional. Como ya antes mencioné en el comentario sobre el artículo 5, esta es una excepción a la norma general establecida en dicho artículo. Adicionalmente, creo que por un error material al artículo 10 le falta agregarle una parte para que tenga sentido. Sugiero que diga así "Se promulga para satisfacer una necesidad y durará lo que ésta **expresamente señale**, por lo cual es una ley temporal…" (negrillas mías).

El numeral 2 del artículo 12 (Extraterritorialidad) repite los requisitos establecidos en el artículo 14 (Requisitos de perseguibilidad). Lo lógico es el eliminar dichos requisitos del numeral 2 del artículo 12.

Con el artículo 16 sobre la Extradición, estoy de acuerdo. La segunda parte del numeral 3 de dicho artículo coincide con una propuesta que hice en el 2002 y que fue acogida en el borrador de Parte Gene-

ral de la Comisión Mixta, específicamente en el artículo 6, que dice textualmente así:

> No se acordará la extradición de un extranjero acusado de un delito que tenga asignada en la legislación del país requirente la pena de muerte, pena perpetua o sanción superior a treinta años en su límite máximo, **salvo que el país requirente se comprometa formalmente a que, en caso de condena, la pena impuesta bajo ninguna circunstancia excederá de treinta (30) años de privación de libertad**" (negrillas son mías). En todo caso, sugiero que a este artículo 16, después de la parte que menciona el "límite constitucional de treinta años", se le agregue "de privación de libertad.

Artículo 20. Eliminar "de la teoría del delito" dejando el resto del texto igual. La teoría del delito no deja de ser una teoría, un elemento interpretativo. La ley no establece principios de ninguna teoría, sino que establece principios a secas. La teoría del delito procede posteriormente a interpretar los principios consagrados en la ley. Estoy de acuerdo con el resto del texto. Sin embargo, este artículo contradice al artículo 8, el cual ya recomendé que fuera eliminado.

El artículo 22. Formas del delito. No es conveniente utilizar el término "delito" en el título, debería decir "hecho punible", visto que va a abarcar tanto a los delitos como a las faltas. Por otro lado, es necesario que se haga expresa mención en este artículo del vocablo 'crimen', como un tipo de delito muy grave, máxime cuando el propio anteproyecto prevé los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, y el Estatuto de Roma es ley de la República. Sugiero aquí, al igual que lo hice hace casi dos años en la Comisión Mixta, que se agregue a este artículo lo siguiente: "Se denominan crímenes a aquellos delitos que así sean expresamente señalados como tales por este código, en cumplimiento de acuerdos y tratados internacionales suscritos y ratificados por la República". Es conveniente recordar que el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución Nacional sólo permite que se impongan sanciones por "delitos, faltas o infracciones", por lo cual los "crímenes" sólo pueden ser castigados en Venezuela si se les considera como una clase de de-

litos. De no incorporarlos formalmente, alguien pudiera cuestionar la legalidad de los hechos punibles que se les denomine "crímenes", simplemente por su inexistencia constitucional. En consecuencia, a mi juicio, es necesario que se incorpore en este artículo expresamente el término "Crímenes".

El artículo 28 sobre el Delito imposible me parece interesante, pero creo que debe ser reformulado; primero considero que le falta algo después de "medios", que pudiera ser "utilizados". Segundo, la carga de la prueba siempre debe de estar de parte del Estado o del acusador, no del imputado, por ello no estoy de acuerdo en que el agente tenga que "demostrar" su poca o ninguna peligrosidad. Tercero, no estoy de acuerdo con que el Juez tenga la facultad de "rebajar libremente las penas", y menos aún de llegar "hasta declararlo inculpable". Cuarto, este artículo se remite al artículo 102; sin embargo, luego de mencionar dicho artículo, en vez de haber 'una coma', para indicar la excepción, colocaron una letra 'y' que le cambia totalmente el sentido. Finalmente, entiendo que las técnicas legislativas actuales ya no utilizan los 'parágrafos', sino los párrafos y los apartes.

El artículo 29 debe ser eliminado porque crea gran confusión, quizás motivado al hecho de que se han tomado términos de distintas fuentes. Mientras por un lado el Art. 29 habla de "perpetradores y cooperadores inmediatos", añadiendo luego a "quien ha determinado a otro a cometer la acción", el Art. 30 se refiere a los autores (perpetradores), el Art. 32 trata lo relativo a los auxiliadores necesarios (cooperadores inmediatos) y el Art. 31 trata sobre los instigadores (han determinado…). El utilizar dos terminologías es una fuente de problemas interpretativos.

El Art. 35 está completamente fuera de lugar, crea confusión y es innecesario. En mi opinión, hay que eliminarlo.

El Art. 40 sobre la "Circunstancia especial atenuante por razones sociales", estoy en total desacuerdo. Las razones son similares a las del hurto famélico. Yo lo eliminaría.

El numeral 7 del artículo 41 constituye un ejemplo de la aplicación de la analogía, supuestamente prohibida, continuando así con la tradición inconveniente del numeral 4 del artículo 74 del vigente Código Penal. Yo lo eliminaría.

El numeral 19 del Art. 42 que trata sobre considerar como circunstancia agravante el "ser de carácter pendenciero" debe ser eliminado, ya que es derecho penal de autor y no del hecho. Sólo se puede agravar la pena por circunstancias constatables y verificables en el hecho, y no por ser o dejar de ser de alguna forma.

Causas de justificación.

El numeral 4 del Art. 46 debe ser eliminado, por incluir como "Causa que excluye la antijuridicidad" el "Estado de necesidad inculpable", es decir, un claro elemento de la culpabilidad.

El Artículo 49. Obediencia jerárquica. El Parágrafo Primero confunde, opino que debe ser eliminado.

Los artículos 51 al 54 me parecen inconvenientes, ya que se ha tomado partido colocando el dolo y la culpa en la culpabilidad, circunstancia que la mayoría de los autores considera incorrecta actualmente. El código esta cerrando el debate y tomando partido sobre un tema doctrinario muy controversial, en mi opinión deben ser eliminados estos artículos. Por otro lado, el único aparte del artículo 53 repite lo ya dicho en el artículo 51 sobre los delitos preterintencionales. Con respecto al dolo eventual, se podría buscar la manera de reformularlo.

El Art. 57 acierta. Solamente debe llamarse "error de derecho" y no mencionar las causas de justificación, tema muy polémico. Ya será el juez quien determine si el error sobre la causa de justificación es sobre los hechos o sobre el derecho, y le dará la solución apropiada. Extraña sí que no se usen las expresiones 'error de tipo' y 'error de prohibición', términos que prefieren la mayoría de los más modernos códigos, aunque el Estatuto de Roma haya puesto de nuevo de moda el 'error de hecho' y el 'error de derecho'.

El Art. 58 es inconveniente además de innecesario, porque la situación quedó ya abarcada en el Art. 56.

El Art. 61 es preocupante. Hay que valorar si ese terror excluye toda la culpabilidad o parte de ella. Tal vez va mejor en el capítulo siguiente.

El Art. 62 está definiendo el dolo, no la culpabilidad. No comparto esta definición.

El Art. 64 trata el tema de la embriaguez, dividiéndola en cuatro clases:

1. Embriaguez preordenada: Estoy de acuerdo en que debe ser punible, pero nada explica el porqué debe serlo con la pena en su límite máximo. Parece una regla excesiva.

2. Embriaguez conocida: No es propio de un Derecho Penal liberal. Se juzgará peor si era notorio entre sus relaciones determinada cualidad. Es una formula próxima al derecho penal de autor y por lo tanto autoritaria.

Tampoco la solución de los numerales 3 y 4 (la embriaguez excepcional y la ordinaria) me parece la mejor. Opino que hay que reformular completamente el tema de la embriaguez.

El Art. 65, trata el tema de las sustancias estupefacientes. Opino igual que con respecto al artículo anterior (64). Creo que debe ser reformulado.

El artículo 67 trata el tema de los niños y los adolescentes. Considero que este artículo debe circunscribirse a decir que “Los niños y adolescentes que se encuentren incursos en la comisión de algún hecho punible, se rigen por la Ley Especial”. Todo lo demás no sólo sobra y crea confusión, sino que ya está en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA).

El artículo 68 se refiere a la imputabilidad del indígena. No estoy de acuerdo con esta disposición, ya que es demasiado genérica y abarca a cualquier delito, por muy grave que éste sea. Tal como está redactado podría incluir hasta homicidios. La realidad venezolana es que su población indígena, según cifras oficiales, es de alrededor de medio millón de

personas, que equivalen al dos por ciento (2%) de toda la población actual del país (25 millones). La mayoría de los 500.000 indígenas venezolanos se encuentran ya adaptados a nuestra cultura y hablan el castellano. Sólo existe un pequeño grupo, no mayor de 50.000 personas, que no están totalmente adaptadas a la civilización, que representan aproximadamente el diez por ciento (10%) de toda la población indígena y el 0,2% de la del país. Esa es la dimensión del asunto en este momento y, como es lógico, cada día se irá reduciendo el número de indígenas que pudieran tener problemas de adaptación. Considero que este tema debe ser debatido más profundamente y reformulado, limitando las posibilidades de que se le dé un uso inadecuado que propicie la impunidad. Casos como éste podría ser resuelto a través de la figura del error (artículos 56 y 57). Los parámetros deben ser los establecidos en el artículo 260 de la Constitución Nacional.

El Art. 70: No es un supuesto de inculpabilidad, sino de falta de acción (sueño). El supuesto del que obre "constreñido por otro mediante violencia a la cual no haya podido resistirse o substraerse" tampoco me parece correcto. Debe reflejarse en el estado de necesidad como causa de justificación o en el ya cuestionado Art. 61.

El Art. 72: Habla del comiso y de la publicación de la sentencia como penas accesorias, cuando ellas no son penas, sino medidas judicialmente ordenadas, que no pueden tener la naturaleza jurídica de una pena.

El Art. 77: Quizás, por los momentos, no exista otra alternativa, y el arresto se deba cumplir en las instalaciones allí enunciadas. Sin embargo, debe de preverse la creación de instalaciones especiales para recluir allí, exclusivamente, a quienes sean condenados a cumplir penas de arresto. Se debe también tener mucho cuidado en que el arresto no se convierta en la práctica en una pena administrativa, lo que sería un auténtico despropósito.

El Art. 78: No estoy de acuerdo con que se pretenda convertir a la multa en un resarcimiento a la víctima. La naturaleza de la multa no debe confundirse con la reparación. La multa aquí establecida es una sanción penal, cuya cantidad económica debe ir al Estado. De lo contrario, la víctima

podría no aceptarla o devolverla, lo que no es apropiado. Sería prácticamente una especie de "pena privada", lo que es inaceptable.

El Art. 79 trata sobre el cálculo de la multa y es una norma correcta, ya existe una disposición similar desde la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal del 14 de noviembre de 2001, en el último aparte del artículo 489, que se refiere a la pena de multa, donde se establece que "A los efectos de la aplicación de las multas previstas en el Código Penal, por cada cien bolívares o fracción menor, el penado pagará la suma equivalente a una unidad tributaria, estimada para el momento de la comisión del hecho". Lo que ha ocurrido es que pocos Tribunales aplican dicha disposición. Ver también el artículo 548 *eiusdem* (valor de la unidad tributaria).

El Art. 91 habla de "la pena de comiso", que no es una pena.

El Art. 92 habla de la "pena" de publicación de la sentencia en la prensa, lo cual, como ya antes dije, constituye un error, porque tampoco es una pena.

El numeral 2 del Art. 95 vuelve a considerar el comiso respecto a las personas jurídicas como una pena. No estoy de acuerdo.

El numeral 8 del Art. 95 vuelve a considerar a la publicación de la sentencia como una pena. Tampoco estoy de acuerdo.

El Art. 96 es una disposición procesal, ajena al Código Penal, propia del Código Orgánico Procesal Penal.

El Art. 97 también es una disposición procesal, ajena al Código Penal, propia del Código Orgánico Procesal Penal.

El Art. 100 se refiere a la Reincidencia. Se le han hecho muchos reparos a la reincidencia como institución. Algunos la consideran inconstitucional, incluyendo al Ministerio Público.[6] Creo que es un tema que debe

[6] Ver Informe especial presentado a la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional.

ser debatido, en la propuesta de la Comisión Mixta se le elimina como agravante de la pena y sólo se le mantiene como impedimento para obtener algunas medidas y beneficios.

Art. 106: Es una adecuación de la norma actualmente existente. Es necesario un debate más profundo respecto a las reglas del concurso real, sobre todo respecto a los límites máximos imponibles. Por supuesto que no se puede pasar de 30 años, pero debe haber otros límites al concurso real, para no imponer por muchos delitos, que no puedan constituir delitos continuados, penas exageradas.

Art. 124: Tratamiento de los indígenas. Me parece un tema muy complejo y delicado, y la solución no me parece que sea la más adecuada. Parece una culturización obligatoria. Merece más reflexión.

El Art. 129 modifica ligeramente al artículo 48 del Código Orgánico Procesal Penal, con el que también tengo algunas reservas.

Art. 129 numeral 3: Esto es un error. El indulto no puede ser nunca la causa para que se declare la extinción de la acción penal, porque para conceder el indulto el reo tiene necesariamente que encontrarse cumpliendo la pena. El indulto sólo puede ser causa de la extinción de la pena que se le haya impuesto al reo. En cambio, la amnistía sí puede ser tanto causa de extinción de la acción penal como de la pena. Entre la amnistía y el indulto hay ciertas diferencias que son las siguientes:

1. La amnistía es un acto de la competencia del Poder Legislativo Nacional (Asamblea Nacional), consagrado en el numeral 5 del artículo 187 de la Constitución Nacional. El indulto es una gracia de la exclusiva competencia del Poder Ejecutivo, es una facultad inherente al Presidente de la República, consagrada en el numeral 19 del artículo 236 *eiusdem*. 2.- La amnistía se 'decreta' y generalmente se hace por delitos políticos. El indulto se 'concede', y puede hacerse por delitos políticos o comunes; también puede concederse por delitos militares, rigiendo en este caso las disposiciones del Código Orgánico de Justicia Militar. Sin embargo, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Nacional de 1999, los delitos de lesa humanidad, las violaciones graves a

los derechos humanos y los crímenes de guerra "quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía". 3.- La amnistía implica una ley que contiene disposiciones generales y abstractas, que no se refieren a personas nominativamente designadas, sino a delitos, y beneficia y ampara tanto a las personas que están siendo procesadas como a las que ya han sido condenadas por sentencia condenatoria definitivamente firme, por la perpetración del delito o de los delitos (general, tradicional e históricamente delitos políticos), comprendidos en la Ley de Amnistía. En cambio, el indulto se hace nominativamente, individualmente, se otorga a una o a varias personas y se concede de acuerdo al bajo índice de peligrosidad o cuando hay duda de la justa condenación de la persona en el momento inicial, o en el caso de resocialización, o cuando así lo considere conveniente el Presidente de la República. 4.- La amnistía extingue la acción penal y la pena, es una causa de extinción común tanto de la acción penal como de la pena, según la fecha en que entre en vigencia la Ley de Amnistía, y con relación al estado en que se encuentre la persona beneficiada, en ese momento. Si la persona está siendo procesada, la amnistía con respecto a esa persona extingue la acción penal; si la persona ya ha sido condenada por sentencia definitivamente firme, la amnistía con respecto a esa persona extingue la pena. Esto, porque en la amnistía se atiende al delito mismo, luego por el mismo delito puede haber procesados y condenados, y esto es lo usual. En cambio el indulto sólo extingue la pena, porque es una causa específica de extinción de la pena; y para que el indulto proceda válida y jurídicamente no sólo tiene que haberse impuesto una sanción, sino que, adicionalmente, dicha pena debe haber sido dictada mediante una sentencia condenatoria definitivamente firme, pasada en autoridad de cosa juzgada, o sea, cuando contra ella se han ejercido y agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios que la ley acuerda, o cuando no se ejercieron dichos recursos dentro del lapso legal correspondiente y la sentencia definitiva quedó firme.

El numeral 7 del Art. 129. Considero que establecer el pago de la totalidad de la multa sin más, como causa de la extinción de la acción penal, es un error. Podría ser interpretado como un intento de mercantilizar el Derecho Penal, que me consta no es la intención de los redactores. Debe haber primero la admisión del hecho y una sentencia condenato-

ria, y luego, como consecuencia de dicha condena, el pago de la multa. De lo contrario, quien tiene dinero puede delinquir libremente sin que quede registro alguno de su condena. Por otro lado, dicho numeral 7 del anteproyecto se contradice, ya que habla de "la pena impuesta", cuando se está declarando la extinción de la acción penal y, por supuesto, no se va a "imponer" pena alguna. En todo caso, de dejarlo así, con lo cual no estoy de acuerdo, para que tuviera sentido, tendría que decir "El pago de la totalidad de la multa, únicamente cuando la pena **que tenga asignada el hecho punible** sea sólo de esta especie".

Al Art. 136 le falta el declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

Los artículos del 137 al 140, inclusive, no son materia del Código Penal sino del COPP.

En los artículos 142 y siguientes hay distintas disposiciones propias del COPP y no del Código Penal

Desde el Art. 148 al 167. El texto sobre la Responsabilidad Civil es similar al de la Comisión Mixta, conforme a las propuestas que hicimos José Luis Tamayo y mi persona en su oportunidad (Diciembre 2002). No tengo mayores objeciones por los momentos, pero considero que, de todas formas, hay que analizarlo con mayor profundidad.

CONSIDERACIONES FINALES AL LIBRO PRIMERO

Considero que es un buen borrador de trabajo, pero hay que pulirlo mucho más. Las observaciones las sintetizaría así: Es demasiado extenso. En algunos casos se toma partido por elementos de la teoría del delito que impiden el debate científico. Contiene algunos errores y ciertas imprecisiones en algunas materias que deben ser corregidas. Repite algunas disposiciones y otras se contradicen entre sí. También es cierto que algunos temas los soluciona acertadamente, entre otros, por ejemplo: el

Art. 44 sobre la circunstancia ambivalente, que me parece una norma interesante; el Art. 45 de las causas de justificación, que está muy bien, es positivo; el Art. 105 sobre la pena del cómplice, que es correcto.[7]

PARTE ESPECIAL o LIBRO SEGUNDO

Mi primera observación es sobre la ubicación sistemática que se ha hecho de los delitos, no compartiendo así el criterio expresado en la Exposición de Motivos del anteproyecto, en relación a que debe tratarse primero los delitos contra la Independencia y Seguridad del Estado. En mi opinión, el Libro Segundo debe ordenarse de acuerdo con el valor de los bienes jurídicos tutelados, y, es evidente, que el primer y más valioso valor es la vida humana. A partir de ese valor se pueden construir todos los demás valores, pero siempre hay que empezar por la vida. Si el anteproyecto se tratara de una Reforma Integral del Código Penal, estaría totalmente de acuerdo en que incluso se mantuviera el mismo articulado y la misma sistematización del actual Código Penal, precisamente por no ser algo definitivo. Pero siendo como es, un anteproyecto que propone un Código Penal totalmente nuevo, considero que se debe de respetar el orden lógico de los valores, comenzando por el más valioso de todos. Ya desde hace mucho tiempo se han abandonado los planteamientos de los Códigos Penales del siglo XIX, que le daban más valor al Estado que a los ciudadanos. El caso del Código Penal alemán es un buen ejemplo, ya que comienza con los delitos de traición a la paz, alta traición y amenaza al Estado democrático de derecho, pero ello, porque es un Código que fue promulgado el 15 de mayo de 1851, por lo que tiene más de 150 años de antigüedad y, aunque ya ha sido modificado en más de cien ocasiones, no ha podido ser sustituido por uno totalmente nuevo,[8] a pesar de los más de diez intentos que se han hecho, los cuales, como señala Roxin, han fracasado "esencialmente a que circunstancias políticas e ideológicas siempre impidieron la efec-

[7] Disposición similar fue propuesta por el Doctor Juan Carlos Ferré Olivé a la Comisión Mixta.
[8] La Parte General sí es nueva, pero la Parte Especial sólo ha sido mejorada, y, como dice Roxin, "en sus fundamentos, todavía proviene del año 1871". Citado en *Código Penal Alemán StGB Código Procesal Penal Alemán StPO*, Emilio Eiranova Encinas (Coord.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000. p. 16.

tividad de una concepción global".[9] En consecuencia, mi primera observación del Libro Segundo es que se debe empezar por los ciudadanos y su vida, y luego, oportunamente, construir los demás bienes jurídicos.

En relación a los delitos contra la independencia y seguridad del Estado, no tengo mayores observaciones por los momentos que hacer, porque prefiero estudiarlos con mayor profundidad, tiempo y detenimiento. No obstante, de antemano manifiesto que, en general, algunas de las penas me parecen muy elevadas, llegando hasta el máximo posible (30 años). En consecuencia, por ahora, sólo hago las siguientes observaciones:

La pena del Art. 178 me parece incorrecta. Estimo que no debe sancionarse con más pena (3 a 6 años), la divulgación culposa de un secreto, que el homicidio culposo del Art. 215 (3 a 5 años).

El Art. 190 sobre la Rebelión, dice "en actitud hostil", creo que debería decir "violentamente". No es lo mismo, ya que la hostilidad es una actitud subjetiva, en cambio la violencia debe ser exteriorizada y objetiva.

El Capítulo IV sobre las agresiones y ofensas a los altos funcionarios lo considero problemático. Creo que la conducta punible no está bien determinada, ¿a qué clase de ofensa y agresión se refiere? No puede ser cualquiera, está demasiado genérico. Todos los funcionarios públicos están expuestos a críticas que en ocasiones pueden ser muy fuertes, sin que esto signifique que necesariamente los críticos estén incurriendo en delito. Estoy de acuerdo que se sancionen los excesos inaceptables, pero sin afectar el principio de legalidad. Por ello este tipo de disposiciones no pueden ser abiertas, deben ser muy limitadas y justificadas, que no afecten los derechos que tienen todos los ciudadanos de protestar y de expresar sus opiniones e ideas en un país democrático. Por otro lado, considero que todas esas disposiciones que abarcan seis artículos (del 194 al 199), no sólo establecen penas excesivamente elevadas para sancionar unas ofensas, sino que podrían simplemente ser incorporadas como agravantes de los delitos de difamación e injuria, ya previstos en los artículos 265 y siguientes del anteproyecto.

---

[9] *Ibíd.*

El Art. 197 me parece innecesario, pues, en mi opinión, el Estado como tal no posee realmente un honor que deba ser protegido o tutelado penalmente. Por cierto, faltó mencionar al Poder Electoral.

En relación con el homicidio:

La agravación del Art. 211 no se justifica en ninguno de sus apartados. Debería ir por la vía del homicidio simple del Art. 210. Se repite así uno de los errores del Código vigente.

El Art. 217 me parece bien.

El Art. 222 es procesal. Debe ir al COPP.

El Art. 226. Dice que "no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de acciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas". ¿Qué quiere decir? Si es una acción lícita no se necesita esta disposición, basta con las causas de justificación que consideran impune el ejercicio legítimo de un derecho. Tema polémico y escabroso, que puede traer problemas.

El Artículo 228. Circunstancia agravante: cuando la víctima sea un anciano. Estoy de acuerdo con esta agravante, lo que no comparto es que a cada momento se establezcan agravantes y atenuantes aquí y allá. En mi opinión, y en la medida de lo posible, todas las circunstancias agravantes deben señalarse expresamente en una sola disposición, aplicables a cualquier delito, o determinando a cuáles hechos punibles. Lo mismo con respecto a las atenuantes. Así se evitan confusiones, se facilita el trabajo de Jueces, Fiscales, Defensores y abogados, y se disminuye el número de artículos. Por ejemplo, en este caso, ¿por qué no sería también agravante que la víctima fuera menor de x edad, o que estuviera imposibilitada o inválida, cualquiera fuera su edad?, ¿por qué no se aplica esta circunstancia agravante también a los delitos de robo, secuestro, violación, etc.?

El Artículo 229. Homicidio y lesiones en el deporte. Me parece innecesario por obvio.

Art. 230: Riña cuerpo a cuerpo. Esta disposición se encuentra actualmente consagrada en el último aparte del artículo 424 del Código Penal vigente, y, en vez de aprovechar para eliminarlo, se repite. Recomiendo eliminar.

Art. 231: Ejecución colectiva. Es la complicidad correspectiva del actual Código Penal (Art. 426). Genera una presunción contra reo. Considero que cada uno debe responsabilizarse, y ser responsabilizado de lo que se pruebe, ni más ni menos. Esta es una formula para evitar la carga de la prueba en la Fiscalía y facilitarles el trabajo.

El Art. 232: Conducción de vehículos automotores en estado de embriaguez. Estoy de acuerdo, pero este artículo no tiene nada que hacer entre los delitos de lesiones, ya que no se exige que se produzca lesión alguna. Es un delito de peligro abstracto, muy debatido y cuestionado por algunos. Actualmente se encuentra contemplado como una infracción administrativa en la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, sancionada con suspensión o revocatoria de la licencia de conducir.[10] Dicha ley también presume, salvo prueba en contrario, que el conductor es responsable de un accidente de tránsito cuando al ocurrir éste, "…se encuentre bajo los efectos de bebidas alcohólicas, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o conduzca a exceso de velocidad".[11] Considero que debe incorporarse como "delito contra la seguridad del tráfico". Por cierto, debe determinarse claramente cuándo se considerará que una persona se encuentra "embriagada". Si no, esto se va a prestar a diversos abusos.

Art. 233: Lesiones y homicidio culposo por embriaguez. Muy cuestionable. Se deben sancionar las lesiones culposas producidas o el homicidio culposo producido, sin más.

Los artículos 238 al 245. El aborto. Tema sumamente polémico. Si se establece el Aborto libre (Art. 243), estarían demás los artículos 240 y

[10] *Gaceta Oficial* N° 37.322 de fecha 12 de noviembre de 2001.
[11] *Ibíd.* Artículo 129.

242. Únicamente estoy de acuerdo con descriminalizar el aborto en caso de violación (el llamado aborto ético del artículo 240), además del terapéutico (Art. 239), el cual ya existe en la legislación vigente (último aparte del artículo 435 del Código Penal venezolano). Además del aborto libre, estoy especialmente en desacuerdo con el aborto por angustiosa necesidad social. Por otra parte, el Art. 244 no debe comenzar con un "Se reitera", sino simplemente "Si han transcurrido…"

Considero que las obligaciones constitucionales que tiene el Estado con los ciudadanos, de proveerlos de alimentación, vivienda, vestido, sistema de salud, trabajo, educación, etc., no pueden ser eludidas o sustituidas por el mismo Estado, con normas que pretenden eliminar el resultado del problema, y no el problema en sí. Venezuela, con 25 millones de habitantes, no es precisamente un país con exceso de población, no es el caso de China o la India. En todos los países desarrollados, los problemas sociales y económicos se han solucionado mediante exitosos programas de desarrollo, no mediante la criminalización o descriminalización[12] de conductas. Por otro lado, aún en el caso de que existan alrededor de 40 países que sean muy liberales en relación con el aborto, ese número representa alrededor del 20% del total de países que hay en el mundo, que son casi 200. Eso, sin contar que con muchos de esos países tenemos muy marcadas diferencias culturales y políticas, en cambio, de los países latinoamericanos, sólo Cuba ha legalizado el aborto, y entiendo que lo hizo por su sistema de gobierno. Me sorprendió la inclusión de los Estados Unidos entre los países que presuntamente habrían despenalizado el aborto, ya que entiendo que, a pesar de que hay importantes diferencias entre las legislaciones de los distintos estados que conforman esa unión, la mayoría criminaliza el aborto, y sólo lo autoriza en casos muy especiales. Prueba de ello es la legislación de Puerto Rico, en cuyo Código Penal (artículos 91 al 93) se sanciona el aborto con penas de 3 a 5 años de reclusión, permitiéndolo únicamente en el caso de que peligre la vida o la salud de la madre. Coincido sí, en que, a pesar de la disposición constitucional de que la vida del ser humano está protegida desde la concepción, al momento de un conflicto donde haya

[12] Algunos prefieren hablar de penalización y despenalización.

que decidir entre dos vidas, la de la mujer y la del embrión, es la madre la que debe decidir, pero no porque su vida sea de mayor o menor entidad, sino porque ella es la única persona que puede ser consultada y en condiciones de tomar una determinación. Considero que los motivos para permitir el aborto tienen que ser excepcionalísimos, cuando no haya otra solución posible, por ello, de no estar realmente en peligro la salud o la vida de la madre, u otra razón de gran entidad, como el haber sido víctima de violación, no debería ser autorizado. Es un tema donde muy difícilmente se va a llegar a acuerdos y que probablemente tendrá que ser resuelto mediante referéndum.

3. DERECHO Y MORAL. DELITO Y PECADO. RELIGIÓN Y ÉTICA

Mucho se ha dicho que con la Ilustración y el Liberalismo se consolidó la separación entre Derecho y Moral, que en el campo del Derecho Penal significó el deslinde entre las transgresiones éticas y las delictivas, o más específicamente, entre delito y pecado. Nadie pretende volver al pasado, todo lo contrario, pero no deben confundirse los principios éticos y morales con los religiosos. El Derecho tiene que seguir separado de la religión, pero no puede estar totalmente desvinculado con los principios éticos y morales de una sociedad. Hay una moral y una ética religiosa, pero también existe una moral y una ética laica, seglar, que nada tiene que ver con creencias religiosas. Prueba de ello, es la gran cantidad de personas ateas o no practicantes, que son ejemplos para la sociedad, precisamente por su respeto a las disposiciones legales basado en principios éticos y morales, los mismos que fundamentan nuestras normas y leyes. Es absurdo pensar en un ordenamiento jurídico que no esté fundamentado en una serie de principios. Quienes no los quieran denominar éticos y morales los llamarán ciudadanos, republicanos o con otro nombre, en el fondo es lo mismo. Se tiene que mantener la separación del Derecho con la religión y con el pecado. Por ello no debemos hablar de delitos inmorales en el sentido religioso o pecaminoso, pero sí hay delitos que violan los cánones de la ética y la moralidad ciudadana y republicana, que también existe.

4. LA VIOLACIÓN Y OTROS DELITOS DE NATURALEZA SEXUAL

En relación con este tema de los Delitos de Naturaleza Sexual, que en el Código Penal venezolano vigente aparecen tipificados en el Título VIII, con la tradicional denominación de "Delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias", presenté en mayo de 2003 un detallado Informe a la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional, el cual fue ampliamente discutido en el seno de la Comisión y donde se le hicieron algunas observaciones. El Informe final, luego de hacerle las modificaciones correspondientes, fue consignado por mi persona en julio de ese mismo año, resultando finalmente aprobado en agosto de 2003. Dicho Informe, constante de 60 páginas, contiene un análisis del tratamiento que se ha dado a estos delitos en 20 países del mundo, además de Venezuela. Específicamente en Alemania, Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, España, Holanda, Italia, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Puerto Rico y Uruguay. Así mismo, al final de dicho Informe, se hace una proposición concreta de cómo deben quedar tipificados los delitos en caso de una Reforma del Código Penal, lo que aplica igualmente en caso de un nuevo código. Adicionalmente, también elaboré un pequeño trabajo sobre este mismo tema, el cual salió publicado en julio de 2003.[13] Por esas razones, voy a detenerme un poco más en estos asuntos.

La primera observación que tengo es con relación a la ubicación, considero que los delitos de naturaleza sexual (violación, actos sexuales, acoso sexual, etc.) deben estar entre los "Delitos contra la libertad, la integridad y la indemnidad sexuales", no entre los "Delitos contra la vida y la integridad personal". Sugeriría integrar los delitos de naturaleza sexual con los delitos contra la familia, contra los niños y adolescentes y algunos contenidos en la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos, el Título pudiera ser "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, así como contra la familia y el orden social"

[13] Revista Penal N° 12. Ed. La Ley. Madrid. Julio 2003. pp. 212-218.

El artículo 250. La Violación. Este artículo, tal como está redactado, es muy similar al actual 375 del Código Penal vigente, lo que constituye un retroceso a la evolución que ha tenido esta figura delictiva, sobre todo a partir de la promulgación de la LOPNA (Arts. 259 y 260), que no habla de 'coito' sino de cualquier 'acto sexual' que implique penetración genital, anal u oral. El propio Código Penal vigente habla de 'acto carnal'. Considero más apropiado utilizar el término 'acceso carnal'. Por otro lado, el anteproyecto establece que sólo "el hombre" puede cometer el delito de violación, cuestión que ya hace tiempo fue superada, porque también puede ser cometido por una mujer o por un adolescente. Hasta el propio artículo 375 actual, simplemente dice "El que…", por lo que el agente puede ser cualquiera, hombre, mujer, adolescente. En consecuencia, opino que este artículo debe ser totalmente reformulado, para que se incluya expresamente la posibilidad de que el delito de violación pueda ser realizado mediante acceso carnal vaginal, anal u oral, así como también mediante la penetración con dedos u objetos por la vagina o por el ano, tal y como lo contemplan los más modernos códigos. Por otro lado, el artículo 450, que trata de la Violación entre cónyuges, incurre en el mismo error, de considerar que sólo puede ser el hombre el agente, además de repetir innecesariamente la figura delictiva. Igualmente se repite la figura en los artículos 463 y 464, en relación con los niños y los adolescentes, pero, inexplicablemente, en dichos artículos se eliminó la disposición de la LOPNA que consagra la posibilidad de que el acto o abuso sexual se cometa mediante la penetración genital, anal u oral, lo cual es una omisión muy grave.

El Art. 253: Modo de proceder. Este artículo contiene disposiciones procesales que de alguna manera contradicen al artículo 25 del Código Orgánico Procesal Penal, que sólo exige la "denuncia" y no la "acusación privada". En Venezuela generalmente se había considerado que los llamados delitos sexuales eran por su naturaleza delitos de acción privada, aun los más graves, y que sólo se convertían en delitos de acción pública cuando se cometían conjuntamente con otro hecho punible que era perseguible de oficio o contra ciertas y determinadas personas. Por ejemplo: en el caso de concurrencia del delito de violación con un robo agravado, o en el caso de violación y lesiones, cuando dichas lesiones no constituyan elementos que configuren y formen parte integrante de

la propia figura de la violación, es decir, que no estén subsumidas dentro de ese delito. En el Código Penal venezolano vigente (Art. 380), se establece como norma general que en relación a estos delitos "el enjuiciamiento no se hará lugar sino por acusación de la parte agraviada o de quien sus derechos represente", estableciendo sin embargo tres excepciones donde se procede de oficio: 1) Si el hecho hubiere ocasionado la muerte de la persona ofendida, o si hubiere sido acompañado de otro delito enjuiciable de oficio. 2) Si el hecho se hubiere cometido en algún lugar público o expuesto a la vista del público. 3) Si el hecho se hubiere cometido con abuso del poder paternal o de la autoridad tutelar o de funciones públicas. Estas son las mismas excepciones que establece el artículo 253 del anteproyecto, al cual le agregaron una excepción adicional para el caso de que la víctima sea un niño o un adolescente (por mandato de la LOPNA). Pues bien, esto ya no se justifica, al menos con respecto a delitos tan graves como la violación, que causa conmoción y lesiones de toda índole (físicas, psicológicas, morales, etc.), no sólo a la víctima sino a su familia y a la comunidad en general. Esta condición de acción privada fue ya modificada hace varias décadas, en relación con los menores de edad, por las disposiciones contenidas en los ordinales 4 del artículo 156 y 7 del artículo 142, ambos del ya derogado Estatuto de Menores,[14] que le concedió al Procurador de Menores la facultad de ejercer las acciones penales, aun cuando los delitos fueren de acción privada cuando la víctima sea un menor. La situación se modificó aún más con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) del 2 de octubre de 1998, que entró en vigencia el 1° de abril del año 2000 y que derogó, entre otras, a la Ley Tutelar de Menores, ya que establece en su artículo 216 que **"Se declaran de acción pública todos los hechos punibles cuyas víctimas sean niños o adolescentes"** (las negrillas y subrayado son mías). Por otro

[14] El Estatuto de Menores (promulgado en 1949 y reformado en 1975) fue derogado por la Ley Tutelar de Menores de 1980, que contemplaba una disposición similar en el numeral 3 del artículo 151, estableciendo, entre las atribuciones de los Procuradores de Menores, la siguiente: "3. Ejercer las acciones legales que nazcan de hechos cometidos contra menores, aun cuando fueren de acción privada, en cuyo caso no les serán aplicables ninguna de las disposiciones del Código de Enjuiciamiento Criminal concerniente a los acusadores". La Ley Tutelar de Menores fue a su vez derogada implícitamente el 1° de abril de 2000 al entrar en vigencia la LOPNA.

lado, el Código Orgánico Procesal Penal (COPP), aunque sigue considerando a estos delitos como 'de instancia privada' (cuando las víctimas sean personas mayores de edad), hace una excepción con respecto al procedimiento al disponer expresamente **"Sin embargo, para la persecución de los delitos de instancia privada previstos en los Capítulos I, II y III, Título VIII, Libro Segundo del Código Penal, bastará la denuncia ante el Fiscal del Ministerio Público o ante los órganos de policía de investigaciones penales competentes, hecha por la víctima o por sus representantes legales o guardadores, si aquélla fuere entredicha o inhabilitada, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales. Cuando la víctima no pueda hacer por sí misma la denuncia o la querella, a causa de su edad o estado mental, ni tiene representantes legales, o si éstos están imposibilitados o complicados en el delito, el Ministerio Público está en la obligación de ejercer la acción penal. El perdón, desistimiento o renuncia de la víctima pondrá fin al proceso, salvo que fuere menor de dieciocho años"**[15] (las negrillas y el subrayado son mías), facilitando de esta manera la persecución penal. Los delitos previstos en los Capítulos I, II y III del Título VIII del Libro Segundo son: la violación, los actos lascivos, el acto carnal, la corrupción de menores, la seducción con promesa matrimonial, el incesto, los ultrajes al pudor, el rapto, la inducción a la prostitución o a actos de corrupción. En otros países, como el caso de Perú, se ha avanzado incluso mucho más que aquí en Venezuela, la Ley N° 27115 del 17-05-99, modificó en este mismo sentido el Código Penal peruano, **considerando de acción pública a todos los delitos contra la libertad sexual**.[16] Igual hizo Colombia, cuyo artículo 35 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 del 2000) no incluye a estos delitos como de acción privada (querella de parte) sino que los considera **perseguibles de oficio** (de acción pública). Es necesario, a mi juicio, que se

[15] Artículo 25 del COPP. Promulgado en 1998, modificado en el 2000 y en el 2001 (G.O. 5558 del 14-11-01)

[16] *Compendio de Legislación Penal. Código Penal (y otros). Jurisprudencia*. Ed. Normas Legales. Trujillo (Perú). 2001. 633 p.

revise esta situación y se proceda a adoptar las disposiciones que sean necesarias para continuar, ampliar y profundizar aún más esta tendencia, ya que no se justifica que en Venezuela el mismo delito (violación) sea de acción pública para unos y de instancia privada para otros, a veces por una diferencia de un día en la edad de la persona agraviada, vulnerándose así el principio de la igualdad ante la ley, ya que, en mi opinión, ciertos delitos, como la violación, deben ser de acción pública para todos, sean o no menores de edad las víctimas, para facilitar su persecución, y no exigir la acusación privada de la víctima.

Los artículos del 260 al 263: El Rapto. La figura del rapto ha desaparecido de muchos códigos, prácticamente de casi todos. En la Comisión Mixta fue eliminado. La situación es la siguiente: si hay una privación ilegítima de libertad, se va por ese delito. Si hay una agresión sexual, habrá concurso real de delitos (o concurso ideal en su caso). Lo de los fines libidinosos no cuenta. La figura del rapto es obsoleta y debe desaparecer como figura autónoma.

El Art. 265: Difamación. En mi opinión, las personas jurídicas no tienen honor. Por ello no deberían ser susceptibles de considerarse sujetos pasivos de la difamación.

Art. 266. Injuria. La acción prohibida debe quedar claramente descrita: "ofender" es un término muy amplio y genérico. Debería concretar en imputar a alguien algo… Falta concreción en el tipo.

El Art. 270 es muy polémico. Se basa en una inversión de la carga de la prueba. Opino que debe ser reformulado.

Art. 277: Circunstancias atenuantes. Me parece muy discutible la procedencia de la reducción de la pena en una tercera parte, cuando los autores o partícipes sólo suministren información que conduzca a la recuperación del cadáver del desaparecido. Se justificaría más la rebaja, en el caso de que debido a la información aportada el desaparecido aparezca con vida. Por otra parte, al dar la información del lugar en que se encuentra el desaparecido, con vida o sin ella, implica el admitir o confesar la participación en el hecho, ¿Cómo queda entonces el proce-

dimiento especial por la admisión de los hechos?, que ya prevé una rebaja de la pena.

El Art. 300. Privacidad de las comunicaciones orales. Esto no es lo correcto. No se pone en ninguna parte del Código Penal el bien jurídico protegido en un artículo particular. ¿Por qué no se hace lo mismo al principio de cada título? Considero que se debe eliminar.

Artículo 301. Consagra tanto la grabación… etc., como la revelación. En cambio, la falsificación se consagra en el 303 y la divulgación en el siguiente artículo (304). Deberían estar todas unificadas para que hubiera una buena técnica legislativa.

Art. 305. Perturbación a la tranquilidad ajena. Me parece algo exagerado. La tranquilidad ajena no es un bien jurídico *per se*. Podría sancionarse por las coacciones o amenazas ya prevista en el Código Penal. No estoy de acuerdo.

Art. 306. El sancionar penalmente la mera tenencia o porte de estos objetos me parece exagerado.

El Art. 307. Autorización. Esto, además de ser una norma procesal, que nada tiene que hacer aquí, ya está debidamente regulada en al Código Orgánico Procesal Penal (artículos 219 y 220) para cualquier delito, por lo cual la enumeración de algunos delitos que se hace en este artículo 307 es improcedente.

El Art. 308. Estoy de acuerdo. El artículo 221 del Código Orgánico Procesal Penal ya prohíbe divulgar la información obtenida, pero es conveniente que se establezca su sanción.

Art. 310: El mismo defecto que ya mencioné en el comentario sobre el artículo 300. Contiene una definición impropia de un Código Penal.

Art. 313. Daño culposo. Considero que no debe castigarse el daño informático culposo. Eso le puede pasar a cualquiera.

Art. 315. Posesión de equipo. La tenencia sin más no debería ser punible.

El artículo 318 y siguientes. Delitos contra la propiedad de sistemas y tecnología informática. Sobre estas disposiciones opino lo siguiente:

a) Que se encuentran mal ubicados sistemáticamente. Son delitos contra la propiedad y la informática no es más que un medio. Primero hay que tratar los delitos patrimoniales y después los fraudes informáticos.

b) Que las tipificaciones son excesivas. Demasiadas conductas punibles que podrían estar ya incluidas en los delitos patrimoniales, o suponer simplemente una agravación por el uso de medios informáticos.

El Art. 323. Cuestionable. Se debería sancionar por los tradicionales delitos patrimoniales (fraude o estafa).

Art. 324: Debería estar entre las falsedades y no aquí.

Art. 326: Se solapa con el Art. 316. Muchas conductas punibles se superponen.

Art. 329: Es un delito que debe estar ubicado como delito contra los consumidores. Debe mejorarse la ordenación sistemática.

Art. 331, numerales 1 y 2. Penas accesorias. Ya he opinado que no son penas.

Art. 332 y 333. Sólo deberían sancionarse como coacciones o amenazas, en su caso. Su tipificación autónoma no se justifica.

Art. 339. Crímenes de lesa humanidad. En mi opinión, la definición sobra. Recomiendo sea eliminado este artículo.

En general, considero que los delitos y crímenes de Lesa Humanidad deben ser mejor ordenados y sistematizados, especialmente el genocidio. En realidad, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no es precisamente un buen ejemplo de orden, ni de sistematización, ya que

establece y repite muchas conductas punibles. Debe aprovecharse la oportunidad para enmendar y corregir esos entuertos, no para repetirlos.

Sección Segunda. Terrorismo. En principio, no se considera al Terrorismo como un crimen de Lesa Humanidad, ya que generalmente son delitos que pretenden alterar el orden constitucional de un país determinado, por razones o motivos enteramente políticos, económicos y sociales. Sin embargo, es un tema bastante interesante, especialmente después de los atentados indiscriminados que han ocurrido en los últimos tiempos, así como por los grupos o bandas que se han organizado internacionalmente, algunas de las cuales tienen motivaciones cercanas a este tipo de hechos punibles (diferencias raciales, creencias religiosas, distintas nacionalidades, etc.). Por ello, la novedosa propuesta de incluir al terrorismo como un crimen de Lesa Humanidad merece ser estudiada y analizada. El debate promete ser útil.

Art. 347. Terrorismo. Este artículo es extremadamente largo y también recurre a una definición.

Me parece que todos los siguientes artículos deben ser planteados mejor. O se crea una figura específica de genocidio y se unifican, o deben remitirse a otros lugares del Código Penal. No han tenido en cuenta el bien jurídico protegido, sino la naturaleza de personas protegidas. Pero, por ejemplo, en el mismo Código Penal no puede haber dos artículos destinados a la esclavitud, y ubicados a 100 artículos de distancia.

Art. 372. Piratería con ignominia. ¿Qué es esto? ¿Qué quiere prohibir? ¿Qué es la ignominia? Para comenzar, el Capítulo XIII del Título VI contiene los delitos relacionados con la Piratería (desde el artículo 568 al 576), que nada tienen que ver con este capítulo que pertenece al Título IV. Por otro lado, ignominia significa ‘afrenta pública’. Lo considero muy confuso.

Sección Cuarta. Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. A pesar de las sentencias de la Sala Constitucional y de la Sala de Casación Penal en ese sentido, el tráfico de drogas no puede ser considerado un crimen de lesa humanidad. Por supuesto que es un deli-

to muy grave, abominable, que merece todo el repudio de la colectividad, pero no es un crimen de lesa humanidad. Se desnaturaliza esa clase de crímenes si a cualquier delito grave se le confiere tal carácter.

En relación con las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, presenté a la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional el 12 de septiembre de 2002, un Informe donde señalé, entre otras cosas, lo siguiente:

> Las drogas son un problema sumamente grave de salud pública y de seguridad social, con incidencia en el orden público, en la economía, en la educación, en el aumento de la corrupción, en la transmisión de enfermedades y en la criminalidad. Son sustancias que desinhiben a las personas trastornando su voluntad y las llevan a cometer todo tipo de delitos y causar toda clase de accidentes. Los estupefacientes degradan y desequilibran moral, psíquica y físicamente a las personas, hasta incapacitarlas y convertirlas en verdaderas piltrafas humanas, desmembrando a la familia y destruyendo a la sociedad, convirtiendo al consumidor en un potencial delincuente, propiciando la formación de bandas y grupos cuyo único objetivo en la vida es el drogarse, constituyéndose así el drogadicto en una pesada carga para el Estado y en un grave problema tanto para la comunidad en general, como para su propia familia y amistades. Por ello se considera que son múltiples y complejos los bienes jurídicos que es necesario proteger y que se lesionan o se ponen en peligro, a través de los delitos previstos en la LOSSEP, cuya Exposición de Motivos los cataloga como "pluriofensivos", por los diversos bienes tutelados del Estado que vulneran como fenómeno global.
>
> Por otro lado, pensar que las drogas llamadas "blandas" no son un peligro para nuestra juventud, es pecar de ingenuo o de ignorante, ya que, evidentemente, por allí se empieza, pasar a otras drogas más "duras" es sólo cuestión de tiempo y de recursos, sean éstos legales o no, que, por lo cuantiosos que son los requerimientos, con casi total seguridad, finalmente serán ilegales. Permitir o hacerse de la vista gorda en relación al

> consumo de sustancias estupefacientes, cualesquiera que éstas sean, es una actitud criminal, alcahueta y celestina, que más temprano que tarde lamentaremos. La atención especializada a las primeras víctimas de este "negocio", esto es, a los consumidores, es indispensable proseguirla e intensificarla, sin descanso ni cuartel, sino queremos convertirnos todos finalmente en víctimas también".

Considero por lo tanto, que los delitos relacionados con el Tráfico ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas afectan la salud pública, la vida y la integridad de las personas, y es allí donde deberían estar ubicados esos delitos.

Art. 374: Definiciones. Las definiciones en esta materia sí son necesarias. Realmente hay que analizar si la que formula el artículo es la adecuada. Requiere un estudio más profundo.

Art. 385. Legitimación de capitales. La legitimación de capitales debe ir en otra parte del Código Penal, provenga de la droga o de cualquier otra conducta ilícita.

Art. 392. Suministro ilícito de drogas a animales ¿Cuál es el bien jurídico tutelado? Si se trata de animales de competición, sí podría ser punible como forma de estafa o fraude. Pero este precepto realmente no se necesita. Propongo su eliminación.

Arts. 394 y 395. Entrega vigilada o controlada de substancias estupefacientes y psicotrópicas: Éstas son normas procesales que deben incorporarse al Código Orgánico Procesal Penal. Por otro lado, el artículo 74 de la vigente Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas distingue entre entrega vigilada y entrega controlada, permitiendo la primera y prohibiendo la segunda. Sin embargo, el anteproyecto asimila ambos procedimientos como si fueran lo mismo. Habría que analizarlo.

Art. 397. Inadmisión de la tentativa. Este artículo repite la disposición actualmente contenida en el artículo 57 de la Ley Orgánica sobre Sus-

tancias Estupefacientes y Psicotrópicas. El espíritu, propósito, razón e intención de dicha norma, es que en esos delitos no se tome en cuenta el grado de cometimiento del hecho, ya que tanto la tentativa como la frustración, se sancionarán con la misma pena que el delito consumado, no permitiéndose así la rebaja de pena establecida en la regla general contenida en el artículo 82 del Código Penal vigente, lo que constituye la única excepción a dicha regla. Pero el caso es, que tanto la norma del artículo 57 de la LOSSEP, como este artículo del anteproyecto, deberían estar redactados con más precisión, ya que no queda claro qué quiere decir dicha disposición, si es que siempre se considerará que el delito se ha consumado, o que la tentativa es impune. Tal como está redactado este artículo pareciera la segunda opción, lo que resulta ilógico y sé que no es la intención de los proyectistas. Por lo tanto, debe ser reformulado. En mi opinión, estos delitos son de consumación anticipada, por lo cual, estoy de acuerdo con la disposición, pero debe ser redactada apropiadamente para evitar equívocos.

Art. 399. Minoridad y circunstancias atenuantes. Esta disposición está demás, es repetitiva. La LOPNA regula ya esta situación.

Capítulo II. Crímenes de Lesa Humanidad susceptibles de ser cometidos en tiempo de guerra.

Desde el artículo 400 hasta el 442 (y muy especialmente a partir del artículo 426), se vuelve a repetir una serie de figuras delictivas (discriminación racial, desaparición forzada, homicidio, lesiones, esclavitud, tortura, violación, prostitución forzada, embarazo y esterilización, privación ilegítima de libertad, deportación, *apartheid,* etc.), ahora en tiempos de guerra. Es absolutamente necesario coordinar este anteproyecto como un todo, evitando las repeticiones inútiles. Así podrían integrarse muchas disposiciones y eliminarse muchos artículos que realmente están demás. Esto es muy lógico que haya pasado como consecuencia de la compilación de más de 80 leyes especiales y del Estatuto de Roma. Al reorganizar adecuadamente el anteproyecto se logrará disminuir muchos de sus artículos, lo que también es necesario.

Se requiere por lo tanto, una lectura coordinada por los bienes jurídicos protegidos (vida, salud, libertad sexual, etc.) e incluir circunstancias agravantes si se trata de una persona protegida o un conflicto bélico, etc. Los crímenes de Lesa Humanidad quedan para agravar los supuestos básicos o contemplar conductas que son impunes con la regulación tradicional o que no están expresamente tipificadas. Nunca para volver a repetir innecesariamente todo el articulado. Incluso hay que revisar si es realmente necesario transcribir todo el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, u optar por fórmulas más sencillas. Yo me inclino por lo segundo.

Violencia intrafamiliar:

El Art. 443 es demasiado amplio. Debe limitarse la familia, a estos efectos, a la familia directa (incluyendo concubinos) que conviva. También, y excepcionalmente, a los ex cónyuges o ex concubinos, pero nada más.

Art. 452: Omisión de aviso. Está mal ubicado. Se puede establecer una obligación de denunciar determinados delitos. Pero no aquí sino en otra parte del Código.

Arts. 453 y 454. Rapto y privación ilegítima de libertad de niños y adolescentes. Estas disposiciones están mal ubicadas. El único criterio sistemático tiene que ser el bien jurídico. Estos son delitos contra la libertad y tienen que estar entre los delitos contra la libertad. En el caso que se lesione algún otro bien jurídico, como la indemnidad sexual, pues será allí.

Arts. 460 a 469. Deberían estar entre los delitos contra la indemnidad sexual, junto a los delitos contra la libertad sexual. Aquí se encuentran mal ubicados sistemáticamente, porque la niñez o la adolescencia no suponen *per se* un bien jurídico autónomo.

Art. 476 y siguientes. Son delitos actualmente establecidos en la LOPNA, pero la realidad es que no están adecuadamente planteados. Se debería aprovechar para mejorarlos sustancialmente. No se puede tomar partes de una ley y trasladarla al Libro Segundo sin criterio alguno. Todo tiene que ser valorado y reestructurado conforme al bien jurídico y

no teniendo como denominador común que se trata de un niño o un adolescente.

Artículos 477 y 478. ¿Suministro de fuegos artificiales? ¿Suministro de sustancias nocivas? Creo que estas disposiciones deben ser elaboradas con más precisión. Son algo generales, y, debemos recordar que acarrean responsabilidad penal.

Art. 485. Matrimonios ilegales. Es el equivalente al delito de Bigamia. El tercer párrafo sobra, porque ya la situación se encuentra comprendida en el primer párrafo.

Art. 486. Prescripción especial. Considero que queda mejor así: "…desde el día en que se haya disuelto el primer matrimonio, o se haya iniciado el procedimiento para la declaración de nulidad del segundo".

Art. 494. Omisión del registro de nacimiento. Es muy dudoso. La fórmula culposa debe reservarse a las infracciones administrativas.

Art. 495. Quebrantamiento del deber de custodia. Muy dudoso que deba sancionarse si no hay un resultado. Considero que debe ser reformulado.

Art. 498: Este es el tercer artículo, que recuerde, que sanciona los mismos malos tratos. Se requiere mayor coordinación para evitar repeticiones innecesarias.

Los artículos 499 y 500. Incumplimiento de los deberes legales y Omisión del pago de prestación económica. Estos dos artículos están relacionados, podrían ser unificados.

Art. 504. Hurto famélico o necesario. El Doctor Angulo informó que este artículo ha sido eliminado del anteproyecto. En todo caso, no era necesario su mantenimiento porque esa situación ya se encuentra comprendida dentro del estado de necesidad.

Los artículos 505 y 506. Hurto por error y Hurto de bagatela. Debería aplicarse sólo la pena de multa o alguna medida alternativa a la prosecución del proceso penal.

Art. 507. Hurtos calificados. Las circunstancias agravantes o calificantes del hurto son demasiadas, 20 en total. La mayoría proviene de la unión de las establecidas en los artículos 454 (hurto agravado) y 455 (hurto calificado) del Código Penal vigente. Pueden ser reducidas sustancialmente. También pueden incorporarse a esta disposición el hurto de vehículos, de ganado y otros, pudiéndose eliminar varios artículos.

Art. 510. Robo impropio. El único aparte de este artículo prevé el llamado 'robo en figura de arrebatón'. Considero que la sanción por la perpetración de dicho delito es ínfima, incluso menor que la del hurto simple del artículo 503. Eso me parece incorrecto e injusto, ya que el 'robo en figura de arrebatón' debería ser castigado con una pena no inferior a la del hurto calificado (Art. 507), vista la natural angustia que le produce a la víctima el presenciar y sufrir directamente el despojo de que es objeto durante el cometimiento del hecho punible, lo que no ocurre con los hurtos.

Art. 511. Constreñimiento para entregar, suscribir o destruir documentos. Sólo el obligar a entregar documentos sería un supuesto de robo, pero el suscribir o el destruir documentos no son robos. Considero que este artículo debe ser reformulado y ubicado adecuadamente.

Art. 512. Robo agravado. Me parece adecuado el tratamiento a los casos de los robos en los que se utilicen imitaciones de armas, pero considero que la mejor fórmula no es el decir: "cuando use un arma de fuego falsa pero tan similar a las verdaderas que con éstas se pueda confundir en ese momento", por las siguientes razones: 1) porque la situación debe abarcar a cualquier arma, no sólo a las de fuego, ya que también se puede utilizar un facsímil de granada, de dinamita, de algún otro explosivo, de puñal, de cuchillo, de ácido o sustancia corrosiva, de jeringa infectada con Sida, etc.; 2) porque en muchas ocasiones, el agente ataca por la espalda o en la oscuridad, amenaza pero no muestra la supuesta arma, o ésta no puede ser visualizada adecuadamente; y 3)

porque la expresión "un arma de fuego falsa" es contradictoria y confusa, o es un arma de fuego o es falsa. Considero que lo importante es que el agente le dé a entender a la víctima que se encuentra armado, con cualquier tipo arma, y que se encuentra dispuesto a causarle daño, lesiones o hasta la muerte, así como que la víctima tome dicha amenaza como seria y creíble.

Quizás pudiera pensarse el calificar el delito de robo con circunstancias similares a las establecidas en el artículo 507 (hurto calificado).

Capítulo III. Robo y hurto de vehículos.

El proyecto ha extraído las disposiciones de la ley especial y las ha incorporado a este Capítulo, lo cual no es lo más correcto. Considero que lo apropiado es que, simplemente, después del robo y del hurto, deben señalarse las penas que corresponden si se trata de un vehículo de motor o alguna de sus piezas. Por otro lado, no tiene mucho sentido un tratamiento diferenciado de la tentativa, ni circunstancias agravantes específicas. Tampoco la receptación específica del Art. 520. Creo que todo este tema debe ser replanteado.

Lo mismo considero que debe hacerse con el abigeato, robo de ganado y cuatrerismo. Todo debe estructurarse en torno al robo y al hurto, como fórmulas agravadas.

El Art. 534 sobre la Estafa, también contiene el fraude informático, que ya vimos antes en los delitos informáticos que se trataban de forma autónoma. Esto ratifica la necesidad de coordinar mejor los tipos.

Artículo 535. Circunstancias agravantes de la Estafa. En el último párrafo este artículo dice: "Las penas señaladas en los artículos anteriores se aplicarán sin perjuicio de las penas en que se incurra por otros delitos", ¿qué significa esto? ¿Acaso recurrir obligatoriamente al concurso real de delitos, excluyendo el concurso ideal? ¿En qué se modifican las reglas generales con esta cláusula? O bien sobra, por obvia, o nos da una solución que no es justificable desde ningún punto de vista.

Art. 537: Administración fraudulenta. Está bien. Pero hay que coordinarlo con el delito societario.

Art. 541. Defraudación de fluidos. Está bien. Pero entonces sobra el Art. 508 referido al hurto de energía y fluidos. O lo uno o lo otro, o es hurto o es fraude. Ambos no.

Hay una serie de delitos en el Capítulo VII (apropiación de bienes sujetos a depósito judicial, venta ilegal de parcelas, infracciones derivadas de la propiedad horizontal, fraude contra el deudor hipotecario, etc.) que provienen de leyes especiales. Este asunto tiene que ser trabajado mejor para que puedan ser incorporados al articulado básico.

El Art. 552. Infracciones del deudor hipotecario. Este artículo supone una ley penal en blanco inadmisible: el tipo lo redacta completamente la Ley de Propiedad Horizontal. Viola el principio de legalidad.

Art. 555. Fraude en perjuicio del acreedor hipotecario. Lo mismo que el comentario anterior. Viola el principio de legalidad.

Los artículos 556, 557 y 558. Cheque sin provisión de fondos. Estas disposiciones deben integrarse en el marco de la estafa.

Los artículos 559 y 560. En estos artículos debe integrarse la conducta de receptación proveniente del narcotráfico.

Art. 562. Circunstancias agravantes del delito de daños a la propiedad. No tiene sentido que se agrave el hurto “Sobre bienes que conforman el patrimonio cultural de la nación” (Art. 507.15), y no se agrave el daño sobre los mismos bienes.

Capítulo XIII. Piratería.

No son realmente delitos patrimoniales. En mi opinión están mal ubicados. Serían delitos contra la seguridad de las personas, no contra los bienes. Estimo que deben ser replanteados. Algunas de las conductas ya están en otros artículos analizados. Además se incorporan delitos medioambientales (Art. 575), lo que no se justifica.

Art. 577. Violación de los derechos de autor. Esta disposición viola el principio de legalidad, por no enunciar la acción prohibida. Lo mismo el artículo 578.

Art. 585. Venta de artículos distintos de lo que aparentan ser. Se trata de supuestos de estafa, y no de violaciones a la propiedad industrial.

Art. 594. Peligro para la economía nacional. Es una fórmula amplísima, que debería limitarse para que pudiera dar lugar a responsabilidades penales. No me gusta su utilización por falta de garantías, de concreción de la acción prohibida.

Art. 602. Tenencia o fabricación clandestina de aparatos para la destilación. Es un precepto curioso. Tal vez entre fraude contra intereses tributarios por la tributación que debe hacerse del alcohol. La mera tenencia no puede ser delito.

Art. 609. Autorización indebida de importación o comercialización de bienes nocivos. No tiene nada que ver con los artículos anteriores ni con el bien jurídico tutelado. Debe ser insertado en otro título.

Los delitos contra el sistema financiero me gustaría estudiarlos mejor. De antemano creo que la mayoría debería ir dentro de los delitos societarios. Hay varios delitos repetidos e inadecuada sistematización. No obstante, algunas disposiciones están bien, como los artículos 618, 619 y siguientes.

Art. 626. Obstaculización al trabajo de la Comisión Nacional de Valores. Esta acción no puede ser delictiva. Es una infracción administrativa. Recomiendo que este artículo sea eliminado.

Los artículos del 627 al 629. Infracciones relacionadas con la inversión colectiva. Me parecen simples infracciones administrativas. Requiere un estudio más profundo.

Capítulo IX. Delitos societarios.

Son demasiados artículos para sancionar estas conductas. Nada más hay 33 tipos penales, y muchas de estas conductas están ya sancionadas por los delitos patrimoniales clásicos. Considero indispensable que se haga un replanteamiento y reducción de estas disposiciones, especificando la intervención penal y la administrativa extrapenal.

Capítulo XII. Contrabando.

El contrabando debe estar junto a los delitos contra la Hacienda Pública y los delitos contra la Seguridad Social, porque el bien jurídico es el mismo o está muy relacionado. Sin embargo, aquí se trata el contrabando, junto a los delitos contra la salud pública. También se trata la seguridad social. En cambio, los delitos fiscales no están en este anteproyecto, o por lo menos no los he encontrado. El planteamiento me parece inadecuado. Opino que debe ser reformulado.

El contrabando hay que analizarlo más detenidamente. Se ha tomado de una ley especial, que como todas las otras ya mencionadas, da exagerados poderes a la administración.

No es admisible una cláusula como el contrabando agravado del numeral 5 del Art. 664, que consiste en "impedir o dificultar mediante engaño… el cabal ejercicio de las facultades otorgadas legalmente a las aduanas". Precepto muy autoritario e inadmisible. Lo mismo ocurre con el numeral 6 de dicho artículo, que también viola el principio de legalidad.

En general, hay que valorar la conveniencia político criminal de todas y cada una de las agravantes, muchas de ellas son simples infracciones administrativas.

Del Art. 666 al 670. Legitimación de Capitales. Es la tercera vez que aparece este delito en el anteproyecto. Sólo debe estar aquí y nada más que aquí, como un delito específico.

Del Art. 706 al 743. Delitos contra el medio ambiente. Me parece que la regulación es excesiva, por el número de artículos. Debería reformular-

se con cláusulas más abstractas pero que a la hora de la verdad son más operativas.

Art. 770 y siguientes. Delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicaciones. Esto debe ser analizado con mucha cautela. Creo que algunas de estas conductas ya están tipificadas anteriormente.

Art. 774. Violencia o amenaza contra trabajadores del metro. No me parece, no tiene sentido una norma específica en relación a esos trabajadores.

Art. 775. Falsificación de billete del metro. Tampoco estoy de acuerdo, por lo mismo.

Art. 777. Disparo de arma de fuego contra un vehículo. Esta disposición estaría mejor ubicada en otra parte.

Art. 795. Contagio de enfermedades de transmisión sexual. La definición no es correcta. Hay que establecer un listado, que es cerrado y abierto. Es cerrado porque se pone para eso, pero es abierto porque dice "microorganismos tales como..." queda abierto. Tal como está afecta el principio de legalidad. Debe ser reformulado.

Artículos 796 y 797. Propagación de virus. En principio estoy de acuerdo. Pero la regulación en particular no es la mejor. Requiere un análisis muy detenido.

Art. 798. Omisión de denuncia por el médico. La omisión de denuncia está mal ubicada aquí. Debe ir como delito contra la Administración de Justicia, en el que se detallen todos los delitos que se consuman por omisión de una denuncia.

Art. 799. Interrupción del servicio de agua. No es en realidad un delito contra la salud pública, salvo que se exija una puesta en peligro concreta de la población.

Art. 803. Definición de medicamento. Innecesaria definición.

Art. 805. Venta de medicinas contra la indicación del médico. Debe ser una simple sanción administrativa, salvo que se trate de drogas, y debería ir en ese caso como delito contra la salud pública (estupefacientes). Menos aún se justifica la sanción por imprudencia.

Artículos 811 y 812. Defraudación a la seguridad social. Están bien pero no están ubicados correctamente. Su ubicación es entre delitos o fraudes tributarios y contra la seguridad social, por paralelismo con el bien jurídico tutelado.

Debe sancionarse también el fraude en las prestaciones de la seguridad social.

Art. 813. Obtención ilegal de subvención, desgravación o ayuda de la Administración Pública. Es correcta su tipificación, pero no su ubicación. Se trata del fraude de subvenciones, y no tiene nada que ver con la salud ni con la seguridad social. Lo mismo con respecto al artículo 814.

Art. 819. Manipulación genética: Parece una tipificación algo excesiva.

Título XIII. Delitos contra la cosa pública.

Art. 835. Peculado doloso. Desafortunada remisión a la Ley Contra la Corrupción, la cual, de aprobarse un nuevo Código Penal, debe desaparecer. Debe señalarse aquí o en el Libro Primero quién es funcionario, directamente o por asimilación legal.

Art. 843. Enriquecimiento ilícito. Aunque ha sido asumido así por muchas legislaciones, considero que esta fórmula es violatoria de garantías por invertir la carga de la prueba. Sin embargo, no discuto que como están las cosas quizás sea necesaria.

Art. 855. Irregularidades en cuentas bancarias. Me parece excesivo. Debe dar lugar a una infracción administrativa.

Art. 867. Funcionarios. Es correcto, pero si la idea es que desaparezcan las leyes especiales, lo lógico es que se señale aquí directamente quieénes deben ser considerados funcionarios, y no remitirse a la disposición establecida en la Ley contra la Corrupción.

Art. 871. Error judicial inexcusable. Creo que se debe ser cauteloso. No lo criminalizaría *a priori*.

Art. 876. Omisión de denuncia. Esta disposición debería contener todas las omisiones de denuncia que aparecen en otros artículos, que son varias.

Art. 883. Falso testimonio en procedimientos indicados en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Esto no tiene ningún sentido. Esta disposición debería incorporarse al artículo anterior (882), que tipifica el falso testimonio.

Artículo 912. Desacato a la autoridad en los casos señalados en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Esto no tiene sentido alguno. Debe incorporarse a la regla general del artículo anterior (911).

Título XIX. Delitos relativos a la Ordenación del Territorio, la Protección del Patrimonio Histórico y los Símbolos Patrios.

Lo primero que observo es que no veo mucha relación entre el territorio, el patrimonio histórico y los símbolos patrios.

BALANCE GENERAL DEL LIBRO SEGUNDO

Se requiere una profunda reorganización y sistematización, especialmente en lo relacionado con los bienes jurídicos tutelados. Al hacer eso se detectará la cantidad de preceptos que se encuentran duplicados y hasta triplicados. Como se han tomado disposiciones de una gran variedad de fuentes, se hace necesario realizar un estudio sumamente detallado y pormenorizado de todo el anteproyecto. Por otro lado, faltan algunos delitos importantes, como es el caso de los delitos tributarios, los cuales deben ser incorporados.

La determinación de la pena ante una eventual reforma penal

Jorge L. ROSELL SENHENN[*]

SUMARIO:

Justificación

1. La pena y lo que oculta.

2. La determinación de la pena y la violación de principios penales: 2.1 *La violación del principio de la individualización de la pena.* **2.2** *La violación del principio de proporcionalidad.* **2.3** *La violación del principio de igualdad.*

3. El artículo 37 del Código Penal.

4. ¿Retribución o prevención?

5. Los dos juicios.

[*] **Corte Suprema de Justicia.** Juez de profesión. Ex Magistrado de la Sala Penal. **Tribunal Supremo de Justicia**. Magistrado Presidente de la Sala Penal. **Universidades de Carabobo, La Universidad del Zulia, Central de Venezuela y Católica Andrés Bello.** Profesor de posgrado. **Universidad Pedagógica Experimental Libertador (UPEL).** Profesor Titular de pregrado.

JUSTIFICACIÓN

Las ideas dominantes de que la única solución que puede imponer el sistema penal ante conflictos de su competencia es la reclusión penitenciaria, y de que todos somos iguales ante la ley, por lo que no podrá existir trato diferenciado para personas desiguales, ha orientado a las legislaciones penales hacia la imposición de penas sin tomar en consideración **las especiales características de la persona**. Esta aseveración no debe confundirse con una posición basada en el derecho penal de autor, pues como indica básicas normas garantistas, debe prevalecer el derecho penal del hecho o del acto para la determinación de la culpabilidad, y sólo deberá tomarse en consideración las condiciones del autor, para una posterior determinación de la pena.

La forma como nuestro Código Penal trata la determinación de la pena violenta principios como el de la individualización de la pena, el de la proporcionalidad y el de la igualdad, sobre lo cual se insistirá más adelante.

El dogma de que el juez sólo debe conocer y aplicar la normativa legal, siendo irrelevante todo lo que no sea jurídico, adquiere en la determinación de la pena prevista en nuestro Código Penal, toda su perniciosa plenitud con la **simplista idea de que la labor del juez es una mera subsunción**, y todas las consecuencias que implica esta tarea está minuciosamente prevista en la ley. De esta manera el juez se libra de cualquiera decisión que involucre valorar circunstancias cuyas consecuencias no estén previamente "tasadas" en la legislación. Esto viene a consolidar los dogmas positivistas propios de la tesis de la plenitud hermética del Derecho, que hacen del juez "la boca de la ley" y reducen su tarea a un simple aplicador mecánico de la normativa legal.

En este sentido, el sistema de la determinación de la pena acogido por nuestro Código Penal le hizo escribir al maestro José Rafael Mendoza Troconis: "El juez no conoce al delincuente, se encuentra en presencia de un hecho punible, analiza su composición objetiva y aplica la pena, siempre bajo el principio del acto".[1]

[1] Mendoza, José, (1986). *Curso de Derecho Penal Venezolano*. Empresa "El Cojo", Caracas, Venezuela, p. 259.

Este trabajo está dirigido a criticar el sistema de límites extremos para la determinación de la pena, acogido por el Código Penal,[2] ignorando las condiciones personales del autor al reducirlas a circunstancias irrelevantes desde el punto de vista jurídico.

1. LA PENA Y LO QUE OCULTA

No podemos desvincular al sistema penal y su forma de punición de los intereses que están detrás de las formas del Estado. La pena, su sentido, funciones y finalidad se entiende, sólo si al mismo tiempo se analiza dentro del sistema socioeconómico, y la forma de Estado que impere.[3]

Durante el **Estado Feudal** en el cual se confundía moral y derecho, y por tanto Estado y religión, por lo que el soberano gobernaba por la voluntad divina, el delito asumía la forma de pecado y la pena la de castigo, debido a la desobediencia de las órdenes de "la autoridad", que ni más ni menos eran del mismo Dios. **La sanción no era más que la expiación que debía sufrirse**. La pena viene a ser en este sistema, una forma de reforzar la autoridad a través de crueles sanciones. La ejecución del castigo es una forma de comunicar a la comunidad la autoridad que se tiene, pues su origen y legitimación es de difícil constatación, pues no pertenece al reino de este mundo.

Es así que **el absolutismo**, preludio de las Revoluciones Francesa y Americana, concebía la pena igual a como se justificaba durante la época feudal, pero además de la "expiación" **se le agregaba a la pena una utilidad económica** que buscaba consolidar el poder burgués, y por tanto el sistema capitalista. El Estado absoluto implicaba una concentración total del poder y su uso ilimitado se dirigió al desarrollo posterior del capitalismo. Por ello la ejecución de la pena consistía fundamentalmente en la explotación de la mano de obra, y es así que la condena se cumplía en las casas de trabajo (antecedente de la prisión y

[2] **Nota del Editor:** Dicha disposición se encuentra prevista en el artículo 98 del anteproyecto de Código Penal, sin modificaciones sustanciales.
[3] Bustos, Juan, (1982). *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. Editorial Temis, Barcelona, España, p. 115.

su paralelo de la manufactura o fábrica, piénsese en el obrero de los siglos dieciocho, diecinueve y comienzos del veinte), en las galeras o enviando al penado a las colonias. Su finalidad era entregar mercancía a muy bajo precio y en general promover la economía nacional.[4]

Con la caída del absolutismo **y el surgimiento del Estado liberal**, se sustituye el origen divino del poder por la soberanía nacional basada en la Constitución escrita y demás leyes que integran el orden jurídico de la República, por tanto la pena no toma la forma de expiación del pecado de desobediencia a las órdenes del soberano, sino que "es la retribución a la perturbación del orden (jurídico) que se han dado los hombres y consagrado en las leyes**, la pena es la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido**. A la expiación sucede la retribución, la razón divina es reemplazada por la razón de Estado, la ley divina por la ley de los hombres".[5]

Lo anterior abre paso al **positivismo jurídico** y a la prevención general como finalidad de la pena; pero esto no pasa de ser una transición hacia la defensa social, pues no es el sistema jurídico lo que ha de defenderse de las infracciones a la ley, sino lo que está en juego es el funcionamiento del sistema que sustenta al Estado, razón por la cual el delito debe interpretarse como un acto que más allá de violentar la ley **crea un daño social**. Surge entonces la idea del delincuente como un peligro social, y de allí a la ideología del peligrosismo y del derecho penal de autor, fue el paso lógico que dio la dogmática penal.

Quien delinque es un sujeto "anormal", pues no ha aceptado las reglas impuestas por "el poder", razón por la cual ha de ser separado del medio social y su patología tratada por los nuevos instrumentos que reforzarán al sistema penal, a través del positivismo naturalista, que se encargará de tratar la patología biológica o social que sufre el infractor.

El concepto de "peligro" es introducido a finales del siglo diecinueve y comienzos del veinte, adoptándose el criterio de que la ley debe darle

[4] Bustos, Juan. *Ob. Cit.* Editorial Temis. Barcelona, España, p. 118.
[5] Bustos, Juan. *Ob. Cit.* Editorial Temis, Barcelona, España, p. 120.

medios de defensa a la sociedad en contra de sujetos culpables o no, que representan "peligros" para la misma. La crisis que se genera con la migración hacia centros urbanos crea la crisis propia de **la sociedad industrial,** caracterizada por la concentración humana y el desempleo, la vagancia y la mendicidad.[6] Esta masiva concentración genera la falta de satisfacción de necesidades básicas humanas, y el trato violento que esto significa al negársele derechos humanos fundamentales a esas masas excluidas, marginales, produce una respuesta también violenta, que viene a verse a través de la tesis del positivismo naturalista como **una conducta anormal que debe tratarse adecuadamente a través de medidas de seguridad**.

Estas medidas de seguridad fueron la sustitución de la pena en el argot jurídico-penal, y de esta manera se abre la puerta a las penas indeterminadas disfrazadas de medidas de seguridad, puesto que **la cesación de la medida (o pena) dependía de la efectiva curación de la patología que se sufría**. Imponer coactivamente un tratamiento a una persona con capacidad de responsabilidad, es inadmisible, ningún "enfermo" ha de ser tratado contra su voluntad y así mismo un delincuente no es un mero objeto de medidas reeducativas del Estado, sino que puede, según su autonomía personal, decidir por sí mismo sobre su orientación personal. Si el orden jurídico no respeta este derecho, debe ser sometido a justas objeciones críticas y deberíamos entender estas medidas como formas totalitarias de lavado de cerebro.[7]

Aparte de estas críticas, el Estado de derecho se veía transgredido a través de claras violaciones del principio de legalidad en la cual incurre la imposición de penas indeterminadas, que para colmo tenían por finalidad "tratamientos" coactivos del infractor.

La culpabilidad y por tanto la responsabilidad penal y su consecuencia: la pena, vienen a ser rescatadas de este positivismo naturalista que con-

[6] Morais, María (2001). *La Pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal,* Vadell Hermanos, Caracas, Venezuela, p. 37.
[7] Roxin Claus (1992). *Política Criminal y Estructura del Delito,* Publicaciones Universitarias, Barcelona, España, p. 23.

sidera al delincuente como anormal o como enfermo, por **el normativismo**. Se niega el carácter ontológico de la culpabilidad y se le reconoce como un concepto meramente normativo. Los juicios relacionados con la responsabilidad, la imputabilidad y la culpabilidad son juicios "atributivos", mas no descriptivos. Con tales juicios no se describen las características del sujeto, sino que se le atribuyen tales cualidades, las cuales, están descritas en el derecho, por tanto no se trata de hechos concretos, sino de tipos de hechos (figuras delictivas). Es así como **se condiciona normativamente y no ontológicamente la imputación de responsabilidad.**[8]

De esta manera se regresa a las penas determinadas y al principio de legalidad; pero la normativización de la responsabilidad penal trajo como consecuencia el olvido del sujeto y el estudio de su comportamiento y su personalidad para la determinación de la pena. **Todo quedó reducido al formalismo propio de la aplicación mecánica de normativas penales**, que a través de operaciones aritméticas, partiendo de un término medio y subiendo o bajando según los agravantes o atenuantes, determinaría la pena a aplicar, con un completo olvido del sujeto, su personalidad y las alternativas de conductas a su orden, que como antes se anotó, viola los principios de la individualización de la pena, de proporcionalidad y de igualdad.

2. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA Y LA VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS PENALES

El sistema de límites extremos, a través del método de penas relativas, es el acogido por nuestra legislación, esto se traduce en que el primer paso está constituido por la subsunción, y de allí surge la determinación de los límites máximo y mínimo que impone la ley; ello es relativizado al valorar las circunstancias atenuantes y agravantes del caso concreto y otras pautas que eventualmente fije la ley, para de esa manera determinar en forma definitiva la sanción a aplicar. Debe observarse que cuando arriba se alude al caso concreto, se refiere al hecho subsumido, es

[8] Baratta, Alejandro (1988). *La vida en el laboratorio del Derecho,* La Universidad del Zulia, Capítulo criminológico Nº 16. Maracaibo, Venezuela, p. 76.

decir, la acción humana que se juzga pero reducida ya, a través de la normativización de la responsabilidad y el olvido de lo ontológico, a **tipos normativos fijados en la ley**. Como antes se explicó, con el juicio penal no se describen características del sujeto, sino que se le atribuyen tales cualidades; pero sólo aquellas que están en la ley general y abstracta como son los tipos penales, quedando fuera del ámbito del juicio todo lo que no esté en esa norma, esas características extrasistema, esas variables latentes que no recoge la ley **son consideradas jurídicamente irrelevantes.**

Es por lo anterior que al no tomarse en consideración al sujeto, su personalidad y alternativas de conductas a su orden, se violentan importantes principios del sistema penal por parte del propio Código Penal, sobre todo en un Estado que se define en el artículo 2 de la Constitución como un Estado social de derecho y de justicia.

2.1 *LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA*

El ilícito culpable viene a constituir la base de la determinación de la pena, no podrá ser de otro modo en un derecho penal del hecho o del acto: el hecho es decisivo no sólo para considerar la posibilidad de una pena, sino que la pena debe "adecuarse" al hecho. Esto se vincula a las garantías propias del estado de derecho, es decir, a limitaciones del poder punitivo del Estado.[9]

Ahora bien, una cosa es la determinación de la pena lo cual se hace en Venezuela, fundamentalmente a través de la aplicación del artículo 37 del Código Penal, inspirado en el sistema de la individualización del delito, y otra cosa es la individualización de la pena no sólo tomando en consideración pautas exclusivamente legales relacionadas con el tipo legal que sirvió para la respectiva subsunción, sino **dándole valor para la fijación de la pena al individuo culpable con sus características personales y sociales.**

[9] Ziffer, Patricia, (1996). *Lineamientos de la determinación de la pena*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, p. 120.

Son dos etapas diferentes por las cuales se debe transitar para que pueda afirmarse que se llevó a cabo un debido proceso, conforme a los principios del nuevo derecho penal propio de un Estado social de derecho. En primer lugar, un juicio objetivo dirigido a establecer que el hecho cometido constituye un acto típicamente antijurídico, culpable e imputable a su autor; y en segundo lugar, un juicio subjetivo que no recae sobre la conducta, sobre el hecho cometido, sino sobre quien lo cometiera, a fin de individualizar la pena.

La posibilidad de este segundo juicio se ve obstaculizado por la tesis normativista, en el sentido de que el sistema penal debe funcionar sólo a través de la aplicación de preceptos dirigidos a la determinación del hecho, derivándose de sus características (atenuantes, agravantes, concurrencia de personas o de otros hechos, tentativa, frustración) la determinación de la pena. Se dice entonces que se individualizó el delito y esto es cierto, pues **lo que se tomó en consideración fueron las características del acto, mas no las características del sujeto**.

De esto carece nuestro Código Penal y sería una de las instituciones a incluir en cualquier proyecto que se precie de respetar el garantismo como máxima meta de la legislación penal.

2.2 *LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD*

Las abstracciones generalizantes propias del formalismo conspiran contra el trato proporcional que el sistema penal ha de darle al autor de un delito, y esto, ni más ni menos, es lo que consagra el artículo 37 del Código Penal: si la meta es individualizar el delito para deducir de la subsunción respectiva la sanción a aplicar, sin tomar en consideración las cualidades del autor, debe concluirse que dicha pena mal puede ser proporcional, puesto que dejó de tomarse en consideración variables importantes que tienen que ver, no con los formalismos del sistema normativo, sino con la vida de quien es consignatario de esa pena.

¿Cómo puede producir el juez una reacción penal proporcional si desconoce, en la oportunidad de decidir, circunstancias que ajustan esa reacción no sólo al hecho cometido, sino a la persona a la cual va dirigida?

Para lograr un trato justo, proporcional, debe tomarse en cuenta circunstancias anteriores y posteriores al hecho, que tienen que ver con la vida del autor del ilícito penal. Debe repetirse que no se orientan estas reflexiones hacia la tesis del derecho penal de autor, pues la precisión del hecho, su subsunción dentro del catálogo penal ya fue realizada sin que influyera para ello las características personales del sujeto. Es con posterioridad a esta actividad que con base en esas cualidades se precisará la pena respectiva.

Por ejemplo, el juez venezolano toma en consideración la conducta predelictual del enjuiciado como atenuante forzando el texto legal previsto en el ordinal 4º del artículo 74 del Código Penal, pues éste prevé como atenuante cualquiera circunstancia que "...aminore la gravedad del hecho". Sin embargo, los jueces a través de una interpretación progresiva (o a veces por ignorancia), conceden una atenuante que usualmente disminuye la pena a su límite inferior, cuando el procesado ha probado "su buena conducta predelictual". La pregunta que de seguidas surge es: ¿qué relación tiene la buena conducta que se ha observado antes del delito para concluir que ésta le resta gravedad al hecho? El Código Penal no se refiere en este ordinal, como en ninguno de sus artículos referidos a la determinación de la pena, a las condiciones del sujeto para dicha determinación, sino que **su referencia constante, como ya se ha precisado, es al hecho típico que se enjuicia.**

El ejemplo aludido se refiere a una circunstancia anterior al hecho que es útil para la individualización de la pena, lo cual no se deduce directamente del Código Penal cuya orientación normativista más bien lo impide, como se explicó, sino que es concretada a través de la jurisprudencia progresista. Pero así mismo podríamos conseguir ejemplos de circunstancias posteriores al hecho, que incidirían en la individualización de la pena, como sería la indemnización del daño causado. Aparte del asunto material de la reparación, lo importante es la actitud del agente que con su conducta posterior realiza un "acto de expiación" ante la violación perpetrada del bien jurídico protegido.

Si se aplica el principio de proporcionalidad éste tendría relación, no sólo con la individualización del hecho, con la subsunción justa, adecua-

da, del delito cometido, es decir, enmarcándolo en el precepto legal que se adecue a la acción perpetrada, sino también con **la individualización de la pena, precisando aquella que corresponda a este infractor en particular**. Esto quiere decir que no debe quedarse en la individualización del delito, pues la verdadera precisión de la pena no va a depender de este mecanismo meramente normativo, sino de uno que tome en consideración al sujeto: en este caso si podemos hablar de individualización de la pena y que ésta será proporcional en relación al hecho y a las condiciones de ese individuo.

2.3 *LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD*

Una de las tesis que tiene una relación íntima con la culpabilidad, y por tanto con la responsabilidad y la determinación de la pena es la tesis del hombre medio, de esta manera el poder individual de actuar de otro modo se reemplaza por un poder general referido al hombre medio. A través de esta ficción se prescinde de la realidad. El hombre medio es la suma de generalidades.[10] Se regresa a abstracciones generalizantes y con base en ellas se crearán arbitrariamente tantos hombres medio como jueces y sus prejuicios existan.

Esto impide examinar las alternativas de conductas a la orden del sujeto, partiéndose de la premisa dogmática de que "todos somos iguales ante la ley". Desde la perspectiva de los derechos humanos, el parámetro del hombre medio viola en múltiples aspectos las exigencias del estado democrático de derecho, puesto que constituye un trato cruel, inhumano y degradante, contrario al principio de igualdad y a los fines de la pena . Lo antes anotado no sólo debe tomarse en cuenta para la individualización de la pena, sino a veces para la determinación de la culpabilidad, pues según Mera resulta cruel, inhumano y degradante, además de injusto y sin sentido, reprocharle a un sujeto una acción que él no tenía la posibilidad de evitar, razón por la cual una sanción penal no puede cumplir sus fines propios de prevención.[11]

---

[10] Mera, Jorge (1996). *Sistema jurídico y derechos humanos,* Medina y Mera Editores, Santiago, p. 446.
[11] Mera, Jorge (1996). *Ob. Cit.* Medina y Mera Editores, Santiago, p. 448.

Pero quedémonos en el objetivo que nos hemos planteado: la determinación de la pena. Si esa persona resulta efectivamente culpable e imputable, para determinar la pena no podemos recurrir a esas "ficciones" propias del Derecho, sino a las realidades que presenta ese ser humano, y una vez precisado el tipo penal, debe considerarse esas condiciones especiales para ajustar la reacción penal a su individualización. En este caso sí estaríamos en presencia de un procedimiento que respeta el principio de igualdad que exige tratar desigualmente a los desiguales**, no debe tratarse con la misma norma a personas diferentes.**

3. EL ARTÍCULO 37 DEL CÓDIGO PENAL

> Art. 37.- Cuando la Ley castiga un delito o falta con pena comprendida entre dos límites, se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad; se la reducirá hasta el límite inferior o se la aumentará hasta el superior, según el mérito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso concreto, debiendo compensárselas cuando las haya de una y otra especie.
>
> No obstante, se aplicará la pena en su límite superior o en el inferior, cuando así lo disponga expresamente la ley, y también se traspasará uno u otro límite cuando así sea menester en virtud de disposición legal que ordene aumentar o rebajar la pena correspondiente al delito en una cuarta parte que entonces se calculará en proporción a la cantidad de pena que el Juez habría aplicado al reo si no concurriere el motivo del aumento o de la disminución. Si para el aumento o rebaja mismas se fijaren también dos límites, el Tribunal hará dentro de éstos el aumento o rebaja respectivos, según la mayor o menor gravedad del hecho.

Los proyectos de reformas tendieron hacia la tesis peligrosista, así el Proyecto Mendoza: "Dentro de los límites establecidos en la ley y según la peligrosidad del delincuente...". El anteproyecto de 1948: "Dentro de los límites establecidos por la ley para cada hecho punible, el juez aplicará la pena según la mayor o menor peligrosidad del agente...". El

proyecto de 1961: "Dentro de los límites establecidos en la ley para cada hecho punible, el tribunal aplicará la pena según la mayor o menor peligrosidad del agente...". Similar es la redacción del proyecto de 1974.

Estos proyectos no llegaron a aprobarse, razón por la cual el sistema que sigue imperando en Venezuela es el de **la individualización del delito**. Afortunadamente la tesis peligrosista no entró en nuestro sistema de la determinación de la pena como se establecía en los proyectos y anteproyectos aludidos; sin embargo, la extrema normativización del sistema vigente deja fuera al individuo, para, **a través de la aplicación de normas que se refieren exclusivamente al tipo penal y a las circunstancias que inciden sobre él, precisar la pena respectiva.**

Tomar en consideración al sujeto y a las circunstancias anteriores y posteriores al hecho no significa acoger la tesis peligrosista, pues dichas circunstancias tienen que ver con la imposición de la pena, mas no con la tipificación de la conducta que se enjuicia. Es por estas razones que debe modificarse esta disposición 37 del Código Penal, pues hasta ahora lo que se ha precisado en los proyectos y anteproyectos presentados es la repetición de su texto, o bien, modificaciones que obedecen a tesis superadas por el moderno pensamiento jurídico penal.

4. ¿RETRIBUCIÓN O PREVENCIÓN?

La culpabilidad constituye el principio para la medición de la pena, sin embargo, lo que se discute todavía es **la finalidad que ha de tener esa pena**. No se duda que la pena no podría justificarse si ésta no representa de alguna manera un beneficio social, ya se refleje en el autor del hecho, o bien en la sociedad a la cual pertenece. El asunto está en determinar cuál es ese beneficio, y es allí en donde surgen posiciones encontradas. **Debe rechazarse la pena como un fin en sí mismo,** debiéndose admitir en tanto pueda lograrse a través de ella algún fin: la función del Estado no es imponer "la justicia" en la tierra, sino satisfacer necesidades sociales.[12]

[12] Ziffer, Patricia, (1996). *Lineamientos de la determinación de la pena,* Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, p. 46.

Se ha recurrido a formas de conciliar esos fines (teorías de la unión) tratando de plantear el asunto de manera que satisfaga la **retribución**, como función compensadora en cuanto al contenido de injusto y culpabilidad del acto; pudiendo también dar cumplimiento a la **tarea resocializadora** para con el autor. Esto su vez **protege a la sociedad** de la realización de actos indeseables, y constituye la salvaguarda del ordenamiento jurídico, al medirse la pena proporcionalmente, lo que logra **influir en la colectividad** con fuerza pedagógico-social.[13]

Como se deduce de lo anterior, esta posición que trata de unir las diferentes fines de la pena, más que una tesis, es un método que logra conciliar las diferentes consecuencias que en la práctica produce la imposición de una sanción. **La retribución y la prevención tanto especial como general, están presente en esta "explicación" de la utilidad de la pena**, y es precisamente la que acoge la doctrina alemana y se concreta en su legislación, que además de determinar el hecho y sus características especiales para delimitar la culpabilidad, pasa luego a la individualización de la pena tomando en consideración al sujeto y a las circunstancias relacionadas con él antes y después del hecho. Esto último se realiza a través de un juicio posterior al de culpabilidad, a lo cual nos referiremos de seguida.

5. LOS DOS JUICIOS

Ya en 1969, en una conferencia dictada por Claus Roxin, con motivo de los cien años del Ministerio Público en Alemania, decía lo siguiente:

> En el debate del proceso penal futuro, será introducido un interlocutorio de culpabilidad: esto es, se llevará a cabo una bipartición del debate, de tal manera que, primeramente sólo se examinará la cuestión especial de culpabilidad, y recién después de su afirmación, en una sección especial del juicio, serán debatidas las circunstancias personales del acusado

[13] Ziffer, Patricia, (1996). *Ob. Cit.* Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, p. 47.

> esenciales para la mensuración de la pena, para el pronóstico y para la imposición de medidas de seguridad y corrección.[14]

Esto se hizo realidad a través de la legislación penal alemana vigente, pues se le asigna a la culpabilidad el fundamento y determinación de la pena y para su determinación "...el tribunal ponderará las circunstancias que hablan a favor o en contra del autor. Al respecto se tomarán especialmente en consideración: ...la vida anterior del autor, sus condiciones personales y económicas, así como también su conducta con posterioridad al hecho, y en especial, sus esfuerzos por reparar los daños". Lo anterior coincide con la legislación argentina en la que se enuncian factores a ser tenidos en cuenta por el juez al fijar la pena, **pero sin predeterminar si ellos agravan o atenúan o cuánto valor ha de asignársele**,[15] lo cual se concreta en el artículo 41 del Código Penal argentino.

Pero lo importante de todo esto no es incurrir en el error de que la pena sea algo que ha de ser descubierto dentro del ámbito jurídico penal, que el asunto es indagar dentro del mundo de los tipos penales hasta conseguirse con aquel que se ajusta a la conducta enjuiciada, y **mecánicamente imponer la sanción correspondiente**. Al contrario, la imposición de la pena debe obedecer a un proceso mucho más complejo que la mera subsunción, no se trata de la persecución y del esclarecimiento de la situación fáctica, sino de la adecuación preventiva general y especial de la reacción penal y, como consecuencia, de **la selección de la sanción más idónea** para una integración social del condenado.[16] Esto requiere entonces de un juicio aparte, o una incidencia en la cual tomen parte el sujeto activo y su defensa, el Ministerio Público, la víctima, los asistentes sociales, y por supuesto el juez, para establecer un programa mediante el cual se cumpla la pena.

---

[14] Roxin, Claus, (1993). *Posición jurídica y tareas del Ministerio Público*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, p. 56.
[15] Ziffer, Patricia, (1996). *Lineamientos de la determinación de la pena,* Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, p. 48.
[16] Roxin, Claus, (1993). *Posición jurídica y tareas del Ministerio Público*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, p. 56.

Es frecuente pensar que la sanción penal se limita a penas privativas de libertad de régimen cerrado, olvidándose que las medidas a tomar no significan necesariamente el encarcelamiento absoluto, pues hay medidas intermedias, y por otra parte existen las formas alternativas de resolución de conflicto penal, como las que se concretan a través de la reparación del daño causado.

Con base en la legislación alemana y la argentina, en 1997, quienes trabajamos en la redacción del proyecto de Código Orgánico Procesal Penal, propusimos a la Comisión Legislativa del Congreso de la República, bajo la redacción de Sergio Brown Cellino, la reforma del artículo 37 del Código Penal, pues era contradictorio que estando por aprobarse un proceso moderno oral-acusatorio, tuviéramos un sistema de la determinación de la pena que dependía de dos operaciones aritméticas: sumar la pena máxima a la mínima, y dividir entre dos, como bien lo decía Brown en sus argumentos pro-reforma.

Sistemas como el angloamericano que depende de los acuerdos entre fiscal y acusado y su defensa, es propio de juicios entendidos como procesos entre partes, semejándose a nuestros juicios civiles. En este sistema sólo se llega a juicio si no se produce el acuerdo, declarándose el imputado "no culpable"; pero si se declara culpable, previo el acuerdo mencionado, o bien habiéndose declarado "no culpable", es condenado por el jurado respectivo, el juez fijará la pena dentro de amplios límites, la cual se **va ajustando según el desarrollo de la conducta del condenado, quedando esto en manos de juntas, comisiones o funcionarios que pertenecen al régimen penitenciario**.

En vez de lo descrito se debe estructurar un sistema en el cual **se separe procesalmente** el trámite de la determinación de la culpabilidad y de la precisión del ilícito que corresponda a la conducta en cuestión, de las actividades a desarrollar dirigidas a la adecuación de la pena al sujeto, es decir, la individualización de la pena, tomando en consideración las condiciones específicas de la persona que se juzga. Todo esto **no deberá salir del ámbito jurisdiccional**, pues si bien es cierto que el juez de juicio puede imponer una pena, luego dependiendo de la conducta del sujeto, ésta podrá ser objeto de revisión por parte del juez de

ejecución, con base en las instituciones legales respectivas; pero ha de partirse siempre de una sanción que no fue impuesta por el juez de juicio basándose en abstracciones generalizantes como la del "hombre medio", o bien en operaciones exclusivamente normativistas propias de la mera subsunción, sino que la pena principalmente debe individualizarse**, y esto significa tomar en consideración las condiciones de la persona sujeta del sistema penal**, cosa que es negada por el artículo 37 del Código Penal, no existiendo hasta ahora, algún proyecto o anteproyecto que prevea su reforma en los términos expresados.

La prescripción de la acción penal

José Tadeo SAIN SILVEIRA*

SUMARIO:

1. Consideraciones previas.
2. Normativa planteada.
3. Motivos argumentados por la reforma.
4. La eliminación de la prescripción judicial.
5. El catálogo de actos que interrumpen la prescripción: 5.1 *Actos de la investigación como interruptivos de la prescripción.* **5.2** *Órganos a cargo de la interrupción de la prescripción.*
6. El término máximo de la pena establecida para el delito o delitos de que se trate para el cálculo de la prescripción aplicable.
7. ¿Proceder oficioso del juez o excepción oponible sólo a instancia del perseguido?
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 PREVIAS

Se me ha invitado a participar en el análisis de alguno de los temas desarrollados en el anteproyecto de Código Penal, presentado por el Tribunal Supremo de Justicia.

En tal sentido, he resuelto abordar la materia de la prescripción de la acción penal, desde un punto de vista dogmático y político-criminal, con el propósito de reflexionar sobre la misma, tomando en cuenta los fines de un Derecho penal dentro de un Estado Democrático y social de Derecho y de justicia (Artículo 2 Constitución de la República, en lo adelante: CR).

2. NORMATIVA PLANTEADA

A continuación reproduzcamos los preceptos proyectados en materia de prescripción, como causa de extinción de la acción penal.

TÍTULO VI

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

Artículo 129.- Causas de extinción de la acción penal. La acción penal, salvo las excepciones previstas en este código, se extingue por lo siguiente:

1.- La muerte del imputado.

2.- La amnistía.

3.- El indulto.

4.- El perdón.

5.- El desistimiento o el abandono de la acusación privada en los delitos de acción privada.

6.- La prescripción.

7.- El pago de la totalidad de la multa, cuando la pena impuesta sea sólo de esta especie.

8.- El cumplimiento de los acuerdos reparatorios, verificado por el juez.

9.- El cumplimiento de las obligaciones y del plazo de la suspensión condicional del proceso, verificado por el juez.

10.- Los demás supuestos de sobreseimiento contemplados en el Código Orgánico Procesal Penal, en cuanto fueren aplicables a la acción.

La extinción de la acción penal acarrea la de todas las consecuencias penales de la misma, con excepción del comiso y de lo concerniente a la obligación de restituir y de resarcir el daño causado a la víctima ...*omissis*...

Artículo 135.- Prescripción. Toda conducta punible, pena o medida de seguridad prescribe en los términos contenidos en este Código, salvo las excepciones consagradas en la Constitución.

Artículo 136.- Prescripción de la acción penal. Salvo el caso en que la ley disponga otra cosa, la acción penal prescribe así:

1.- Por quince años, si el delito mereciere pena de prisión que exceda de diez años.

2.- Por diez años, si el delito mereciere pena de prisión mayor de siete años, sin exceder de diez.

3.- Por siete años, si el delito mereciere pena de prisión de siete años o menos.

4.- Por cinco años, si el delito mereciere pena de prisión de más de tres años.

5.- Por tres años, si el delito mereciere pena de prisión de tres años o menos, o de arresto por más de seis meses.

6.- Por un año, si el delito sólo acarreare arresto por tiempo de uno a seis meses o multa mayor de veinte unidades tributarias, o sólo mereciere alguna de las penas privativas de derechos indicadas en el artículo 74 de este código.

7.- Por tres meses, si el hecho punible sólo acarreare pena de multa inferior a veinte unidades tributarias o arresto de menos de un mes.

Para el cálculo del término de prescripción aplicable se tomará en cuenta el término máximo de la pena establecida para el delito o delitos de que se trate, sin considerar la existencia o no de circunstancias atenuantes o agravantes.

Artículo 137.- Comienzo de la prescripción de la acción penal. Comenzará a correr la prescripción de la acción penal así: para los delitos consumados, el día de su consumación; para los intentados, el día en el cual se realizó el último acto de ejecución; y para los continuados o permanentes, el día en que cesó su continuación o permanencia.

Si no pudiere promoverse o proseguirse la acción penal, sino después de una autorización especial o después de resuelta una cuestión prejudicial referida a otro juicio, quedará en suspenso la prescripción y no volverá a correr hasta el día en que se dé la autorización o se defina la cuestión prejudicial.

Artículo 138.- Suspensión del curso de la prescripción de la acción penal. Se suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en los casos siguientes:

1.- Mientras se autorice el incoar la acción.

2.- Mientras esté pendiente la decisión de alguna cuestión prejudicial.

3.- Mientras transcurra la suspensión condicional del proceso.

En todos estos casos, quedará en suspenso la prescripción y no volverá a correr hasta el día en que cese la causa de la suspensión.

Artículo 139.- Interrupción de la prescripción de la acción penal. Se interrumpirá el curso de la prescripción de la acción penal, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, por lo siguiente:

1.- La imputación formal que realice el fiscal del Ministerio Público al imputado.

2.- La presentación del imputado ante el juez de control.

3.- La imposición de cualquier medida de coerción personal contra el imputado.

4.- La presentación de la acusación por el Ministerio Público.

5.- La presentación de la acusación privada en los delitos dependientes de la instancia de la víctima.

6.- El auto de apertura a juicio.

7.- El acto de inicio del debate oral y público.

8.- La sentencia condenatoria.

La comisión de un nuevo delito también interrumpirá la prescripción de la acción penal.

La prescripción interrumpida de la acción penal comenzará a correr nuevamente desde el día de la interrupción.

Artículo 140.- Autonomía de la prescripción de la acción penal. La prescripción de la acción penal corre, se suspende o

> interrumpe por separado para cada uno de los que han intervenido en el delito.
>
> Cuando se trate del juzgamiento conjunto de varios delitos, la prescripción de las respectivas acciones penales correrá, se suspenderá o interrumpirá separadamente y en el término señalado a cada uno ...*omissis*...
>
> **Artículo 145.- Declaración de oficio.** La prescripción, tanto de la acción penal como de las penas, se declarará de oficio por el juez, pero el imputado tiene derecho de renunciar a la prescripción de la acción penal.[1]

3. MOTIVOS ARGUMENTADOS POR LA REFORMA

Es de suma importancia conocer algunos de los motivos, generales y particulares, que tuvo el proyectista para justificar el porqué de las disposiciones contenidas en su propuesta. Leamos, entre otros, los siguientes planteamientos:

> Hace cuarenta años –desde 1964– no se hace una reforma general del Código Penal, pese a ser en todo Estado, la ley más importante después de la Constitución.
>
> En efecto, el Código Penal es fundamento indefectible del Estado social, democrático, de justicia y Derecho, postulado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La importancia trascendental de ese Código radica en que recoge los principios científicos del Derecho Penal y es su hontanar: su cauce permite la realización práctica de la justicia penal. Y desde antiguo, cuando un pueblo es yugulado por la criminalidad... se ha recurrido al Derecho Penal como máximo disuasor, controlador social y garantizador de una pacífica convivencia. Crear un orden jurídico es la principal misión del Estado en aras de proteger la convivencia humana. (Por

[1] Angulo Fontiveros, Alejandro. *Anteproyecto Código Penal*. República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, pp. 149-155.

esto Roxin asegura que 'Un Estado en el cual el Derecho Penal no ofrece una protección efectiva, ya no sería un Estado de Derecho'). El delito es desorden y por eso el pueblo ve en el Derecho Penal el Derecho por excelencia, ya que con la coacción –orientada al *telos* o bien común– reprime para crear libertad. El delito implica una rebelión contra la *autorictas* de la ley, y por ende constituye un desorden máximo. El delito, a juicio de Hegel, es la negación del Derecho; la pena es la negación del delito y así, siendo la negación de una negación, la pena termina por reafirmar el Derecho. Por ser el delito tan sumamente grave contra la sociedad (puesto que hace peligrar su desarrollo y aun su existencia misma) es que el Derecho Penal resulta la mejor defensa social. El Derecho Penal, pues, no sólo limita la libertad sino que crea libertad al proteger los derechos humanos de los más graves desafueros y, así, propicia la vida del hombre en condiciones de una dignidad que no existe si se tolera que impunemente sea víctima de diversos crímenes: todo ello justifica el poder punitivo (*ius puniendi*) del Estado. Ciertamente, lo más contrario a los derechos humanos es permitir que un pueblo sufra tantos horrores por la acción impune de los criminales. El Derecho Penal, pues, reprime para crear libertad. En la medida en que logre su esencial fin de influir en la colectividad para crear una conciencia ética y de respeto por las leyes e *ipso facto* por los demás, crea más libertad. Los pueblos que sean más capaces de entender esa necesidad, así como la grandeza del Derecho Penal, tendrán también mayor capacidad de ser libres. Es más: la idea que se forme un pueblo del Derecho Penal y de la ley penal, es guía segura del estado de su moral y educación. Y de allí surge una responsabilidad eminente para quienes, habiendo tenido la suerte y el mérito de haberse podido preparar mejor y especialmente en la ciencia penal, deben llevar ese mensaje al vulgo e influirlo hasta hacérselo comprender a cabalidad. Esta sería la mejor manera de hacer en Venezuela la ideal prevención, pues el Derecho Penal también tiene una función preventiva, inescindible de la represiva, ya que funcionan como una unidad: hasta cuando reprime, el Derecho Penal cumple indirectamente una labor de prevención... Este anteproyecto del Código Penal es liberal, porque no es represivo en exceso, sino comprensivo y con una tendencia ge-

> neral de no fijar penas altas. Ello no es lo más importante sino la certeza de su cumplimiento ...*omissis*... **A continuación el título VI regula las causas de extinción de la acción y de la pena, y mantiene lo dispuesto por los artículos 108 y 109 del Código Penal vigente en cuanto a la prescripción de la acción penal ordinaria, así como la prescripción de la pena, según el artículo 112 actual. Se elimina el vigente artículo 110, que contempla la prescripción extraordinaria o judicial, por ser fuente de impunidad. La confusión práctica de cuándo comienza a correr la prescripción de la acción o de la pena y cuándo se interrumpen éstas, se subsana al fijar en los artículos 136, 137, 139, 142 y 144 estas formas adaptadas a la legislación adjetiva vigente y acoge así la jurisprudencia de las Salas Penal y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**... (Negritas propias).[2]

4. LA ELIMINACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN JUDICIAL

El primer aspecto del tema a examinar del anteproyecto, en orden de relevancia, es el de la supresión de la prescripción judicial de la acción penal, hoy día vigente en el artículo 110 del Código Penal (CP). Esta institución, de larga tradición en nuestra legislación, fue acogida por el Código Penal venezolano de 1897, en su artículo 92, que copió el artículo 93 del Código Penal italiano de 1889, llamado también Código de Zanardelli.

Desde esa ocasión, y salvo puntualmente en los códigos penales de 1904 y 1912, la institución de la prescripción judicial ha estado presente en las siguientes reformas hasta la actualidad, la cual, por cierto, para aquel entonces, es decir, para las postrimerías del siglo XIX, constituyó una visión de vanguardia de nuestra legislación, que a partir de aquel entonces ha pretendido acabar con la irracional y arbitraria situación de permitir un proceso que no tuviese un lapso de duración definitivo.

---

[2] Angulo F., A. *Anteproyecto... Ob. Cit.*, pp. 61, 62 y 69.

Pero, ¿en qué se traduce la prescripción judicial de la acción penal? Antes de contestar esta interrogante, sin lugar a dudas tenemos que recordar que su surgimiento legal obedece al planteamiento de lo que se conoce como "interrupción" de la prescripción, que no es otra cosa que la extinción del lapso que ha corrido hasta ese momento de la prescripción ordinaria (Artículo 108 CP), por la verificación de un acto que la ley ha catalogado como capaz de ello, y el consiguiente reinicio de un nuevo lapso completo de la misma, igual al original. Es decir, cada vez que se verifica uno de esos actos procesales operará la interrupción, y tendrá que volver a arrancar totalmente un nuevo lapso de la prescripción ordinaria.

Más explícitamente, tenemos que "la interrupción significa, universalmente, que el día en que el hecho interruptivo se produce se pierde –para el imputado– todo el tiempo de prescripción ya transcurrido desde el punto de vista originario y, a partir de ese momento, comienza a correr nuevamente el plazo original completo necesario para que la prescripción se produzca".[3]

No obstante, para poder conocer la respuesta de nuestra pregunta original debemos todavía contestar otra: Si la interrupción de la prescripción ordinaria se puede producir más de una vez durante el curso de un proceso, ¿cuál de las interrupciones es la que genera el nacimiento de la prescripción judicial de la acción penal? Indudablemente que la primera de ellas. Por otra parte, ¿puede la prescripción judicial ser objeto de interrupción, al igual que la ordinaria? Claro que no, lo que puede ocurrir es que una parte de ella no llegase a ser computada a favor del perseguido, por haber transcurrido esa porción del tiempo por su propia culpa, es decir, por actos deliberada y maliciosamente dirigidos por él a retrasar la marcha del proceso.[4]

---

[3] Pastor, Daniel. *Prescripción de la Persecución Penal y Código Procesal Penal*. Editores Del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 1993, p. 55.

[4] Por cierto, éste sería uno de los fundamentos legales que desvirtuaría la tesis de la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de que prescripción judicial equivale a una caducidad de la acción penal, en razón de que de ser así ni siquiera tal culpa del reo podría suspender o detener el cómputo de la prescripción judicial, en virtud de que la caducidad es absolutamente inmutable. (Sent. Nº 1118, 25-6-01, Doctor Jesús E. Cabrera R.).

En este último punto es importante aclarar los siguientes aspectos. Por "culpa" del reo ha de entenderse, aunque parezca elemental decirlo, no una de las formas de imputación subjetiva, o sea, del tipo culposo (o imprudente), sino, como acabamos de precisar, una actuación conscientemente destinada a demorar el curso regular del proceso. Luego, debe existir una relación de causalidad entre tal comportamiento reprochable del inculpado y esa dilatación de la acción de la justicia, buscada a propósito por él. Consecuentemente, si bien es justo que al perseguido no lo beneficie el tiempo que dure el retraso procesal que él mismo ha causado irresponsablemente, es decir, que no se compute a su favor como lapso de prescripción judicial, no debe dársele igual tratamiento a aquel que ha pasado debido a la negligencia de los operadores del sistema penal.

Lo expuesto se traduce pues, en que *a priori*, e indiscriminadamente, no se puede borrar del mapa de la prescripción judicial todo ese tiempo, sino sólo aquel que ha transcurrido por la culpa del encartado. En otras palabras, al momento en que ésta aparece en el curso procesal surgirá una especie de suspensión del plazo de la prescripción judicial, es decir, permanecerá incólume, en suspenso, pero a su favor, aquél período que hubiese transcurrido hasta esa ocasión por causas no imputables a él, y, ese plazo prescriptivo continuará su camino una vez que cese o haya terminado de surtir sus efectos la cuestionable actuación culpable del perseguido.

De lo expuesto hasta ahora podemos advertir entonces que el acto procesal que produce la primera interrupción de la prescripción ordinaria sirve de mecanismo activador de la prescripción judicial, la cual, al no poder ser interrumpida, salvo por las razones que acabamos de referir, podrán verificarse subsiguientemente todos los restantes hechos catalogados por la ley para interrumpir la prescripción ordinaria y, aun así, aquella quedará indemne hasta que opere totalmente, si es que el proceso no termina antes de que ello ocurra con una sentencia condenatoria o absolutoria, definitivamente firme.

Pero, ¿por qué la prescripción judicial de la acción penal, según el esquema legal que tenemos en vigencia, no puede ser interrumpida? O, en otras palabras, ¿por qué la segunda interrupción de la prescripción ordinaria ya no tiene efecto alguno sobre la prescripción judicial, la cual

desde su nacimiento se vuelve inmutable, excepto por las causas aducidas? La razón es que la finalidad de la prescripción judicial de la acción penal es ponerle plazo de duración absoluto e irrevocable al proceso, siempre que se verifiquen las condiciones legales para su existencia.

Ahora bien, ¿qué pasaría con una legislación que estableciese un sistema de prescripción en el que la interrupción no conllevase a producir los efectos de la actual prescripción judicial? La respuesta es sencilla, se trataría de una legislación sustantiva que prescindiría de la fórmula que le fija plazo definitivo e irreversible al proceso penal, y que estaría delegando el problema a la procesal, la cual carece de un sistema seguro para resolver el asunto, y contempla lapsos imprecisos e indeterminados, sobre todo para la duración de la fase que más requiere de delimitación temporal, pero que paradójicamente está diseñada sobre una base de discrecionalidad importante, a disposición del perseguidor, como lo es la preparatoria.

Un planteamiento como el señalado afectaría principios constitucionales como los de legalidad, entre otras razones, dada la incertidumbre que transmitiría a la sociedad por la indeterminación temporal de una persecución penal, lo cual generaría una gran inseguridad jurídica; el de una justicia expedita, rápida, sin dilaciones indebidas y dentro de un plazo razonable; así como el de presunción de inocencia, adscrito al debido proceso, por permitir un proceso interminable que injustamente impedirá al inocente defenderse, por imposibilidad material de reconstruir probatoriamente el hecho.

En otras palabras, prescindir de la fórmula que nos aporta hoy día la prescripción judicial, se traduce en quitarle al Estado uno de los límites que él, en un Estado de Derecho, debe tener en la persecución penal, el temporal. De esta manera, se está autorizando una persecución temporalmente ilimitada, con la agravante que el único efecto que según el esquema propuesto produciría la interrupción sería el de la pérdida para el perseguido del plazo transcurrido hasta ese momento, y la ganancia para el Estado del reinicio del mismo lapso original de persecución.

Si a lo señalado se le suma, como lo veremos mejor más adelante, que el catálogo de actos interruptivos se ha aumentado considerablemente y en una etapa en la que procesalmente ello resulta absolutamente contraproducente (la de la investigación), tenemos que la prescripción ordinaria se estará interrumpiendo constantemente, en perjuicio del inculpado y a favor de los perseguidores y demás órganos adscritos al sistema penal (tanto en delitos de acción pública, como de instancia privada).

Esta realidad apunta entonces, tomando en cuenta lapsos de prescripción ordinaria tan largos (Artículo 136 anteproyecto: como por ejemplo, de quince, de diez o de siete años), que dicha institución no sólo no motivará persecuciones rápidas ni diligentes para los encargados u obligados a ella (particulares o funcionarios públicos del sistema penal), sino que además resultará desproporcionada con las penas asignadas a los delitos y generadora de desigualdades en contra del perseguido, quien estaría en una desventaja permanente frente a su perseguidor, por contar éste con el poder más peligroso, por ser el de mayor impacto e intensidad dentro del poder público, como lo es el del *ius puniendi* estatal.

En consecuencia, ¿una prescripción como la propuesta estará dispuesta realmente para que opere con seguridad en un proceso penal? Lo que hemos visto hasta ahora es que todo indica a que ella ni siquiera opere, lo cual afecta la seguridad que exige un Estado de Derecho. No obstante, para dar una respuesta más completa sigamos analizando los restantes aspectos de la misma, plasmados en el anteproyecto.

En todo caso, si se pretende eliminar la prescripción judicial ¿por qué entonces no se adopta un método que permita adecuar realmente la prescripción a un Estado de Derecho, y se suprime además la controversial, y para algunos perniciosa, figura de la interrupción de la prescripción, convirtiéndola (que no sería ni ordinaria ni extraordinaria o judicial) en ininterrumpible, con un plazo de duración de la persecución penal único, y a la vez máximo, en el que no se contaría aquella parte del tiempo que hubiese transcurrido por culpa del encartado (la que debería deducirse del plazo total), y que se computaría desde el comienzo mismo del plazo fijado legalmente (para los delitos consumados: desde el día de la perpetración; para los intentados o frustrados: desde el último acto de ejecución; y, para

los continuados o permanentes: desde el día en que cesó la continuación o permanencia del hecho), para los lapsos más largos, y, para los más reducidos, regulándolos específicamente con una duración máxima de persecución razonable, tal y como por ejemplo, lo prevé actualmente el segundo aparte del artículo 110 CP, al elevar la prescripción judicial a un año para aquellas prescripciones ordinarias cuyo plazo, más la mitad del mismo, sea menor a dicho tiempo (p.ej.: la injuria, que tiene un lapso ordinario específico de tres meses, al que, de aumentarle sólo la mitad para una prescripción judicial quedaría en el absurdo plazo de cuatro meses y quince días: Artículo 452 CP).

El anterior planteamiento no es descabellado. ¿Acaso, según los lapsos actuales, quince años no es tiempo más que suficiente para que un Estado moderno y tecnificado como el de estos tiempos persiga y, eventualmente castigue a un homicida, o es que necesita de siete años y seis meses más, es decir, de veintidós años y medio para completar un proceso? ¿Ya durante ese tiempo tan excesivamente largo de quince años no quedarían más que justificados los fundamentos de la prescripción de la acción penal y toda pena no se volvería absolutamente innecesaria?

5. EL CATÁLOGO DE ACTOS QUE INTERRUMPEN LA PRESCRIPCIÓN

El segundo aspecto por revisar del anteproyecto es el de los actos que interrumpen la prescripción de la acción penal, los cuales según el elenco legal son:

> **Artículo 139.- Interrupción de la prescripción de la acción penal.** Se interrumpirá el curso de la prescripción de la acción penal, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, por lo siguiente:
>
> 1.- La imputación formal que realice el fiscal del Ministerio Público al imputado.
>
> 2.- La presentación del imputado ante el juez de control.

3.- La imposición de cualquier medida de coerción personal contra el imputado.

4.- La presentación de la acusación por el Ministerio Público.

5.- La presentación de la acusación privada en los delitos dependientes de la instancia de la víctima.

6.- El auto de apertura a juicio.

7.- El acto de inicio del debate oral y público.

8.- La sentencia condenatoria.

La comisión de un nuevo delito también interrumpirá la prescripción de la acción penal.

La prescripción interrumpida de la acción penal comenzará a correr nuevamente desde el día de la interrupción.

5.1 *ACTOS DE LA INVESTIGACIÓN COMO INTERRUPTIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN*

Sin lugar a dudas que el establecimiento de actos de la investigación como capaces de interrumpir la prescripción de la acción penal, tiene una connotación no precisamente favorable para un Estado de Derecho. Fácil es advertir que el Código Penal vigente no estableció algo así, por la sencilla razón de que sería totalmente incompatible con la figura de la prescripción judicial, como delimitadora definitiva del poder temporal del Estado en la persecución penal.

En otras palabras, actos de investigación como interruptivos de la prescripción sí es coherente con una prescripción como la del anteproyecto en análisis, en donde la interrupción desafortunadamente no fija plazo absoluto de persecución, sino que por el contrario, lo que determina es dejar sin efecto el tiempo transcurrido hasta ese momento a favor del inculpado y el comienzo del mismo lapso total original de persecución en su contra, insólitamente dispuesto en beneficio del Estado.

Y es que es doblemente grave el planteamiento analizado: por una parte se trata de actos de investigación interrumpiendo la prescripción, y, por ende, producidos apenas al comienzo de la fase de la misma índole (preparatoria), ni siquiera a su final. Esta propuesta coincide intachablemente, y quizás tiene su fuente en ella, con una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que de seguidas recogemos en el extracto del siguiente fallo:

> ...Dado que el Código Orgánico Procesal Penal señala que el proceso penal comienza en la fase investigativa, la citación del imputado o su declaración como tal en dicha fase, que es equivalente a la citación para rendir declaración, se convierte en actos interruptivos de la prescripción... El desarrollo del proceso, que corresponde a las diligencias procesales que le siguen a la citación para rendir declaración, como se señaló antes. Por lo que mientras el proceso se encuentre vivo, la prescripción se va interrumpiendo, en forma sucesiva. Todos estos actos interruptores hacen que comience a correr de nuevo la prescripción desde el día de dichos actos.[5]

Hay que decir que los argumentos de la sentencia en cuestión son más incoherentes que los del anteproyecto revisado, dado que se presentan dentro de un sistema penal en donde sí está en vigencia la prescripción judicial. Ellos tendrían más sentido, aunque a nuestro modo de ver, estarían igualmente injustificados, para una legislación sustantiva como la promovida por el anteproyecto, en la que se descarta radicalmente una persecución penal limitada en el tiempo (prescripción judicial), lo que equivale a una represión a ultranza.

Recordemos que los primeros de los actos que interrumpían la prescripción para el Código Penal vigente eran el auto de detención o el de citación para rendir indagatoria (sometimiento a juicio). Ninguno de dichos actos era de investigación y su pronunciamiento más bien se pro-

[5] "...es criterio de esta Sala que, mientras un proceso se encuentra activo, la prescripción se ve sucesivamente interrumpida". (N° 1118, ponencia: Doctor Jesús E. Cabrera R.).

ducía al final de la averiguación, pretendiendo con el mismo pasar a la fase de juicio oral.

El fundamento que habría tenido el legislador para haber escogido dichos actos (auto de detención y de sometimiento a juicio) a nuestro parecer estuvo de cierta forma justificado, entre otras, por las razones siguientes:

1.- Tenían que ser pronunciados por la autoridad jurisdiccional (no Fiscal, ni policial), en virtud de la garantía jurisdiccional que se deriva del principio de legalidad en materia sustantiva penal, que se traduce en que sólo los órganos con tal poder tienen la potestad de aplicar las normas penales a través de un proceso legalmente predeterminado, y por ende, las que instrumentan la duración máxima de éste.

2.- Había que dictarlos en un determinado momento procesal, que sería aquel que definiera formalmente la relación jurídico-procesal con el perseguido, y que buscase el cierre de la etapa sumarial (cuando el auto de procesamiento quedase definitivamente firme) y el inicio del juicio público y contradictorio. Esto, debido a que así se obligaba más efectivamente a los órganos de la persecución a precisar en el menor tiempo posible la situación del imputado, porque, de no hacerlo, la prescripción ordinaria, pendiendo como una espada de Damocles, caería a favor de éste y en perjuicio de aquéllos. En tal sentido, habría sido considerado como inoportuno fijarlos en un momento anterior o posterior a ellos. En el primer caso, se veía como una reducción incoherente del plazo de persecución, y en el otro, como demasiado tardío, convirtiendo el proceso es un instrumento arbitrario de represión.

3.- Ordenaban el procesamiento propiamente dicho del encartado, que en su sentido jurídico-procesal se traduce en aquella decisión de mérito de la investigación preliminar. Tal concepto de “procesamiento” no estaba usado en el sentido asignado comúnmente por la práctica tribunalicia, sino en el estrictamente científico.

> 4.- El "sumario" era una etapa que aunque estaba sometida a término definido, a partir de la detención judicial del indiciado (artículos 71 y 204 del Código de Enjuiciamiento Criminal), no pocas veces no se respetaba su duración, lo cual era absolutamente paradójico por su propia denominación y significado. Durante éste debía establecerse un acto procesal que interrumpiese la prescripción ordinaria, pero que, por sobre todas las cosas, hiciera surgir la judicial; todo con el fin de obligar a los órganos competentes a adelantar lo más rápido posible la persecución.
>
> 5.- No permitían, por su propia naturaleza y efectos, que el proceso se utilizase como instrumento de persecución perpetua. En caso de quedar firme, y luego de la revisión exigida de las actas, se pasaba al plenario, fase esta que temporalmente sumada a la sumarial (desde el auto de proceder) no podía extenderse más allá del lapso de la prescripción ordinaria más la mitad del mismo.

Precisamente, sobre lo tratado hasta ahora acerca de la interrupción de la prescripción por actos del procedimiento en la fase de investigación, Pastor nos refiere:

> ...aceptarla ya en la etapa preliminar del proceso penal, en la cual no se sabe todavía ni tan siquiera si se ha cometido o no un hecho punible y mucho menos, en todo caso, quién o quiénes han sido sus autores –al menos con el grado de seguridad que exige el Estado de derecho moderno–, resulta, por lo menos, peligroso para un sistema político en el que, se supone, los órganos estatales encargados de administrar el poder penal público actúan con total y absoluta vinculación a la ley. Por otra parte, los actos concretos... dictados, precisamente en la etapa más discrecional del proceso, la llamada instrucción, son, por naturaleza, decididamente arbitrarios y, además, en la mayoría de los casos, irrevisables. El llamado 'sumario' tiene, entre nosotros, una duración completamente indefinida, durante el cual el órgano encargado de la investigación puede, a su puro y total antojo, convertirse perfecta-

> mente en el funcionario despótico que hacía las penurias de Carrara y prolongar la vida de una persecución penal legalmente agotada con cualquier acto procesal...[6]

Si comparamos la naturaleza y los efectos del auto de detención y de sometimiento a juicio con la legislación procesal actual, por supuesto dentro del esquema de la vigencia de una prescripción judicial, tenemos que el auto asimilable sería el de apertura a juicio oral, es decir, un auto que no se pronuncia sino en una etapa procesal posterior a la de la investigación, como lo es la intermedia, que es propio del control jurisdiccional, que establece formalmente la relación jurídico procesal con el inculpado y que determina el pase a la fase de juicio oral y público (artículo 331 del Código Orgánico Procesal Penal).

En efecto, en primer lugar, dicho auto implica, entre otras cosas, que la acusación quedó admitida, es decir, que según el Juez existe una alta probabilidad de condena del acusado, con fundamento en unos elementos que generan la convicción de que se cometió un delito y de que la persona imputada sería autora del mismo. Por otra parte, contiene la orden expresa de que el acusado sea procesado en juicio oral y público.

Una interpretación equivalente a la nuestra es la establecida en una sentencia reciente de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, del 10-12-03, en la que se estableció:

> De acuerdo con el Código vigente, en relación a los actos que interrumpen la prescripción, la investigación de los hechos realizada por el Ministerio Público, no puede equipararse al auto de detención, este acto, en todo caso, podría igualarse a la admisión de la acusación, momento en el cual se concreta la apertura del juicio propiamente dicho. Por tanto, es a partir de la admisión de la acusación fiscal o del particular en los casos de acción privada, cuando debe considerarse la presencia de actos interruptivos de la prescripción.[7]

---

[6] Pastor, D. *Ob. Cit.*, pp. 100-101.
[7] N° 455, ponencia: Doctor Rafael Pérez P.

Y es que desde que la interrupción de la prescripción por actos procesales de la investigación tenía poco tiempo de haber sido establecida en las legislaciones europeas surgieron críticos muy duros de ella. Así tenemos a Carrara, cuya autoridad doctrinaria ha estado siempre fuera de toda duda y ha gozado de validez inmutable a través del tiempo, sostuvo en una disertación que hizo en Pisa, el 1º de septiembre de 1869, entre otras cosas, lo siguiente:

> ...hay una cuestión en la cual... no nos encontramos ante una convicción jurídica que merezca respeto, sino ante el más descarado cinismo de la prepotencia y de la arbitrariedad, con el cual es imposible transigir... Me refiero a esta tesis: *La prescripción penal no puede ser interrumpida por actos de procedimiento*, que algunos pretenden impugnar... por no hallar en ella elementos seriamente discutibles.[8]

Pero resultan igualmente interesantes y oportunas para el tratamiento del tema que nos ocupa, las palabras transcritas por dicho jurista, donde refleja los argumentos de los que pretenden defender ese sistema de la interrupción:

> Ellos afirman: 'Debe haber un término establecido por la ley, más allá del cual el delito y su acción persecutoria tienen que considerarse extinguidos en virtud de la prescripción; pero ese término establecido por la ley ha de ser precario y elástico, y su precariedad y elasticidad tienen que *depender de nuestro arbitrio*. Hemos de poder hacer, como señores libres absolutos, despóticos, que la prescripción corra o no corra a nuestro talante, sin dar de esto ninguna razón que no sea nuestra voluntad incensurable. La ley dirá que la acción persecutoria de un delito debe prescribir, por ejemplo, a los cinco, a los diez o a los veinte años, y hace muy bien en disponerlo así; mas nosotros queremos tener el poder de lograr que esa norma legislativa sea una verdad eficaz en algunos casos, pero quedando

[8] Carrara, Francesco. *Opúsculos de Derecho Criminal*. Vol. II, Editorial Temis, Bogotá, 1976, p. 55.

> libre para reducirla a nada cuando así nos plazca. Si se nos antoja hacer durar la acción penal contra un imputado que nos parece antipático, treinta, cincuenta o sesenta años, queremos tener plena y libre facultad para hacerlo, sin temor a ninguna censura y sin tener que darle cuenta o razón a nadie, con tal que nos parezca bien que el delito prescriba o no prescriba, según nos agrade, y no por voluntad o disposición de la ley'... Y siguen diciendo: 'Puede suceder que tengamos ante nosotros veinte o treinta procesos por un solo título de delito; por disposición legal, la acción penal, persecutoria de ese delito debe llevarnos a su resultado definitivo dentro de diez años, al procurar, mediante sentencia, el final de tales procesos; y si no lo hacemos así, el imputado, una vez transcurrido el término, será puesto al cubierto de toda persecución bajo la égida de la ley. Mas, nosotros queremos que se nos conceda algún medio artificioso, por el cual se obtenga que, mientras en veintinueve de esos procesos tenga la ley libre curso ejecutivo, podamos oponerle al otro nuestro formidable veto y evitar *perpetuamente* que la ley alcance su objetivo. La víspera de cumplirse el término (un quinquenio o un decenio), escribiremos acerca de ese trigésimo proceso una petición cualquiera en dos líneas, para expresar nuestra voluntad de mantener viva la acción, y entonces se efectúa el milagro: esa acción, que mañana iba a quedar extinguida, vivirá por otros diez años más; y la víspera final de los treinta años, haremos lo mismo. Así, mientras que nos quede en el tintero una gota de tinta, podremos impedirle al imputado que es objeto especial de nuestra antipatía, que disfrute del beneficio de la prescripción, aunque Dios le concediera más vida que a un patriarca.[9]

Es importante destacar, como lo asienta Pastor,[10] que la intransigencia de Carrara no es más que la consecuencia de su respuesta afirmativa a

[9] Carrara, F. *Ob. Cit.*, pp. 56-57.
[10] Pastor, D. *Ob. Cit.*, p. 59.

la pregunta: "¿En un buen Código Penal debe admitirse la prescripción como causa de impunidad de los delitos?".[11]

Claro que el llamado maestro de Pisa responde afirmativamente a dicha interrogante, pero es necesario resaltar que el concepto de "impunidad" lo usa en el sentido adecuado, es decir, en aquel que sirve para justificar la existencia y validez de la institución de la prescripción, como lo es: el aquietamiento social suficiente para olvidar las consecuencias del delito, lo innecesario de una represión tardía y la injusta imposibilidad de defensa del inocente, por no poder reconstruir probatoriamente el hecho.

No utiliza, pues, el concepto político criminalmente cuestionable de que la prescripción sería una figura que contribuiría más bien a eludir el castigo de los perseguidos. Por el contrario, ve la prescripción como una medida legal adecuada, que es lo correcto, para ponerle fin definitivo a una larga persecución, como algo justo y digno de un Estado libre; lo que en su opinión de ninguna manera se puede lograr en un sistema de interrupción de la misma, sustentado en actos de procedimiento, que la haría más bien abusiva, arbitraria e interminable, quedando dicha persecución a la veleidad de los acusadores.

A pesar de ello, pareciera que los motivos esbozados por el anteproyecto apuntarían hacia la precitada interpretación político criminal del término "impunidad", es decir, a impedir que el perseguido logre eludir la aplicación de una pena, sin importar el tiempo que se invierta y el daño que ello le cause al Estado, y sobre todo, al Estado de Derecho. En efecto, veamos de seguida las razones presentadas para justificar la eliminación de la prescripción judicial:

> ...Se elimina el vigente artículo 110, que contempla la prescripción extraordinaria o judicial, por ser fuente de impunidad...[12]

Esta visión que se le estaría dando a la prescripción judicial: como fuente de una malentendida y tergiversada "impunidad", convertiría de esta

[11] *Ibídem.*
[12] *Ob. Cit.,* p. 69.

manera de un plumazo a la proyectada prescripción única (que hoy día conocemos como ordinaria) en una institución absolutamente inoperante. En efecto, bajo el fundamento de la aplicación de una pena a cualquier precio, aun tardía y, por ende, innecesaria, se establece una prescripción que no le fija fin al proceso, sino que por el contrario puede ser interrumpida a todo lo largo y ancho del mismo, incluso desde su propio comienzo. Una prescripción como ésta no es realmente prescripción, es una falacia, ilusión o espejismo de ella. Así, tenemos que:

> no es lícito legislar la prescripción de la persecución penal y luego anularla a través de la interrupción... por actos del procedimiento. El sistema penal debe definir si incorpora entre sus límites la extinción de su poder punitivo por el transcurso del tiempo, si lo consagra, solución que entre nosotros ya se postula jurídicamente como obligatoria (refiriéndose al artículo 8-1° de la Convención Americana de Derechos del Hombre: CADH, que establece el derecho a que las causas se resuelvan dentro de un plazo razonable, el cual, entre las formas de ser activado, todavía cuenta actualmente en Venezuela con la prescripción judicial), luego no es ya posible derogarlo por actos del procedimiento. Quienes defienden la prolongación del plazo de prescripción por la realización del procedimiento, se oponen, en verdad, a la existencia misma de la prescripción y hacia el objetivo de su derogación debieran dirigir sus esfuerzos y no a la introducción hipócrita de criterios de suspensión o interrupción de los plazos, ello siempre que, a la vez, se contemple algún instrumento realizador del derecho a la definición del proceso penal en un plazo razonable.[13]

Pero a la enunciada irracionalidad denunciada por Carrara, hace casi siglo y medio, de que una prescripción interrumpida por actos de procedimiento es arbitraria y abusiva, en estos tiempos es vista desde la perspectiva de su ilegitimidad, como contraria al Estado de Derecho, a la constitución política. Esta es la tesis irrefutable de Binder, absolutamente adecuada al estado actual de los derechos fundamentales del hombre.

[13] Pastor, D. *Ob. Cit.*, pp. 60-61.

Partiendo desde la posición de que la prescripción es uno de los límites al poder penal del Estado (temporal), por ser éste un poder de alta intensidad, y en el concepto mismo del Estado de derecho se encuentra la idea del poder limitado, para Binder la prescripción penal ha de cumplir una función de garantía fundamental de los ciudadanos frente a la actividad judicial penal del Estado. Para él "la norma del Código Penal que establece la interrupción del curso de la prescripción por la secuela del juicio (que en el caso del anteproyecto en análisis sería los actos procesales de investigación por él previstos) es inconstitucional y no debe ser aplicada".[14]

Se podría objetar a nuestros argumentos, que estoy haciendo alusión a una legislación como la argentina, en la que no tienen un catálogo expreso y cerrado de actos que interrumpen la prescripción, sino la fórmula genérica de "secuela del juicio". Esta realidad, aunque hay que reconocer que contribuye ciertamente a disminuir la arbitrariedad del sistema de la interrupción de la prescripción, queda opacada, es decir, sin cumplir sus efectos legitimantes, cuando no pocos de los actos que integran ese catálogo son parte de la etapa de investigación, y, lo que es más lapidario y aplastante, cuando el efecto de su verificación es el de una interrupción que no fija una duración absoluta, definitiva e inmutable al proceso en el que se produzcan (prescripción judicial), que sería lo que le imprimiría cierto grado de seguridad jurídica, sino que por el contrario conlleva al reinicio del lapso completo originalmente dispuesto para la prescripción.

Si lo hacemos más gráfico, quizás se pueda ver mejor la dramática realidad de lo que estamos señalando. En un caso de homicidio, que en el peor de los casos se siguiese arbitraria e ilegalmente contra un inocente –lo que tampoco significa que estuviese justificado contra el culpable, dada la incuestionable razón de ser de la prescripción–, cada vez que se produzca uno de esos actos de investigación el Estado contaría con quince (15) años más para ampliar su persecución, y así, durante todo el curso

[14] Binder, Alberto. *Justicia Penal y Estado de Derecho. Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio.* Buenos Aires, República Argentina. Ad-Hoc s.r.l. 1993, pp. 123-136.

del proceso, lo podrá ir alargando en varias ocasiones, es más, aun durante un tiempo al que ningún ser humano ni siquiera pudiese biológicamente sobrevivir.

5.2 *ÓRGANOS A CARGO DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN*

Como puede advertirse algunos de los actos que interrumpen la prescripción emanan nada más y nada menos que del perseguidor o sujeto que ejerce la acción penal.[15] En efecto, en delitos de acción pública, actos tales como la imputación formal que realice el fiscal del Ministerio Público al imputado, la presentación del imputado ante el juez de control, la presentación de la acusación por el Ministerio Público; en delitos de instancia privada, la presentación de la acusación privada en los delitos dependientes de la instancia de la víctima, están a cargo del titular de la acción.

Tal realidad normativa llama poderosamente la atención. ¿Cómo es que el órgano llamado a ejercer la acción penal es el mismo que por ley discrecionalmente tiene la potestad de realizar los actos que interrumpen la prescripción? ¿Cómo es que la prescripción de la acción penal puede estar a disposición de una de las "partes" del proceso penal, en vez de ser objeto del exclusivo control jurisdiccional, tomando en consideración que es aquélla a quien perjudica la misma y significa para ella una sanción?

Esto puede corresponder a un sistema donde no exista prescripción judicial y en el que se confunda la prescripción penal con la prescripción civil, como parece ser el caso del anteproyecto. Pero es absolutamente incoherente en uno en el que como el vigente le fije un lapso de vida definitivo al proceso.

---

[15] "La práctica, cuando se acepta el método de la interrupción, se contenta con una acusación que el Ministerio Público, la víspera del día fijado, escribe en una página del proceso. Sus ojos se mantienen encima de esos procesos que, por motivos particulares, se desea que no alcancen la prescripción; y cuando ésta es inminente, escribe en el proceso una citación a juicio; después vuelve a colocar el expediente en su anaquel, y queda así asegurada, por otro término legal, la vida de la acción punitiva. Este es el método práctico con que funciona el sistema de la interrupción, tan ciegamente venerado por muchos; si este método no fuera comprobado por la historia, parecería ridículo" (Carrara, F. *Ob. Cit.*, p. 66).

Ciertamente, pareciera que las características del catálogo de los actos que interrumpen la prescripción de la acción penal en el anteproyecto estuviese impregnada de influencias civiles, dado que del mismo se interpreta a la prescripción como un castigo por la falta de ejercicio y promoción oportuna de la acción a cargo de su titular, dentro de un plazo determinado, que, a nuestro modo de ver, nuevamente advertimos tendría su fuente en la sentencia N° 1.118, de la Sala Constituticional, del Tribunal Supremo de Justicia, a que hemos aludido en estas consideraciones.

Confusiones como éstas, que resultan inadecuadas, ya fueron tratadas desde la doctrina clásica, específicamente por Carrara, quien con su dramatismo característico, pero con la invulnerabilidad de sus argumentos, señaló desde hace mucho que:

> ...hoy los delitos ya no se persiguen por consideración a las víctimas, sino en atención a la tranquilidad pública, que es igual para todos los agraviados y suscita igual interés hacia todos los delincuentes. Ciertamente, que si el fundamento de la prescripción de la acción penal se dedujera, como en derecho civil, del castigo de los negligentes o en atención a la buena fe de quien la decreta, el sistema de la interrupción sería una indeclinable deducción lógica de esos principios en materia penal, como en materia civil lo es y debe serlo, sin lugar a duda. Entonces podría decirse que uno cualquiera de los actos de procedimiento interrumpe el curso de la prescripción, pues por una parte muestra la diligencia del que quiere mantener su derecho, y por otra hace ver la mala fe del que pretende suprimirlo. Pero estas ideas no pueden germinar en la mente de ninguno, a no ser que ignore por completo el derecho penal y sea enteramente profano en las reglas más elementales de esta ciencia.
>
> Nadie ha pensado nunca en basar la prescripción penal sobre los principios de la buena fe o del castigo de la negligencia. Sería absurdo, y hasta risible, hablar de la buena fe del que se supone posiblemente culpable; y esto envolvería una petición de principio. **Todavía sería más absurdo que la impunidad de un culpable debe ser proclamada con el único**

fin de castigar la negligencia de los representantes del ministerio público. Ningún criminalista podrá concederles valor a conceptos tan excéntricos. **La aplicación de las reglas civiles a las doctrinas penales resultará siempre falaz, en cualquier asunto de que se trate; además, sería radicalmente falsa si se quisiera llevarla a cabo en la materia de la prescripción de la acción penal, la cual no tiene nada en común con la prescripción de las acciones civiles** ...*omissis*...

Estas dos prescripciones no tienen de común sino el accidente del *nombre*, y por el prestigio de los nombres, se guía el vulgo, pero no se persuadan los doctos. Los principios de la prescripción penal son esencialmente distintos de los de la prescripción civil; son dos hechos jurídicos que tienen denominación idéntica, pero fuera de éstos no hay entre ambos ninguna semejanza. Es, por lo tanto, un error (como ya lo advertí) que en esta materia se tomen argumentos del derecho civil para aplicarlos al penal. Además, resulta verdaderamente inicuo que, después de haber partido de esa deducción errónea, sea abandonada ésta, con el fin de cambiar sustancialmente la interrupción que acatan las leyes civiles.

En penal, la prescripción es un hecho enteramente *real*, que se produce y se consuma por la fuerza sola del *tiempo* y por los efectos morales y políticos de este hecho supremo. En civil, la prescripción es un hecho enteramente *personal*, que se consuma por las condiciones morales de las dos partes: la negligencia del acreedor y la buena fe del deudor. Así, pues, no puede identificarse la *naturaleza* de esos dos hechos jurídicos. Y es equivocación pretender que, también en asuntos penales, la prescripción se convierta en un hecho personal. **Si la naturaleza de la prescripción civil tiene como contenido implícito el ser interrumpible, la naturaleza de la prescripción penal tiene como contenido necesario el no ser interrumpible**.

> Los hechos humanos posteriores a un contrato pueden modificarlo de mil maneras, pues la sociedad no tiene interés en ello. Los hechos humanos posteriores a un delito no pueden modificar las condiciones de éste, fuera de lo prescrito por la ley; y mucho menos los hechos arbitrarios de un funcionario público pueden hacer que cese o que continúe, a capricho suyo, la necesidad de la represión, que es una necesidad social. La teoría de la interrupción pasó de las materias civiles a las penales sin suficiente examen y sin madura consideración de sus dos naturalezas distintas; se aceptó con gusto la ilación errónea, y la teoría misma fue ampliada, tan sólo por idolatría al arbitrio. La única razón para sostenerla es esta del culto al arbitrio; no hay otra que pueda alegarse seriamente y sin incurrir en sofisma.[16] (Negrillas nuestras).

Pero no son éstas las únicas líneas que escribió dicho autor sobre el tema. Como anillo al dedo de lo que venimos sosteniendo encontramos otros argumentos de este gran jurista, esta vez en su famoso "Programa de Derecho Criminal":

> ...soy contrario al sistema de *interrumpir* la prescripción de la *acción*. Muchos han enseñado y establecido que la *acción penal* puede durar hasta cincuenta y más años, con tal que el funcionario investigador o acusador haya *interrumpido* la prescripción con algún *acto de instrucción*, ejecutado a intervalos, a su arbitrio. Así, en primer lugar, se deja al *arbitrio* de un hombre el que una acción penal prescriba contra el que le parezca, lo cual es un abuso. Y en segundo lugar, es claro que esta idea nace de una deducción equivocada del derecho civil, ya que la prescripción penal no se basa de ninguna manera, como la civil, sobre la protección de los vigilantes y el castigo de los negligentes. Sería ridículo que, para castigar la negligencia de un juez, se dejara libre al culpable, y a la sociedad sin defensa. Estos conceptos no tienen nada en común con las leyes penales ...*omissis*... Es cierto que

[16] Carrara, F. *Ob. Cit.*, pp. 61-62, 73-74.

> este método irracional y bárbaro de concederle al acusador el arbitrio de prolongar indefinidamente la acción penal y hacerla durar a su capricho hasta sesenta años, interrumpiendo su curso con actos sucesivos de procedimiento, es una novedad del siglo presente, introducidas por las leyes napoleónicas, basándose nada más que en analogías con las prescripciones civiles, pero en analogías radicalmente sofísticas... la interrupción por actos de procedimiento en materias criminales, no fue admitida ni en el derecho romano ni en las antiguas prácticas, ni tan siquiera en la antigua Francia, donde hoy mismo los criminalistas que prefieren los sagrados principios de la razón, antes que los textos positivos, reprueban este sistema como una insensata y cruel enormidad, que solamente pueden alabar los que gustan de prostituir el derecho punitivo para hacer de él un arma política.[17]

Resumiendo pues, unos actos interruptivos a disposición del promotor de la acción producen una enorme desigualdad entre las partes, por generar ventajas totalmente desproporcionadas a favor del Estado, o del particular afectado, convirtiendo paradójicamente la prescripción en una institución en contra del perseguido, y en beneficio del perseguidor, cuando debiera ser todo lo contrario.

Por otra parte, le imprime al sistema jurídico una gigantesca inseguridad, dado que no se trata de actos que se producen con la certidumbre y certeza de los jurisdiccionales, o en momentos procesalmente predeterminados, sino que están dispuestos a la discrecionalidad y oportunidad del perseguidor, lo cual los convierte, cuando menos, en imprevisibles.

Sobre el particular, Pastor nos precisa que:

> Un punto de partida seguido por este trabajo para la determinación de un catálogo de actos del procedimiento principal que interrumpen la prescripción de la persecución es la naturaleza

[17] Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Parte General. Volumen II. Cuarta edición. Editorial Temis. Bogotá. 1985. pp. 181-183.

> **judicial**, en sentido estricto, de ellos. Nuestro sistema constitucional ha otorgado a los tribunales formados según la ley fundamental, con jueces profesionales y jurados, el poder de realizar y aplicar el derecho material. Sólo los actos de esos jueces, de esos tribunales, pueden ser considerados actos de 'secuela del juicio'. Ello es así, en primer lugar por las mismas razones de interpretación restrictiva de la ley que me llevaron a afirmar que los actos interruptivos de la prescripción durante el procedimiento, si los hay, sólo pueden corresponder a la etapa principal del proceso. En efecto, la limitación del poder penal a través de la interpretación más restrictiva indica que sólo el órgano encargado del juzgamiento, esto es el tribunal de juicio, puede decretar actos procesales que, además de su fin propio, interrumpan la prescripción. Esto deja fuera del círculo en cuestión, sin duda, en primer lugar, a los actos del defensor y los propios del imputado.[18]

Independientemente de que el autor citado se está refiriendo a una legislación en donde los actos de interrupción no están enunciados taxativamente como en el anteproyecto en cuestión (la argentina), y que tampoco posee una fórmula como la prescripción judicial, no obstante es relevante para nuestro estudio, porque justifica muy bien el porqué esos actos interruptivos han de tener una naturaleza estrictamente judicial. Así las cosas, sólo los tribunales pueden tener esa potestad, dada su autoridad para realizar y aplicar el derecho sustantivo, sólo ellos tienen la facultad de autorizar con sus actos la evolución y desarrollo del proceso, de pasar de una etapa a otra.

En todo caso, el listado en estudio comprendería un esquema informal de oportunidad en la escogencia de casos que ingresan o permanecen en el sistema de persecución penal, que rompería la lógica de la prescripción (extinción igualitaria de la acción penal en todos los casos) y nos podría llevar a la arbitrariedad.[19]

---

[18] Pastor, D. *Ob. Cit.*, p. 119.
[19] Pastor, D. *Ob. Cit.*, pp. 69-70.

Sobre el particular Binder ha referido que, si la prescripción de la acción penal tiene la misión de fomentar la actividad estatal realizadora del derecho material, cumpliendo el papel de sanción por el retardo en la persecución, erigiéndose de esta manera en un mecanismo activador del derecho fundamental a la definición del proceso penal dentro de un plazo razonable, mal puede otorgarse a los propios órganos estatales encargados de la persecución la posibilidad de prolongar los plazos a su antojo.[20]

Lo que propone entonces el anteproyecto es despojar al perseguido de una garantía fundamental establecida constitucionalmente a su favor y entregársela al Estado para ampliar su poder, pero bajo la forma de un derecho temporalmente ilimitado, a su indiscriminada disposición.

Por supuesto que existirán quienes justifiquen un catálogo como el que nos ocupa, fundado en que "los actos que interrumpen la prescripción no pueden ser decretados ni arbitraria ni casualmente, sino que sólo serán procedentes en un determinado momento del proceso... Sin embargo, la amplitud que la investigación preliminar tiene hoy en nuestro sistema, convirtiéndola en el 'verdadero juicio'... con la facultad para el órgano competente de dictar los actos (p.ej.: declaración indagatoria... etc.) que la jurisprudencia ha interpretado que interrumpen la prescripción en cualquier momento de ella, muestra claramente que la afirmación 'prolongar los plazos a su antojo' no es arbitraria".[21]

Permitir que el titular de la acción penal realice los actos de interrupción de la prescripción es ir en contra de las reglas de un proceso limpio y justo, es vulnerar el debido proceso, es convertir al perseguido en un disminuido o *sub judice* procesal, es imponerle una *capitis diminutio*.

Hoy día la prescripción es vista más bien como un obstáculo o impedimento procesal que compone el debido proceso, siendo éste derecho a la vez una condición objetiva de punibilidad de toda condena. Esto quiere decir, que si se hace nugatoria la prescripción, aun a nivel legislativo, se está autorizando un proceso penal contrario al debido proceso, o sea,

[20] Tomado por Pastor del trabajo de Binder, ambos citados, p. 70.
[21] *Ibídem.*

indebido e ilegítimo, que de llegar a una condena ella estaría totalmente deslegitimada.[22]

Así las cosas, encontramos la impecable e irrebatible opinión de Maier, quien excluye cualquier posibilidad de interrupción de la prescripción por actos del Ministerio Público o del acusador privado, cuando señala que:

> creemos que deben eliminarse del concepto los actos del acusador –público o privado– pues él sólo puede instar el avance del proceso a una faz sucesiva realizando los actos que le competen, pero es solamente el órgano jurisdiccional quien acuerda o no el progreso del proceso. Por otra parte, tolerar que los actos del MP puedan tener efecto interruptivo de la prescripción, aunque sólo se trate de aquel acto que permite el comienzo del juicio público, sería, de alguna manera, vulnerar, nuevamente, las reglas del 'juego limpio', dado que se estaría dotando a uno de los sujetos, el acusador, de un poder que no tiene correlato en el imputado, con la consiguiente lesión del principio procesal de igualdad de armas...[23]

A esta altura de nuestra exposición es igualmente importante decir que, aun cuando esta propuesta sostenida por el anteproyecto de que el perseguidor puede realizar actos interruptivos es mantenida también, por ejemplo, por un cuerpo legal como el Código Penal alemán (Art. 78 **c I**), no obstante hay que reparar que el StGB cuenta adicionalmente con una fórmula que sí le brinda seguridad jurídica al sistema alemán, que no nos otorga el anteproyecto en estudio, al prever un plazo de prescripción absolutamente ininterrumpible por actos del procedimiento, que es el doble del plazo legal de prescripción (Art. 78 **c III**); algo así como el esquema de nuestra vigente prescripción judicial (que es el lapso de la prescripción ordinaria más la mitad del mismo: Artículo 110 CP).

---

[22] Pastor, Daniel. *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales*, en *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales: Homenaje al profesor Claus Roxin.* Córdoba. República Argentina. Marcos Lerner Editora Córdoba. 2001. p. 796.

[23] Cita de Maier hecha por Pastor: *Prescripción... Ob. Cit.*, pp. 120-121.

6. EL TÉRMINO MÁXIMO DE LA PENA ESTABLECIDA PARA EL DELITO O DELITOS DE QUE SE TRATE PARA EL CÁLCULO DE LA PRESCRIPCIÓN APLICABLE

Como otro ingrediente desproporcionado, que amplía injustificadamente los lapsos de persecución penal, se advierte esta nueva regulación, la cual es de por sí contradictoria con el propio anteproyecto (Artículo 98), que mantiene como sanción normalmente aplicable la del término medio de los límites de pena asignados a un delito en particular.

Aquí entramos en la afectación del principio de proporcionalidad, que exige en sentido estricto la existencia de una relación proporcional y equilibrada entre la pena asignada al delito (que por supuesto debe ser la normalmente aplicable al mismo) y el tiempo que tiene el Estado para perseguirlo y, eventualmente, castigarlo.

Así las cosas, si por ejemplo, la estafa tiene una pena en término medio de tres años, es conveniente que tenga asignada una prescripción ordinaria por los mismos tres años (Artículo 108, ordinal 5°). No se correspondería una cosa con la otra, si a pesar de incumbirle legalmente a una persona una pena por esos tres años, ella podría ser perseguida hasta por cinco (5) años, y, para rematar, se permita una interrupción que no produce la fijación de un lapso definitivo del proceso, sino todo lo contrario, en este supuesto el simple reinicio del mismo plazo de cinco años para que ilusoriamente pueda alcanzarse la prescripción.

Este elemento, unido a la supresión de la prescripción judicial, convertirían pues a la prescripción, no pocas veces, en una pantalla, asumiendo este costo el Estado de Derecho. Se trataría prácticamente de una imprescriptibilidad generalizada para todos los delitos.

7. ¿PROCEDER OFICIOSO DEL JUEZ O EXCEPCIÓN OPONIBLE SÓLO A INSTANCIA DEL PERSEGUIDO?

Recordemos lo que literalmente dice la norma proyectada:

> **Declaración de oficio.** La prescripción, tanto de la acción penal como de las penas, se declarará de oficio por el juez;

> pero el imputado tiene derecho de renunciar a la prescripción de la acción penal.

En esta ocasión estamos al frente de una peligrosa contradicción. ¿El juez está obligado a declarar la prescripción, pero el imputado tiene a la vez el derecho a renunciar a ella? ¿Será que se declara oficiosamente, y por tanto a sus espaldas, para luego de decretada notificársela al único que tiene derecho a decidir si se acoge o no a ella? Entonces, ¿qué sentido tiene su declaratoria inicial?

Este precepto además de vulnerar principios constitucionales de un Estado democrático y social de Derecho, es contrario a lo dispuesto por el artículo 32 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), que establece que las únicas excepciones u obstáculos procesales cuya decisión pueden ser asumidas oficiosamente por el juez serían las que, por su naturaleza, no requieran instancia de parte, con lo cual queda excluida la prescripción, dado que según el artículo 31-2-b y el artículo 48-8 *ejusdem*, aparece claro que ella sólo puede ser opuesta por el encartado, quien es el único que puede renunciar a ella.

Es importante resaltar que, conforme a la legislación actual la prescripción se establece en favor del imputado. Esto obedece a que el interés estatal en la persecución sólo es preponderante en la medida en que exista en el caso en concreto una necesidad social de orden y seguridad, por lo que, al verificarse las condiciones legales de la prescripción ese interés estatal cede ante la garantía particular de que el perseguido sea sometido a un proceso dentro de un plazo razonable. Hoy día se concibe como la "realización procesal del derecho a la definición del proceso penal en un plazo razonable, en cuanto limitación temporal del poder penal del Estado",[24] es decir, como un derecho fundamental del inculpado, que elimina cualquier posibilidad de castigo, siempre que todo el tiempo legal se haya agotado por causas no imputables a él (sino más bien al Estado o al acusador privado).

[24] Pastor, D. *Prescripción... Ob. Cit.,* p. 40.

Cuando surge la prescripción, sea con anterioridad al inicio del proceso, o durante su existencia, la jurisdicción penal no puede decretarla sin la previa autorización del perseguido, lo cual presupone la existencia de un imputado. A éste el COPP le reconoce expresamente el derecho a renunciar a la prescripción, conforme puede verse en el ordinal 8° del artículo 48, el cual dispone, entre las causas que extinguen la acción penal, "la prescripción, salvo que el imputado renuncie a ella".[25]

En tal sentido, tanto en el supuesto de la desestimación de la denuncia o querella (Art. 301 COPP), como en el de la inadmisibilidad de la acusación privada (Art. 405 COPP), el hecho de que la acción penal esté evidentemente prescrita no autoriza al Estado decretarla oficiosamente. Antes de hacerlo debe consultar al interesado si se acoge o no a ella.

Lo más que podría hacer a su propia instancia el Ministerio Público es solicitar de un Tribunal de Control la convocatoria para la realización de una audiencia oral, a la que habrían de asistir, además del inculpado, la víctima y el propio Ministerio Público, a los fines de consultar la voluntad del primero.

Una razón que encontramos para esta realidad no lo es tanto el que se trate de un derecho establecido a disposición del interesado (como titular del mismo), dado que el Estado siempre debe asegurar a los ciudadanos el goce y ejercicio irrenunciable de los derechos fundamentales, y su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público (Art. 19 CR), sino que en virtud del principio de la dignidad humana, componente importante del Estado democrático, el sujeto pasivo de una persecución, en vez de poner en eficacia la prescripción como excepción al poder penal del Estado, puede renunciar a ella por estar más interesado

[25] En contra de esta opinión encontramos un fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la que se lee: "Considera esta Sala oportuno destacar que la prescripción de la acción penal puede plantearse en el momento inicial del proceso o surgir durante el juicio. En ambos casos, la institución, dado su carácter público, obra de pleno derecho y el juez debe reconocerla y declararla **aun contra la voluntad del imputado o acusado**, en razón de que no ha sido establecida en el interés de las partes, sino en interés de la propia sociedad. Por ello, su declaratoria conlleva, necesariamente, la impunibilidad del encausado, aunque se hubiese comprobado la existencia del hecho punible y se hubiese determinado la responsabilidad penal del agente del delito". (13-2-01, Doctor Jesús Delgado O., Exp. 00-2572). (Negritas propias).

en un proceso que defina el fondo de su situación jurídica, independientemente del tiempo que haya transcurrido hasta ese momento y del que se tuviese que tomar el Estado para definir el proceso.[26]

En pocas palabras el punto no es el de la renuncia o no de un derecho humano sino el del privilegio de escoger entre uno (que sería el de ser sentenciado luego de un juicio oral y público) u otro derecho fundamental (el de ser procesado dentro de un proceso sin dilaciones indebidas). Así las cosas, no es que me estoy desprendiendo de una garantía fundamental, lo cual es cuando menos discutible en estos tiempos, sino que por esa consideración superior que han adquirido los derechos individuales se le concede al perseguido la decisión de detener la persecución existente en su contra o permitir que continúe para lograr, a consecuencia de un juicio previo y con todas las garantías, un fallo que resuelva definitivamente su posición frente al hecho que se le imputa.

Con igual razón, si el proceso se ha iniciado (Arts. 283 y 300 COPP) la prescripción sólo podrá pronunciarse judicialmente siempre que, además de verificarse las otras condiciones legalmente previstas, medie autorización para ello de parte de su beneficiario.

Por otra parte, conforme a los artículos 28 y 32 del COPP, durante la fase preparatoria, ante el juez de control, y en las demás fases del proceso, ante el tribunal competente, en las oportunidades previstas, las partes podrán oponerse a la persecución penal, entre otras causas, por la extinción de la acción penal, y el juez competente, en fase intermedia y de juicio oral, sólo podrá asumir de oficio la solución de la excepción, siempre que la cuestión, por su naturaleza, no requiera la instancia de parte.

---

[26] En contra de esta opinión: Sentencia N° 140, del 09-02-01, del Doctor Iván Rincón Urdaneta, en la que se señala: "En efecto, esta figura de la prescripción, viene referida tanto a la acción penal como a la pena misma, y no es más que la facultad punitiva que tiene el Estado, en ejercicio de su soberanía, la cual se encuentra limitada por las disposiciones legales que la rigen (Código Orgánico Procesal Penal y Código Penal). Siendo ello así, se tiene que **la prescripción no se encuentra, en modo alguno, establecida en interés del reo**; antes por el contrario, rige para la misma un interés social. Por lo tanto, en virtud del interés general que priva sobre el interés particular, dicha figura obedece a razones de orden público... es una figura que obedece a razones de interés general, en virtud de lo cual, la misma, "*no puede ser alterada por la voluntad de los individuos*". (Negritas propias).

En relación a la prescripción de la acción penal estamos precisamente ante un obstáculo procesal que requiere ser opuesto por la parte, que en este caso, se trata del imputado. Es decir, no puede el juez oficiosamente solucionar tal cuestión, ya que estaría arrebatándole una decisión que sólo atañe a dicha parte.

De prosperar, por ser procedente, el planteamiento de esta excepción por el imputado durante cualesquiera de las fases del proceso (preparatoria, intermedia o de juicio), debe extinguirse la acción penal y declararse el sobreseimiento a su favor. Dicha decisión podrá estar recogida en un auto, o en una sentencia (Arts. 318-3°, 321, 322 y 364-5° del COPP).

Tenemos pues, que no tiene sentido el que la norma propuesta establezca la oficiosidad del juez para el decreto de la prescripción, dado que a pesar de ser de orden público no deja por ello de constituir una excepción u obstáculo procesal que sólo es oponible a instancia de su beneficiario, que es el perseguido.

La disposición en estudio evidencia esa pretensión del anteproyecto, por cierto en este caso expresamente fallida, de convertir paradójicamente la prescripción en una institución a favor del Estado, y en perjuicio del perseguido; todo ello dentro del injustificado y cuestionable esquema de la eliminación de la prescripción judicial. Eso se reafirma cuando entre las causas de extinción de la acción penal, enunciadas en el artículo 129-6 de dicho antreproyecto, establece a secas “la prescripción”, y no, como lo preceptúa el artículo 48-8 del COPP: “la prescripción, **salvo que el imputado renuncie a ella”**. (Negritas nuestras).

CONCLUSIONES

Coincidimos con el señalamiento inicial del anteproyecto de que después de la Constitución el Código Penal es la ley más importante de un país, dado que se trata de un ordenamiento que, conjuntamente con el que lo hace realizable (la ley procesal), constituyen el espejo político del mismo.

Pero precisamente por dicha coincidencia es que nos surge una gran preocupación, porque ¿cómo un Estado que se autodefine constitucio-

nalmente de Democrático y social de Derecho y de justicia, puede darse el lujo de no establecer en una ley tan importante como el Código Penal una fórmula garantista, que limite temporalmente, de la manera más segura y definitiva posible, su propio poder penal, sino que por el contrario, autoriza persecuciones indefinidas, gracias a unos lapsos tan altos de prescripción, cuya interrupción a cargo del titular de la acción, desde prácticamente el comienzo del proceso, lo que se traduce es en una reedición perpetua, y por tanto, abusiva y arbitraria de los mismos?

¿No es el que nos ocupa un mensaje político alarmante? ¿No se trata de la consagración de una imprescriptibilidad velada, generalizada para los restantes delitos que hasta ahora legalmente carecían de ella?

En un Estado democrático y social de Derecho, el Derecho penal, a través de sus principios, ha de cumplir materialmente un papel limitador del poder penal estatal, del *ius puniendi*, de ninguna manera puede hacer lo contrario, bajo el injustificado fundamento de una represión dirigida a evitar la impunidad, que no es otra cosa que una penalización a ultranza, ampliando sin medida cierta una potestad como esa, cuyo impacto en los ciudadanos sería indeterminado. Algo así desvirtuaría la seguridad jurídica que debe tener todo Estado de Derecho, y resultaría indigno para el ciudadano que tiene derecho a uno democrático; significaría crear un desequilibrio interno dentro de dichos componentes del precitado Estado, prevaleciendo autoritariamente el Estado social en detrimento del Estado de Derecho, democrático y de justicia.

Por ello propongo, a título de sugerencia, y ya que todavía estamos a tiempo, que ante la eventualidad de una nueva legislación sustantiva penal reflexionáramos, y por qué no, debatiéramos, sobre los siguientes temas de la prescripción de la acción penal:

> a) La reducción, a los que corresponda, y de ninguna manera el aumento, de las penas asignadas a los delitos, a los fines de que, conforme al principio constitucional de proporcionalidad, se establezcan unos lapsos de prescripción más reducidos, que sean directamente proporcionales con la necesidad social de orden y seguridad, como límite al interés estatal en la persecución.

b) El establecimiento de un método de fijación de un plazo definitivo e inmutable del proceso, a través de una prescripción sin interrupción alguna, es decir, que descartase la figura de la interrupción, salvo, por supuesto, toda aquella causada por la culpa del encartado, que sirviese real y efectivamente de mecanismo para instrumentar la definición del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, y que mejorase incluso el que tenemos en la actualidad de la prescripción judicial. Por tanto, en vez del lapso de la prescripción ordinaria más la mitad del mismo, un lapso único de prescripción, que al bajar un poco los que conocemos como de la ordinaria se volverían más aceptables. Dicho método se computaría como se cuenta actualmente la ordinaria (dependiendo de si es delito consumado, tentado o frustrado, continuado o permanente), tal y como lo hace también el anteproyecto (Artículo 137); con la salvedad que para los lapsos de prescripción muy bajos se estableciese un plazo máximo fijo y razonablemente más alto, de duración definitiva de la persecución.

c) De no ser posible lo anterior, plantear un método como el de la prescripción judicial, pero que contase con una fórmula que, en vez del lapso de la prescripción ordinaria más la mitad del mismo, sólo fuese del lapso de la ordinaria; admisible desde el primer acto de interrupción, como el del auto de apertura a juicio oral, y computable desde el surgimiento de la persecución misma, aunque ésta se diese antes de iniciarse formalmente el proceso: desde la incoación de la denuncia en contra de una persona o de la querella, aún no admitida (altura esa del proceso en la que ya se habla legalmente de imputado, según aparece, por ejemplo, del encabezamiento del artículo 296 COPP). De esta manera, quedan descartados como actos interruptivos cualesquiera que tengan que ver con la investigación, así como todo aquel que no emanese estrictamente de un órgano jurisdiccional. Esto implicaría un catálogo taxativo y preciso de dichos actos de interrupción, cuyo efecto sería el de activar el plazo de duración definitiva del proceso, que sería ininterrumpible, salvo por culpa del perseguido, interpretando

restrictivamente ésta conducta,[27] sólo como aquella maliciosa y deliberadamente dirigida a perturbar el curso regular del proceso (p.ej.: fuga del detenido, y no, reticencia o contumacia a presentarse ante la justicia o ejercicio de derecho de defensa). Esta situación, aplicable al imputado, debiera verse como una suspensión de esa prescripción judicial, que evitase eliminar la parte del tiempo transcurrido por causas no atribuibles al perseguido, y que reiniciase el cómputo a su favor una vez terminados los motivos de la suspensión.

d) El término medio, no el máximo, de la pena establecida para el delito o delitos de que se trate, para el cálculo de la prescripción aplicable, en respeto al principio de proporcionalidad.

e) Norma que expresamente reconozca que es una excepción que garantiza el derecho del perseguido a una persecución temporalmente limitada, por lo que sólo pueda ser opuesta por él que es su único beneficiario, y no como una decisión oficiosamente obligatoria para el tribunal, que pudiera malinterpretarse y ser decretada aun en contra de la voluntad de aquél.

[27] Art. 9 COPP.

Extraterritorialidad

Juvenal SALCEDO CÁRDENAS*

El presente estudio es parte de una sentencia dictada por el Tribunal Tercero de Reenvío en lo Penal, donde fui Juez Titular, bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, hoy derogado.

El Cuerpo Técnico de Policía Judicial de la Delegación de San Cristóbal, recibió del Tribunal de Primera Instancia en lo Penal, de esa Circunscripción Judicial, una denuncia interpuesta ante el Fiscal del Ministerio Público por la madre del occiso, a quien le habían dado muerte en un pueblo de Colombia, fronterizo con Venezuela. Realizada la pesquisa criminalística, el expediente fue remitido al mismo Tribunal de Primera Instancia en lo Penal. Éste decidió que el delito enjuiciado fue cometido en territorio extranjero por venezolanos, en perjuicio de otro venezolano, y para aplicar la ley patria se requería que la parte agravia-

* **Universidad Central de Venezuela,** Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Profesor Asociado de Derecho Procesal Penal, **Tribunal Supremo de Justicia,** Magistrado (E).

da intentase la acción penal de conformidad con lo establecido en el artículo 4°, ordinal 2° del Código Penal. Ordenó notificar a la madre del occiso, a los fines que interpusiera querella acusatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 112 del Código de Enjuiciamiento Criminal. Posteriormente, declaró terminada la averiguación sumarial, de conformidad con el artículo 206, ordinal 1°, del Código de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto la denuncia no debió ser admitida y se debió sujetar al procedimiento estipulado en el artículo 4°, ordinal 2°, primer párrafo del Código Penal, es decir, iniciarse por querella o acusación de la parte agraviada, requisito que no se cumplió. Ordenó la consulta y el Tribunal Superior en lo Penal confirmó la decisión. El Fiscal del Ministerio Público recurrió en casación, y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia por defecto de forma y ordenó al Tribunal de Reenvío en lo Penal que volviera a sentenciar.

El juicio es con motivo de la muerte de un venezolano por otro venezolano en territorio extranjero, para cuyo enjuiciamiento hay que seguir la normativa del artículo 4°, ordinales 1° y 2° del Código Penal.

El artículo 4° del Código Penal vigente, en su ordinal 1°, dice que:

> Están sujetos a enjuiciamiento en Venezuela y se castigarán de conformidad con la ley venezolana: 1.- Los venezolanos que, en país extranjero, se hagan reos de traición contra la República y los que, unos contra otros, cometan hechos punibles según sus leyes. 2.- Los súbditos o ciudadanos extranjeros que en país extranjero cometan algún delito contra la seguridad de la República o contra alguno de sus nacionales.

En los dos casos anteriores se requiere que el indiciado haya venido al territorio de la República y *que se intente acción por la parte agraviada,* o por el Ministerio Público en los casos de traición o de delitos contra la seguridad de Venezuela. Requiérese también que el indiciado no haya sido juzgado por los tribunales extranjeros, a menos que habiéndolo sido hubiere evadido la condena.

Este artículo 4° nace con el Código Penal de 1873 y correspondía al artículo 18, el cual en su ordinal 1° decía:

> Por venezolanos que en país extranjero se hagan reos de traición contra Venezuela, o cometan unos contra otros, hechos punibles por sus leyes. Esto último se entiende en el caso en que hayan vuelto al territorio y se *intente acción por la parte agraviada* (cursivas nuestras).

En el Código Penal de 1873 aparecen los delitos contra la República: En el artículo 115, el de traición a la Patria; en el 117, rebelión; en el 119, el de sedición; en el 121, el de motín o asonada.

El artículo 18 del Código Penal de 1873, fue reformado en 1904 y así ha llegado hasta nuestros días. Los hechos punibles en el primigenio artículo 18 eran: Traición contra la República, y cualesquiera hechos punibles contra venezolanos, cometidos por venezolanos, y penados por leyes venezolanas. Delitos contra la seguridad de la República y hechos punibles contra los venezolanos, cometidos en territorio extranjero por extranjeros.

El artículo 18, en su ordinal 1°, tiene dos partes: Una primera que va desde: "Por venezolanos que en país extranjero se hagan reos de traición contra Venezuela", y una segunda parte o última, que va desde "(...), o cometan, unos contra otros, hechos punibles por sus leyes". El artículo tiene el signo de puntuación punto y seguido, que dice: "Esto último se entiende en el caso en que hayan vuelto al territorio, y se intente acción por la parte agraviada". La expresión "esto último" se refiere a la última parte del artículo, es decir, a los hechos punibles que cometan venezolanos contra venezolanos en el extranjero y que esos hechos punibles sean tipos transgresión consagrados por una ley penal venezolana. Podríamos preguntamos si el Código Penal es claro en cuanto a quién intenta la acción penal cuando los delitos sean de Traición a la Patria, ya que el artículo comentado dice que la acción se intenta por la parte agraviada, y esta parte agraviada es tanto la República, para los delitos de Traición a la Patria, como la persona o las personas naturales agraviadas por los hechos punibles cometidos por venezolanos contra venezolanos en el extranjero. En la reforma de 1904 se agregó después de la expresión "se intente acción por la parte agraviada", otra que dice: "o por el Ministerio Público en los casos de traición o de delito contra la

seguridad de Venezuela", como para que no quedara duda que cuando la agraviada era la República, le correspondía la acción al Ministerio Público. Hemos encontrado que el Código de Procesamiento Criminal de 1873, vigente cuando lo estaba también el Código Penal de 1873, dice en su artículo 2°, que:

> La acción penal, salvo los casos de excepción especificados en la Ley IV, Titulo 11, Libro Primero, de este código, es por su naturaleza pública, y da en esta virtud lugar a la denuncia o acusación voluntaria de cualquier particular, ofendido o no; a la denuncia necesaria de cualquier funcionario público; a la acusación necesaria del Ministerio Público o al procedimiento de oficio.

Y su artículo 46, de la Ley IV referida, dice que:

> Sólo por acción de la parte ofendida o de sus representantes legales, podrán enjuiciarse los delitos expresados en los números siguientes.

Pero en los números siguientes no habla de acción de la parte ofendida, sino que todos los delitos allí enumerados dicen que se enjuician por acusación de la parte agraviada (subrayado nuestro). Ya dentro del marco de este artículo 2°, cuando se cometía un delito en el territorio de la República se intentaba la acción penal por denuncia que podía ser voluntaria, por cualquier particular ofendido o no; denuncia necesaria (obligatoria, comentamos) de cualquier funcionario público; acusación voluntaria de cualquier particular, ofendido o no; acusación necesaria (obligatoria) del Ministerio Público; o por procedimiento de oficio. Estos eran los tres modos de proceder cuando se trataba de un delito de acción pública. Cuando se trataba de un delito de acción privada, se intentaba la acción penal, a tenor del artículo 46, de la Ley IV, sólo por la parte ofendida o de sus representantes legales. En cada uno de los delitos de acción privada, consagrados por el Código Penal vigente en 1873, dice que es "por acusación de parte agraviada" (adulterio, estupro, con excepción del estupro de la descendiente o de la hermana, que basta la denuncia para proceder; la violación, rapto, la calumnia, la inju-

ria, ordinales 1°, 2°, 3° y 4° del artículo 46, y 5°. La responsabilidad que afecta a los administradores y a los depositarios de bienes privados)".

Resumiendo, en la normativa vigente entonces, se decía que la acción penal era pública por naturaleza y se ejercía, por denuncia, por acusación o de oficio, por personas naturales ofendidas o no, y por el Ministerio Público. También había la acción privada para los delitos *expresamente* (cursivas nuestras) indicados en el Código y que de seguida enumeraba, y esa acción privada era sólo por *acusación* (cursivas nuestras).

Dentro de ese mismo marco referencial, en 1873, los delitos enjuiciables en Venezuela, cometidos en el extranjero, pueden igualmente ser de acción pública y de acción privada. Cuando sean delitos de acción privada, se enjuician por acusación, como lo decía el artículo 46 del Código de Procedimiento Penal; y si son de acción pública, que van contra la República, por acción del Ministerio Público y aún de oficio (cuando se dan todas las demás condiciones del artículo 18 del Código Penal, ordinal 1º) y cuando sean delitos de acción pública, cometidos por venezolanos contra venezolanos, la acción la intenta, ya no cualquiera, ofendido o no, sino que sólo se intenta "la acción por la parte agraviada". ¿Y cómo se intenta esa acción penal? Pues como lo consagra la ley vigente entonces (artículo 2°, por denuncia o constituyéndose en parte acusadora). ¿Por qué deberíamos interpretarlo distinto? Esta "acción de la parte agraviada" no es identificable con el modo de proceder acusación; esta acción penal, este impulso procesal, es para poner en movimiento el órgano jurisdiccional para que se enjuicie al transgresor de la norma penal, y esa acción penal puede ser por denuncia o por acusación. Así lo entendemos con la interpretación del artículo 2° del Código de Procedimiento Criminal de 1873.

La mejor doctrina venezolana, y la jurisprudencia, han sido pacíficas en el sentido de que la expresión "acción de la parte agraviada" quiere decir acusación de la parte agraviada, y aún los delitos de acción pública que no sean los que dicen relación con la traición a la Patria y su seguridad, para enjuiciarse tiene que haber acusación de la parte agraviada. Hasta donde llegan nuestras noticias es ésta la primera vez que se opina distinto.

Se ha dicho que las razones que abonan a favor de la acusación de la parte agraviada son, entre otras:

> (..) no puede tener otra explicación que ésta: ejecutado el hecho punible fuera de Venezuela, el orden público de ella no ha sido propiamente lastimado, la sociedad venezolana no ha sufrido conmoción ni agravio, y no tiene por lo tanto, interés mayor en la persecución del culpable, ni en la represión del delito; es la víctima de éste quien tiene tal interés, y por eso, es ella quien puede pedir en Venezuela la correspondiente represión (Farrera, 254).
>
> Es que el orden público, el equilibrio social, aunque afectado a causa de la violación de la ley, no ha sufrido esa conmoción que deriva de los atentados cometidos dentro del territorio nacional: por eso es necesaria la querella de parte agraviada. Las autoridades competentes pueden ignorarlo, y sin elementos no pueden formular el sumario o actuaciones previas de todo proceso criminal (Chiossone, 68-72).
>
> La Ley exige que la parte agraviada deba intentar acción penal para que sea aplicable la ley venezolana en estos casos de extraterritorialidad, aun cuando el hecho punible sea de acción pública; la ley quiere llenar el proceso de más formalidades, porque el hecho se ha realizado en el extranjero y afecta los intereses de los particulares, y en casos de delitos de acción pública el orden público del Estado extranjero y no los de Venezuela.
>
> (...) Somos de la opinión de que no basta una simple solicitud de la parte agraviada, sino que ésta debe constituirse en acusadora... aun cuando el delito sea de acción pública (Sosa Chacín, 455 y 467).

Dentro del mismo esquema de estudio del análisis e interpretación del artículo 4°, ordinales 1° y 2° del Código Penal, está el artículo 6°, rela-

tivo al enjuiciamiento de un venezolano por delito cometido en el extranjero, ya que no puede ser extraditado. Dice:

La extradición de un venezolano no podrá concederse por ningún motivo; pero deberá ser enjuiciado en Venezuela, a solicitud de parte agraviada o del Ministerio Público, si el delito que se le imputa mereciere pena por la ley venezolana.

Un venezolano comete un delito en territorio extranjero y regresa a Venezuela. El Estado extranjero pide su extradición. Venezuela no lo extradita, pero deberá ser enjuiciado en Venezuela, a solicitud de parte agraviada (si el delito es de acción privada, pensamos), del Ministerio Público si el delito es de acción pública (sin negarle el derecho a la persona agraviada a constituirse en acusador en el delito de acción pública, pensamos); todo esto, si el delito que se le imputa mereciere pena por la ley venezolana.

El *deberá* del artículo 6° del Código Penal dice la relación con que tiene que enjuiciarse; no es que el Estado podría enjuiciarlo; o que se sugiere que el Estado lo enjuicie; es que *deberá* enjuiciarlo. ¿Y cómo se obligaría a un particular que no quiere intentar la acción?; o se está refiriendo sólo a delitos de acción pública y el enjuiciamiento se hará a solicitud de parte agraviada (por acusación o por denuncia), O si ésta no lo hace, entonces intenta la acción el Ministerio Público? ¿O caeríamos en el extremo de que el Ministerio Público acusa un delito de acción privada?, porque como *debe* la República enjuiciar... El Ministerio Público en Venezuela no es acusador, es parte de buena fe; es garante de la recta aplicación de la ley.

Venezuela está obligada a juzgarlo. En este sentido, Jorge Sosa Chacín, dice:

> Al quedar ratificada la norma del tratado multilateral, en lo que respecta al Derecho Positivo Internacional vigente entre las naciones que suscribieron y ratificaron el Código Bustamante, el artículo 6° del Código Penal quedó derogado –derogación parcial, por supuesto–, porque teniendo preferente aplicación el tratado, Venezuela estará obligada siempre a juzgar de ofi-

> cio cuando el delito sea de acción pública, al hecho cometido por el nacional en el extranjero, por la obligación que *asumió* en virtud de dicho artículo 345. Las condiciones de requerimiento fiscal o la solicitud de parte agraviada no pueden exigirse, porque Venezuela no podría condicionar el artículo 345 con las disposiciones del artículo 6°, sin haber hecho reserva del citado artículo 345 (el artículo 345 *dice:* "La Nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos, estará obligada a juzgarlo"). Por lo tanto, así no exista solicitud del Fiscal, y así se niegue éste a hacer la solicitud por considerarla improcedente, Venezuela, a través de su *órgano competente*, estará obligada a enjuiciar de oficio, pura y simplemente, al nacional cuya extradición haya sido negada, por hechos punibles cometidos en el extranjero y sean de acción pública.
>
> Dijimos que la derogatoria era parcial, y ello porque el artículo 6° tendrá todo su vigor en los casos en que la extradición sea negada a un país que no haya suscrito y ratificado el Código Bustamante, porque ante estos estados, Venezuela no estará obligada por el citado artículo 345 del *Código* Internacional (Sosa Chacín, 456).

Solicitud de parte agraviada, *no es querella acusatoria,* insistimos, es intentar la acción, es poner en movimiento el órgano jurisdiccional, es dar el impulso procesal que no necesariamente tiene que ser acusación. "Intente acción por la parte agraviada": si el delito es de acción privada, la acción es la acusación; si el delito es de acción publica: acusación o denuncia; o intenta la acción penal el Ministerio Público o se procede de oficio. La acción penal es pública por su naturaleza, por su esencia, por vida. El Estado a veces cede el deber-derecho de accionar, porque la lesión que produjo el delito fue el interés privado y a veces hasta la intimidad de la persona, y la averiguación aumentaría el dolor causado por el hecho punible; la infracción del bien jurídico protegido se va a ver aumentada con la publicidad que representa la acción penal pública en manos del Estado. La publicidad quizás ofenda más y aumente el mal causado por la transgresión punible. A la lesión del delito se agregaría la lesión que acarrearía la publicidad (chismes, cuitas,

cuchicheos, señalamientos; piénsese en una persona violada). Por eso, el Estado renuncia al derecho a investigar. Es esta la razón por la cual el Estado delega en los particulares, agraviados, la acción penal; pero, ésta, la acción penal, es pública por naturaleza, es de esencia una función del Estado. Nos preguntamos, ¿Por qué las razones que militan a favor de la acción penal delegada en los particulares para delitos de acción privada, van a surtir efecto en otros delitos de acción pública, sólo porque se cometan en territorio extranjero, por ejemplo, en el caso de un homicidio? El delito desarmoniza, agrede al interés colectivo, al orden jurídico general, pero el Estado delega, en los delitos de acción privada, por las razones antes dichas, el enjuiciamiento a los agraviados. Una simple raya fronteriza no puede cambiar radicalmente lo que es una orientación filosófica. Un delito de acción pública o de acción privada, según la ley venezolana, no dejará de serlo porque se cometa en otro país por un venezolano contra otro venezolano. La filosofía de lo público y de lo privado sigue a este tipo delictual fuera de las fronteras patrias. Pero el Código Penal da unas normas procedimentales para su enjuiciamiento, que ya hemos comentado al igual que las diferentes posiciones doctrinarias.

La acción penal es pública por naturaleza (artículo 2° del Código de Enjuiciamiento Criminal). Y en toda causa de acción pública habrá una parte fiscal, que será representada por el funcionario que determine la Ley, y en defecto de ésta por el que nombre en el caso el tribunal que conoce de ella. Y en artículo 210 del Código de Enjuiciamiento Criminal, dice que aunque haya acusador siempre intervendrá el Ministerio Público en las causas de acción pública. Si pensáramos que para el enjuiciamiento de los delitos cometidos por venezolanos contra venezolanos en territorio extranjero, según el artículo 4° del Código Penal, se necesita "que se intente acción por la parte agraviada"; una vez intentada la acción, que entendemos como el impulso procesal, la dirección de la acción penal en adelante será del Ministerio Público en los delitos que no sean de acción privada, porque si se trata de éstos, la parte agraviada intenta la acusación y es responsable por toda la secuencia procesal; que sea lenta, que se mantenga activa, o hasta que muera por su desistimiento. Estas son, entre otras, las características del enjuiciamiento a querella de parte.

Si se trata de delitos de acción pública cometidos en el extranjero por venezolanos contra venezolanos, y al parecer de la doctrina y la jurisprudencia, se enjuician por querella acusatoria, ¿el enjuiciamiento de ese delito seguirá la misma secuencia si se ha dejado en manos de un acusador el enjuiciamiento? La doctrina y la jurisprudencia no han dicho expresamente que el enjuiciamiento se deja en manos del acusador privado, sino que se intenta la acción por acusación de la parte agraviada; pero nos preguntamos ***¿Sólo intentar la acción?*** (destacado nuestro). Si se intenta la acción es para el enjuiciamiento del culpable y así lo ordena el artículo 4° del Código Penal ("Están sujetos al enjuiciamiento en Venezuela"). No es solamente intentar la acción, sino seguirla hasta decisión por ser la acción pública e irrevocable. Confesamos nuestro atrevimiento al no compartir el criterio de tan reputados juristas. No puede soslayarse al Ministerio Público; la acción penal es pública por naturaleza. Si el delito es de acción privada, vigilará el proceso el acusador; si el delito es de acción pública y la parte agraviada intenta la acción (sea acusando o denunciando), el Representante del Ministerio Público se hará presente como parte fiscal para el enjuiciamiento.

Las autorizadas opiniones anteriores centran el problema en que el orden público venezolano no ha sufrido conmoción, pero el orden público

> (...) es la protección del Estado al interés general. El orden público no sólo está sustentado por la seguridad jurídica, sino también por intereses sociales, económicos y culturales, todos de carácter general, que tienen preeminente influjo en la aplicación de la ley.
>
> (Humberto Cuenca, 107).
>
> El concepto de orden público tiene distinto contenido y por ello persigue varios fines. En su propósito ético fulmina de nulidad los actos que ofendan la moral y las buenas costumbres. Por su fin social vigila la tranquilidad ciudadana, el respeto mutuo y la paz colectiva. Políticamente, mantiene el equilibrio de las instituciones y jurídicamente la seguridad en la justicia. (Humberto Cuenca, 193).

El orden público restringe la voluntad de las partes. Si esto es así, ¿por qué recurrimos al argumento de que el orden público infringido fue el del otro Estado y vamos a la parte para que intente querella acusatoria? Hoy el desarrollo de los medios de comunicación social han hecho del mundo una aldea; y los avances de la conquista del espacio sideral han convertido a éste en una gran ciudad. Al minuto, en vivo y en directo, vemos los grandes dirigentes del mundo dialogando; al Papa en contacto con la Iglesia Universal; las grandes tragedias telúricas o humanas; y, a nivel sideral, los astronautas nos informan lo que hacen en ese muy allá. Siendo así, hoy en día las fronteras entre los estados, a pesar de seguir siendo líneas a base de mojones, ríos, árboles o accidentes geográficos, tienen una integración más humana, muchas veces por necesidad. Los nacionales de uno y otro Estado cruzan la línea fronteriza en busca de mejores facilidades de estudio, salud, trabajo y comida. Ese flujo de ir y venir no les está vedado a los delincuentes que buscan también la facilidad para sus actividades antisociales. Por eso, a la altura del siglo XX, y en los albores del año 2000, con los adelantos científicos y tecnológicos, y con la integración de las fronteras, pensamos que no se puede argumentar que "el orden público no ha sido lastimado, que la sociedad venezolana no ha sufrido conmoción ni agravio", "que el orden público y el equilibrio social... no ha sufrido la conmoción que deriva de los atentados cometidos dentro del territorio nacional…", que sólo afecta los intereses de los particulares y en casos de delitos de acción pública, el orden público del Estado extranjero y no los de Venezuela.

En el caso de autos, los delincuentes apenas pasaron la raya fronteriza entre el estado Apure y Colombia, y allí dieron muerte a un venezolano. Ya en la noche la noticia conmocionó a la familia del occiso, y al día siguiente toda la comunidad estaba conmovida. Fue la emisora radial de Colombia, apenas un poco más allá de la raya fronteriza, oída en el estado Apure, la que dio la noticia de la muerte de un venezolano a quien identificaba con nombre, apellido y cédula de identidad. Los familiares se apresuraron a averiguar con las autoridades colombianas, quienes informaron que había aparecido muerto y había sido enterrado en fosa común. No se inició ninguna causa criminal para averiguar.

Pensemos en un delito contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias, cometido en Venezuela, se enjuiciará con la denuncia o la información dada, según el artículo 102 del Código de Enjuiciamiento Criminal. La reforma de este artículo se logró para evitar la impunidad en esta clase de delitos, ya que antes de la reforma se necesitaba acusación de la parte agraviada y estos delitos se cometían en personas de escasos recursos económicos y culturales. Por eso quedaban impunes. Pensemos que esos delitos se cometan en territorio extranjero en venezolanos por venezolanos (artículo 4°, ordinales 1° y 2° del Código Penal), volveríamos al viejo sistema de que se necesita acusación de parte agraviada, no podría denunciar el Ministerio Público, como es su deber, si se cometiera en territorio venezolano? Pensemos igualmente en delitos consagrados en la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y en los delitos ecológicos, cometidos en países fronterizos con repercusión en Venezuela, por ejemplo, envenenamiento de ríos, lagos, mar; derrames dolosos o culposos de petróleo; destrucción de recursos naturales renovables, es el Ministerio Público el titular de la acción.

Pensamos, sustantivamente, que por el análisis histórico del artículo 4°, ordinales 1° y 2°, del Código Penal, la parte intenta la acción penal escogiendo los caminos de constituirse en parte acusadora (en los delitos de acción privada, no hay otra vía) o en denunciar ante un organismo de Policía Judicial, principal o auxiliar; ante un juez penal o ante el Representante del Ministerio Público, cuando el delito sea de acción pública. Los pasos procesales y criminalísticos después de este impulso procesal son los ordinarios.

Desde el punto de vista procesal penal en el Código de Enjuiciamiento Criminal de 1915, aparece por primera vez el artículo 101, que decía:

> El Fiscal que ejerza el Ministerio Público denunciará aquellos delitos que sin ser de acción privada no puedan. Sin embargo, enjuiciarse, según disposiciones especiales, sino a instancia suya. También puede denunciar en los casos en que para proceder sea menester que ocurra acusación, siendo la causa de

> acción pública y no la hubiese intentado ningún particular. En estos casos, la denuncia formalizada por el representante del Ministerio Público bastará para que se considere propuesta la acción penal y se proceda a la averiguación del hecho punible y al enjuiciamiento de quien resulte culpable.

En 1961, fue reformado y quedó así:

> El Fiscal del Ministerio Público denunciará aquellos delitos que, sin ser de acción privada, no puedan, sin embargo, enjuiciarse sino a instancia suya o por acusación de particulares. También puede denunciar en los casos en que la acción dependa del requerimiento de parte y ésta no la hubiese intentado.
>
> En ambos casos, la denuncia formalizada por el representante del Ministerio Público bastará para que se tenga por propuesta la acción penal y se proceda a la averiguación del hecho punible y al enjuiciamiento del culpable.

Según el artículo 101 del Código de Enjuiciamiento Criminal, el Fiscal del Ministerio Público denunciará los siguientes delitos: 1.- Los que sin ser de acción privada, no pueden enjuiciarse sino a instancia del mismo Ministerio Público o por acusación de los particulares. Es decir, que hay delitos que sin ser de acción privada, para su enjuiciamiento se requiere acusación de los particulares o instancia del Ministerio Público (por denuncia de éste). 2.- Hay delitos que para su enjuiciamiento se necesita requerimiento de parte y, si esta parte no la ha intentado, entonces puede intervenir el Ministerio denunciando. Tales son: Los artículos 148,150 y 226 del Código Penal. En el número 1 la denuncia es obligatoria; en el número 2, es facultativa.

En estos dos casos, el Fiscal denuncia, y esta denuncia es la propuesta de la acción penal y se procede a averiguar el hecho punible y al enjuiciamiento del culpable. Interpretamos que el Ministerio Público tiene restricción, no puede denunciar la comisión de delitos de acción privada, porque para este enjuiciamiento se necesita querella de parte agraviada. Hay la excepción de los delitos contra las buenas costumbres y

buen orden de las familias, para cuyo enjuiciamiento basta la denuncia o información dada por la persona ofendida o por sus representantes legales o guardadores, si aquélla fuere menor entre dicha o inhabilitada, el Ministerio Público está en la obligación de ejercer la acción penal (artículo 102 del Código de Enjuiciamiento Criminal). También puede denunciar el Ministerio Público, aunque el delito sea de acción privada por su naturaleza, cuando el delito de acción privada se cometa con otro de acción pública o que sea conexo con él; cuando se ejecute por una reunión armada o con auxilio de ella (artículo 104, ordinales 1° y 2°). En el caso de autos, pensamos que, aún siguiendo la tradicional doctrina venezolana de que esos delitos de acción pública se procesan por acusación de la parte agraviada, procesalmente, con nuestro Código de Enjuiciamiento Criminal vigente, está claro que el caso de autos, es enjuiciable en Venezuela por denuncia del Ministerio Público, por cuanto nos encontraríamos en la situación de la obligatoriedad de denunciar "aquellos delitos que, sin ser de acción privada (un homicidio cometido en territorio extranjero, es un delito que no es de acción privada, es de acción pública)" no pueden enjuiciarse sino (...) por acusación de particulares", según lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia venezolana tradicional. En estos casos, el Fiscal del Ministerio Público tiene la obligación de denunciar, porque es un delito que sin ser de acción privada se enjuicia por su denuncia.

Hay delitos que no son de acción privada y sin embargo se enjuician por acusación de los particulares. Así entendemos el artículo 101, cuando dice que:

> **Artículo 101.-** El Fiscal del Ministerio Público denunciará aquellos delitos que, sin ser de acción privada, no pueden sin embargo, enjuiciarse sino por acusación de particulares.

Nos preguntamos ¿Cuáles son esos delitos? ¿Se estará refiriendo a los cometidos en el extranjero, según las hipótesis de los ordinales 1° y 2° del artículo 4° del Código Penal? Hay delitos que sin ser de acción privada no pueden enjuiciarse sino a instancia del Ministerio Público. Y nos preguntamos ¿Cuáles son esos delitos? ¿Los consagrados en los artículos 148, 150 y 226 (vilipendio), en los cuales se procede por reque-

rimiento de parte y si no lo hace, la parte, le corresponde denunciarlos al Ministerio Público? Pensamos que ante esta situación, la denuncia del Ministerio Público da por incoada la acción penal, en cualquier clase de delito, con la excepción de los de acción privada, en los cuales se procederá por acusación de parte agraviada o de quien sus intereses represente. Procesalmente, la acción corresponde al Ministerio Público o al particular, respectivamente. El artículo 101 del Código de Enjuiciamiento Criminal aclara la situación del artículo 4°, ordinales 1° y 2° del Código Penal.

En el caso de autos, la madre denunció ante el Fiscal del Ministerio Público el homicidio de su hijo venezolano por un ciudadano venezolano en Colombia. El Fiscal del Ministerio Público remitió al juez para que recibiera la ratificación de la denuncia; así se hizo y éste comisionó a la PTJ, la cual realizó la pesquisa criminalística. ¿Se necesitaba que el Fiscal denunciara? Creemos que no. La doctrina ha dividido la denuncia en directa e indirecta. Esta es la que recibe el Ministerio Público, quien la remite al juez para ratificarla bajo juramento. Todas las pesquisas criminalísticas tienen el valor probatorio que les da el artículo 75-J del Código de Enjuiciamiento Criminal. Hay autores que opinan que hay que rehacer las actuaciones. Nos preguntamos: ¿Y para qué, acaso el Estado no es el titular de la acción pública por naturaleza? ¿No es el Estado el que ha realizado esas actuaciones procesales?, ¿primero, oyendo la denuncia a través del Ministerio Público, después, ratificándola ante el juez y después, ordenado a través de un órgano jurisdiccional, la investigación misma del delito?

Para concluir, pensamos que los delitos de acción pública cometidos por venezolanos contra venezolanos en el extranjero, son enjuiciables en Venezuela, por denuncia de la parte agraviada o del Ministerio Público ante un instructor del proceso penal. Intentada la acción penal, dado el impulso, toda la secuencia procesal es responsabilidad del Ministerio Público, si el delito es de acción pública. Pensemos en un venezolano sujeto pasivo del llamado delito-rey, del homicidio cometido en territorio extranjero por otro venezolano y pensemos, igualmente, que no hay agraviados según la ley; es una persona sola en la vida. ¿Quedará impune ese homicidio porque no hay parte agraviada? Nos cuesta creer que

Venezuela no intente la acción penal a través de su Ministerio Público. De paso, recordemos que el artículo 106 del Código de Enjuiciamiento Criminal, dice que:

> La Ley considera agraviados, (también en estos casos –se refiere al modo de proceder de la acusación– a los ascendientes, descendientes, cónyuges (sic) y hermanos del ofendido, sean o no los legítimos.

"La parte agraviada" pudiera extenderse según el texto constitucional, que es ley de leyes, a las personas contra las cuales no es obligatorio rendir declaración en causa penal; cónyuge, persona con quien haga vida marital, parientes dentro del 4° grado de consanguinidad o segundo de afinidad (artículo 60, ordinal 4° de la Constitución de la República).

Pero, como una de las condiciones que prevé el artículo 4° del Código Penal, es que el venezolano transgresor haya venido a la Patria, podría pensarse que habría que esperar a que esté en ella para intentar la acción penal. Pareciera entonces, que al enterarse que hay una acción contra él, se puede volver a ausentar y entonces, ¿se paralizaría la acción? En sana lógica, cometido un delito y conocida la comisión del mismo, la parte agraviada o el Ministerio Público intentan la acción y ésta seguirá su curso; si el delito es de acción privada con la diligencia del acusador y si es de acción pública, con la siempre oportuna diligencia del Fiscal del Ministerio Público. Si el transgresor viene al país, debe enfrentar su situación procesal. Si se espera que venga para intentar la acción, las pruebas del cuerpo del delito, y, o de la culpabilidad del transgresor, desaparecerán natural o dolosamente.

Esta era nuestra tesis, en vigencia del CEC, hecha realidad en una sentencia nuestra en el Tribunal Penal de Reenvío, donde éramos titular.

Hoy en el nuevo proceso penal, el Copp diferencia entre acusación y querella. Aquélla para delitos de acción privada (Arts. 400 y ss.) y ésta también como modo de proceder o para que la víctima se haga parte querellante en un delito de acción pública, si quisiere. Hoy en día, el titular de la acción penal es el Ministerio Público (artículo 11).

Pensamos que, con la vigencia del COPP y el nuevo proceso penal venezolano, no hay lugar a la discrepancia de opinión entre nuestra tesis, plasmada en nuestra sentencia, y la jurisprudencia y la posición de los renombrados juristas que ya comentamos. La acción penal la intenta el Ministerio Público, con vista a una denuncia, o por su actuación *ex officio*. Puede constituirse en parte querellante la víctima, una vez abierto el proceso penal, o presentando la querella como modo de proceder.

El artículo 4° del Código Penal dice que están sujetos a enjuiciamiento en Venezuela, y se castigarán de conformidad con la ley venezolana: 1°- Los venezolanos que, en el extranjero... unos contra otros, cometan hechos punibles según sus leyes. Se requiere que ... el indiciado no haya sido juzgado por los tribunales extranjeros, a menos que habiéndolo sido hubiere evadido la condena, y se **intente acción por la parte agraviada.**

El artículo 59 del COPP dice que: "...en las causas por delitos cometidos fuera del territorio de la República, cuando el proceso pueda o deba seguirse en Venezuela, será competente, si no existe tribunal designado expresamente por la ley especial, el que ejerza la jurisdicción en el lugar donde esté situada la última residencia del imputado; y, si éste no ha residido en la República, será competente el del lugar donde arribó o se encuentre para el momento de solicitarse el enjuiciamiento". "En las causas por delitos cometidos fuera del territorio de la República, cuando"... el proceso penal pueda o deba seguirse en Venezuela ...", este es uno de los casos del artículo 4° del Código Penal.

Es función del Fiscal del Ministerio Público, según el artículo 60 del COPP: "en los casos previstos en los artículos anteriores, el Ministerio Público, por medio de los órganos de policía de investigaciones, deberá realizar la actividad necesaria para la adquisición y conservación de los elementos de convicción, aun cuando el imputado no se encuentre en el territorio de la República".

Uno de los artículos anteriores es el 59 que consagra la extraterritorialidad y que acabamos de transcribir. Luego, en el nuevo proceso penal no se necesita la "...acción de la parte agraviada (Art. 4°, Ord. 2°, del

Código Penal), como era antes en el viejo proceso penal venezolano, según jurisprudencia y respetada doctrina. Aplicar el Código Penal, hoy con un nuevo proceso penal, no es posible porque se estaría ante un delito de acción pública donde no actuaría el Ministerio Público, sino una acción de la parte agraviada y esto no es posible. La titularidad de la acción penal es del Ministerio Público (Art. 11). Pensamos que debe acoplarse el principio de la extraterritorialidad, consagrado en el Código Penal, con el nuevo proceso penal venezolano.

El Ministerio Público actuará en los delitos de traición a la patria y contra la seguridad de Venezuela (Art. 4° Código Penal), pero también en todos los demás delitos de acción pública. El Ministerio Público es el titular de la acción penal. Actuará al tener conocimiento (Art. 283 COPP) por cualquier medio. Era lo que decíamos en la sentencia del Tribunal de Reenvío, en contra de la muy autorizada opinión y de la jurisprudencia.

Y entre la aplicación del Código Penal y el COPP, que es ley orgánica especializada y posterior, se aplica éste.

Un delito de acción pública, cometido en el extranjero, por un venezolano contra otro venezolano, no necesita acusación de parte agraviada para su enjuiciamiento (nunca la necesitaba, era nuestra tesis). Si es un delito de acción privada sí la necesita. El Ministerio Público actuará como si se hubiera cometido el delito en Venezuela. **LAUS DEO.**

Elementos para una discusión sobre el artículo 238 y siguientes del anteproyecto de Código Penal

Miguel Ángel SANDOVAL*

Claves sobre el aborto, la libertad sexual y el Derecho Penal. Premisa inicial: los venezolanos somos libres; premisa menor, un aspecto de esa libertad, es la libertad sexual. Conclusión, todos los venezolanos y venezolanas podemos hacer lo que nos venga en gana, desde el punto de vista de la sexualidad, sin importar las consecuencias, aun aquella que tendría mayor trascendencia: la concepción de otro ser, a la luz del anteproyecto de Código Penal, es considerada *no-persona*, y, por ende, destruible mediante la práctica de un aborto. A partir de ahora, si las disposiciones legalizadoras del aborto, contenidas en el anteproyecto, son aprobadas, ese comportamiento no tendría relevancia para el Derecho Penal.

* **Universidad Central de Venezuela,** Profesor de Criminología.

Examinemos lo que señala el "*anteproyecto Código Penal"*.[1]

En primer lugar, debe considerarse, parcialmente, el contenido del artículo 2. **Principio de legalidad.**

> …*Omissis*… Nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe. Nadie está obligado a hacer lo que no esté ordenado en alguna ley… (p. 103).

En la Exposición de Motivos, el proyectista señala que

> …Este anteproyecto del Código Penal es liberal porque no es represivo en exceso sino comprensivo… (p. 63).

Con respecto a las causas que conducen al hombre a delinquir, el proyectista hace, entre otras, las siguientes consideraciones; que, para dar respuesta al "…*ineluctable fenómeno de la criminalidad*…", a la propensión al delito de los hombres oprimidos, por "…*duras circunstancias económico-sociales… y máxime si no han recibido una educación adecuada*…", para tratar de *disminuir en lo posible la pobreza…y la consiguiente disminución de recursos en general…*

> …debe el Estado adelantar una política demográfica que mejore la calidad de la población y determine que la carencia de los recursos no sea tan grave, **para lo cual es necesario controlar la natalidad porque en Venezuela tienen más hijos quienes menos los pueden mantener y educar… (pp. 62-63).** (Negrillas fuera de texto)

Más adelante, reitera la *tendencia liberal del anteproyecto*

> …con la abolición de los delitos de… **aborto** (artículo 432)… (p. 65). (Negrillas fuera de texto)

[1] Angulo F., A. (2004). *Anteproyecto Código Penal.* Caracas. Tribunal Supremo de Justicia.

A partir de la página 76 hasta la 80, el proyectista hace una serie de comentarios para justificar la abolición del delito de aborto, comenzando por afirmar, respecto al aborto terapéutico, previsto en el artículo 435 del Código Penal, que se trata de una limitación *hipócrita, discriminatoria y cruel*, porque:

> …1) No hay educación sexual ni planificación familiar, y tal ocasiona que el aborto se use como control de natalidad por quienes hubieran podido impedir la procreación…

A mi juicio, este argumento nada tiene que ver con el aborto terapéutico y, adicionalmente, es lo que hace injustificable que se pretendan superar las carencias anotadas, mediante la práctica, irresponsable y ajena a todo control, del sexo.

> …2) Las clases acomodadas pueden comprar más anticonceptivos y si hay embarazos pueden ir a Estados Unidos (sic) y abortar: aquí el aborto es delito sólo para el proletariado…

El aborto está tipificado como delito para todos desde el punto de vista de la letra de la ley, sólo que el sistema penal ha sido, una vez más, al aplicar la normativa, selectivo y desigual, pues sólo ha criminalizado a la mujer proletaria que aborta. Por otra parte, la crítica introduce un factor clasista sin ofrecer mayores explicaciones. Además, cabría preguntarse, si no sería mejor que todas las mujeres, en general, sin discriminaciones odiosas fundadas en la diferencia de clases, estuviesen en capacidad de ponerse de acuerdo con su pareja sobre el método anticonceptivo a ser utilizado, antes de mantener relaciones sexuales.

> …3) Se impone a la mujer un hijo indeseado y un cambio de vida con el cual su infelicidad es probable…

La felicidad de la mujer no es el tema a debatir. Esto sugiere un intento de resolver el asunto, de manera hipócrita y simplista. Hace ver a la mujer como un ser amoral, y asoma un trasfondo "caballeresco" propio de un machismo que, más bien, debe ser censurado y no subrepticiamente favorecido, al pretender excluir la responsabilidad del hombre

que engendra a ese "*hijo indeseado*". Además, revela un absoluto desdén por la protección integral del niño y del adolescente, consagrada en el Texto Constitucional y en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

> …Y si aborta lo hará de modo clandestino y con graves riesgos para su vida y salud… (pp. 76-77).

Pero, no olvidemos el punto 2, arriba transcrito. Por exclusión, la mujer que se practica un aborto clandestino es la mujer proletaria. Ella no arriesga su vida y su salud. Ella muere: el aborto séptico es la quinta causa de mortalidad femenina en nuestro país. A juicio del proyectista, la mujer de las clases acomodadas puede comprar anticonceptivos e irse a los Estados Unidos a abortar. Por otra parte, despenalizar el aborto no asegura a la madre "proletaria" que ella podrá comprar anticonceptivos –de nada le servirían una vez embarazada– o que su aborto le será practicado en las mismas condiciones que a las otras mujeres de las clases acomodadas, quienes sí podrán hacerlo en las clínicas privadas o en los Estados Unidos, ella seguirá yendo a abortar en los mismos lugares adonde lo ha venido haciendo y el problema, más bien, empeorará. ¿Ha pensado en esto el proyectista?

Segundo, el anteproyecto ataja el señalamiento de su inconstitucionalidad, por la abolición del aborto como delito, con los siguientes argumentos:

Primero,

> …No habría violación del artículo 43 constitucional, ya que se refiere a las personas y el embrión no lo es: así lo reconocen hasta en Italia… (p. 78);

Segundo, sostiene que

> …Puede haber, pues, un conflicto entre normas y principios o valores o referencias axiológicas u ontológicas. Y tal sería el caso si se pretende, como se ha pretendido y se pretenderá, parangonar u oponer la vida del feto a la vida de la

> madre…difícilmente puede discutirse que mayor entidad fisiológica, jurídica, espiritual y filosófica, tiene la vida de la madre o de la mujer que la del feto… (p. 79).

A modo de ejercicio, propone:

…opónganse dos derechos igualmente tutelados por la Constitución: el derecho a la vida del feto, frente al derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho (artículo 76 constitucional);[2] e inclusive, si no se piensa en la pareja como tal sino en una mujer solitaria, en su derecho (también de rango constitucional) al libre desenvolvimiento de la personalidad (artículo 20), que apuntaría, lógicamente, a pugnar por una mejor calidad de vida. Es necesario (ante tales contraposiciones) considerar como prevalente el derecho de la mujer sola o de la pareja (si es que existe) para decidir libremente el número de hijos que desean concebir, ya que se trata de un derecho de personas existentes frente al derecho del feto.[3] Y este derecho jamás puede privar –y menos de manera incondicional– sobre el derecho de las personas o seres humanos o, en todo caso de seres humanos inequívocos. Además, es a estos últimos a quienes, también de modo inequívoco, se refieren los mandatos constitucionales de respetar los derechos de las personas…//…Lo constitucional, en suma, es dar preferencia a los derechos humanos de la mujer… (pp. 80-81).

Es fácil darse cuenta de la carga machista y discriminadora del planteamiento; ¿No es preferible exigir que las parejas asuman responsablemente, en forma previa, la planificación de los hijos? ¿Por qué continuar considerando el aborto como un método anticonceptivo, o como un mecanismo de control de la natalidad, lo que es aún peor? Además, ¿de

[2] La disposición agrega "…El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos…"
[3] ¿…qué no existe…? …Pero tiene derecho…el anteproyecto dice "*derecho del feto*". ¿Cuáles son sus derechos?, ¿cuál es su derecho, si no existe? Algo que no existe, ¿puede tener derecho? Agradezco algún otro ejemplo.

dónde se extrajo la peregrina idea de que la maternidad, deseada o no, tiene que ver con el libre desenvolvimiento de la personalidad? Finalmente, esta categoría de "…*seres humanos inequívocos*…", ¿quién la inventó? Y, ¿qué pasa con el derecho del hombre, padre de ese *ser humano equívoco?*

Es necesario e inevitable reflexionar sobre algunas cuestiones vinculadas a lo anterior. Antes de hacer algún pronunciamiento acerca de la conveniencia de criminalizar o no el aborto, creemos que es necesario examinar otros aspectos que deben formar parte del debate.

1) ¿Es posible una certeza mínima en cuanto a la existencia o inexistencia, como ser humano, del embrión o feto? La discusión ha estado planteada secularmente, no ha concluido y, en este aspecto no hay verdades absolutas. Entonces, no es definitivo, ni mucho menos, afirmar que el feto o embrión no es persona o su carácter de ser humano equívoco.

2) Aun admitiéndolo, con argumentos jurídicos o cuasi jurídicos, ese presupuesto, no puede ser el sustento principal de una norma que va a cambiar las bases jurídico-penales, éticas, espirituales, filosóficas, etc., de una sociedad. El asunto merece una discusión muy amplia por las numerosas aristas que tiene.

3) Además, ¿qué fuerza vinculante tiene lo que reconocen *hasta en Italia*, al respecto, cuando se trata del derecho a la vida, del embrión o del feto? ¿Cuál es el argumento subyacente a la afirmación?

4) Habría que examinar lo concerniente al bien jurídico que el derecho penal quiere proteger. Todos sabemos que el catálogo de bienes jurídicos a ser tutelados es el resultado de una decisión política vinculada al modelo de Estado[4] y al tipo de socie-

[4] Tomar en cuenta que la Constitución del 99, vigente en nuestro país, constituye a Venezuela en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. Artículo 2.

> dad que queremos, decisión en la cual deben intervenir, no sólo los juristas, sino también los profesionales de otras ciencias sociales y, en términos generales, todos los ciudadanos.

Convendría reflexionar acerca de los bienes jurídicos que entran en juego en una discusión sobre el aborto como delito o como conducta atípica. Considerar las prácticas sexuales de los venezolanos, la certeza de la necesidad o conveniencia de implantar un control de la natalidad en Venezuela como política demográfica del Estado y tomar, para convertirla en realidad, el atajo de la despenalización del aborto. Igualmente, ofrecer alguna respuesta ante la interrogante de la necesidad de un control de natalidad, para ser aplicado, única y exclusivamente, a las clases oprimidas. Conviene develar si, la idea subyacente, estaría relacionada con el prejuicio aún latente en la mente de muchos acerca de la "peligrosidad de las clases pobres", las cuales, por el mero hecho de serlo, serían más proclives al delito, que es lo mismo, o casi lo mismo, que reivindicar, en pleno siglo XXI, a Lombroso y su anticientífica teoría del delincuente nato. Admitir, en suma, que es preferible matar a los delincuentes antes de que nazcan.

Otra reflexión obligatoria es la siguiente. Si eliminamos cualquier clase de reproche a los resultados de una libertad sexual ilimitada, tendríamos que preguntarnos si esa libertad sexual existe en realidad, si es verdadera o, si, por el contrario, es una libertad inducida, artificial, creada con otros fines, por ejemplo, consumista o comercial. En aras de una pretendida realización del ser humano, se nos hace ver que el sexo libre, sin importar sus consecuencias, es bueno para todos. Porque, al fin y al cabo, la peor consecuencia sería un embarazo no deseado y este problema se solucionaría legalmente, pues, a partir de ahora, según el anteproyecto de Código Penal, el aborto no es delito. Pero, ¿dónde queda el ejercicio responsable de la sexualidad?, ¿qué hay acerca del desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad? La funesta consecuencia consiste en que ya no habría nada que exigir a ningún hombre ni a ninguna mujer de nuestro país en esa materia. Ni a los adolescentes, ni a los niños.

¿Existe en Venezuela, en este momento, una verdadera libertad para que cada niño o niña, adolescente o adulto, defina con claridad sus cri-

terios sexuales? Existen numerosas investigaciones, serias, efectuadas por universidades nacionales y extranjeras, públicas y privadas, organizaciones no gubernamentales, agencias oficiales, que han alertado sobre los resultados dañinos de la recepción consciente o subliminal de algunos contenidos visibles, y de otros, no tan visibles, de los programas de televisión o de los anuncios de la publicidad comercial, que promocionan sus productos con el señuelo del sexo, a través de la exhibición descarada, la mayoría de las veces, rayana en la obscenidad, y en otras ocasiones, presidida por el mal gusto, de porciones cada vez mayores de la anatomía femenina y masculina, preferiblemente de los adolescentes, para inculcar en sus mentes y matizar sus conductas de abiertos componentes sexuales, en aras de la libertad… pero de la libertad de consumo. Esos contenidos, a través de la publicidad pervertidora, cercana a la pornografía, incitan a la práctica del sexo libre y, por esa vía, a que se ignoren las consecuencias de tales comportamientos, una de las cuales, es el embarazo indeseado y, muchas veces, precoz, que genera innumerables problemas, no sólo de carácter penal, sino de otra índole, por sus terribles secuelas. Por ejemplo, en nuestro país, el aborto séptico es la quinta causa de mortalidad femenina, o las enfermedades de transmisión sexual, como el Sida y otras, no menos lesivas, para la vida del hombre y de la mujer, que campean por sus fueros en nuestra juventud. Sin contar el rechazo, la exclusión, la estigmatización que, aun hoy, hace recaer la sociedad sobre estas personas.

Tampoco es válido el argumento favorable a la legalización del aborto en nuestro país, porque en otros países, el aborto ya no sea delito. Se trata de demostrar por qué no debe serlo en Venezuela. Más allá de la preocupación por desmontar su inconstitucionalidad, está la necesidad de considerar el bien jurídico de la vida como un valor trascendental, de carácter ético, filosófico, moral y por qué no, religioso; nadie puede ignorar la fuerza de la religión como medio de control social, independientemente de la creencia religiosa particular.

En resumen, alrededor de la conceptualización del aborto como delito, es necesario, ampliar la discusión. En ella debe incluirse la definición del aborto como medio de control de la natalidad, lo que haría parecer lógica su atipicidad, pero, al mismo tiempo, debe tomarse en considera-

ción, la falta de educación sexual de la mayoría de los ciudadanos y ciudadanas, la inmadurez y la superficialidad con que suelen abordarse estos asuntos, la inclemente campaña a través de los medios de información masiva que pretenden presentar la sexualidad como una moda, al igual que el consumo de determinadas prendas, desodorantes, cosméticos en general, artefactos electrodomésticos, vehículos, cigarrillos, licores, etc., es decir, la utilización del sexo libre, sin limitaciones éticas ni legales, para convencer de las bondades de los más disímiles componentes de las quincallas del consumo, en lo que ha devenido, parcialmente, el contenido de la programación televisiva en nuestro país.

En fin, considero que no están dadas aún las condiciones, en nuestro país, para tomar una decisión tan importante como lo es, la legalización del aborto. Por lo menos, creo que, antes de hacerlo, si tal fuere la voluntad mayoritaria, debe ampliarse la discusión para que la misma abarque otros aspectos como los que me he atrevido a sugerir, aceptando la invitación formulada por el proyectista en la presentación de su encomiable anteproyecto.

La responsabilidad civil derivada de delito, con especial referencia a su tratamiento en el anteproyecto de reforma de Código Penal del TSJ

José Luis TAMAYO RODRÍGUEZ*

SUMARIO:

Introducción

1. **Nacimiento de la responsabilidad civil.**
2. **Acción penal y acción civil.**
3. **Concepto de acción civil derivada de delito.**
4. **Naturaleza jurídica.**

* **Universidad Central de Venezuela** Abogado. Profesor. **Tribunal Supremo de Justicia.** Colaborador del Anteproyecto de CP. jtamayo@telcel.net.ve

5. **Características de la acción civil *ex delicto.***
6. **Legitimados para ejercer la acción civil derivada de delito.**
7. **Ejercicio de la acción civil derivada de delito.**
8. **Procedimiento establecido en el COPP para ejercer la acción civil derivada de delito.**
9. **Consagración en el Código Penal vigente de la responsabilidad civil.**
10. **Modalidades de la responsabilidad civil *ex delicto:* 10.1** *Fundamentos de la responsabilidad civil subsidiaria, supletoria y solidaria: La responsabilidad por hecho ajeno:* **10.1.1** Responsabilidad objetiva.
11. **Contenido de la responsabilidad civil: 11.1** *La restitución:* **11.1.1** Naturaleza jurídica. **11.1.2** Concepto de "restitución" y nociones generales. **11.1.3** Momento de la restitución. **11.2** *La reparación:* **11.2.1** Funciones de la "reparación". **11.2.2** La "reparación" desde la perspectiva civil y penal: **11.2.2.1** La "reparación" desde el punto de vista civil. **11.2.2.2** La "reparación" desde el punto de vista penal. **11.3** *La indemnización de perjuicios:* **11.3.1** Restitución e indemnización de perjuicios.
12. **Aspectos fundamentales que destacan en el anteproyecto de reforma del Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia: 12.1** *Contenido de la responsabilidad civil.* **12.2** *Restitución.* **12.3** *Indemnización.* **12.4** *Consecuencias de la condena penal.* **12.5** *Medidas preventivas.* **12.6** *Otros aspectos relevantes que destacan en el anteproyecto.*

INTRODUCCIÓN

El hecho punible o delito puede ser incluido dentro de lo que la doctrina civil conoce como *hecho dañoso,* que origina responsabilidad civil. El *hecho dañoso,* como generador de obligaciones, es un término genérico, y el *hecho punible* es un término específico comprendido dentro de aquél. Se trata de una relación género-especie. De allí que, todo *hecho dañoso* (que incluye el punible y el no punible), origina responsabilidad civil. En cambio, no todos los *hechos punibles* son *hechos dañosos,* y

por ello no siempre originan responsabilidad civil, pues ésta supone, necesariamente, un daño que reparar.

Para entender tal diferenciación, debe recordarse que una es la *responsabilidad penal* y otra la *responsabilidad civil*. La *responsabilidad penal*, que se ha calificado como la obligación de asumir las consecuencias penales provenientes de la comisión de un hecho punible o delito, surge cuando en el caso concreto se dan la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Generalmente esas consecuencias se concretan en la privación de la libertad o en medidas de seguridad.

En cambio, la *responsabilidad civil* es la obligación que se tiene de asumir las consecuencias patrimoniales que se derivan de la comisión de un *hecho dañoso*, que puede ser o no punible. En síntesis, no todo hecho punible o delito origina *responsabilidad civil*, por cuanto su nacimiento está condicionado a la existencia de daños patrimoniales o no patrimoniales (morales) causados a alguna persona, grupo de personas o a la colectividad, que deben ser reparados. De allí que, como luego veremos, en el Artículo 148 del anteproyecto se aclara que el responsable penalmente lo es también civilmente, *"si del hecho derivaren daños y perjuicios"*, mención esta que no aparece en el Artículo 113 del Código Penal vigente. Por lo tanto, si la comisión del delito no produce daños que reparar (como ocurre, *v.gr.*, en ciertos delitos de peligro), no surge la responsabilidad civil.

1. NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Según Savatier "La responsabilidad civil es la obligación que incumbe a una persona de reparar el daño causado a otra por su hecho o por el hecho de las personas o de las cosas que dependen de ella".[1]

[1] Citado por Mélich Orsini, José en *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Segunda Edición. Serie Estudios. Caracas. 2001. Venezuela. p. 17, Nota 1 a pie de página.

La obligación de reparar el daño causado por un hecho ilícito (bien sea de naturaleza criminal –delito penal– o bien sea de naturaleza civil –delito civil–),[2] deriva de los Artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, los cuales disponen lo siguiente:

> **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 1.196.-** 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.

El Artículo 1.185 del Código Civil distingue entre el daño intencional (*delito –civil–*) y el daño causado por imprudencia o negligencia (*cuasi-delito –civil–*). Desde el punto de vista de sus efectos, tanto el *delito* como el *cuasi delito* producen para su autor la misma consecuencia: obligación de reparar la totalidad del daño causado al tercero.[3] Surge

[2] En los hechos ilícitos de naturaleza criminal, estamos en presencia de la violación de un deber derivado de una norma penal (y, por ende, de derecho público); en tanto que en los hechos ilícitos de naturaleza civil estamos en presencia de la violación de un deber derivado de una norma civil (o de derecho privado). En el primer caso, la conducta debida tiende a la satisfacción de un un interés general, mientras que en el segundo, se trata de garantizar un interés particular.

[3] Mélich Orsini, José. *Ob. Cit.* p. 96.

por tanto la **culpa** como fundamento de la responsabilidad civil, sea ésta intencional (dolosa) o no intencional (culposa).

Según Planiol, la **culpa** es *"la violación de una obligación legal preexistente"*. Este reconocido autor señala, además, que la obligación violada puede ser, indistintamente, una *obligación legal* o una *convencional*; en el primer caso nos hallaríamos en presencia de la responsabilidad aquiliana o extracontractual; en el segundo, de la responsabilidad contractual.[4]

Ahora bien, existen **tres clases de culpa** en sentido amplio: a) **La contractual**, que implica una relación jurídica o contrato preexistente entre el autor del hecho culposo y el sujeto pasivo de dicho hacer, traduciéndose, por tanto, en mero efecto del incumplimiento de una obligación previamente pactada; b) **La extracontractual**, que es el efecto del incumplimiento de un deber jurídico preexistente al hecho mismo de su violación, por lo que no nace del deber recíproco que el contrato impone a las partes, dada la ausencia de éste, sino del respeto que a cada ciudadano debe merecer el derecho ajeno, que nos obliga a no dañarlo, con ocasión del ejercicio de nuestros propios actos; y, c) **La nacida de delito**, declarada y sancionada previamente por un Tribunal penal y que origina una responsabilidad civil **principal** o **directa** ("por hecho propio"), **solidaria** ("por hecho propio" y "por hecho ajeno") y **subsidiaria** o **supletoria** ("por hecho ajeno") de la penal.

2. ACCIÓN PENAL Y ACCIÓN CIVIL

El maestro Arminio Borjas señala que por *acción*, desde el punto de vista del derecho civil y del procesal, ha de entenderse, *"no sólo el derecho que nos asiste para pedir o reclamar alguna cosa, sino también el ejercicio de ese derecho conforme al modo establecido por la ley para pedir y obtener en justicia el reconocimiento y la efectividad de él"*.[5]

---

[4] Mélich Orsini, José. *Ob. Cit.* p. 95.
[5] Borjas, Arminio. *Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal.* Tomo I. 3ª Edición. Ediciones Schnell. Caracas. 1973. Venezuela. p. 26.

En este orden de ideas, tenemos que la *acción penal*, como bien lo señala el nombrado autor patrio, es el derecho de perseguir o solicitar la imposición del castigo legal a todo delincuente;[6] y la misma, por mandato expreso del Artículo 24 del Código Orgánico Procesal Penal *"deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, salvo que sólo pueda ejercerse por la víctima o a su requerimiento"*, correspondiéndole a esta última el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos que la ley establece como de instancia privada (Art. 25 COPP).[7]

En otras palabras, la *acción penal* es la facultad que tiene el Estado, por intermedio del Ministerio Público, en los delitos de acción pública, o la víctima, en los delitos de acción privada, para iniciar, adelantar y solicitar el juzgamiento de un hecho que se presume delictuoso (hecho punible).

En cambio, la *acción civil* es el derecho o facultad que asiste al perjudicado, individual o colectivo de un hecho dañoso (que puede ser punible o no), de solicitar al Estado que obligue al responsable a asumir las consecuencias del daño patrimonial, y aun no patrimonial (moral), derivado de ese hecho. Se encamina a concretar lo que se ha llamado *daño privado*, patrimonial o no, que se ocasiona con el delito.

De manera que la comisión de todo hecho punible o delito produce dos acciones: la **penal**, para el castigo del delincuente y satisfacción de la vindicta pública; y, la **civil**, para reclamar el interés y resarcimiento de los daños causados.[8]

3. CONCEPTO DE ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE DELITO

La *acción civil derivada de delito* puede definirse como la facultad de promover un proceso encaminado a lograr la efectividad de la reparación de la lesión inferida, directa o indirectamente, al patrimonio (moral o material) de una persona, frente a otra que ha conculcado el deber

[6] Borjas, Arminio. *Ob. Cit*. p. 26.
[7] Artículo 25 COPP*: "Delitos de instancia privada. Sólo podrán ser ejercidas por la víctima, las acciones que nacen de los delitos que la ley establece como de instancia privada, y su enjuiciamiento se hará conforme al procedimiento especial regulado en este Código"*.
[8] Cabanellas De Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta S.R.L. Décima Cuarta edición. Buenos Aires. 2000. Argentina. p. 17.

de respetarlo, mediante la comisión de un hecho punible. La acción civil *ex delicto* es el medio de hacer valer, en sede penal o civil, el derecho a la reparación del daño causado por el delito.

En síntesis, la *acción civil derivada o proveniente del delito*, es aquella que se otorga al perjudicado de un delito, esto es, a la ***víctima,*** para exigir las restituciones, reparaciones e indemnizaciones que impone la ley penal.

4. NATURALEZA JURÍDICA

La acción civil derivada de delito, por su nombre, por su contenido mismo, es de índole civil; pero, por su nacimiento, ejercicio y depuración, es **netamente penal**, por cuanto el hecho originador es la infracción de este tipo, y sin la existencia del delito mismo o ante la eventualidad de una sentencia absolutoria o de sobreseimiento, carece de viabilidad el ejercicio de tal acción civil *derivada* de la penal, ya que, para que exista la responsabilidad civil *derivada de delito* precisa, en todo caso, que previamente se haya declarado la criminal o penal. En tales supuestos, "ya no se considera la responsabilidad civil como nacida de la penal, sino simplemente del hecho dañoso en sí, que ha perdido su punibilidad por la extinción de la acción penal o de la pena, pero no su carácter de hecho histórico dañoso, generador de obligaciones civiles".[9]

Se trata de casos en los cuales el delito y la falta "despojados de su punibilidad, se convierten en simples hechos ilícitos productores de daños y generadores de obligaciones civiles".[10]

5. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN CIVIL *EX DELICTO*

a) Es **accesoria** o **conexa** del delito mismo, o lo que es igual, que se produce necesariamente de un hecho de entidad punitiva, que, en todo caso, le sirve de *substratum* o condición.

---

[9] Chiossone, Tulio. *Unificación del concepto de responsabilidad civil ex delicto y por hecho ilícito* en *Libro Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza.* Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1970. Venezuela. p. 332.
[10] Chiossone, Tulio. *Ob. Cit*. p. 333.

b) Es **patrimonial**, porque así como la penal tiende al castigo del culpable, la civil busca la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios.

c) Es **privada**. El particular ofendido en su patrimonio por el delito, el titular de la acción, puede ejercitarla o dejar de hacerlo. Esto no es aplicable en los delitos a que se contrae el Artículo 271 constitucional, esto es, deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos, en los cuales tanto el Ministerio Público como el Procurador General de la República, Procuradores de los Estados o Síndicos Municipales, están obligados, por disposición expresa del Artículo 50 COPP, a ejercer la acción civil derivada de tales hechos punibles, por tratarse de delitos que afectan intereses colectivos o difusos o el patrimonio público.[11]

d) Es de **ejercicio potestativo** de su titular, dado que puede ser renunciada, salvo los casos contemplados en dicha norma constitucional.

e) Es **transmisible** por la muerte del titular.

f) Se **extingue** por modos propios.

6. LEGITIMADOS PARA EJERCER LA ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE DELITO

Los **legitimados** para ejercer la acción civil derivada de delito, conforme expresas disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal, son los siguientes:

[11] Artículo 50 COPP: "Intereses Públicos y Sociales. Cuando se trate de delitos que han afectado el patrimonio de la República, de los Estados o de los Municipios la acción civil será ejercida por el Procurador General de la República, o por los Procuradores de los Estados o por los Síndicos Municipales, respectivamente, zalvo cuando el delito haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, caso en el cual corresponderá al Ministerio Público. Cuando los delitos hayan afectado intereses colectivos o difusos la acción civil será ejercida por el Ministerio Público".

1.- La **víctima** o sus **herederos**, tal como lo dispone el Art. 49 COPP al establecer: *"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***[12] *o sus* ***herederos****, contra el autor y los partícipes del delito y, en su caso, contra el tercero civilmente responsable"*.

2.- El **Procurador General de la República**, o los **Procuradores de los Estados** o los **Síndicos Municipales**, *"cuando se trate de delitos que han afectado el patrimonio de la República, de los Estados o de los Municipios"*, y sean cometidos por personas distintas a los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones (Art. 50 COPP).

3.- El **Fiscal del Ministerio Público**, en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de delitos que afectan al patrimonio de la República, de los Estado o de los Municipios, y sean cometidos "*por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones"* (Art. 50 COPP).

b) Cuando se trate de delitos que hayan afectado intereses colectivos o difusos[13] (Art. 50, primer aparte, COPP).

---

[12] Conforme al Artículo 119 del COPP, se considera víctima: *"1.- La persona directamente ofendida por el delito; 2.- El cónyuge o la persona con quien haga vida marital por más de dos años, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y al heredero, en los delitos cuyo resultado sea la incapacidad o la muerte del ofendido; y, en todo caso, cuando el delito sea cometido en perjuicio de un incapaz o de un menor de edad. 3.. Los socios, accionistas o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan; 4.- Las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito"*.

[13] La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia Nº 656 del 30 de Junio de 2000 (Caso Defensoría del Pueblo), definió lo que son intereses colectivos o difusos. En dicho fallo se lee: *"Con los derechos e intereses difusos o colectivos, no se trata de proteger clases sociales como tales, sino a un número de individuos que pueda considerarse que representan a toda o a un segmento cuantitativamente importante de la sociedad, que ante los embates contra su calidad de vida se sienten afectados, en sus derechos y garantías constitucionales destinados a mantener el bien común, y que en forma colectiva o grupal se van disminuyendo o desmejorando, por la acción u omisión de otras personas"*.

c) Cuando *"en la comisión del delito haya habido concurrencia de un particular con el funcionario público"*. (Art. 50, último aparte, COPP).

d) Cuando le haya sido ***delegada*** la acción civil por las *"personas que no estén en condiciones socioeconómicas para demandar"* (Art. 53 COPP).

e) Cuando quien haya sufrido el daño *"sea un incapaz que carezca de representante legal"*. (Art. 53 COPP, último aparte).

4.- La **Defensoría del Pueblo**, cuando *"la acción derivada de la obligación del Estado a indemnizar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, no hubiere sido delegada en el Ministerio Público"*. (Art. 53 COPP, encabezamiento).

5.- **Otros órganos del Estado** o **entidades civiles**, cuando el Procurador General o el Fiscal General de la República, según el caso, así lo decidan. (Art. 50 COPP, último aparte).

7. EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE DELITO

A) Durante la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, rigió en nuestro país el denominado **sistema de la** *interdependencia* de acciones (penal y civil) originarias de los hechos punibles, que, como lo señala Borjas "reconoce la conveniencia de que una y otra puedan ser **sustanciadas y decididas *en un mismo juicio*** por los mismos funcionarios judiciales que conocen de la materia penal; y, conforme a él, la parte civil puede, no sólo promover su instancia paralelamente a la instaurada de oficio por los representantes del Ministerio Fiscal, sino iniciar el proceso penal, reclamando a la vez el castigo del delito y la indemnización civil consiguientes, aun cuando los funcionarios de instrucción criminal y los representantes de la vindicta pública hayan permanecido inactivos por negligencia o por ignorancia del hecho delictuoso".[14]

[14] Borjas, Arminio. *Ob. Cit.* p. 32.

Agrega Borjas que "la referida *interdependencia* se manifiesta, además, por hallarse forzosamente subordinada la declaratoria de responsabilidad civil a la declaratoria de ser autor del hecho punible la persona que ha dado lugar al daño cuya indemnización se pide, siendo así que el juicio penal prevalece sobre el juicio civil, como que lo juzgado y sentenciado en lo criminal tiene fuerza de cosa juzgada en la instancia de la correspondiente reclamación civil".[15]

Al lado de dicho sistema de *interdependencia*, encontramos los de la *solidaridad* y el de la *confusión* (denominado por algunos de la *unificación*), que son análogos, y proclaman la necesidad de que sólo los tribunales penales deben conocer de una y otra acción; y, finalmente, el de la *absoluta separación* o *independencia*, en el cual la acción civil, y salvo contadas excepciones, no puede promoverse sino ante los tribunales civiles.

B) Ahora bien, el Código Orgánico Procesal Penal, vigente desde el 1º de Julio de 1999, consagró un sistema de ejercicio de acciones que podríamos denominar de *interdependencia híbrido*, porque, aun cuando el COPP, por disposición del Artículo 422, faculta al juez penal (unipersonal de juicio) para conocer la eventual acción civil que intente la víctima, esto sólo podrá ocurrir una vez *"firme la sentencia condenatoria"* (Arts. 51 y 422 COPP), lo que significa, sencillamente, que la acción civil, aun cuando puede ser decidida por el **mismo funcionario judicial** (juez de juicio) que dictó el fallo, aquélla ya no puede ser sustanciada y decidida **dentro del mismo juicio penal**, sino en un procedimiento especial diferente y separado, aunque en sede penal, pautado en el Título IX *"DEL PROCEDIMIENTO PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS"*, del Libro Tercero *"DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES"*, del Código Orgánico Procesal Penal, Artículos 422 al 431.

Por lo tanto, falta uno de los requisitos primordiales que caracteriza al sistema de *interdependencia puro*, cual es la posibilidad de que la ac-

[15] Borjas, Arminio. *Ob. Cit.* p. 32.

ción civil sea sustanciada y decidida **conjuntamente** con la acción penal y dentro del **mismo procedimiento**; no pudiendo sostenerse que el sistema adoptado por el COPP sea el de la *solidaridad* o de la *confusión*, ni tampoco el de la *separación*, porque no se faculta **exclusivamente** ni a los tribunales penales ni a los tribunales civiles para el conocimiento de la acción civil, dado que en el nuevo sistema adoptado, sigue subsistiendo para el legitimado activo (víctima) la posibilidad de incoar su acción ante los tribunales civiles, conforme al procedimiento civil ordinario, o ante los tribunales penales, conforme al nuevo procedimiento especial pautado. De allí que califiquemos al actual sistema del ejercicio de la acción civil de *interdependencia híbrido*, pues aun sin gozar de todas las características del sistema de *interdependencia puro*, permite al ofendido dilucidar su acción ante los tribunales penales, pero no dentro del mismo juicio penal, ni tampoco contemporáneamente con éste en sede criminal.

C) En nuestra opinión, erró ostensiblemente el COPP al haber abandonado el sistema que contemplaba el CEC para el ejercicio de la acción civil derivada de delito (*interdependencia puro*), porque tal sistema ofrecía, entre otros aspectos positivos, la indiscutible ventaja de lograr una notoria economía procesal (no es necesario sino un solo proceso para dilucidar las acciones penal y civil), un mayor conocimiento, unos mejores elementos de juicio sobre lo realmente sucedido, ahorrar gastos y tiempo, y, en fin acelerar la resolución de la pretensión civil, lo que se traduce en una administración de justicia más rápida y eficiente. Y esto, obviamente, no ocurre con el sistema adoptado por el COPP (*interdependencia híbrido*).

D) Sentado todo lo anterior, tenemos que con la consagración de la norma del Artículo 51 COPP, que señala que la acción civil *ex delicto* sólo podrá ejercerse "*después que la sentencia penal quede firme; sin perjuicio del derecho de la víctima de demandar ante la jurisdicción civil*", lo mismo que con la del Artículo 422 *eiusdem*, se cercenó la posibilidad que brindaba el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, en el sentido de que era factible intentar la acción penal **conjuntamente** con la acción civil y **dentro del mismo proceso** de enjuiciamiento penal (sistema de *interdependencia*), tal como lo disponía su

Artículo 3: *"La acción civil podrá intentarse junto con la penal en el juicio de este última especie o separadamente en juicio civil"*.

Y pese a que el COPP establece, en la parte *in fine* de su Artículo 51, el derecho de la víctima de *"demandar ante la jurisdicción civil"*, aun cuando no exista sentencia penal firme (lo cual se deduce del empleo de la expresión *sin perjuicio*), lo cierto del caso es que la acción civil derivada de delito es **accesoria** o **conexa** a la acción penal, pues el juez civil siempre habrá de esperar las resultas de la acción penal para decidir acerca de aquélla, paralizando el proceso civil hasta que el penal haya finalizado, en aplicación de la máxima *"lo criminal detiene lo civil"*, cuyo fundamento radica en el deseo de evitar que una decisión anticipada de la acción civil pueda resultar contradictoria con la sentencia que posteriormente dicte el juez penal.[16]

Tal paralización puede ser a petición de parte, invocándose la existencia de una cuestión prejudicial penal en lo civil, e, inclusive de oficio, en cualquier estado en el que se hallare el proceso civil, sobre la base la aludida máxima, por considerarse una regla de orden público. Sobre esto no hay vacilación en la doctrina nacional (Arminio Borjas, Pedro Manuel Arcaya, Pedro Miguel Reyes, entre otros).

Sin embargo, la nueva regla establecida por los Arts. 51 y 422 COPP encuentra su **excepción** en los **delitos contra la cosa pública**, pues la vigente Ley contra la Corrupción (*Gaceta Oficial* Nº 5.637 Extraordinario del 7 de abril de 2003), que derogó la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, dispone, en su Artículo 88, que *"El Fiscal del Ministerio Público, en capítulo separado del escrito de acusación,*

[16] Durante la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, la máxima de que *"lo criminal detiene lo civil"*, se encontraba expresamente contemplada en su Artículo 6, el cual disponía: *"Pendiente la acción penal no se decidirá la civil que se haya intentado separadamente, mientras aquélla no hubiere sido resuelta por sentencia firme, esto es, sentencia contra la cual estén agotados o no sean procedentes los recursos ordinarios o extraordinarios concedidos por las Leyes"*. No contempla el COPP una disposición similar, pero eso no es óbice, a nuestro modo de ver, para que la misma tenga plena aplicación en el actual sistema consagrado por el COPP. De hecho, en el sistema jurídico francés tampoco existe una disposición como la del Art. 6º del CEC, mas, sin embargo, fue la jurisprudencia de ese país la que confirió características de dogma al principio de la autoridad de lo criminal sobre lo civil (Ver Mélich Orsini, José. *Ob. Cit.* p. 168).

propondrá la acción *civil que corresponda para que sean reparados los daños, efectuadas las restituciones, indemnizados los perjuicios o pagados los intereses que los actos delictivos imputados al enjuiciado hubieren causado al Patrimonio Público, observándose al respecto los requisitos establecidos en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil"*.

Por lo tanto, en los delitos contra la cosa pública es obligatorio para el Ministerio Público ejercer, **conjuntamente con la acción penal y dentro del mismo proceso criminal**, la acción civil derivada de la comisión de tales delitos (tal como lo permitía el Artículo 3º del CEC para toda clase de hechos punibles), y ello en virtud de que el Artículo 87 de dicha ley *"considera de orden público la obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios inferidos al patrimonio público, por quienes resultaren responsables de las infracciones previstas en esta Ley"*.

8. PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL COPP PARA EJERCER LA ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE DELITO

Salvo en los casos de delitos contra la cosa pública, el procedimiento para ejercer la acción penal derivada de delito se rige por lo dispuesto en el Título IX *"DEL PROCEDIMIENTO PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS"*, del Libro Tercero *"DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES"*, del Código Orgánico Procesal Penal, Artículos 422 al 431.

En tal sentido, el citado Artículo 422 COPP dispone que *"**Firme la sentencia condenatoria**, quienes estén legitimados para ejercer la acción civil podrán demandar, ante el Juez unipersonal o el Juez presidente del tribunal que dictó la sentencia, la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios"*; y, a continuación, los artículos subsiguientes establecen los requisitos que debe contener la demanda civil (Art. 423); el plazo para que el juez decida sobre su admisión o rechazo (Art. 424); los extremos que debe examinar el juez para decidir acerca de su admisibilidad (Art. 425); el contenido de la decisión del juez de declarar admisible la demanda (Art. 426); las objeciones que

pueden oponer el condenado y los terceros demandados (Art. 427); la audiencia de conciliación prevista para el caso de haberse formulado objeciones (Art. 428); el efecto que produce la inasistencia del demandante o del demandado a la audiencia de conciliación (Art. 429); la forma de celebración de dicha audiencia y la decisión que debe tomar el juez al término de la misma (Art. 430); y, lo relativo a la ejecución forzosa de la sentencia (Art. 431).

No es de la esencia de este trabajo entrar a analizar el aludido procedimiento,[17] empero, debe puntualizarse lo siguiente:

1.- Firme la sentencia condenatoria, el legitimado para ejercer la acción civil derivada de delito, podrá optar por seguir el procedimiento especial que pauta el COPP, o, en su defecto, intentar su demanda ante la jurisdicción civil, conforme al procedimiento ordinario previsto en el Código de Procedimiento civil en su Libro Segundo, Título I *"De la introducción de la causa"*, Capítulo I, *"De la demanda"* (Arts. 338 y ss.).[18]

2.- De no haber sentencia condenatoria, bien por prescripción de la acción penal, inimputabilidad, muerte, indulto, amnistía, etc.; y en fin, cuando se extinga la responsabilidad penal o la acción penal y el hecho punible se convierta en hecho ilícito (cuasi delito), sólo podrá intentarse la acción civil correspondiente ante la jurisdicción civil, siguiendo el procedimiento ordinario establecido en el Código de Procedimiento Civil, y nunca en sede penal.

3.- El legitimado activo para exigir la responsabilidad civil derivada de delito puede intentar la correspondiente demanda ante la jurisdicción civil, independientemente de que el proceso penal haya o no finalizado; pero, en tal supuesto, y por virtud de la existencia de una cuestión pre-

[17] El Profesor Máximo Febres Siso, en un interesante trabajo monográfico, profundiza acerca de esta materia. Ver *La responsabilidad derivada de delito. Una visión Procesal*, en *Temas de Derecho Penal. Libro Homenaje a Tulio Chiossone.* Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje Nº 11. Caracas. 2003. Venezuela. pp. 221 a 255.

[18] Artículo 338 CPC: *"Pertinencia del procedimiento, Las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán por el procedimiento ordinario, si no tienen pautado un procedimiento especial".*

judicial penal sobre lo civil, no podrá el juez civil dictar sentencia hasta que se resuelva tal cuestión.[19]

4.- Firme la sentencia condenatoria, la demanda para exigir la responsabilidad civil derivada de delito puede estar dirigida en contra del condenado y/o las personas naturales o jurídicas que resulten responsables indirectos (litis consorcio pasivo), conforme al procedimiento especial previsto en el Código Orgánico Procesal Penal.

5.- En síntesis, el procedimiento especial previsto en el Título IX, Libro Tercero, del Código Orgánico Procesal Penal, para exigir *"la reparación y la indemnización de perjuicios"*, sólo procede en caso de existir sentencia condenatoria penal definitivamente firme. En caso contrario, sólo podrá intentarse la reclamación ante la jurisdicción civil.

9. CONSAGRACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El Artículo 113 del Código Penal consagra la responsabilidad civil derivada de delito en los siguientes términos:

> **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, sino 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.

[19] El efecto de la existencia de una cuestión prejudicial en el proceso civil aparece contemplado en el Artículo 355 del Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos: *"Declaradas con lugar las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 7º y 8º del artículo 346, el proceso continuará su curso hasta llegar al estado de sentencia, en cuyo estado se suspenderá hasta que el plazo o la condición pendientes se cumplan, o se resuelva la cuestión prejudicial que deba influir en la decisión de él"*.

> Se prescribirá por diez años la acción civil que proceda contra funcionarios públicos por hechos ejecutados en el ejercicio del cargo.

Del sencillo precepto del encabezamiento del transcrito artículo salta a la vista lo que se denomina *"responsabilidad civil derivada de la penal"*, que para algunos autores es preferible denominar *"responsabilidad civil derivada del acto ilícito penal"*, puesto que todo delito o falta engendra consecuencias en dos campos perfectamente diferenciados: el penal y el civil.

"La diferenciación entre ambos conceptos (**ilícito civil** e **ilícito penal**) nos la ha resuelto, precisamente, la conceptualización legal de unos como constitutivos de infracción penal; de otros, su exclusión de la esfera de este Derecho. Por tanto, bastará conocer cuáles sean los actos ilícitos que se condensen como **infracciones penales** para, por exclusión, englobar el resto en los **delitos llamados civiles**. Es por esto por lo que el problema está íntimamente relacionado con el de la precisión de notas características de los delitos penales.

Como apunta Cuello Calón, lo que realmente caracteriza el delito en su sanción penal es la ley que lo sancione, pues sin ésta no hay delito; por muy inmoral y socialmente dañosa que sea una acción, si su ejecución no ha sido prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena, no hay delito (atipicidad).

De esto se deduce que lo característico para esta apreciación del delito es su catalogación dentro del Código Penal, y, prescindiendo de cuál sea la posición de las distintas escuelas penales, este concepto nos sobra y nos basta para afirmar que todos aquellos ataques al Derecho subjetivo ajeno que determinen la obligación del resarcimiento del daño o perjuicio causado, cuando no están expresamente considerados como **delitos**, serán **actos ilícitos civiles** que, no obstante, engendrarán la misma obligación reparatoria.

En este sentido, Ruggiero apunta que mientras el **delito civil** es una **categoría abstracta y general**, los **delitos penales** en el Derecho

moderno son **tipos fijos y concretos**, designados con denominaciones especiales y castigados con penas legalmente establecidas".[20]

10. MODALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*

Dentro de las modalidades de la responsabilidad civil, podemos citar, entre otras, las siguientes:

a) **Responsabilidad principal o directa.**

En ésta, la responsabilidad ha de hacerse efectiva en el patrimonio del obligado en primer lugar o responsable criminalmente. A ella se refiere el Código Penal en su Artículo 113, cuando anuncia que *"Toda persona responsable criminalmente de algún delito o falta, lo es también civilmente"*.

b) **Responsabilidad subsidiaria**.

Se verifica cuando la satisfacción la realiza, no el responsable criminalmente, sino un tercero que resulta civilmente responsable, es decir, la que se refiere al sujeto obligado *"sólo en el caso de que la obligación principal no se cumpla"*, como acertadamente lo señala Puig Peña.

El 116 del Código Penal hace referencia a ésta, al aludir a las personas que responderán civilmente *"…en defecto de los que los sean criminalmente"*; y lo propio hacen los Artículos 117 y 118 *eiusdem*, al referirse a las personas que son *"responsables subsidiariamente"*.

c) **Responsabilidad civil supletoria.**

En este caso, la responsabilidad civil no está condicionada a la del responsable penal –que no existe–, y se le impone al tercero no como con-

[20] Reyes Monterreal, José María. *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*. Tercera Edición. Gráficas Menor. Madrid. 1958. España. pp. 32 a 33.

secuencia de una responsabilidad penal preexistente, sino, cabalmente, en ausencia de ésta. Se trata de un responsable tan directo como el principal del Artículo 113.

La encontramos en el Artículo 114 del Código Penal, el cual se refiere a los supuestos de enajenación, minoridad, sordomudez, estado de necesidad o miedo insuperable, en los cuales, al haber ausencia de responsabilidad criminal por manifestaciones de eximentes, no se da el requisito general del Artículo 113, exigido para la responsabilidad civil: la existencia de un responsable penal.

d) **Responsabilidad civil solidaria.**

En este supuesto, responden civilmente por igual, tanto el responsable o responsables criminalmente como los que no lo son.

Ejemplo de este tipo de responsabilidad la encontramos en el Artículo 127 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre (G.O. N° 5.552 Extraordinario del 12-11-2001, el cual establece:

> ...El conductor, el propietario del vehículo y su empresa aseguradora, están **solidariamente obligados** a reparar todo daños que se causen con motivo de la circulación del vehículo, a menos que se pruebe que el daño proviene de un hecho de la víctima, o de un tercero que haga inevitable el daño; o que el accidente hubiese sido imprevisible para el conductor. Cuando el hecho de la víctima o del tercero haya contribuido a causar el daño, se aplicará lo establecido en el Código Civil...

El fundamento de esta responsabilidad civil solidaria, como seguidamente veremos, es la denominada *"responsabilidad por hecho ajeno"*, que no debe ser confundida con la solidaridad derivada por hecho propio en caso de varios responsables criminales, caso éste que contempla el Artículo 124 del Código Penal, el cual establece: *"Si el hecho punible es imputable a varias personas, quedan éstas obligadas solidariamente por el daño causado"*.

10.1 *FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA, SUPLETORIA Y SOLIDARIA: LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO*

Tanto la responsabilidad civil subsidiaria, como la supletoria y la solidaria (excepción hecha de la prevista en el Art. 124 CP), tienen su fundamento en la denominada *"responsabilidad civil por hecho ajeno"* o responsabilidad indirecta, que tiene lugar cuando el hecho ilícito generador del daño ha sido cometido por una persona distinta que es la obligada directa a responder ante la víctima. Se opone a la *"responsabilidad civil por hecho propio"* o responsabilidad directa, en que el sujeto responde ante la víctima por las consecuencias de su propia acción u omisión.

"En el lenguaje jurídico se designa con el nombre de *'responsable civil'* a quien responde por el hecho ajeno, y se llama *'agente inmediato del daño'*, o simplemente *'agente del daño'*, a aquella persona que realizó el daño ilícito por el que el primero es llamado a responder".[21]

De manera que en el tipo de responsabilidades en estudio, uno es el autor del daño ilícito y otro el llamado a repararlo, independientemente de que este último no haya tenido una participación directa e inmediata en su producción.

La *"responsabilidad civil por hecho ajeno"* tiene su razón de ser, como lo sostiene la mayor parte de la doctrina contemporánea, en la idea del riesgo o de la **responsabilidad objetiva**, y no en la tradicional teoría de *culpa in eligendo* o *in vigilando* del responsable civil, como lo propugnan ciertos autores[22] (que constituyen, hoy por hoy, la doctrina minoritaria), quienes insisten en subrayar que en tales casos lo que existe es una verdadera responsabilidad por hecho propio, sólo que la culpa habría sido presumida y no se exigiría su prueba directa.[23]

---

[21] Mélich Orsini, José. *Ob. Cit.* p. 223.

[22] Así por ejemplo, Reyes Monterreal (*Ob. Cit.,* p. 164), señala que la responsabilidad subsidiaria (o secundaria, como él la llama), se fundamenta en una culpa *in eligendo*, en tanto que la responsabilidad supletoria se fundamenta en una culpa *in vigilando*.

[23] Puede profundizarse este punto en la citada obra de Mélich Orsini, pp. 229 y ss.

10.1.1 *Responsabilidad objetiva*

La Teoría de la **Responsabilidad Objetiva** o **del Riesgo** (Josserand, Salleilles, Domogue, etc.), conocida también como **Responsabilidad sin culpa**, parte de la base que toda actividad "implica necesariamente un cierto riesgo para quien actúa y para los terceros; y puesto que el agente de tal actividad la despliega para aprovechar sus beneficios, justo es también que sufra las pérdidas de ella reparando los daños que ocasione. ¿Qué importancia tiene que pueda o no imputársele una culpa, si no se trata ya de imponer castigos, sino de resolver un simple problema de justicia distributiva: de dar a cada uno lo suyo...? Colocada la cuestión a la luz de esta perspectiva, ¿puede verse alguna razón para que una pérdida sufrida por una persona a consecuencia de la actividad ajena se ponga a cargo de la víctima en lugar de ponerse a cargo del agente?".[24]

En síntesis, la **Responsabilidad Objetiva** se funda en la *idea del riesgo*: quien aprovecha de los servicios de otro debe en contrapartida responder de los daños causados a terceras personas por aquel que está a su servicio (*Ubi emolumentum, ibi onus*). Se trata, por tanto de una **presunción de responsabilidad**, que constituye una excepción al principio de que no hay responsabilidad sin culpa.

"La expresión **'responsabilidad objetiva'** se opone al carácter 'subjetivo' que se atribuye a la teoría de culpa. Algunos de los partidarios de la doctrina que basa la responsabilidad civil en la idea de culpa, se ha esforzado en mostrar que el supuesto carácter 'subjetivo' de la noción de culpa sólo existe en el derecho penal, donde el juez debe apreciar la conducta del agente del daño *in concreto*, o sea, teniendo en cuenta su estado de ánimo; pero no en materia civil, donde se haría abstracción de si el agente del daño percibe o no el deber que viola, esto es, se prescindiría de toda apreciación psicológica o moral y el juez se limitaría a examinar su conducta *in abstracto*".[25]

[24] Mélich Orsini, José. *Ob. Cit.* pp. 25 a 26.
[25] Mélich Orsini, José. *Ob. Cit.* p. 92, Nota Nº 1 a pie de página.

Ejemplo típico de la **responsabilidad objetiva** o **sin culpa**, la encontramos en los casos de accidente de tránsito, donde en el propietario del vehículo (no conductor) viene obligado a indemnizar a la víctima por el acto ilícito de otro (el conductor) por los daños causados (sobre cosas y personas) por el vehículo de su propiedad, sin que le pueda ser atribuido un hecho personal como causa inmediata del perjuicio ocasionado, y donde no le es imputable ninguna culpa directa o responsabilidad directa.

11. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El Artículo 120 del Código Penal dispone que la **responsabilidad civil** comprende: 1. **La restitución**; 2. **La Reparación del daño causado**; y, 3. **La indemnización de los perjuicios.**

Ahora bien, para entender en su exacta y cabal dimensión cada uno de los *ítems* que, conforme a dicho artículo, integran la responsabilidad civil, es necesario precisar tres importantes aspectos:

1º. Los conceptos de *'restitución'*, *'reparación'* e *'indemnización de perjuicios'*, tienen, en materia penal, contenidos y significados propios, que no necesariamente coinciden con los de la material civil. A esto nos referiremos más adelante.

2º. Los conceptos de *'restitución'* y *'reparación'*, en la forma como los concibe el vigente Código Penal, se aplican, exclusivamente, a los daños provenientes de hechos punibles que recaen sobre las **cosas**.

Este aserto, que ampliaremos luego, se desprende del propio contenido del Artículo 121 del Código Penal, el cual dispone:

> **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**.

3º. El concepto de *"indemnización de perjuicios"* abarca los daños derivados de los hechos punibles relacionados con las **personas** (materiales y morales), al igual que los relacionados con las **cosas**, no comprendidos dentro de los conceptos de restitución y reparación *"penal"*, como luego analizaremos.

11.1 *LA RESTITUCIÓN*

11.1.1 *Naturaleza jurídica*

Según Mélich Orsini, "hay dos modos de reparación: *'en especie'* y *"por equivalente'*. El primero consistiría en el restablecimiento material del estado de cosas existentes antes del acto ilícito... y se operaría prácticamente mediante la creación, por obra de la intervención de los órganos estatales, de una situación idéntica a la preexistente. El Código Penal venezolano lo llama *'restitución'* (Art. 120, ord. 1º y Art. 121) y el Código civil italiano de 1942 *'resarcimiento o reintegración en forma específica'* (Art. 2.58). Ejemplos de este modo de reparación serían: la **restitución** de la cosa indebidamente sustraída (los citados artículos 120 ord. 1º y 121 C. Penal venezolano), la destrucción de la obra ejecutada en violación de una prohibición legal o contractual (Art. 1.268 CC venezolano), la publicación de la sentencia de condena a expensas del demandado en los casos de difamación e injuria (Art. 450 C. Penal venezolano)... En contraste con esta 'repa-

ración en especie', la 'reparación por equivalente' no consistiría en la simple sustitución de la situación lesionada por una idéntica, sino que supondría un juicio de valor del juez, mediante el cual éste apreciaría el menoscabo sufrido por la víctima y lo compensaría con la atribución a la misma de un *valor equivalente*...'".[26]

Por su parte, el autor colombiano Martínez Rave señala que "*Reparar"* es un término que indica volver las cosas al estado en que se encontraban antes de presentarse el daño. Dos formas de reparar se han conocido históricamente: a) volver las cosas a su estado anterior, que se ha conocido como **reparación *in natura*** y b) la **reparación por equivalencia**, es decir, por la entrega de cosas o bienes, de valor o contenido equivalente. Cuando la equivalencia se tasa en dinero, se habla de equivalencia dineraria o indemnización, y cuando se trata de otra clase de bienes, se habla de equivalencia no dineraria.[27]

Agrega Martínez Rave que "La **reparación *in natura*** sólo es posible cuando se trata de daños en las **cosas**, pues allí sí se pueden dar las soluciones planteadas desde los derechos romano y germánico, de volver las cosas al estado anterior al daño. En cambio, cuando los daños se relacionan con las **personas**, no puede darse esa solución, sino la segunda: la **reparación por equivalente dinerario**, es decir, la llamada **indemnización**, que se convierte en una compensación, o, mejor, en un resarcimiento".[28]

De todo lo expuesto, podemos concluir entonces que la *"restitución"*, es, en realidad, una modalidad de reparación del daño: *"reparación en especie"* o *in natura*, referida exclusivamente a cosas, que se caracteriza, como enseña la doctrina italiana, por la exclusión del dinero como medio de reparación; en tanto que la segunda forma de reparación, es decir, la *"reparación por equivalente"* supone, precisamente, la traducción de los daños en una suma de dinero, que viene a ser la "*indem-*

[26] Mélich Orsini, José, *Ob. Cit.*,p. 201.
[27] Mélich Orsini, José. *Ob. Procedimiento Penal colombiano*. Décima Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1997. Colombia. p. 654.
[28] Martínez Rave, Gilberto. *Ob. Cit.* p. 654.

nización de los perjuicios", aplicable tanto a los daños sufridos por las cosas como por las personas.

En síntesis, el término genérico *"reparación"*, desde la óptica meramente civil, comprende no sólo la *"restitución"* (de la misma cosa) sino también la *"indemnización de los perjuicios"* (sufridos por las cosas o por las personas). Éstas, por tanto, son especies o modalidades de aquélla.

11.1.2 *Concepto de "restitución" y nociones generales*

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, *"restitución"* es *"la acción y efecto de restituir"*, verbo transitivo que significa *"1.- Volver una* ***cosa*** *a quien la tenía antes; 2.- Restablecer o poner una* ***cosa*** *en el estado que antes tenía"*.

Silvela, citado por el autor español Reyes Monterreal, señala que la *restitución "consiste en que el delincuente o la persona que, sin serlo, responde civilmente de sus hechos, devuelva al dueño las cosas u objetos de que, por los actos de aquél, quedó privado"*;[29] definición ésta que, como bien lo afirma dicho autor, "es aceptable, en cuanto abarca tanto los supuestos de unidad de responsable civil y penal, como aquellos casos en que se desdobla la figura de ambos responsables, y, además, contiene un aspecto totalitario en cuanto requiere que se devuelva a su dueño todo aquello de que el mismo quedó privado por el delito".[30]

La acción de **restitución** hace referencia a la acción de volver una cosa a quien la tenía o a restablecer una cosa al estado que antes tenía. Su función específica no es la de eliminar o neutralizar el daño causado mediante la prestación de un "equivalente" o "compensación", sino propiamente la de dejar las cosas como estaban, suprimiendo o borrando el daño causado. En otras palabras, su función es la de **restablecer el** *status quo ante*. Su objeto, más que reparar los efectos nocivos del delito, lo que trata es de evitarlos en todo o en parte.

[29] Reyes Monterreal, José María. *Ob. Cit.* p. 220.
[30] Reyes Monterreal, José María. *Ob. Cit*. p. 220.

En otras palabras, la **restitución** lo que persigue es restablecer el equilibrio patrimonial roto por el hecho punible. Si la cosa fue sustraída, y, en el mismo estado y condiciones que tenía, se retorna al dueño, el equilibrio patrimonial de éste se ha logrado.

Pero como el Artículo 121 dice que la restitución deberá hacerse de la misma cosa *"siempre que sea posible"*, habrá que examinar caso por caso, si tal posibilidad existe, porque, siéndolo, no cabe una "reparación por equivalente" o "indemnización", que está dada para supuestos distintos, como luego veremos.

Por lo tanto, la **restitución** es siempre obligatoria, si puede hacerse, y la misma debe ser ordenada en la parte dispositiva del fallo, si la cosa sustraída se recuperó y, por cualquier circunstancia, no hubiere sido entregada a su dueño (que puede ser o no la víctima) durante el curso del proceso.

De lo expuesto se desprende claramente, además, que la *restitución*, por su etimología y tratamiento en la ley penal, siempre está referida a *"cosas"*, concretamente a las sustraídas (robadas, hurtadas o estafas) al ofendido o víctima del delito.

11.1.3 *Momento de la restitución*

Respecto al **momento** en que la **restitución** debe hacerse, el Código Orgánico Procesal Penal dispone, en el último aparte del Artículo 312,[31] que *"las cosas hurtadas, robadas o estafadas… se* ***entregarán al propietario*** **en cualquier estado del proceso***, una vez comprobada su condición por cualquier medio y previo avalúo"*; lo que significa que, una vez recuperada la cosa, deberá ser entregada a su propietario, después de demostrada tal condición por cualquier medio y previo avalúo.

[31] Artículo 312 COPP: *"Cuestiones incidentales. Las reclamaciones o tercerías que las partes o terceros entablen durante el proceso con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o que se incautaron se tramitarán ante el Juez de control, conforme a las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil para las incidencias. El tribunal devolverá los objetos, salvo que estime indispensable su conservación. Lo anterior no se extenderá a las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al propietario en cualquier estado del proceso, una vez comprobada su condición por cualquier medio y previo avalúo"*.

En cuanto a la **restitución de objetos distintos** a los robados, hurtados o estafados, el tribunal podría no entregarlos de estimar *"indispensable su conservación"*, lo cual no es aplicable a dichas cosas robadas hurtadas o estafadas (que siempre, y en todo caso deberán ser entregadas a quien demuestre ser el propietario), sino, exclusivamente, para aquellos objetos *"recogidos o que se incautaron"*,[32] que sólo se restituirán, a quien corresponda, previa orden del juez de control, y luego de haber sido sustanciado debidamente, de ser el caso, las reclamaciones o tercerías que las partes o los terceros hubieran podido entablar durante el proceso; sin perjuicio de que el Ministerio Público pueda hacer entrega directamente de tales objetos, cuando no sean *"imprescindibles para la investigación"*, tal como lo dispone el Artículo 311 COPP.[33]

La **restitución** se entiende no necesariamente con el autor del delito sino con quien tenga el bien en su poder. Por ello es que se sostiene que el deber de **restituir**, en este contexto, no se funda en la antijuricidad y culpabilidad del hacer del obligado.[34]

11.2 *LA REPARACIÓN*

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, *"reparación"* es la *"Acción y efecto de reparar cosas materiales mal hechas o*

---

[32] La terminología que emplea el COPP respecto al transitivo *incautar* (no reconocido por el DRAE, pero ampliamente utilizado en lugar de *incautarse*), es incorrecto. Esto se observa también en gran cantidad de leyes actualmente en vigencia. En nuestra Monografía *Medidas de coerción en el COPP* (2001), realizamos un amplio estudio acerca de los vocablos *decomiso* e *incautación*, concluyendo que el carácter de lícito o ilícito comercio de un bien que haya sido ocupado, determinará si su ocupación es a título de *decomiso* o de *incautación*; y ello en virtud de que lo *incautado* (por ser de ilícito comercio) no estará jamás sujeto a la pena de *comiso*, sino a destrucción, inutilización o uso excepcional. Ejemplo: es incorrecto decir que la droga (cocaína, marihuana, etc.) se *decomisa*, pues el destino es generalmente la incineración (destrucción) y nunca su *comiso*. Un bien *decomisado* es aquél susceptible de serle aplicada la pena de *comiso*, y esto, insistimos, jamás ocurrirá con un bien de ilícito comercio.

[33] Artículo 311 COPP: *"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, en caso de retraso injustificado del Ministerio Público, las partes o los terceros interesados podrán acudir ante el Juez de control solicitando su devolución, sin perjuicio de la responsabilidad civil, administrativa y disciplinaria en que pueda incurrir el Fiscal si la demora le es imputable"*.

[34] San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*. Primera Edición. Editorial Grijley. Lima. 1999. Perú. p. 858.

estropeadas. 2. Desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria"; en tanto que *"reparar"* es *"Arreglar una cosa que está rota o estropeada. 2. Enmendar, corregir o remediar. 3. Desagraviar, satisfacer al ofendido… 6. Remediar o precaver un daño o perjuicio"*.

Y, como antes vimos, éste, desde el punto de vista civil, es un término genérico, que comprende tanto la *"restitución"* (de la misma cosa) como la *"indemnización de los perjuicios"* (sufridos por las cosas o por las personas). La reparación vendría a ser el género. La restitución y la indemnización especies de aquélla.

Ahora bien, el penúltimo aparte del Artículo 121 del Código Penal establece que *"Si no fuere posible la restitución de la cosa, se* ***reparará*** *la pérdida pagándose el valor de ella"*.

De la exégesis de esta disposición se infiere claramente que cuando no sea posible la *restitución* de la cosa, porque se ha perdido, se ignora su paradero, se hace irreivindicable, o, en fin, cuando perece (que incluye la hipótesis de un **deterioro** tal que la inutilice), se procederá a reparar la pérdida, *"pagándose el valor de ella"*, con el objeto de restablecer el estado patrimonial del ofendido al modo como se encontraba al tiempo de la comisión del hecho, como si éste no se hubiera cometido, es decir, restablecer el equilibrio patrimonial afectado por el delito o falta, a fin de poner al ofendido en condiciones de adquirir otra igual o similar mediante la entrega de su valor.

El *pago del valor de la cosa*, constituye, en realidad, una clara hipótesis de *reparación* del daño, pues, ciertamente, la entrega del valor de la cosa no es *"restitución"* (reparación en especie o *in natura*) sino *"reparación por equivalente"* del daño causado, salvo que se trate de sumas de dinero o bienes fungibles de la misma calidad, pues, en estos casos, sí es posible hacer la *"restitución"*. Se trata, dicho de otra forma, de una *"reparación sustitutiva"*, que no operaría si el bien que perece a causa del delito puede ser sustituido de manera idéntica por otro.

Mélich Orsini, al comentar el Artículo 121 CP, señala:

> Ahora bien, aunque este artículo parezca concebido en términos que establecen una definida prioridad de la reparación en especie sobre la reparación en dinero, se contrae en verdad a un caso en que, más que reprimir un daño, se trata simplemente de evitarlo, mediante la recta aplicación de los principios que rigen la acción reivindicatoria. Juzgamos, en efecto que esta disposición en nada modifica los criterios que ya hemos expuesto acerca de la prioridad del cumplimiento en especie sobre el cumplimiento por equivalente y de la ausencia de tal principio de prioridad en el estricto ámbito de la opción entre dos formas de reparación; por eso, si la cosa hubiere sido destruida o inutilizada, no podría obligarse a la víctima a conformarse con sus restos. En la hipótesis de un automóvil muy chocado o de un traje embarrado, ¿qué ganaría su dueño con la simple devolución de tales objetos? El daño consistente en la pérdida total de tales objetos debe considerarse como ya consumado al desaparecer el interés de la víctima en la recuperación de los mismos.[35]

Dicho lo anterior, tenemos entonces que la figura de la *"reparación"*, de la manera como la presenta el Artículo 121 del Código Penal, se refiere, exclusivamente, al caso en el cual no sea posible la *"restitución"* de la cosa por su perecimiento, y ello lo confirma la parte *in fine* del último aparte de dicho artículo, cuando señala que *"la reparación…* ***sólo se exigirá cuando no haya lugar a la restitución****"*.

11.2.1 *Funciones de la "reparación"*

A los efectos de la responsabilidad civil, la reparación, como lo señala Reyes Monterreal, "tiene una doble función: una *función propia*, la estimación previa del daño causado para reintegrar al ofendido aquello de que se ha visto lesionado, para restablecer su patrimonio, desequilibrado por la infracción; y otra *función supletoria*, en cuanto, como hemos visto, la reparación del valor de la cosa perdida, dañada o sus-

[35] Mélich Orsini, José. *Ob. Cit.* p. 211.

traída, sustituye a la restitución de éste, cuando la misma no puede realizarse por no haber sido aquélla recuperada".[36]

11.2.2 *La "reparación" desde la perspectiva civil y penal*

Como bien lo señala Reyes Monterreal, "todo aquello que para el Derecho civil es **daño emergente**, todo lo que ha supuesto un daño patrimonial por la pérdida, deterioro, menoscabo de la cosa o por la lesión inferida en el cuerpo del ofendido, tenemos nosotros, por los propios términos del Artículo 103 del Código Penal,[37] que ***desgajarlo del concepto civil***, para integrarlo dentro de la figura de **reparación del daño**, como **daño actual**, como **pérdida o deterioro de la cosa**, como **ataque a nuestra integridad física**, independientemente de lo que haya implicado una pérdida de capacidad de trabajo, una imposibilidad de ganancia futura, que ha de comprenderse dentro de la figura del artículo 104, regulador de la **indemnización**.[38]

De allí que la noción que el Artículo 121 del Código Penal asigna al término *"reparación"*, difiere de aquél que le asigna el Código Civil. Veamos.

11.2.2.1 *La "reparación" desde el punto de vista civil.*

Comprende la *indemnización* o *resarcimiento*[39] de todos los daños y perjuicios materiales y morales que afectan el patrimonio económico y moral del perjudicado. En otras palabras, *reparar* el daño, civilmente hablando, significa **indemnizar** o **resarcir integralmente** todos de los daños y perjuicios materiales y morales sufridos por el ofendido en su

---

[36] Reyes Monterreal. *Ob. Cit.* p. 235.

[37] Se trata del Artículo 103 del Código Penal español antes de la reforma de 1995, que establecía: *"La reparación se hará valorándose la entidad del daño por regulación del Tribunal, atendido el precio de la cosa siempre que fuere posible, y el de afección del agraviado"*. Este artículo corresponde al Artículo 121 del Código Penal venezolano.

[38] Reyes Monterreal. *Ob. Cit.* pp. 263-264.

[39] De acuerdo al DRAE los vocablos *resarcir* e *indemnizar* son sinónimos, aunque el primero pareciera tener, de acuerdo a su conceptualización, un contenido mucho más amplio. En efecto, según la Real Academia *resarcir* es ***Indemnizar**, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio*; en tanto que *indemnizar* es ***Resarcir** un daño o perjuicio*.

patrimonio económico y moral, causados por el hecho ilícito, tal como lo dispone el Artículo 1.196 del Código Civil, que dice: *"La obligación de reparación se extiende a todo* ***daño material o moral*** *causado por el acto ilícito"*.

Dentro de los daños y perjuicios **materiales** se encuentran incluidos los denominados *"daño emergente"* y *"lucro cesante"*. Esta distinción emerge del Artículo 1.273 del Código Civil, el cual dispone que: *"Los daños y perjuicios se deben generalmente al acreedor, por la pérdida que haya sufrido y por la utilidad de que le haya privado…"*.

El **daño emergente** comprende toda disminución inmediata del patrimonio económico, es decir, el valor que sale del patrimonio del perjudicado para atender las consecuencias del daño. El **lucro cesante** comprende toda privación de incremento del patrimonio ulterior al daño hecho, es decir, lo que deja de ingresar al patrimonio económico del perjudicado como consecuencia del daño. En otras palabras, la pérdida de la ganancia, beneficio o utilidad que sufre el perjudicado producto del hecho dañoso.

Y, por lo que respecta a los **daños y perjuicios *morales***, el Artículo 1.196, en su primero y segundo apartes, establece: *"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"*.

El daño moral o no patrimonial, conforme a la subclasificación de Mazeaud y Tunc, comprende: a) Daños que afectan a la parte social del patrimonio moral (honor, reputación, prestigio); b) Daños que afectan la parte afectiva del individuo (dolor, afección por la muerte de un pariente o angustia experimentada por la privación ilegal de la libertad).

a) **Daño emergente en las cosas u objetos:**

Cuando el daño recae en cosas u objetos (bienes muebles o inmuebles), deberá reintegrarse al perjudicado el **valor equivalente del objeto** o del bien, si éste fue destruido totalmente o desapareció (perecimiento), o el **valor** total de los **gastos** hechos para volverlo al estado de servicio en que se encontraba antes del daño, es decir, todo lo que se pague por la reparación, ya sea para atender a los costos de la mano de obra, ya sea para adquirir los repuestos o piezas que sea necesario cambiar para que continúe prestando el servicio que normalmente le correspondía.

b) **Daño emergente en las personas:**

Cuando se lesiona la integridad física del perjudicado, es decir, cuando se le ocasionan heridas o lesiones que exigen cuidados médicos, internamiento en clínica, tratamientos, pago de médicos, enfermeras, drogas, medicinas, transporte (ambulancias), aparatos ortopédicos, lentes, etc., el daño emergente está constituido por el valor que sale del patrimonio del perjudicado para atender esas consecuencias. Por lo tanto, todo lo pagado por tales conceptos, encaminado a corregir, suprimir o evitar las consecuencias del hecho dañoso, conforman el *"daño emergente"*.

Y, en caso de muerte de una persona, el *"daño emergente"* incluye, amén de los expresados en caso de lesiones (de haberse éstos producido), los mortuorios o funerarios.

c) **Lucro cesante en las cosas u objetos:**

Está constituido por las sumas que dejan de ingresar al patrimonio del perjudicado como consecuencia del daño sufrido. Así por ejemplo, si se trata de un vehículo (taxi), deberá ser indemnizado el tiempo que dure su reparación, teniendo en cuenta la productividad neta diaria.

Si el daño recae sobre sumas de dinero, el lucro cesante consistirá en el pago de los correspondientes intereses dejados de percibir.

d) **Lucro cesante en las personas:**

En caso de lesiones personales, el lucro cesante vendrá constituido por el monto real de lo que dejó de producir el ofendido durante el tiempo que dure su incapacidad para dedicarse a sus labores habituales como consecuencia del daño, teniendo en cuenta su productividad para fijar su *quantum*.

En caso de muerte, el lucro cesante se encuentra constituido por todas las sumas dejadas de percibir como consecuencia de la muerte de la persona, que corresponden a sus herederos.

Tenemos entonces que la *"reparación"* del daño, desde la perspectiva jurídico-civil, es un concepto **omnicomprensivo**, pues abarca todos los pagos y prestaciones que se le deben al ofendido por los daños sufridos, a causa del hecho ilícito, tanto en sus bienes (daño emergente y lucro cesante sobre cosas), como en su propia persona (daños materiales en su propio ser, que abarcan también el daño emergente y el lucro cesante), y daños morales.

Todos estos *ítems* comprenden, en consecuencia, la *"REPARACIÓN CIVIL"*.

11.2.2.2 *La "reparación" desde el punto de vista penal*

En materia penal, en cambio, y al tenor de la letra de los Artículos 121 y 122 del Código Penal vigente, tenemos que:

a) La *"restitución"* se refiere, exclusivamente, a la devolución o reintegro de la misma cosa sustraída, o de una idéntica, que sólo es posible en el caso de sumas de dinero y bienes fungibles de la misma calidad.

b) La *"reparación"*, se refiere, exclusivamente, al pago del valor de la cosa en caso de su perecimiento (*"reparación sustitutiva"*); cuya *"reparación"*, conforme lo dispone el último aparte del Artículo 121 del Código Penal, *"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". De este precepto se infiere, además, que para la ley penal, la *"reparación"* sólo está circunscrita a los daños sufridos por las *"cosas"* y no por las personas, salvo el daño moral sufrido por el denominado *"valor de afección"*,[40] que, a todo evento, deriva de un daño a las *"cosas"*.

En síntesis, los conceptos de *"restitución"* y *"reparación"*, en la forma como los concibe el vigente Código Penal, se aplican, exclusivamente, a los daños provenientes de hechos punibles que recaen directamente sobre las cosas e indirectamente sobre las personas, limitado únicamente al moral derivado del *"valor de afección"*.

c) La *"indemnización"* se refiere, exclusivamente, a los daños materiales, desperfectos, deterioros o menoscabos que disminuyan el valor de la cosa (recuperada y restituida a su dueño) y al monto en dinero que la imposibilidad de su uso haya ocasionado, esto es, al *"daño emergente"* y *"lucro cesante"* sobre la cosa; lo mismo que al *"daño emergente"* y el *"lucro cesante"* sobre las personas; y, finalmente, al *"daño moral"* que sufre la persona, salvo el derivado del "valor de afección". Todos estos *ítems* comprenden, por tanto, la *"INDEMNIZACIÓN PENAL"*.

11.3 *LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.*

Para que nazca el deber de indemnizar no basta con que exista constancia del delito o falta, sino que es preciso, en primer lugar, que se pruebe la existencia de unos daños, así como la cuantía de los mismos. En segundo lugar, se requiere también, para que el daño sea indemnizable, que se dé un nexo causal entre aquél y el delito, esto eso, que exista entre ambos una relación de causa-efecto.[41]

Ahora bien, la indemnización de perjuicios, desde la óptica penal, es decir, la que hemos denominado *"indemnización penal"*, tiene por ob-

[40] Mélich Orsini, a la p. 210 de su citada obra, señala atinadamente que el *"valor de afección"* es *"una simple forma de daño moral"*.
[41] Gracia Martín, Luis y otros. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 2ª Edición. Editorial Tiran lo Blanch. Valencia. 2003. España. pp. 428 a 429.

jeto resarcir, por una parte, los daños materiales, desperfectos o minusvalías sufridos por la cosa que haya sido recuperada, o los derivados a consecuencia del daño sufrido en su propia integridad física, esto es, el "*daño emergente"* sobre cosas y personas; lo mismo que resarcir las ganancias que se hayan dejado de percibir (*lucro cesante*, sobre cosas y personas), a consecuencia del hecho delictuoso; y, por la otra, los daños morales causados por el delito o falta, excluido, como vimos, el proveniente del *"valor de afección"*.

Tal resarcimiento corresponde, según sea el caso, al propio perjudicado o agraviado, a su familia o a un tercero.

Lo anterior se desprende de lo dispuesto por el Artículo 122 del Código Penal, el cual establece lo siguiente:

> **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.

Y aun cuando la transcrita norma no hace referencia a los **"daños morales"** (lo cual corrige el anteproyecto de Reforma, como luego veremos), es pacífica la doctrina y la jurisprudencia en reconocerlos.

11.3.1 *Restitución e indemnización de perjuicios*

La **restitución** es presentada por el Artículo 121 del Código Penal como preferente a la **indemnización de perjuicios** del Artículo 122, aserto éste, que, por lo demás, queda confirmado, en atención lo dispuesto por el **Artículo 126** *ibídem*, el cual dispone lo siguiente:

> Los condenados como responsables criminalmente lo serán también en la propia sentencia, en todo caso, a la **restitución de la cosa ajena o su valor**; en las costas procesales y en la

indemnización de perjuicios, en caso de constituirse el agraviado en acusador y parte civil.[42]

Si el bien propiedad de la víctima, objeto del delito, ha sido ubicado y es material y jurídicamente posible su **restitución**, es de rigor acordarla, dado que: 1.- No es indiferente recibir la misma cosa en lugar de un equivalente de la misma, salvo el caso de un deterioro tal que la haga inutilizable o muy difícil de reparar; y, 2.- La **restitución**, a diferencia de lo que acontece con la **indemnización**, permite perseguir la cosa aunque la misma haya pasado a terceros, a excepción que, como lo dispone el tercer aparte del Artículo 121 CP, éstos hayan adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla *irreivindicable,*[43] en cuyo supuesto, *"se **reparará** la cosa pagándose el valor de ella"*.

De otra parte, la **restitución**, en la forma como la presenta el Artículo 126 del Código Penal, al disponer que *"los condenados como responsables criminalmente lo serán también en la propia sentencia y en todo caso, a la* **restitución de la cosa ajena o su valor***"*, es considerada, según acertadamente apunta la Doctora Carmen García de Mármol León, *"como una consecuencia de la responsabilidad criminal, que debe declarar el juez penal de oficio en la propia sentencia independientemente de que haya sido ejercida o no la reclamación civil"*, lo cual no se corresponde con lo dispuesto en el Artículo 120 del

[42] En el Código Penal español no existen antecedentes del Artículo 126, el cual, como dice Mélich Orsini, parece ser de elaboración autóctona. Sus antecedentes pueden rastrearse hasta el artículo 38 del Código Penal venezolano de 1873, que disponía lo siguiente: *"Los condenados como responsables criminalmente, lo serán también en la propia sentencia, en todo caso, á la restitución de la cosa ajena ó su valor y en las costas procesales; en los gastos del juicio, si el tribunal pudiere determinarlos con audiencia de parte; y en la indemnización de perjuicios, en caso de constituirse el agraviado como acusador"*.

[43] Una determinada cosa puede hacerse irreivindicable para su legítimo propietario o poseedor en determinados supuestos, *v.gr.*, en los casos de objetos adquiridos de buena fe en una feria o mercado o en una venta pública, mientras no se reembolse al poseedor el costo de ellos. En este sentido, el Artículo 795 del Código Civil, dispone lo siguiente: *"Si el actual poseedor de la cosa sustraída o perdida la hubiere comprado en una feria o mercado, en una venta pública o a un comerciante que vendiese públicamente objetos semejantes, no podrá el propietario obtener la restitución de su cosa sin reembolsar al poseedor la cantidad que le haya costado"*. Asimismo, aquellas cosas adquiridas en remate judicial o expropiadas por causas de utilidad pública.

mismo Código, pues ésta incluye a la **"restitución"** dentro del contenido de la responsabilidad civil, lo que la citada autora atribuye a la existencia de *"un error de técnica legislativa en el referido artículo 120"* porque –e insiste en ello– la **restitución** *"conforme al artículo 126 de nuestra ley sustantiva penal, es una consecuencia de la responsabilidad criminal y es de orden público el declararla en la propia sentencia"*.[44]

Pues bien, en nuestro concepto y al margen de si efectivamente el legislador incurrió o no en un error de técnica legislativa, nosotros opinamos que está en lo correcto la distinguida autora, porque ciertamente, la *restitución*, incluyendo la *"reparación sustitutiva"*, no forma parte del contenido, *stricto sensu*, de la *responsabilidad civil derivada de delito* y de allí que **NO SEA NECESARIO QUE LA VÍCTIMA DEBA INCOAR ACCIÓN CIVIL PARA QUE LA MISMA LE SEA ACORDADA POR EL JUEZ EN LA SENTENCIA**, pues, efectivamente, es de orden público que ésta así lo declare.[45]

No ocurre lo mismo para que la víctima obtenga la *indemnización (penal) de los perjuicios*, pues, en este caso, es insoslayable que proceda la reclamación particular para que recaiga condenatoria por los perjuicios irrogados por el delito a la persona ofendida, a su familia o a un tercero, esto es, el daño emergente y el lucro cesante sobre cosas y personas, lo mismo el daño moral; y nunca podría el juez, de oficio, pronunciar una condenatoria para indemnizar tales perjuicios a favor de quien no los ha reclamado, máxime aun cuando el Código Orgánico Procesal Penal establece en forma expresa, en su Artículo 51, 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"*.

---

[44] García de Mármol León, Carmen, *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*. Fundación Mármol & Mármol. Primera Edición. Caracas. 2000. Venezuela. p. 170.

[45] De opinión contraria es Mélich Orsini, quien, a la página 158 de su citada obra, señala que *"La acción civil conexa a la penal tendiente a obtener la 'indemnización de perjuicio' y, aunque parezca extraño, también la 'reparación sustitutiva' de la restitución que se haya hecho imposible, quedan así supeditada en la práctica a la iniciativa del agraviado"*.

Por lo tanto, el Estado no tiene nada que ver con los intereses particulares de la víctima, su familia o los terceros, lo que obliga a éstos a intentar por separado la respectiva acción de responsabilidad civil contra el condenado a objeto de hacer efectiva la responsabilidad civil *stricto sensu* (que sólo comprende la indemnización –penal– de los perjuicios) derivada del delito.

De manera que, y desde la anterior perspectiva, es conveniente deslindar la **restitución** propiamente dicha o *"reparación in natura"* (incluida dentro de ésta la que hemos denominado ***"reparación sustitutiva"***), de la *"indemnización de perjuicios"*, pues aquélla no pertenece técnicamente a la institución jurídica de la reparación del daño en el campo civil, pudiendo decirse que la *"indemnización de perjuicios"* está dirigida a actuar la responsabilidad civil *stricto sensu* derivada de delito.

La *restitución*, por tanto, habida cuenta de las singulares peculiaridades que connota en materia penal, no formaría parte de la aludida responsabilidad civil *stricto sensu*, por tratarse de una consecuencia jurídica de la sentencia condenatoria dictada contra el imputado, que, por tanto, no requiere del ejercicio de la acción civil derivada de delito para que sea acordada a favor del ofendido, contrariamente a lo que ocurre con la *"indemnización (penal) de los perjuicios"*, que sí requiere siempre, y en todo caso, el ejercicio de la correspondiente acción civil para poder ser acordada.

12. ASPECTOS FUNDAMENTALES QUE DESTACAN EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

En el anteproyecto de reforma del Código Penal del TSJ destacan, en materia de responsabilidad civil, ciertos aspectos fundamentales que es necesario resaltar, entre los cuales examinaremos los siguientes:

12.1 *CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*

Para clarificar el exacto contenido y alcance de la responsabilidad civil, se propone modificar el Artículo 120 del Código Penal vigente de la siguiente forma:

> **Artículo 158.- Contenido de la responsabilidad civil.** La responsabilidad civil establecida en los artículos anteriores, comprende:
>
> 1°. La reparación del daño causado.
>
> 2°. La indemnización de perjuicios, materiales y morales.
>
> No será considerada reparación del daño causado, sino restitución, el pago del valor equivalente de la cosa en los casos que ésta haya perecido o se haya hecho irreivindicable. En este supuesto, se aplicará lo dispuesto en el Artículo 164.[46]

1.- Se excluye del contenido de la responsabilidad civil la noción de *"restitución"*, que aparece en el numeral 1. del Artículo 120 del código vigente, porque, sin lugar a dudas, ésta no forma parte, técnicamente, del contenido *stricto sensu* de aquélla, por las razones expuestas *supra*.

2.- Se aclara que la indemnización de perjuicios comprende tanto los materiales como los morales.

3.- El pago del valor de la cosa, cuando ésta se haya perdido, desaparecido o hecho irreivindicable, y, en fin, cuando haya perecido para su dueño (que incluye la hipótesis de la recuperada pero deteriorada irreversiblemente), ha de ser siempre ordenada por el juez en la sentencia condenatoria, **sin necesidad de que la víctima ejercite acción civil alguna**, lo cual aclara expresamente el penúltimo aparte del Artículo 164 del anteproyecto, porque, según vimos, la *restitución* de la misma cosa (recuperada), de una igual (sumas de dinero y bienes fungibles de la misma calidad) o de su valor (cuando perece para la víctima) ha de ser una **consecuencia jurídica** de la sentencia que obedece a un principio de justicia y equidad, cual es que el Estado debe garantizarle a la víctima, al menos, que de no podérsele entregar la cosa, se le ponga en

[46] En el Anteproyecto pubicado en la página Web del TSJ, por error de transcripción, se hace remisión al Artículo 160, cuando lo correcto es el Artículo 164, el cual corresponde al 126 del Código Penal vigente.

condiciones de adquirir otra mediante la entrega de su valor (*"reparación sustitutiva"*).

De allí que, para aclarar definitivamente la situación y evitar que la víctima se vea obligada a ejercer una acción civil para obtener el pago del valor de la cosa sustraída que haya perecido o se haya hecho irreivindicable, se establece, en el único aparte del artículo 158 del anteproyecto que *"No será considerada reparación del daño causado, sino restitución, el pago del valor equivalente de la cosa en los casos que ésta haya perecido o se haya hecho irreivindicable. En este supuesto, se aplicará lo dispuesto en el Artículo 164"*.

12.2 *RESTITUCIÓN*

1.- El primer aparte del Artículo 159 del anteproyecto se consagra que *"La* ***restitución*** *tendrá lugar aunque la cosa se halle en poder de un tercero y éste la haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta"*, con lo cual se aclara que el tercero que haya adquirido legalmente y de buena fe la cosa de la que se vea privado para ser restituida a la víctima del delito, tiene derecho de repetición contra quien corresponde y a ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. Se mejora así la actual redacción del primer aparte del Artículo 121 del Código vigente, que dice que *"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"*.

2.- Se suprime, en el Artículo 159 del anteproyecto, el último aparte del Artículo 121 del Código vigente, que señala: *"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"*.

Esta supresión se hace con el fin de diferenciar la *"reparación"* del daño a las cosas, de la *"reparación"* del daño a las personas. Hoy por

hoy, como antes vimos, la figura de la *"reparación"*, en la forma como la concibe el vigente Artículo 121 del Código Penal, se refiere, exclusivamente, a la *"reparación"* de la cosa recuperada y restituida a la víctima con deterioros o menoscabos (no de la entidad suficiente para considerarla perecida por deterioro, pues, como dice Mélich Orsini *"si la cosa hubiere sido destruida o inutilizada, no podría obligarse a la víctima a conformarse con sus restos"*). Y, por lo demás, el denominado *"valor de afección"*, es, como ante dijimos, siguiendo al mismo autor, *"una simple forma de daño moral"*.

Pues bien, con la reforma propuesta, quedaría perfectamente aclarado que la *"reparación"* del daño causado, a la cual se contrae el numeral 1. del Artículo 158 del anteproyecto (numeral 2. del Artículo 120 del Código vigente), no se refiere, exclusivamente, a la *"reparación"* del daño causado a las cosas, sino que comprende también (como es lo lógico), la reparación del daño causado a las personas; y, en uno u otro caso, el ofendido por el ilícito deberá exigir, mediante el ejercicio de la acción civil correspondiente, la indemnización de los correspondiente daños y perjuicios, morales y materiales, sufridos a consecuencia del hecho punible, esto es, el daño emergente y el lucro cesante sobre cosas y personas.

Lo anterior encuentra plena concordancia con el Artículo 160 del anteproyecto, el cual establece: *"La indemnización de daños y perjuicios materiales y morales, comprenderá no sólo los daños que se hubieren causado a la víctima sino también los que se hubieren irrogado por razón del hecho punible a sus familiares o a terceros"*.

12.3 *INDEMNIZACIÓN*

Se dispone, en el primer aparte del Artículo 160 del anteproyecto que *"En relación con los daños derivados de la conducta punible, el juez, razonadamente, en caso de responsabilidad civil de personas naturales o jurídicas, para señalar la indemnización correspondiente tomará en consideración, además de los factores señalados en el aparte siguiente, criterios de racionabilidad y proporcionalidad"*.

Con esta propuesta se consagra, en primer lugar, la posibilidad de que las personas jurídicas resulten obligadas a indemnizar los daños derivados del hecho punible, lo cual se encuentra en armonía con las reformas que se proponen en el anteproyecto respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Arts. 4[47] y 94[48] del anteproyecto); y, en segundo lugar, que el juez, a los efectos de señalar el monto de la indemnización, deberá proceder atendiendo a criterios de racionabilidad y proporcionalidad, y, además, a los factores que se indican en el último aparte del mismo Artículo 160 del anteproyecto, el cual dispone:

> La tasación prevista en este artículo se hará teniendo en cuenta, entre otros factores, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta punible, la magnitud del daño causado y la circunstancia de que la víctima haya podido contribuir con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido.

12.4 *CONSECUENCIAS CIVILES DE LA CONDENA PENAL*

1.- La reforma del Código Penal en materia de responsabilidad civil que se propone en el anteproyecto procura establecer, de manera precisa y clara, cuál debe ser el contenido del fallo en cuanto a la *restitución*.

A este respecto se propone:

> **Artículo 164.- Consecuencias civiles de la condena penal.** Los condenados como responsables penalmente lo serán también siempre, en la propia sentencia, de lo siguiente:

---

[47] "Artículo 4. *Principio de culpabilidad. No hay delito ni pena sin culpabilidad. Nadie podrá ser castigado por un hecho tipificado en la ley como delito si no es imputable y culpable. La excepción a este principio la constituyen las personas jurídicas, pues siempre responderán por el eventual daño causado y a título de responsabilidad penal objetiva".*

[48] "Artículo 94. Responsabilidad de las personas jurídicas. Independientemente de la responsabilidad de las personas naturales, las personas jurídicas serán sancionadas de acuerdo con lo señalado en este código, en los casos en que la conducta punible descrita en los tipos correspondientes haya sido realizada por decisión de sus administradores, representantes legales o representantes en general o también, de aquellas personas a quienes se les confíen especiales tareas de dirección, vigilancia o control en el ámbito de la actividad propia de la entidad y con recursos sociales y siempre que se perpetre en su interés exclusivo o preferente".

> 2.- A restituir a la víctima la cosa ajena, si fuere posible, o en su defecto de su valor, cuando la cosa hubiere perecido, estuviere deteriorada o se hubiere hecho irreivindicable.
>
> Si no fuere posible la restitución de la misma cosa por perecimiento, deterioro o irreivindicabilidad, la sentencia condenará al acusado, sin necesidad de que la víctima intente acción civil, al pago de su valor, atendida la adecuada indexación monetaria; salvo que la víctima y el condenado acuerden alguna otra fórmula alternativa de restitución.
>
> En caso de que la víctima demande civilmente podrá adicionalmente exigir también la reparación de todos los daños y la indemnización de los perjuicios a que haya lugar.

Este artículo corresponde al vigente Artículo 126, que es del siguiente tenor:

> Los condenados como responsables criminalmente lo serán también en la propia sentencia, en todo caso, a la restitución de la cosa ajena o su valor; en las costas procesales y en la indemnización de perjuicios, en caso de constituirse el agraviado en acusador y parte civil.

2.- Pues bien, la anterior disposición del Artículo 164 se propone con el fin de darle plena efectividad a la *"reparación sustitutiva"* o reparación del **valor equivalente** de la cosa que haya perecido, estuviere deteriorada[49] o se hubiere hecho irreivindicable, que por concebirse como consecuencia de la condena penal, deberá ser acordada por el juez penal en caso de sentencia de tal índole, **sin necesidad de que medie acción civil al efecto**, pues ésta sólo habrá de ejercitarla la víctima, o quien sea considerada tal, para obtener la indemnización de los daños y perjuicios morales y materiales.

[49] El deterioro debe ser de tal naturaleza que haga a la cosa (recuperada) inservible o muy difícil de volverla al estado original que tenía al momento de ocurrir el hecho punible.

En tal sentido, se aclara, en el penúltimo aparte del artículo, que "*Si no fuere posible la restitución de la misma cosa por perecimiento, deterioro o irreivindicabilidad, la sentencia condenará al acusado,* ***sin necesidad de que la víctima intente acción civil****…"*.

3.- Asimismo, se regula, en la parte *in fine* de dicho penúltimo aparte, que el pago del valor equivalente de la cosa que haya perecido, se haya deteriorado o se haya hecho irreivindicable, deberá ser ordenada por la sentencia *"...atendida la adecuada indexación monetaria; salvo que la víctima y el condenado acuerden alguna otra fórmula alternativa de restitución"*. La indexación se justifica tomando en cuenta el tiempo considerable que transcurre en la práctica entre la fecha de comisión del delito y la fecha en la cual queda definitivamente firme la sentencia; y la excepción acerca de que la víctima y el condenado puedan acordar *"alguna otra fórmula alternativa de restitución"*, se justifica plenamente ante la vigencia de los acuerdos reparatorios, que constituyen un medio alternativo a la prosecución del proceso capaz de extinguir, no sólo la responsabilidad penal[50] sino la civil derivada de delito; y por eso se dispone en el aparte final del Artículo 148 del anteproyecto, que: *"El cumplimiento del acuerdo reparatorio, celebrado y aprobado según lo indicado en el Código Orgánico Procesal Penal, extingue la acción civil derivada de un delito"*.

4.- Finalmente, en el último aparte del Artículo 164 del anteproyecto, se dispone que "*En caso de que la víctima demande civilmente podrá adicionalmente exigir también la reparación de todos los daños y la indemnización de los perjuicios a que haya lugar"*.

Con la inclusión de esta disposición queda establecido y aclarado que para obtener la reparación de todos los daños y la indemnización de los perjuicios, es necesario que la víctima demande civilmente. La inclusión del adverbio "*adicionalmente"* permite aclarar que una cosa es la *restitución* (incluyendo la "reparación sustitutiva"), que no requiere de demanda civil; otra es la *reparación* de todos los daños (referidos, es-

[50] Artículo 40 COPP: *"…El cumplimiento del acuerdo reparatorio extinguirá la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él"*.

pecíficamente, al daño emergente a cosas y personas); y otra la *indemnización de los perjuicios* (referidos, específicamente al lucro cesante sobre cosas y personas, lo mismo que al daño moral), que, al igual que la reparación, sí requieren de demanda civil.

12.5 *MEDIDAS PREVENTIVAS*

La reforma propuesta persigue también darle **vigencia plena y efectiva** al Artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo mismo que a los Artículos 23 y 118, ambos del Código Orgánico Procesal Penal, los cuales disponen:

> **Artículo 30.-** El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.
>
> 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 23.- Protección de las víctimas.** Las víctimas de hechos punibles tienen el derecho de acceder a los órganos de administración de justicia penal de forma gratuita, expedita, sin dilaciones indebidas o formalismos inútiles, sin menoscabo de los derechos de los imputados o acusados. La protección de la víctima y la reparación del daño a la que tengan derecho serán también objetivos del proceso penal.
>
> Los funcionarios que no procesen las denuncias de las víctimas de forma oportuna y diligente, y que de cualquier forma afecte su derecho de acceso a la justicia, serán acreedores de las sanciones que les asigne el respectivo Código de Conducta que deberá dictarse a tal efecto, y cualesquiera otros instrumentos legales.

> **Artículo 118.- Víctima.** La protección y reparación del daño causado a la víctima del delito son objetivos del proceso penal. El Ministerio Público está obligado a velar por dichos intereses en todas las fases. Por su parte, los jueces garantizarán la vigencia de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso.
>
> Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de afectado, facilitando al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir.

Y la *vigencia efectiva* de tales preceptos sólo será posible en tanto en cuanto se establezca una normativa clara y precisa capaz de permitir la adopción de **medidas cautelares reales** sobre bienes del civilmente responsable para garantizar, llegado el momento, la "*restitución*" del valor de la cosa en caso de que ésta no haya sido recuperada, se haya deteriorado o haya perecido por cualquier razón ("*reparación sustitutiva*"), lo mismo que para garantizar la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.

Es por eso que en el anteproyecto de reforma se propone el siguiente articulado:

> **Artículo 166.- Medidas preventivas**. Para garantizar la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios derivados de la perpetración del delito, previa solicitud motivada de la víctima o del Ministerio Público, el juez podrá en cualquier etapa o grado del proceso acordar las medidas preventivas que considere pertinentes, según lo contemplado en el artículo 551 del Código Orgánico Procesal Penal.
>
> Estas medidas recaerán sobre bienes propiedad del imputado o de sus interpósitas personas, al igual que sobre bienes del tercero civilmente responsable, previa comprobación sumaria del vínculo y hasta por un monto que será fijado por el juez según criterios de razonabilidad, racionabilidad y proporciona-

> lidad, atendiendo además los **factores** señalados en el artículo 122 del Código Orgánico Procesal Penal.[51]

Los *"factores"* a que se refiere esta disposición, son los señalados en el último aparte del Artículo 160 del anteproyecto (por error, se alude al Art. 122 COPP), y que son los siguientes: 1.- La naturaleza dolosa o culposa de la conducta punible; 2.- La magnitud del daño causado; y, 3.- La circunstancia de que la víctima haya podido contribuir con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido.

> **Artículo 167.- Finalidad de las medidas preventivas.** Las medidas preventivas indicadas en el artículo anterior, cuando sean acordadas por el juez de control durante la fase preparatoria, deberán serlo a solicitud motivada del fiscal del Ministerio Público o de la víctima querellante, siempre que concurran también las circunstancias a que se refieren los numerales 1 y 2 del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, salvo casos de excepciones de extrema necesidad y urgencia y sólo para los fines siguientes:
>
> 1.- Para garantizar la restitución de la cosa o evitar el peligro de su transformación o enajenación.
>
> 2.- Para garantizar el pago del valor de la cosa en caso de que ésta haya sido transformada, haya perecido o haya sido enajenada.
>
> 3.- Para evitar que la libre disponibilidad de una cosa que se relacione con el hecho punible, pueda agravar o prorrogar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos.
>
> 4.- Para garantizar el comiso de los efectos provenientes de la perpetración del hecho punible o infracción.

[51] Por error de transcripción, se hace referencia al artículo 122 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando lo correcto es hacerla al Artículo 160 del anteproyecto de reforma de Código Penal.

> El imputado y los terceros afectados por las medidas contempladas en este artículo o en el precedente, podrán oponerse a ellas exponiendo las razones o fundamentos que tuvieren que alegar. La oposición se tramitará conforme a las disposiciones contempladas en el Código de Procedimiento Civil para tal incidencia.

Por lo tanto, sólo estableciendo legalmente la clara posibilidad de dictar medidas cautelares reales para garantizar la responsabilidad civil derivada de delito, esta materia dejará de ser letra muerta en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Finalmente, procede indicar que pese a que las transcritas disposiciones fueron las adoptadas por el anteproyecto, nosotros consideramos que, en definitiva, deberían acogerse, por su mayor claridad y precisión, las inicialmente propuestas por nosotros como colaboradores del mismo, las cuales son del tenor siguiente:

> **MEDIDAS PREVENTIVAS PARA GARANTIZAR EL RESARCIMIENTO.** A los fines de garantizar la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios derivados del hecho punible, el Tribunal podrá acordar, previa petición de parte, a favor del Estado o de la víctima, en los delitos de acción pública, una vez admitida por el juez de control la acusación fiscal o la acusación particular propia de la víctima, o dictada la sentencia condenatoria por el juez de juicio, en los delitos de acción privada, las medidas preventivas que considere procedentes conforme a lo previsto en el Artículo 551 del Código Orgánico Procesal Penal.
>
> Estas medidas recaerán sobre bienes propiedad del imputado o de sus interpósitas personas, al igual que sobre bienes del tercero civilmente responsable, previa justificación sumaria del vínculo, y hasta por un monto que será fijado por el juez conforme a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo además los factores señalados en el Artículo...

MEDIDAS PREVENTIVAS PARA GARANTIZAR LA RESTITUCIÓN. Las medidas preventivas establecidas en el Artículo precedente podrán ser decretadas por el Juez de Control, a petición del Fiscal del Ministerio Público, o de la víctima querellante, desde la fase preparatoria, siempre que concurran las mismas circunstancias a que se refieren los numerales 1 y 2 del Artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, salvo casos de extrema necesidad y urgencia a juicio del juez, que deberán ser debidamente motivados so pena de nulidad, a los fines siguientes:

1.- Garantizar la restitución de la cosa objeto del delito o evitar el peligro de su transformación o disposición.

2.- Garantizar la restitución del valor equivalente de la cosa objeto del delito, en caso de que ésta haya sido transformada, haya perecido o se haya hecho irreivindicable.

3.- Garantizar el comiso y subsiguiente confiscación de las armas e instrumentos con que se cometió el hecho y de los efectos que de él provengan.

4.- Evitar que la libre disponibilidad de una cosa que se relacione con el delito pueda agravar o prorrogar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos.

Parágrafo Único: El imputado y los terceros afectados por las Medidas previstas en los artículos precedentes, podrán oponerse a ellas, exponiendo las razones o fundamentos que tuvieren que alegar. La oposición se tramitará conforme a las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil para las incidencias. De lo decidido se oirá apelación.

12.6 *OTROS ASPECTOS RELEVANTES QUE DESTACAN EN EL ANTEPROYECTO*

1.- En el Artículo 148 del anteproyecto, que equivale al Artículo 113 del Código Penal vigente, se aclara que el responsable penalmente lo es también civilmente, *"si del hecho derivaren daños y perjuicios"*; y ello en virtud de que no siempre la responsabilidad penal genera responsabilidad civil, ya que no todos los hechos punibles ocasionan un daño privado, aunque siempre producen un daño social, que se puede concretar incluso en un peligro. Tal ocurre en ciertos delitos de peligro, como por ejemplo, lo sería el delito que se propone en el Artículo 232 del anteproyecto, que tipifica la conducción de vehículos automotores en estado de embriaguez,[52] y algunos supuestos de tentativa donde a pesar de existir la agresión, no se producen lesiones concretas contra un derecho individual, verbigracia, la tentativa de homicidio sin lesiones personales, a diferencia de aquella otra que sí produce tales lesiones por resultar muerta o herida la víctima en el lance.

2.- En el mismo Artículo 148 del anteproyecto se aclara que *"El perdón, la renuncia, el desistimiento o el abandono de la acción penal por parte de la víctima no producirán la renuncia de la acción civil, salvo declaración expresa en contrario"*, que mejora la redacción del Artículo 113 del Código Penal vigente, que en su segundo aparte dispone: *"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"*.

3.- Finalmente, en el último aparte del Artículo 148 del anteproyecto se dispone que *"El cumplimiento del acuerdo reparatorio, celebrado y aprobado según lo indicado en el Código Orgánico Procesal Penal, extingue la acción civil derivada de un delito"*, norma ésta que resulta necesaria incluir habida cuenta de la vigencia de este medio

[52] *Artículo 232. Conducción de vehículos automotores en estado de embriaguez. Quien conduzca embriagado cualquier vehículo automotor, será castigado con prisión de seis a doce meses y multa de cincuenta a cien unidades tributarias.*

alternativo a la prosecución del proceso que establece el Código Orgánico Procesal Penal, y que constituye, sin lugar a dudas, una figura destinada a resarcir los daños y perjuicios derivados del ilícito penal cometido, cuyo cumplimiento extingue la acción penal (Art. 40, segundo aparte, y Art. 48, num. 6, COPP).

4.- El Código Penal vigente establece, en su Artículo 115, que *"Las demás personas exentas de responsabilidad criminal lo están también de responsabilidad civil"*. Esta norma es en extremo defectuosa porque el Artículo 114 no agota todos los casos en que una persona exenta de responsabilidad penal deba responder civilmente. En efecto, en determinados casos, pese a declararse la exención de responsabilidad penal, ha de subsistir, no obstante, la responsabilidad civil.

Esto ocurre, verbigracia, cuando la exención de responsabilidad penal se funde en la comisión de un hecho culposo no previsto por la ley penal como delito o falta. Tal sería el caso del delito de daños, tipificado en el artículo 475 del Código Penal vigente, que castiga el hecho solamente bajo la forma dolosa. Sería un absurdo sostener que el exento de responsabilidad penal que haya sido acusado por un delito de daño y que pruebe que el mismo fue culposamente causado y no dolosamente producido, fuera exento de responsabilidad civil por haber sido absuelto en la instancia penal en fundamento de la atipicidad de su hecho, cuando la fuente de la responsabilidad civil por hecho ilícito se funda no sólo en el dolo, sino también en la culpa; y, por supuesto, en la ocurrencia de un daño que amerite su reparación.

Para corregir esta situación, se establece expresamente, en el **Artículo 151** del anteproyecto que *"Las demás personas exentas de responsabilidad penal* ***no estarán necesariamente exentas*** *de responsabilidad civil"*.

5.- Se establece, en el **Artículo 153** del anteproyecto, el *alcance de la responsabilidad civil*, incluyéndose una norma, no contemplada en el Código vigente, que es del siguiente tenor: *"Los condenados penalmente se regirán, en cuanto a su responsabilidad civil, por este código y demás leyes. La responsabilidad civil de quienes no lo sean penalmente, se regirá por el Código Civil y demás leyes"*.

6.- En materia de **responsabilidad civil subsidiaria**, el Artículo 154 del anteproyecto establece que *"Son responsables subsidiariamente las **personas naturales o jurídicas propietarias o poseedoras legítimas de establecimientos dedicados al alojamiento de personas o al depósito de cosas, incluidos estacionamientos de vehículos**, en los casos de substracción de efectos u objetos dentro de los mismos establecimientos o en sus correspondientes dependencias anexas. La misma responsabilidad subsidiaria corresponderá a las **personas naturales o jurídicas propietarias de medios de transporte terrestre, marítimo o aéreo**, por la substracción de los efectos pertenecientes a los pasajeros que vayan a bordo de ellos"*.

Se moderniza así y se adapta al presente, la terminología empleada por el Artículo 117 del vigente Código Penal, que se refiere a la responsabilidad subsidiaria de los *"posaderos o directores de establecimientos o casa de huéspedes"*, al igual que la concerniente a los *"capitanes o patronos de embarcaciones mercantes"*; amén de que se deja claramente establecida la responsabilidad subsidiaria en la que pueden incurrir las personas jurídicas.

7.- Se consagra de manera expresa, y por vez primera en nuestra legislación penal, la responsabilidad del Estado y los entes que lo componen, asumiéndose así el criterio dominante en Europa a través de la responsabilidad penal del Estado, según la teoría de la escuela francesa recogida en el espíritu del artículo 30 de nuestra Constitución. En este sentido, se establece en el Artículo 156 del anteproyecto lo siguiente:

> **Artículo 156.- Responsabilidad del Estado y demás entes**. El Estado, los entes políticos territoriales y los demás entes pertenecientes a la Administración Pública Descentralizada, responden subsidiaria y solidariamente de los daños y perjuicios causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes o contratados de la misma, o funcionarios en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial deri-

> vada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios, exigible de acuerdo con las disposiciones del procedimiento administrativo y sin que, en ningún caso, pueda darse una doble indemnización.
>
> Si se exigiera la responsabilidad civil de la autoridad, de los agentes o contratados de la misma o de los funcionarios, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

8.- Finalmente, se incluye una nueva disposición, que no aparece expresamente contemplada en el Código vigente, para establecer la responsabilidad civil (solidaria) de las empresas aseguradoras, en los siguientes términos:

> **Artículo 163.- Responsabilidad civil de las empresas aseguradoras**. Las empresas aseguradoras que hubieren asumido el riesgo derivado de la responsabilidad civil de las personas naturales o jurídicas en los casos previstos en este capítulo, serán responsables civiles solidarios hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

Como vemos pues, las reformas que se proponen en el anteproyecto en materia de responsabilidad civil, procuran darle a ésta plena efectividad, cumplimiento y vigencia, lo cual, sin duda alguna, redundará en beneficio de las víctimas que sufran daños y perjuicios como consecuencia de hechos punibles.

Comentarios al anteproyecto de Código Penal*

Magaly VÁSQUEZ GONZÁLEZ**

SUMARIO:

1. Parte general.
2. Parte especial.

Ciertamente la legislación penal sustantiva venezolana requiere de una urgente actualización. Tal afirmación ha sido reconocida por especialistas, estudiosos de la materia y por representantes de los Poderes Públicos. En este sentido, es pertinente recordar que el Parlamento venezolano en el año 1995 había encomendado a una Comisión del extinto Congreso de la República, abordar la "reforma penal". Tal reforma se inició

* Estos comentarios se formulan sobre la base del anteproyecto de Código Penal publicado por el Tribunal Supremo de Justicia.

** **Universidad Católica Andrés Bello,** Profesora de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

con la adopción del modelo acusatorio (formal) que recoge el Código Orgánico Procesal Penal (COPP); sin embargo, el tiempo que llevó la elaboración de ese instrumento adjetivo y la adecuación de leyes vinculadas a la administración de justicia penal impidió que pudiera abordarse la reforma del Código Penal, lo cual, por su indudable grado de complejidad, requería de un tiempo de estudio y reflexión superior al que tuvo lugar en la reforma procesal.

En reconocimiento de esa necesidad de actualización recientemente fue presentado oficialmente un Anteproyecto de Código Penal elaborado bajo la coordinación del Presidente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, anteproyecto que se inscribe en una tendencia codificadora. Así se advierte claramente cuando en su Exposición de Motivos se indica que en Venezuela se ha legislado *"de modo desordenado y se fueron superponiendo leyes penales, creando una legislación penal anárquica pues favorece la impunidad e inseguridad jurídica"*. Se afirma, en consecuencia que el anteproyecto *"pone fin a la insana dispersión y unificó más de ochenta leyes penales"*.

El Anteproyecto objeto de estos comentarios recoge y agrupa delitos contemplados en numerosas leyes penales. Tal codificación, sin lugar a dudas, favorece la seguridad jurídica; sin embargo, estimamos que ese solo fin y la supuesta actualización de la legislación penal, no justifican una regulación como la que se propone, pues las bondades que pueda tener quedan opacadas ante una regulación excesiva, contradictoria y extremadamente represiva.

Dada la extensión del anteproyecto, las consideraciones que de seguidas se formulan sólo versarán sobre algunas de las instituciones generales desarrolladas en el primer libro, y ciertas figuras delictivas previstas en el libro segundo.

1. PARTE GENERAL

En el primer libro del anteproyecto se aprecia una regulación que procura desarrollar en detalle las diversas instituciones necesarias, como

normas integradoras al fin, para interpretar y aplicar las normas incriminadoras o norma penales *strictu sensu* contempladas en los Libros Segundo y Tercero. Sin embargo, al contrastar tal regulación con el desarrollo ulterior que de los delitos se hace, se aprecia su escasa o nula aplicación, por cuanto la parte especial modifica, con frecuencia, los principios plasmados en la parte general (*vgr*. tratamiento de la tentativa, de la coparticipación y de las circunstancias del delito).

De las previsiones contempladas en el primer libro –y sin desmerecer la importancia de las demás instituciones allí desarrolladas– nos llama poderosamente la atención el contenido de los artículos 9, 10 y 20, los cuales se refieren, respectivamente, a la ley penal en blanco, a la ley penal excepcional y a la concentración y valor del Código Penal.

a) Normas penales en blanco

En la primera norma aludida el anteproyecto contempla:

> **Ley penal en blanco.** El tipo de dicha ley puede ser incompleto o abierto total o parcialmente, y para ser completado podrá remitirse a disposiciones administrativas o a otras leyes. Todas éstas deberán ser anteriores a la comisión del hecho susceptible de que se le apliquen y haber sido, en su caso, debidamente aprobadas por el Poder Ejecutivo en Consejo de Ministros y publicadas en la *Gaceta Oficial*.

Como se puede apreciar, la norma precedentemente transcrita posibilita que el tipo penal pueda ser complementado con una norma de rango sublegal, pues la exigencia de aprobación en Consejo de Ministros y publicación en *Gaceta Oficial* cabe tanto respecto de los Reglamentos como de los decretos dictados por el Poder Ejecutivo.

Ahora bien, la doctrina[1] ha definido la norma penal en blanco como "aquella que determina la sanción aplicable, describiendo sólo parcial-

[1] En este sentido, Cury, Enrique (1988). *La ley penal en blanco*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, p. 38.

mente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica a la cual reenvía expresa o tácitamente", distinguiendo además entre normas penales en blanco propias e impropias, según se confíe la complementación del precepto a un acto normativo de inferior o de la misma jerarquía. Respecto de las primeras se ha sostenido su inconstitucionalidad en razón de la lesión al principio de tipicidad. Sobre este particular se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de fecha 21 de noviembre de 2001, con ocasión del recurso de nulidad por inconstitucionalidad propuesto en contra de los artículos 2 y 6 de la Ley sobre el Régimen Cambiario y que conllevó a la anulación de las referidas disposiciones legales.

En nuestro criterio, la regulación propuesta en el anteproyecto respecto de las normas penales en blanco, estaría propiciando la sanción de normas inconstitucionales, toda vez que al posibilitarse que una norma de rango inferior a la ley complete el precepto penal, sería esa norma la que verdaderamente estaría creando el delito, violándose, en consecuencia, el principio de reserva legal como uno de los aspectos del principio de legalidad penal.

b) Ley penal excepcional

Por su parte, en el artículo 10 se propone:

> **Ley penal excepcional.** Se promulga para satisfacer una urgente necesidad y durará lo que ésta por lo cual es una ley temporal. Las acciones perpetradas durante su vigencia se juzgarán de acuerdo con lo establecido en la correspondiente ley penal e incluso después de haber vencido el término de su vigencia *y aun si perjudicare al imputad*o. Pero para que opere tal ultractividad será condición indefectible que la misma ley excepcional incluya una explícita disposición sobre su prórroga o la prolongación de sus efectos una vez derogada (cursivas nuestras).

Permitir que una ley se aplique ultractivamente[2] no obstante haber cesado las causas excepcionales que motivaron su sanción podría afectar el artículo 24 constitucional contentivo del principio de retroactividad de la ley penal que imponga menor pena, principio éste que ha extendido el artículo 2 del vigente Código Penal al disponer la retroactividad de las leyes penales más favorables y que el propio anteproyecto reitera en su artículo 5. En efecto, si la ley excepcional –que se entiende suspende la vigencia del ordenamiento penal ordinario mientras dure la coyuntura que la motivó– cesa en su aplicación una vez restaurada la normalidad, el ordenamiento jurídico ordinario tiene el efecto de ley posterior y, en consecuencia tendría aplicación retroactiva si es más favorable que la ley excepcional.

La conclusión antes anotada suele ser la aplicable en caso de leyes excepcionales pues éstas, justamente por estar motivadas en una situación de anormalidad, generalmente son más severas y se caracterizan por atribuir carácter punible a comportamientos impunes según la regulación ordinaria.

En consecuencia, estimamos que en Venezuela ese efecto "ultractivo" que el anteproyecto pretende asignar a las leyes penales excepcionales y que permitiría mantener su aplicación no obstante dejar de ser una ley vigente, sólo puede ser establecido con un rango similar al de la retroactividad de la ley penal que impone menor pena, vale decir, a nivel constitucional.

c) Concentración y valor del Código Penal

El artículo 20 prevé:

> **Concentración y valor del Código Penal**. Los principios generales de la teoría del delito previstos en este código regirán para todas las leyes vigentes con anterioridad a éste. Las leyes penales que se aprueben con posterioridad a este código

[2] Según indica Sosa Chacín, en estos casos no se trataría verdaderamente de casos de ultractividad pues los hechos no se verifican una vez que la ley ha cesado en su vigencia. Ciertamente en estos casos estamos ante un supuesto de aplicación del principio *tempus regit actum*.

> deben ser incorporadas al mismo mediante leyes de reforma parcial. Caso contrario, carecerán de toda validez.

La orientación codificadora, si bien es la ideal, no puede, desatendiendo los principios que rigen la aplicación de la ley penal en el tiempo, decretar a priori la nulidad de leyes penales que pudieran ser aprobadas con posterioridad al Código Penal. En efecto, si bien lo deseable es evitar la dispersión legislativa en orden a garantizar la seguridad jurídica no puede forzarse a futuro al legislador a reformar el Código Penal en todas las oportunidades en que estime necesaria la tipificación de nuevas conductas. El Poder Legislativo como recipiendario de la soberanía popular y única autoridad competente para dictar normas penales, está en plena libertad de escoger la alternativa de la reforma parcial o dictar una ley especial.

Un aspecto positivo de la propuesta en el área de penas es la adopción de la pena de prisión para los delitos, excluyendo una pena prácticamente inaplicable en la generalidad de los sistemas penales modernos como lo es el presidio, en atención a las consecuencias "civiles" que comporta. Acoge el anteproyecto el llamado sistema binario, al contemplar para todos los delitos las penas de prisión y multa.

No obstante lo anterior, apreciamos una contradicción evidente en el anteproyecto, pues por una parte incorpora la atenuante especial "por razones sociales", al establecer que se impondrá la pena establecida para el delito cometido en un término no mayor de la mitad del límite superior, ni menor de la tercera parte del límite inferior a "quien obre influido por tan extremas como notorias condiciones de pobreza e ignorancia y desigualdad sobrevenidas, todo lo cual le haya ocasionado una evidente falta de integración al sistema normativo nacional" (Art. 40); pero al mismo tiempo se prevé, en todo caso, la pena de multa.

Resulta extraño que se establezca la multa como una pena que concurre para todo delito si el anteproyecto parte de la premisa de que razones sociales pueden atenuar la pena e incluso exonerar de responsabilidad penal, tal como se propone en la regulación sobre el aborto, al punto de catalogarse a la actual regulación sobre la materia como "hipócrita, discriminatoria y cruel".

Es obvio que si se afirma que la actual legislación penal propicia las diferencias sociales y posibilita que quienes disponen de medios económicos puedan burlar la aplicación de la ley, es decir, se trata de una justicia clasista, la imposición de una pena pecuniaria no tendrá eficacia alguna, pues de ordinario los pobladores de las cárceles venezolanas son personas de escasos recursos económicos, por lo que difícilmente, podrían sufragar tal sanción.

Por otra parte se advierte la insistencia del anteproyecto en la eficacia de la pena y en la "certeza de su cumplimiento", pero no aporta alternativas que permitan garantizar tal ejecución.

Carece de sentido la enumeración que se propone en el artículo 93. Si el anteproyecto precisa qué sanciones se reputan como penas es innecesario prever una enumeración de sanciones –que no tienen tal naturaleza– y que, en ningún caso, podría ser exhaustiva. Por exigencia del principio de legalidad sólo por ley pueden establecerse penas y éstas exigen el desarrollo de un proceso con todas las garantías, de allí que la inclusión del indicado artículo podría ser fuente, innecesariamente, de interpretaciones diversas.

Estimamos que resulta pertinente la adopción del límite máximo de pena en abstracto a los efectos de determinar el tiempo que debe transcurrir para la declaratoria de la prescripción de la acción penal, con lo que se establecería certeza jurídica en torno al cálculo de esta circunstancia extintiva de la acción penal, poniéndose fin a la divergencia de criterios en la materia que conllevan en la práctica a la violación del principio de igualdad ante la ley. Se suprime el instituto de la prescripción judicial o extraordinaria bajo la afirmación de que el artículo 110 vigente es fuente de impunidad; sin embargo, no se precisan las razones que llevan a afirmar tal consecuencia.

2. PARTE ESPECIAL

El anteproyecto se afirma liberal "porque no es represivo en exceso sino comprensivo y con una tendencia general de no fijar penas altas", por "la innovación del hurto famélico contemplado en el artículo 504",

por la atenuación especial por razones sociales establecidas en el artículo 40 y por "la abolición de los delitos de adulterio (artículo 396), seducción con promesa matrimonial (artículo 379), incesto (artículo 381) y aborto (artículo 432)"; sin embargo, el desarrollo que en el cuerpo normativo se efectúa respecto de las instituciones penales desvirtúa totalmente tal liberalidad.

Mucho se ha dicho a partir del momento en que el anteproyecto del Código Penal se hizo público sobre las ya mencionadas figuras del hurto famélico, del homicidio piadoso y la decriminalización del aborto. Aun cuando consideramos que es innecesaria la regulación especial del primero, por quedar cubierto por el estado de necesidad y que la atipicidad de los otros dos no es más que una decisión de política criminal, las reflexiones que de seguidas se formulan, están dirigidas al análisis de otros aspectos del anteproyecto por considerarlos de igual importancia que las citadas instituciones.

Se contemplan, correctamente, en nuestro criterio, la violación como un delito contra las personas, el secuestro como un delito contra la libertad y la difamación e injuria como delitos contra el honor; no obstante, en la generalidad de la descripción de los delitos incurre el anteproyecto, no sólo en la lesión de reglas básicas en materia de técnica legislativa –lo cual se aprecia en extensión de los artículos, en la regulación de varias situaciones en una misma norma, en la división de Títulos en varios Capítulos para desarrollar las normas relativas a la protección de sólo un bien público (*vid.* Delitos contra la administración pública),[3] en la múltiple regulación de una misma conducta, en la utilización de la misma denominación para delitos de naturaleza distinta– sino, lo más importante, en la ausencia de una sistematización de los tipos penales en función de un estudio serio sobre el bien jurídico tutelado. En efecto, se afirma que el anteproyecto se inscribe en una tendencia codificadora y que, en

[3] En este caso se crea un Capítulo (II) contentivo de disposiciones comunes a aplicar a un único Capítulo relativo a los delitos contra la administración pública. Técnicamente es impertinente la creación del Capítulo II, pues lo propio era colocar tales disposiciones al final del Capítulo descriptivo de los delitos.

consecuencia, la parte especial fue ampliada a diecinueve títulos y se compilaron las diversas conductas punibles contempladas en más de ochenta leyes vigentes, con el fin de poder insertar "adecuadamente" tales comportamientos dentro de los diversos títulos, capítulos y secciones del texto que se propone.

Tal compilación no resiste el más ligero análisis desde el punto de vista de la sistematización, atendiendo al bien jurídico tutelado, por cuanto la distribución que se efectúa entre los diversos títulos, capítulos y secciones, refleja la sola labor de traslado al anteproyecto de los diferentes tipos penales de la ley especial en la que actualmente se encuentran descritos, traslado que no atiende a un orden lógico y que posibilita la múltiple tutela de un mismo bien jurídico. Así puede apreciarse en los siguientes casos:

a) Respecto del bien jurídico *propiedad*.

a.1) El Capítulo VIII del Título III describe los *"delitos contra la propiedad de sistemas y tecnología informática"*. Debe advertirse que el referido Título III contempla los *"delitos contra la libertad y otras garantías"*. No entendemos cómo claros supuestos de delitos que afectan el bien jurídico *"propiedad"* pueden estar ubicados en un Título que protege la *"libertad"* y otras garantías, pues esta última expresión sólo podría estar dirigida a abarcar bienes similares o conexos con la libertad, lo cual no es el caso de la **propiedad**.

Los delitos descritos en el mencionado Capítulo VIII no afectan –como se advierte en el anteproyecto– la propiedad de sistemas y tecnología informática, pues en estos casos el bien jurídico tutelado es la propiedad, bien que puede ser afectado a través de los sistemas que utilizan tecnologías de información. De allí que un desarrollo coherente del articulado en esta materia, habría conllevado sólo a precisar en el título VI que versa sobre los delitos "contra la propiedad", que algunas de esas conductas podrían tener como medio de comisión los sistemas que utilizan tecnologías de información y a contemplar únicamente (pero siempre en este mismo Título VI) aquellas nuevas conductas previstas por la

Ley Especial contra Delitos Informáticos que no encuadran o quedan subsumidos en los tradicionales delitos contra la propiedad.

a.2) Otro delito contra la propiedad lo encontramos en el artículo 947.5 definido como un "delito electoral calificado".

a.3) Similar comentario puede formularse respecto de los delitos contemplados en los artículos 325, 326 y 327 (Capítulo IX Título III) relativos a la violación a la privacidad de las personas y las comunicaciones en los cuales sólo varía el medio de comisión respecto de los delitos contemplados en el Capítulo V del mismo Título III.

a.4) En el caso de los llamados delitos societarios nuevamente se advierte la múltiple regulación de delitos que atentan contra la propiedad al dedicarse sendas secciones a delitos societarios vinculados a la apropiación indebida y a la estafa, cuando lo propio era ubicar, por lo menos la mayoría de ellos, dentro del título que trata de los delitos contra la propiedad.

b) En el caso de los supuestos "delitos contra la inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas" se aprecia, nuevamente, una defectuosa ubicación, que desconoce cuál es el bien jurídico tutelado. En estos casos no es la inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas lo que en los artículos 311 al 317 (equivalentes a los artículos 6 al 12 de la Ley Especial contra Delitos Informáticos) se quiere proteger, sino la información que reposa en los sistemas que utilizan tecnologías de información.

c) En los artículos 328 y 329 se prohíbe, respectivamente, la apropiación de propiedad intelectual y la oferta engañosa mediante el uso de tecnologías de información, razón por la cual no hay relación alguna entre tales intereses y la privacidad de las personas y las comunicaciones, de allí que es obvia su errónea ubicación dentro del Capítulo IX del Título III. En todo caso, los delitos indicados deberían trasladarse, en el mismo orden, a los Títulos VII –referido a los "delitos contra la propiedad intelectual y la propiedad industrial"– y Título VIII, Capítulo III que trata de los "delitos contra la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios".

d) El delito de desaparición forzada de personas es doblemente tipificado, pues se contempla como un *delito contra la libertad y otras garantías* (Art. 274) y como lo que es, vale decir, un delito de *lesa humanidad* (Art. 359). En el primer caso consideramos que se trata de un particular caso de privación ilegítima de libertad que pudiera concurrir con otro comportamiento punible y no del delito de desaparición forzada de personas el cual ha sido ya ampliamente delimitado en el ámbito penal internacional.

e) En el Título III relativo a los delitos contra la libertad y otras garantías se crea un capítulo para la tipificación del delito denominado "Obstáculos contra el ejercicio de los derechos políticos", disposición que en todo caso debería ubicarse en el Título XVI, que trata de los "delitos contra los medios de participación democrática". En este mismo título se describen como "*fraudes*" electorales agravados, el concurrir armado a los actos de inscripción o escrutinio (con excepción de los miembros de la Fuerza Armada Nacional) o el caso de los jueces y demás funcionarios competentes que "sin causa justificada se abstengan de comunicar al Consejo Nacional Electoral, dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sus decisiones o resoluciones que impliquen la inhabilitación política, interdicción civil o pérdida de la nacionalidad, así como la información referente a las defunciones" (Art. 950.5). En estos supuestos es indudable que los comportamientos descritos no pueden subsumirse dentro de lo que tradicionalmente se ha entendido como "fraude", por tanto su ubicación en el texto propuesto debe ser otra.

A lo anterior se suma el hecho de que los delitos previstos en los artículos 946, 947 y 948 carecen de denominación autónoma, pues se utiliza para identificarlos la misma denominación que se asigna al Capítulo que los agrupa (delitos electorales).

f) Técnicamente lo correcto es establecer un tipo básico y prever tipos subordinados considerando el objeto material del delito y no capítulos especiales para el robo y hurto de vehículos para el mismo género de delitos en perjuicio de la actividad ganadera.

g) Se tipifica doblemente la legitimación de capitales, ubicando tal delito en la sección relativa al *tráfico ilícito de substancias estupefacientes y psicotrópicas* (Art. 385) y como el bien jurídico que se tutela en el Capítulo XIII del Título VIII (Arts. 666 al 670) contentivo de los *delitos contra el orden económico*. Si lo que se quiere sancionar es la legitimación de capitales proveniente de diferentes actividades ilícitas, es la última la ubicación correcta.

En líneas generales no se considera en el anteproyecto la exigencia de que la norma penal debe ser general y abstracta pues incurre en muchos detalles y situaciones especiales en la descripción de los comportamientos. Así se aprecia, por ejemplo, en la regulación del homicidio o lesiones cometidas en el deporte.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución de la República, Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia. Ello implica que el Derecho Penal está sometido a esas limitaciones, por eso, en tanto Estado *Democrático*, la norma penal debe estar orientada a la tutela del ciudadano como sujeto de derechos, de donde se deducen, entre otros, los principios de humanidad, culpabilidad y proporcionalidad. El carácter *Social* supone que la pena debe orientarse a la prevención y sólo se justifica en la medida de lo necesario para la protección de los ciudadanos, es decir, la intervención penal debe ser la mínima indispensable para garantizar la convivencia social.

Ciertamente, el carácter Social del Estado ha llevado al reconocimiento de los llamados bienes jurídicos colectivos cuya protección procura lograr la convivencia pacífica de los ciudadanos. Sin embargo, como afirma Diez Ripolles,[4] la masiva integración de tales bienes en los códigos ha creado disfunciones importantes, entre las que podrían destacarse la extrema vaguedad de algunas de sus formulaciones, la tendencia a acomodarse a estructuras típicas de peligro con los riesgos para la seguri-

[4] Diez Ripolles, José Luis (1999). *El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista*, en: Nuevo Foro Penal, Año XXI, Nº 60, Centro de Estudios Penales Universidad de Antioquia, Editorial Temis, Colombia, p. 131.

dad jurídica a que ello da lugar, y su fácil abuso por un legislador que quiere servirse del Derecho Penal para labores de transformación social que le son ajenas, cuando no para producir efectos meramente simbólicos en la sociedad.

El anteproyecto es un claro ejemplo en el que se condensan las críticas de Diez, por cuanto del articulado se deduce el fin de producir cambios sociales cuyo logro no puede confiarse a un instrumento normativo. Al mismo tiempo es frecuente la descripción de tipos penales vagos e imprecisos, situación con la que se desconoce que "el Derecho Penal en cuanto fundamento político-criminal de la intervención punitiva del Estado, esto es, en cuanto prevención general de delitos, es consecuentemente al mismo tiempo un principio garantista del ciudadano, una limitación al poder del Estado".[5]

Ciertamente la mayoría de las conductas punibles que contempla el anteproyecto forman parte del ordenamiento jurídico penal vigente; sin embargo, un instrumento que se precie de moderno y liberal no puede conformarse con transcribir tales descripciones sin hacer una reorganización de ellas atendiendo al bien jurídico tutelado, pues tal organización supone considerar los principios garantistas del Derecho Penal, los cuales, frecuentemente se olvidan en el anteproyecto. Debe tenerse presente, como afirma Hormazábal,[6] que con el concepto de bien jurídico se quiere expresar en forma sintética el objeto jurídico concreto protegido en cada prohibición o mandato, para con ello dar fundamento racional al sistema penal. En efecto, uno de los mayores cuestionamientos que se le ha formulado al fenómeno de "inflación legislativa penal" verificado en Venezuela, fundamentalmente en los últimos veinte años, ha sido justamente las respuestas "por reacción" ante situaciones coyunturales, lo que ha conducido a una regulación penal desordenada y, en muchos casos, concurrente. Por otra parte, el carácter clásico de

[5] Bustos Ramírez, Juan, *Nuevo Foro Penal N° 60 Enero-Abril 1999*, Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, Temis, Colombia, p. 105.
[6] Hormazábal Malaree, Hernán (1991). *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, PPU, Barcelona, p. 139.

nuestra legislación penal también ha puesto de manifiesto la necesidad de excluir del ámbito penal conductas que no tienen la entidad para ser consideradas delito; no obstante, el anteproyecto no sólo reitera esos tipos penales desatendiendo el principio según el cual el Derecho Penal es la *última ratio*, por cuanto sólo debe intervenir para tutelar bienes jurídicos fundamentales para el mantenimiento del orden social, sino que además incorpora nuevas especies delictivas.

Además del principio antes indicado es evidente en el anteproyecto la lesión a principios como el lesividad –pues se atiende a la antijuridicidad formal antes que a la material– y mínima intervención, ya que de ser aprobado en los términos propuestos, difícilmente en Venezuela habrá conductas humanas que no sean reputadas como delito, lo cual echa por tierra la supuesta "liberalidad" del instrumento.

Como afirma Hendler,[7] "si el principio de legalidad, considerado actualmente como un rasgo distintivo del Estado de derecho, no constituye más que un símbolo vacío, en tanto vulnerado en la práctica normativa, será sólo un montaje referencial que carece absolutamente de eficacia material y, por lo tanto, nada dice acerca del Estado de derecho. Esta irracionalidad absoluta del legislador a la hora de establecer figuras delictivas, sus consiguientes penas y las condiciones cualitativas de cumplimiento, no hace más que despreciar un principio que establece, nada menos que el ámbito de libertad del ciudadano. De respetarse estrictamente el principio constitucional, ninguno de estos conflictos se plantearían, lo que no hace más que vislumbrar la deficiencia en la técnica legislativa y el divorcio de la intervención penal como *última ratio* del ordenamiento jurídico".

Entendiendo que el referido principio de legalidad comprende cuatro garantías: criminal, penal, de ejecución y jurisdiccional, que suponen, respectivamente, que el delito, la pena y su ejecución se sujeten a las previsiones de la ley (formal y previa) y que tanto el delito como la pena

[7] Hendler, Edmundo (2001) *Las garantías penales y procesales*. Enfoque histórico-comparado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Editorial del Puerto, pp. 327-328.

se establezcan en una sentencia definitiva, producto de un proceso debido, puede concluirse que el anteproyecto afecta el referido principio de legalidad, por un parte, con la regulación que de las normas en blanco se formula y que permitiría que actos de rango sublegal puedan completar el precepto penal; igualmente al contemplar, por una parte, tipos penales indeterminados y, por la otra, atribuir relevancia penal a cualquier ilicitud. Es justamente esta característica una de las mayores fallas del anteproyecto.

Si bien es cierto que la codificación ofrece garantías respecto del conocimiento de los comportamientos prohibidos, ese fenómeno de inflación legislativa distorsiona el sistema penal, cargándolo de tipos delictivos que no responden sólo a la tutela de bienes jurídicos fundamentales. Tal fenómeno torna inoperante el sistema procesal, el cual se satura de causas por hechos en algunos casos irrelevantes, permitiendo que se desvíe la atención de los asuntos de mayor envergadura. Es justamente este fenómeno y no otro el que conlleva a la injustificable separación del derecho penal y el derecho procesal penal, imposibilitando que este último sea un mecanismo efectivo de concreción del derecho sustantivo.

En resumen puede afirmarse que esa “inflación penal” que caracteriza el anteproyecto vulnera los principios de subsidiariedad, mínima intervención y protección de los bienes jurídicos y lesiona el carácter fragmentario del Derecho Penal.

Informe sobre el anteproyecto del Código Penal

Irasema VÍLCHEZ DE QUINTERO*

SUMARIO:

1. **Sobre la inaplicabilidad de la Legalización del Aborto: 1.1** *La tipificación.* **1.2** *Razones de política criminal.* **1.3** *Comparación con otros países.* **1.4** *Posición sobre el punto referido a que la despenalización del Aborto conlleva necesariamente a la disminución o del número de abortos.*
2. **Contenido y alcance del anteproyecto tal y como aparece concebido.**

* **La Universidad del Zulia**, Abogada, *Magíster Scientiarum* en Ciencias Penales y Criminológicas, Doctora en Derecho. Profesora Asociada en Pre y Postgrado. **Instituto de Policía Científica Simón Bolívar**, Experto Grafotécnico, **Universidad de Buenos Aires**, Argentina, Curso de Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales y su Problemática Actual, **Universidad Rafael Belloso Chacín**, Maestría en Derecho Civil, **Circuito Judicial Penal del estado Zulia**, *Corte de Apelaciones, Sala Nº 2*, Jueza Titular y Presidente.

Dejando a salvo mi opinión en contrario sobre la evidente despenalización del delito de aborto procurado y optar por la asunción de una posición intermedia, que refleje más acertadamente la cultura jurídica frente al delito y los límites entre el Derecho y la moral del pueblo venezolano, en el sentido de aceptar algunas eximentes para los casos de aborto eugenésico y ético; de seguidas paso a exponer algunas consideraciones sobre mi posición en contrario y sobre la propuesta realizada en el anteproyecto sobre el delito de aborto.

1. Las razones por las cuales consideró inaplicable la legalización del aborto tal y como aparece plasmado en el anteproyecto son las siguientes:

1.1 La tipificación o no de una conducta como delictiva obedece a su consideración previa de resultar una conducta antijurídica, lo cual en su consideración más simplista consiste en el "reproche al acto" por lo que será sólo si ese acto no resulta reprochable al término medio de una sociedad cuando pueda despenalizarse, para el caso en estudio resulta evidente su reproche en la sociedad venezolana sin significar ello que no exista un cambio en su consideración cuando suelen ampliarse los límites hacia el aborto eugenésico y hacia el mismo aborto ético por razón de violación, aun cuando en este último caso no existe la misma aceptación que para el caso del aborto eugenésico. En nuestra legislación penal existen normas que no tienen reproche social, tal sería el caso de los delitos fiscales y, sin embargo, sólo por razones de política criminal de Estado aparecen tipificados como tales, no ocurre lo mismo con el delito que tratamos, pues aun para el caso de no aparecer como figura tipo se ha introyectado como una conducta antijurídica; existe entonces el conocimiento de la antijuridicidad del acto y mientras ello subyace en la consideración de la conducta, es a esto a lo que debe atenerse el legislador .

1.2. Existen razones de política criminal que impedirían el ejercicio del derecho de decidir en relación con la práctica del aborto, por lo que en nada incidiría para la prevención y aseguramiento de la vida de la mujer el hecho de legalizarlo, ya que el Estado no podría garantizarlo y de hecho seguiría existiendo la diferencia odiosa entre aquellas mujeres que pueden realizarlo con todas las normas de asepsia y capacidad médico-científica que garanticen su derecho a la vida y aquellas muje-

res que en mayor número (por estar permitida la conducta) acudirían a los llamados "profanos" en el anteproyecto para ejercer su derecho. En conclusión, el Estado no está preparado desde el punto de vista médico-asistencial para atender al número considerable de mujeres que acudiría a los centros hospitalarios (ello sin contar con un gran número de profesionales de la medicina que por convicciones morales, religiosas y éticas no los practicarían); y finalmente, y con mayor razón,acudirían a personas inescrupulosas, todo lo cual –en definitiva– acarrearía mayor número de muertes derivadas de las prácticas abortivas. De todo ello se puede concluir que no resulta cierto que con su despenalización se proteja la vida de la mujer o que ello sea el principal factor que genere el cambio en la concepción en este delito.

A este respecto cabe citar el trabajo realizado por el doctor Raúl López García, Subdirector General Médico del Instituto Nacional de Perinatología de México, intitulado "El Aborto como Problema de Salud Pública", el cual arrojó las siguientes conclusiones:

> ... A manera de corolario se señalan siete reflexiones que, en la brevedad de la sentencia, resumen y dan la justa dimensión al aborto como problema de salud pública. 1.- En México es evidente el subregistro de la estadística sobre el aborto. 2.- En la mayoría de las instituciones, incluyendo el Instituto Nacional de Perinatología, se ha ubicado entre las primeras 10 causas de consulta de primera vez y de morbilidad hospitalaria. 3.- En cuanto al aborto como componente de la mortalidad materna, representa un grave problema de salud para las mujeres en edad fértil. 4.- En México el registro de aborto como causa de muerte materna se ha mantenido en el tercer lugar. 5.- En Latinoamérica el aborto provocado en mujeres con bajos recursos y pobre nivel educativo, realizado por personal no calificado, es responsable de 20 a 30% de las muertes maternas. 6.- El costo económico que implica resolver los problemas de salud derivados del aborto y su repercusión en el ámbito productivo laboral es enorme. 7.- Finalmente, como alternativa lógica de solución, se considera que la tasa de aborto decrece conforme aumenta la educación y la disponibilidad de métodos anticonceptivos, lo que necesaria-

> mente incide en las tasas de morbilidad y mortalidad materna por este concepto, y desde luego, en sus implicaciones desde los puntos de vista personal, familiar y social. (…).

1.3 Es incierto que la mayoría de los países del mundo acepten la figura del aborto como una conducta no punible y por otra parte los países a los cuales se hace referencia como pro-abortistas son sociedades que en nada coinciden con nuestros usos, cultura y convicciones, ya sean éstas de carácter ético o de carácter religioso. En efecto, países como Puerto Rico, por ejemplo, contemplan incluso penas para los instigadores a este delito, no puede exigirse lo mismo de países como China donde existe un control de la natalidad que al ser violado acarrea incluso penas. Todo ello nos lleva a la conclusión que la inclusión o no del aborto como delito está íntimamente relacionado o vinculado con sociedad con densidad poblacional e incluso con razones económicas (en los Estados de la Unión Americana donde aparece permitido el aborto, su práctica ha generado pingües ganancias que influyen en la economía y mercado de los estados que lo permiten, dejando claro que Estados como Utah está expresamente prohibido) que no pueden privar en Venezuela.[1]

1.4 Es igualmente incierto la concepción que subyace en el proyecto referido a que la despenalización del aborto conlleva necesariamente a la disminución o del número de abortos en el país, pues estudios han demostrado que en aquellos países en los cuales la conducta es considerada como legal, tiende a aumentar el número de abortos y en consecuencia el número de muertes por aborto; así tenemos que al respecto en trabajo realizado por la señora Magaly Llaguno, Directora Ejecutiva de Vida Humana Internacional, llevado a cabo en la Universidad Católica Argentina en Buenos Aires, el 24 de marzo de l999, dejó establecido lo siguiente:

> (*Omissis*). El segundo paso en esta refutación es denunciar la falsedad de equiparar el aborto legal con el aborto "seguro". Todo

[1] Cabe recomendar el trabajo elaborado por la doctora Violeta Bermúdez Valdivia, consultora en derechos de la mujer e integrante de CLADEM-Perú. Responsable de la investigación regional sobre el aborto y su regulación jurídica titulado *El Tratamiento Legal del Aborto en América Latina y el Caribe*, donde se exponen los argumentos en contra y a favor del aborto.

aborto es trágico. En primer lugar, siempre es mortal para el bebé no nacido. En segundo lugar, es dañino psicológica y físicamente para la mujer. En algunos casos es mortal también para ella.

El tercer paso en la refutación de la "maternidad sin riesgos"es aclarar que cuando el aborto se legaliza su número aumenta mucho y por tanto el número **total** de muertes y lesiones maternas, debido al aborto, aumentan también, si bien el porcentaje de riesgo por mujer es menor. En Estados Unidos, por ejemplo, antes de la legalización del aborto a nivel nacional en 1973, había de 100.000 a 200.000 abortos al año. Ahora hay aproximadamente millón y medio anualmente. El número de abortos ha aumentado aproximadamente 15 veces. El número total de muertes y lesiones maternas por tanto ha aumentado, si bien esa cifra no se puede precisar debido a la conspiración de silencio de la industria del aborto en torno al tema.

La legalización del aborto, por tanto, no resuelve el problema de las muertes y lesiones maternas debido al aborto ilegal, y ello sin tomar en cuenta el incontrovertible hecho de que el aborto destruye la vida de un ser humano en desarrollo. (*Omissis*). Documento que constituye la conferencia que ella dictó.

2. En cuanto al contenido y alcance del anteproyecto tal y como aparece concebido, considero lo siguiente:

La realización de un informe sobre el texto presentado, dado los requerimientos del mismo, no puede efectuarse artículo por artículo; por ello, en primer lugar se realiza un breve informe sobre los principios generales que se establecen en el título primero del libro primero, y luego presentó los planteamientos sobre la figura del aborto contemplada en el anteproyecto.

El Título Primero del Libro Primero, relativo a las disposiciones generales establece además de los principios generales las normas relativas a la aplicación de la Ley Penal pero sin diferenciar los principios propiamente dichos de esas normas de aplicación por lo que se extraerán sólo los artículos referidos a los principios y, desde allí considero prudente

diferenciar en capítulos los principios de las normas de aplicación y es esa mi primera consideración.

En principio la Exposición de Motivos en el aparte relativo al aborto, a mi entender resulta contradictoria, cuando establece "No significa esto el desconocer la vida del embrión o *nasciturus*, la vida es el principal derecho y la de *nasciturus* goza de protección constitucional porque hay la obligación de no interrumpir u obstaculizar la gestación y la de proteger jurídicamente tal vida e incluso con sanciones penales. Pero hay excepciones: cuando haya un conflicto entre la vida del *nasciturus* y otros bienes o derechos de rango constitucionales deben prevalecer éstos: la vida de la gestante sobre la del embrión…". Al efecto, la protección constitucional establecida en el artículo 43 no condiciona a plazos la protección de la vida como aparece en el anteproyecto.

En lo que se refiere propiamente **a los principios,** encontramos lo siguiente:

1) El artículo 1°, referido al fundamento y finalidad del Derecho Penal, el proyectista sólo hace referencia al fundamento, pero omite cuál debe ser la finalidad del Derecho Penal, ello con base a lo establecido en el Diccionario Jurídico Cabanellas que diferencia en los términos **finalidad, función y fundamento**; la finalidad como fin que se persigue, en tanto que el fundamento hace referencia a la base, el apoyo, motivo, cimiento, raíz o procedencia, refiere sí el mencionado texto que la función coincide con la finalidad al dejar establecido entre sus acepciones el de "cometido o finalidad"; por todo ello podríamos afirmar que si en los diferentes textos sobre el Derecho Penal se ha afirmado que la función o finalidad del Derecho Penal, esto es, que función o cometido se le atribuye y que al decir del autor Santiago Mir Puig, ello puede atenderse desde un punto de vista sociológico atento a la realidad social del Derecho Penal (que el propio proyectista en diferentes entrevistas ha señalado como lo es la función de información y enseñanza que cumple el Derecho Penal) y por otra parte qué función se le asigna como programa normativo independientemente de que si de hecho o no lo cumple en la realidad, para concluir que *"…la función del Derecho Penal depende de la función que se asigne a la pena y a la medida de seguridad, como medios más característicos de intervención del De-*

recho Penal…Pero luego veremos que ni la función del Derecho Penal puede derivarse de una contemplación de penas y medidas como figuras aisladas del sentido que en cada momento histórico-cultural y en cada modelo de Estado corresponde al Derecho, ni la función del Derecho Penal se agota en la función de la pena y de la medida de seguridad".

De manera pues, que debería deslindarse el fundamento del Derecho Penal de la función o finalidad que no se llega a establecer en el anteproyecto

2) Con respecto a la responsabilidad penal objetiva o de responsabilidad por el resultado planteado en el artículo 4°, aplicable a las personas jurídicas, me parece muy coordinada con el sistema de aplicación de penas y la responsabilidad de las personas jurídicas establecido en los artículos 94 al 97 del anteproyecto, caben las mismas observaciones establecidas en el texto del "Derecho Penal Español del III Milenio" expuestos por Silvina Bacigalupo, en el sentido de que lo que varía es el concepto de culpabilidad entendido en el proyecto en su sentido más amplio.

3) La excepción a la prohibición de analogía establecida en el artículo 6°, esto es, la posibilidad de aplicación de la analogía en los casos en que ella implique exclusión o atenuación de las penas, es decir, que cuando se trate de exclusión o atenuación de penas no podría hacerse uso de la analogía, pero si tomamos en consideración que la exclusión de penas para el caso de excusas absolutorias y la atenuación de las penas se dan, por razones muchas veces de carácter subjetivas o personales, no podría hacerse uso de la analogía.

El anteproyecto del Código Penal, **en el capítulo referido al aborto**, define en el mismo una serie de conductas que no considera como punibles (aborto ético, eugenésico, el realizado por necesidades apremiantes y económicas) **violentando así el carácter fragmentario del Derecho Penal**, en efecto la tesis doctrinaria preponderante ha dejado establecido que:

Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal.

El Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles

en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado Social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El principio de la "máxima utilidad posible" para las posibles víctimas debe combinarse con el de "mínimo sufrimiento necesario" para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho Penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible. Entra en juego así el "**principio de subsidiariedad**", según el cual el Derecho Penal ha de ser la *ultima ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado **"carácter fragmentario del Derecho Penal"** constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado **"principio de intervención mínima".**

Así mismo, la tendencia hacia una mínima intervención penal nos hace reflexionar y criticar el anteproyecto en el sentido de que el mismo no puede (como lo hace) establecer y definir aquellas conductas que no sean punibles (el aborto ético, el aborto por necesidades apremiantes económicas, el aborto eugenésico, etc.) sino sólo aquellas que sean punibles. En este punto debo señalar, que en mi opinión, la intención plasmada en la redacción y contenido del capítulo referido al aborto mantiene una posición ambigua y confusa acerca de la despenalización (a mi entender absoluta) o consideración de la mencionada conducta como delictual o no, esto es, dejar plasmada la duda y discusión acerca de su despenalización cuando en realidad es una conducta absolutamente permitida, de allí que tal como aparece concebida la conducta antijurídica y sobre todo al haber quedado claro el bien jurídico que el legislador pretende proteger desde el punto de vista de la política criminal de un Estado y el sujeto pasivo del delito; bastaría con haber dejado establecido el tipo penal así:

> **Artículo 238**.- Será punible y se castigará con prisión de tres a cinco años y multa de trescientas a quinientas unidades tributarias, el aborto provocado en contra de la voluntad de la mujer. Será punible y se castigará con la misma pena el aborto realizado, aun con el consentimiento de la mujer, cuando fuere practicado luego de transcurridos tres (3) meses de gestación.

Por otra parte, es conveniente señalar que el actual Proyecto de Código Penal, en la primera parte del artículo, sigue incluyendo como tipo penal autónomo el delito de "maniobras abortivas" para el caso del aborto sufrido, dicha referencia –en opinión de la suscrita– se hace innecesaria, pues tal conducta quedaría incluida en las formas de la tentativa de delito incorporada en el anteproyecto. Esta afirmación, en cuanto a la conveniencia de dejarlo como tentativa, obedece también a una razón práctica, pues si tomamos en cuenta la pena aplicable para el delito de maniobras abortivas en el anteproyecto, esto es, la pena de un año, un mes y quince días, aproximadamente, y luego la comparamos con la pena para el delito de aborto de cuatro años con la rebaja establecida para el caso de delitos tentados establecido en el artículo 101 en concordancia con el 26 del anteproyecto que establece que no puede descender del lapso de un año, pero que puede ser aplicada por debajo de la pena mínima establecida para el delito consumado (esto es, por debajo de tres años) sin que pueda descender de la tercera parte de ese límite (esto es, de un año) ello significa la posibilidad de aplicar la pena entre la pena mínima de tres (3) años pero sin bajar de uno (1), esto es, por ejemplo entre dos años y once meses y un (1) año de prisión, por lo que ello equivale a la pena que aparece establecida para el caso de maniobras abortivas, como delito autónomo (prisión de quince a treinta y seis meses).

Se observa igualmente en el anteproyecto de Código Penal que el proyectista estableció como una figura agravada, aplicable para el caso del aborto libre o consentido practicado antes de los tres meses de gestación, el que el mismo sea realizado por personas profanas, esto es, por personas sin el conocimiento médico-científico necesario que asegure el riesgo mínimo para la vida de la mujer; con el establecimiento de tal circunstancia se invirtió totalmente la consideración que tiene el legislador por cuanto actualmente se estableció como agravante el hecho de que el autor sea un profesional de la salud o relacionado con el área de la salud, la crítica no está dirigida a la nueva agravante sino a la eliminación de la anterior para el caso del aborto sufrido o de aquel realizado antes de los tres meses de gestación por lo que si llegase a aprobarse el anteproyecto recomendaría su consideración en tal sentido.

Con respecto a la posición del Coordinador del anteproyecto, referida a que a pesar de que la vida del ser humano está protegida desde su concepción hasta su muerte pero que la intensidad de esa protección no es idéntica en todo el curso vital, y de lo cual concluye que: "El derecho a la vida del embrión debe ser protegido pero no contra los derechos humanos de las gestantes", resulta pertinente también realizar algunas acotaciones en el sentido de no confrontar el derecho de la madre con el del embrión, ya que visto el embrión como no persona, los intereses en conflicto resultan desiguales o de diferente entidad, pues lo justo sería incluir los derechos de la madre con los derechos del niño (si en realidad está protegido desde su concepción como lo afirma, ésta debería ser su cualidad) por lo que razones de índole pragmática no pueden influir para primar un derecho sobre otro.

Existe también la crítica que sostiene Fernando Fernández, y la cual avalo, en el sentido de que despenalizar el aborto podría convertirse en una política de Estado totalmente discriminatoria como ha ocurrido en China, que es por lo cual el mencionado jurista aboga por mantener la prohibición genérica del aborto y aumentar las causas de justificación.

El anteproyecto quebranta el carácter fragmentario del Derecho Penal y el Principio de Mínima Intervención, porque un código debe decir lo que es punible y no lo que no es punible.

Igualmente, dentro de las condiciones socio-culturales venezolanas, no están dadas las condiciones para la legalización del aborto; por una parte, el Estado no tiene una política criminal definida para implementarlo como un derecho; y por la otra, la sociedad ha realizado el proceso de introyección de la antijuricidad del acto, comprobado estadísticamente.

Concluyo así, de manera general, y muy someramente algunas observaciones y referencias de carácter doctrinario al anteproyecto presentado, sin que las mismas pretendan convertirse en recomendaciones obligadas o verdades absolutas o irrefutables.

Consideraciones psicológicas y legales del delito de violación

Katia YASSÍN ISSA*

SUMARIO:

1. Tipificación del delito de violación.
2. Violación como crimen de lesa humanidad.
3. El bien jurídico protegido.
4. Sujeto activo y pasivo.
5. Presunción de falta de consentimiento.
6. Efectos psicológicos.
7. Circunstancias agravantes y estadísticas.
8. Actos sexuales.
9. Modos de proceder.
10. Centros de atención a la víctima.

* **Universidad Central de Venezuela**, Psicóloga, especialización en clínica dinámica. **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogada. **Instituto Universitario de Policía Científica** Especialización en criminalística (Escolaridad concluida. Falta por presentar la Tesis de Grado).

1. TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN

El Código Penal establece la pena de cinco a diez años de presidio y en el anteproyecto se propone la pena de prisión de doce a dieciséis años, y multa de mil doscientas a mil seiscientas unidades tributarias. Este es uno de los delitos en los que el anteproyecto fija penas altas, aunque una de las características del mismo es su tendencia comprensiva de establecer penas que se puedan cumplir.

CÓDIGO PENAL	ANTEPROYECTO
Artículo 375.- El que por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, del uno o del otro sexo, a un acto carnal, será castigado con presidio de cinco a diez años. La misma pena se le aplicará al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo, que en el momento del delito: 1. No tuviere doce años de edad. 2. O que no haya cumplido dieciséis años, si el culpable es un ascendiente, tutor o institutor. 3. O que hallándose detenida o condenada, haya sido confiada a la custodia del culpable. 4. O que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que éste se haya valido.	**Artículo 250.- Violación.** El hombre que por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona de uno u otro sexo a un coito con él, será castigado con prisión de doce a dieciséis años y multa de un mil doscientas a un mil seiscientas unidades tributarias. Las mismas penas aumentadas en la mitad se le aplicarán al individuo que tuviere un coito con persona de uno u otro sexo que en el momento del delito estuviere en las circunstancias siguientes: 1. Si se tratare de un niño o un adolescente. 2. O que hallándose detenida o condenada, hubiere sido confiada a la custodia del culpable. 3. O que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; o por otro motivo independiente de la voluntad de la víctima o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o substancias narcóticas o excitantes de que éste se haya valido. Incurrirán en el delito según su grado de participación, el hombre o la mujer que emplearen violencia para obligar a una persona de cualquier género, femenino o masculino, a realizar un coito con un hombre.

2. VIOLACIÓN COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

En la guerra o en los conflictos armados hay muchas más violaciones que en tiempos de paz. En la guerra todos los crímenes que se cometen se valen de la pulsión de muerte y es así como a través del terror infundido los ejércitos reafirman su superioridad, de allí que la violación es una manifestación indudable de poder al colocar "al otro" en condición de inferioridad, buscando humillarlo, lesionarlo y degradarlo; se aterroriza a la víctima evacuando en ella un terror primario, dando respuesta a un instinto de origen desconocido y a un miedo sin nombre. El agresor al satisfacer esa necesidad inexplicable quisiera volver a un lugar y a un momento donde el trauma que latente y manifiestamente expresa al violar, nunca existió.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional faculta a ésta para ejercer su jurisdicción "sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional", siendo de la competencia de la Corte los crímenes de lesa humanidad (artículo 5, letra b), y se entienden por tales los enumerados en el artículo 7 cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. La letra g) del artículo 7 habla de "violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable" y en su letra k) "otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o salud mental o física". El artículo 8 da competencia a la Corte respecto de los crímenes de guerra, en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Entiende como crímenes de guerra: a) las infracciones de los Convenios de Ginebra de agosto de 1949; b) otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, dentro de los cuales en el número xxii) habla de cometer actos de violación; c) en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional –conflicto armado interno– las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, número vi) cometer actos de violación.

Obviamente el sello distintivo de todos estos crímenes es la atrocidad contra el género humano que hacen peligrar la existencia, las condiciones de vida, el desarrollo y la dignidad e integridad de las personas.

Una de las innovaciones del anteproyecto es tipificar los crímenes de lesa humanidad definiéndolos en su título IV de la siguiente manera:

> **Artículo 339.- Crímenes de lesa humanidad**. A los efectos de este código se entenderá por crímenes de lesa humanidad, las acciones que con máxima ignominia pongan en peligro el desarrollo y la existencia de los pueblos, porque sistemáticamente dañan del modo más grave la dignidad humana en cuanto a la vida, la libertad e integridad personal física y moral, perpetrados por funcionarios o particulares, con anuencia o no del Estado y en razón de la nacionalidad, raza, religión, cultura y género u opiniones políticas de las víctimas (negrillas del original).

En el capítulo I, sección tercera, tipifica otros delitos de lesa humanidad susceptibles de ser cometidos en todo tiempo, dentro de los cuales se encuentra el delito de violación sexual en persona protegida:

> **Artículo 364.- Violación sexual en persona protegida**. Quien por medio de violencia o amenaza haya obligado a una persona protegida a realizar el coito, incurrirá en prisión de diez a dieciocho años y multa de un mil a un mil ochocientas unidades tributarias (negrillas del original).

Asimismo, en el capítulo II, sección I, tipifica los crímenes de lesa humanidad susceptibles de ser cometidos en tiempo de guerra, en caso de un conflicto armado internacional y nacional, dentro de los cuales está el delito de violación.

> **Artículo 432.- Violación sexual en persona protegida.** En caso de conflicto armado, quien por medio de violencia o amenaza haya obligado a una persona protegida a realizar el coito, incurrirá en prisión de diez a dieciocho años y multa de un mil a un mil ochocientas unidades tributarias (negrillas del original).

Para las víctimas de este delito no existe un dolor de menos grado o un tipo de violación que sea más fácil de soportar. No podemos caer en el insensible error de establecer valoraciones del dolor, según el tipo de víctima. La diferencia puede ser localizada entre las sociedades civiles en tiempos de guerra y de paz. En caso de violaciones masivas y sistemáticas como lo ocurrido en la ex Yugoslavia, la víctima no se pregunta por qué le tocó a ella, como tampoco surge el cuestionamiento de haber provocado la situación, preguntas frecuentes en las víctimas que viven en sociedades sin conflictos armados. Posiblemente su experiencia haya sido más brutal, pero el grado de culpa posterior es infinitamente menor. En estos casos la organización de grupos de personas que experimentaron lo mismo, es un paso importante del proceso terapéutico para lograr una elaboración política de lo sucedido a través de la identificación.

3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Conscientes que la violación es el ejercicio del poder de una persona sobre el cuerpo de otra, utilizando el sexo como expresión de odio y terror, no como originalmente debe entenderse en su forma de amor e instinto erótico, ya no se conceptúa como delito contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias como lo contempla el código penal en su título VI, capítulo I "De la violación, de la seducción, de la prostitución o corrupción de menores y de los ultrajes al pudor", porque se protege un valor individual: para la doctrina mayoritaria la libertad sexual, para el anteproyecto la integridad personal, de allí que incluya la violación en el título II "de los delitos contra la vida y la integridad personal", donde tipifica igualmente el homicidio, las lesiones personales, el aborto, el abandono de personas incapaces de proveer a su seguridad o a su salud, ...etc., evitando de esta manera los términos y condicionamientos morales.

El anteproyecto abandona la tradicional tipificación del Código Penal vigente, pues se trata de la **integridad personal,** el bien jurídico protegido, sin considerar como opuesta la otra vertiente, sino complementaria. Integridad como sinónimo de completo, entero, que abarca la salud tanto física, psíquica y moral de las personas, donde quedaría incluida la libre disposición de nuestras potencialidades sexuales y el derecho de

involucrarse con la persona deseada en el plano sexual, obviamente para quienes detentan esa capacidad valorativa y cognoscitiva, donde el sexo se entiende como pulsión de vida. Libertad de obrar o no obrar, de escoger al otro para constituir un par sexual en ese conjunto de dos con porcentajes iguales. El anteproyecto tiene una concepción positiva de la sexualidad y la entiende como elemento de autorrealización personal e integrante de las esferas constitutivas del ser humano biológico, psicológico y social.

Las tendencias del Derecho comparado sitúan a la violación en los delitos contra la libertad sexual (código penal alemán), normas contra la violencia sexual en los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres (código penal italiano), crímenes sexuales (código penal suizo), agresiones sexuales (código penal francés), delitos sexuales (código penal portugués), delitos contra la honestidad (código penal argentino), delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (código penal colombiano) y muy interesante, para quien escribe estas líneas, la posición del Cdigo Penal Federal mexicano que ubica a la violación en los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

4. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

El artículo 250 del anteproyecto de Código Penal tipifica el delito de violación como: "el hombre que por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona de uno u otro sexo a un coito con él...". Aclarada la discusión si la mujer puede ser sujeto activo de este delito, ya que tanto en el Código vigente como en el proyecto, el acto carnal exigido como elemento esencial de este tipo delictivo no puede concebirse su realización por el sujeto activo sino mediante su órgano sexual: el pene.[1]

[1] "El acto carnal, que según nuestra legislación penal –artículo 375 del Código Penal– constituye elemento esencial al delito de violación es definido por la doctrina y la jurisprudencia como coito o acto sexual. El sujeto activo debe yacer con el pasivo para que pueda consumarse el delito de violación. Pero, si en cuanto al sujeto pasivo se llega a admitir que puede verificarse el acto carnal por órgano que no sea el sexual femenino, como la boca y el ano, no puede en cambio concebirse su realización por el sujeto activo sino mediante su órgano sexual normal, o sea el pene. (Sent. 17-11-59 GF 26 2E p. 64)". Pérez, Belén (2000). *Código Penal de Venezuela*. 371. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Tanto el Código vigente como el anteproyecto no dan cabida a la duda si los accesos pueden ser homosexuales mediante el coito anal homosexual o heterosexuales vaginales o no (coito anal heterosexual). Todas las conductas son valoradas con la misma gravedad sin diferencias entre la naturaleza de una u otra, y aun cuando la desaprobación social del coito anal sea mayor, no justifica una distinta penalidad.

La Ley Orgánica Para la Protección del Niño y el Adolescente describe las posibilidades del acto sexual como penetración genital, anal u oral.

> **ARTÍCULO 259.- ABUSO SEXUAL A NIÑOS.**
>
> Quien realice actos sexuales con niño o participe en ellos, será penado con prisión de uno (1) a tres (3) años.
>
> Si el acto sexual implica penetración genital, anal u oral, la prisión será de cinco (5) a diez (10) años.
>
> Si el culpable ejerce sobre la víctima autoridad, guarda o vigilancia, la pena se aumentará en una cuarta parte. (Negrillas del original)

Diversas legislaciones penales entienden el acceso carnal no sólo como la penetración del miembro viril por vía vaginal o anal, sino oral también. El Código Penal colombiano se extienden a objetos distintos al copulador (dedos, instrumentos mecánicos ...etc.), siendo el sujeto activo de este delito tanto el hombre como la mujer.

Los problemas sexuales se han estimado como tabúes sociales y la sexología difícilmente ha podido establecerse sobre bases conocidas, si hasta las leyes no cuentan con claridad gramatical suficiente para no generar tantas dudas en quienes las interpretan. Esto se debe, entre muchas razones, a que el estudio de la sexualidad se ha visto limitado por prejuicios religiosos que impiden la discusión y el conocimiento. Sin embargo, en las últimas décadas se reconoce la influencia y la importancia del sexo en la vida de las personas, ya no sólo para justificar teorías psicoanalíticas. El anteproyecto habla de coito como sinónimo de cópula car-

nal. El Diccionario de la Real Academia Española define: ayuntar: "realizar el coito", coito: "cópula sexual", yacer: "tener trato carnal con una persona", cópula: "atadura, ligamiento". El Código Penal habla de "acto carnal" en lugar de coito o cópula.

El Código Penal alemán cuando define el delito de violación en su artículo 177 habla de "coito extramarital", en el resto de los artículos referidos a los delitos contra la libertad sexual tales y como el abuso sexual de niños, de incapacitados para resistirse, de menores confiados en custodia, de reclusos... etc. se habla de "actos sexuales". El Código Penal suizo habla de *intercourse,* cuya exacta traducción al castellano es coito o cópula; por su parte el Código Penal francés define el delito de violación (sección 1, capítulo 9, título primero) como: *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature quïl soit commins sur la personne dautrui par violence, contrainte, menace ou surprise*,[2] esta posición cambió completamente la legislación anterior y teóricamente el autor del crimen no es necesariamente un hombre y la víctima no es necesariamente una mujer.[3] El Código Penal federal mexicano en su artículo 265 tipifica este delito, cuando por medio de violencia física o moral se realiza cópula con persona de cualquier sexo, entendiendo por cópula a renglón seguido la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo; se considera también como violación la introducción por vía vaginal o anal de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril.

Este acto como expresión de terror que reafirma en el violador su superioridad y cuya fuente es desconocida hasta para él, pero sí conoce que lo prepara y le produce placer mediante excitación genital, no distingue un sujeto pasivo exclusivo, puede ser alguna persona de uno u otro sexo: puede violarse a una mujer o a un hombre, joven o viejo, niña o adulta, virgen o prostituta. Asimismo la condición de cónyuge o concubina no

[2] "Todo acto de penetración sexual de cualquier naturaleza cometido sobre otra persona por medio de violencia, amenaza o sorpresa".
[3] *Théoriquement, l´auteur du crime n´est plus nécessairement un homme et la victime n´est plus nécessairement une femme*. Gettegno, P. Droit penal special. 3e édition. Dalloz. 1999. p. 75.

excluye la posible existencia de este delito, discusión doctrinaria que despejó la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia en su artículo 18, que a continuación se transcribe, al entender que no se trata ni de un auténtico deber jurídico la idea del débito conyugal y menos aún significa un derecho absoluto del marido a realizar la cópula. Con el matrimonio los cónyuges adquieren el derecho al mutuo débito carnal, pero esto no faculta a obtener relaciones sexuales valiéndose de la violencia y sin el consentimiento de la otra parte.

> **Acceso carnal violento.** Incurrirá en la misma pena prevista 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 (negrillas del original).

No obstante, es oportuno recordar que el sexo en la vida de pareja adquiere el carácter de termómetro de la relación en sentido global, que suscita tanto fuerza de atracción, fuente de reconciliación, sentimiento de pertenencia y comunión, así como también se convierte en elemento de opresión, dominio y manipulación. La convivencia sexual continuada y aceptada y el manejo del perdón en este supuesto, permite que algunos opinen que no hay delito de violación entre cónyuges, cuando se impone la cópula normal de manera violenta, sino el ejercicio indebido de un derecho, siendo realmente la cópula violenta y anormal la configuración de este tipo delictivo.[4]

La violación de una prostituta para el anteproyecto de Código Penal, no merece un trato atenuado. Se entiende que la integridad personal no debería tener distingos en función de criterios moralizadores, diferencia

[4] "Por su parte, la sala penal ha resuelto que no hay delito de violación entre cónyuges cuando se impone la cópula normal de manera violenta, sino el ejercicio indebido del propio derecho, mientras que en la cópula violenta y anormal entre cónyuges sí se configura el delito de violación. En este sentido, el delito de violación se verifica cuando habiendo cópula violenta y normal el sujeto activo se halle en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedades venéreas, SIDA, así como cuando el acto sexual se pretenda realizar en público, o bien si la mujer presenta algún padecimiento que la imposibilite a tener relaciones sexuales y, por último cuando se haya decretado la separación legal de los consortes". http://www.jurídicas.unam.mx/publica/anuario/anuar94/violaci.htm.

que sí permite el Código vigente, en su artículo 393, cuando reduce en una quinta parte las penas establecidas.[5]

5. PRESUNCIÓN DE FALTA DE CONSENTIMIENTO

La violencia, la amenaza o intimidación (nombrada también violencia moral) que constriñe a una persona de uno u otro sexo es el otro elemento que determina este delito. El Código vigente presume la falta de consentimiento cuando al momento del acto carnal: la víctima no tuviere doce años de edad, o que no haya cumplido dieciséis años, si el culpable es un ascendiente, tutor o institutor, o que haya sido confiada a la custodia del culpable hallándose detenida o condenada, o cuando por causa de enfermedad física o mental, por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo por parte de éste de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes. Sin embargo, la sanción es igual para todos los casos a que se contrae ese precepto sustantivo: cinco a diez años de presidio.

El anteproyecto no sólo presume la falta de consentimiento en las circunstancias *supra* mencionadas, sino que aumenta en la mitad las penas por tratarse de: un niño o adolescente menor de doce años incapaz de resistir o consentir un acceso carnal, o por el aprovechamiento de la condición de guardián o carcelero de la persona detenida o condenada, logrando su asentimiento por encontrarse muy cercana a su merced, o por la incapacidad de resistir quien padece de enfermedad física o mental, por motivo independiente de la voluntad de la víctima o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o

[5] "Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara **CONSUMADA LA PERENCIÓN DE LA INSTANCIA** en el recurso de nulidad incoado por la ciudadana Nury Adela Pernía Gandica, actuando con el carácter de Coordinadora General de la **ASOCIACIÓN DE MUJERES POR EL BIENESTAR Y ASISTENCIA RECÍPROCA (AMBAR)**, asistida por el abogado Oswaldo Cancino Mendoza, inscrito en el Inpreabogado bajo el Nº 35.719, contra el artículo 393 del Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.494 del 20 de octubre de 2000; y en consecuencia extinguido el procedimiento y por lo tanto se abstiene de emitir pronunciamiento alguno acerca del mérito sometido a su conocimiento". (Negrillas y mayúsculas del original). (Sentencia Nº 3396 de la Sala Constitucional del 4-12-03 expediente 01-2597).

excitantes de que el delincuente se haya valido. Esta incapacidad de resistir al daño en el último supuesto se juzga a causa de un estado físico no creado sino aprovechado por el sujeto activo donde la víctima se encuentra inmovilizada, aquejada por enfermedad o extremadamente débil, o padeciendo de una deficiencia general de la organización mental que la prive, ya sea del juicio, el intelecto y/o la conciencia de los actos, o por motivos independientes de la voluntad de la víctima, como el consumo voluntario de alcohol o medicamentos que puedan generar disminución de su juicio, racionamiento y voluntad o, por medios fraudulentos maniobrados sin escrúpulos por el atacante como la utilización de narcóticos o excitantes que produzcan sea relajación, embotamiento, inhibición o despierten, exciten y estimulen el deseo sexual. En todos estos casos la presunción obra en la situación concreta en que se produce la violación, es decir, al momento del delito y no a la característica física, mental o circunstancial que el sujeto pasivo pueda tener.

6. EFECTOS PSICOLÓGICOS

Respecto a los episodios traumáticos que puede sufrir el ser humano, la violación presenta un claro rasgo distintivo: el dolor y autocuestionamiento que se somete la víctima, quien no cesa en examinar los hechos que precedieron a la violación en busca de una conducta equívoca que justifique el ataque, llegando hasta sospechar de sí misma: una ropa provocativa, andar sola, un gesto,... etc. La culpa revolotea en forma obsesiva y la pregunta compulsiva del ¿por qué a mí?

El coito no deseado, violento o bajo amenaza, genera el trauma de haber sido violado, elaborando postraumáticamente la culpa, la desconfianza, el miedo que la obliga a estar alerta y salir corriendo al menor ruido, la autoestima se desvanece.

En el caso del hombre, la violación no se encuentra en el horizonte de posibilidades de su vida, por eso cuando sucede deja a la víctima en estado de extrema confusión, poniendo en tela de juicio el componente básico del género masculino: su identidad sexual.

La víctima será a quien el violador escoja y en quien desee colocar el miedo sedimentario. Entre los efectos psíquicos sobresale el concepto de **victimización,**[6] que va desde la aparición del trastorno de estrés postraumático[7] hasta el desequilibrio de estados patológicos, donde en ocasiones se advierte la prolongación de la victimización con posible aparición de una revictimización por acontecimientos estresantes de menor intensidad. Vergüenza, depresión, sensación de suciedad, desconfianza del sexo opuesto, ansiedad, sentimiento de culpa, inseguridad, rechazo al contacto físico, baja autoestima y alteraciones del sueño, son los efectos generalmente encontrados en un adulto violado.

En el caso de los niños se presenta comúnmente la desconexión con la realidad, sin embargo, a medida que crecen surge la llamada **crisis del descubrimiento del proceso madurativo de los menores**, donde pueden aparecer conductas de autopunición y autolesión, llanto injustificado, miedo a los padres o adultos, hiperactividad o recogimiento, mostrar comportamientos pseudomaduros, dibujar cuerpos distorsionados, pérdida del autoestima, síntomas depresivos en aumento, conductas alteradas como delincuencia juvenil y consumo de drogas, alteraciones del régimen del sueño con aparición de revivencias nocturnas y alto índice de angustia onírica. Las manifestaciones y el grado de lesión dependen de la violencia del ataque, de la conciencia del daño, de la vulnerabilidad del sujeto, de su madurez emocional, de su historia familiar y de los sistemas de apoyo de que dispone.

7. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ESTADÍSTICAS

Las estadísticas del Ministerio del Interior y Justicia y del Instituto Universitario de Policía Científica (IUPOL) para el año 2000, indican como reportados aproximadamente 3.000 casos de violación (con un margen de diferencia o desvío de 100). No obstante, sabemos que las cifras son poco confiables, debido que las víctimas generalmente mu-

[6] Cobo Plana, J. *Manual de Asistencia Integral a las Mujeres Víctimas de Agresión Sexual.* Masson. Barcelona. 1998. p. 47.
[7] F43.1 Trastorno por estrés postraumático (309.81) en *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. DSM IV*. Masson. Barcelona. 1995.

jeres o menores de edad, se muestran reacias a denunciar el abuso sexual del que han sido objetos y más aun de llevarlo a sus últimas consecuencias. Asimismo y siempre hablando en términos de aproximación, en el sesenta por ciento de los casos de las denuncias recibidas el agresor fue un familiar, amigo, vecino o conocido, el cincuenta por ciento de las violaciones ocurre en la residencia de la víctima y en el sesenta por ciento de los casos el rango de edad de la víctima es de cero a diecinueve años.[8]

Conociendo esta realidad, en el anteproyecto se elevan las penas (artículo 251) de una tercera parte a la mitad cuando la violación fuere perpetrada por un pariente cercano, por una autoridad pública, por un sacerdote, criado, doméstico, profesor, tutor, maestro, entrenador deportivo o encargado por cualquier título de la educación o guarda del agraviado; cuando se perpetraren con abuso de la confianza existente entre el autor y la víctima, o con el concurso simultáneo de dos o más personas. Igualmente constituyen circunstancias agravantes el contagio de alguna enfermedad de transmisión sexual y cuando se produzca un embarazo. El Código Penal vigente estipula una agravación de la pena (artículo 376) cuando el hecho se hubiere cometido con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas, pero ese aumento en la sanción sólo rige para la situación contemplada en la parte primera del artículo 375 y no para la segunda –numerales 1 y 4–, olvidando la tarea de aumentar la sanción ante la difícil realidad por un ataque de esta naturaleza cuando, además de haberse vulnerado a más no poder la dignidad, la persona fue contagiada de una enfermedad de transmisión sexual o se produce un embarazo. La LOPNA como vimos en el artículo transcrito, aumenta la pena en una cuarta parte, si el culpable ejerce sobre la víctima autoridad, guarda o custodia.

8. ACTOS SEXUALES

Cuando el objeto no es el delito de violación, sino el deleite mediante actos sexuales distintos al coito, sin existir la intención de realizar el

[8] http://www.segured.com

acto carnal, pero concurriendo los medios y las circunstancias exigidas en la violación, el legislador lo tipificó como "actos lascivos" (artículo 377) entonces entendidos como portadores del vicio de la lascivia, lujuria o deleite carnal, castigados con prisión de seis a treinta meses y agravándolos cuando se cometieren con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas. El anteproyecto los define como "actos sexuales" (artículo 252) penalizados con prisión de cuatro a ocho años y multa de cuatrocientas a ochocientas unidades tributarias, agravando de ocho a catorce años la pena, cuando la víctima no pudiera resistir o fuere un niño. Si la víctima es adolescente entre trece y quince años de edad, aunque consintiere, las penas indicadas se rebajarán hasta en la mitad.

El delito denominado por el Código vigente "corrupción de menores" (artículo 379) y que exige acto carnal o actos lascivos con persona mayor de doce y menor de dieciséis años, sin mediar ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 375 y sin ser su ascendiente, tutor, ni institutor, se castiga con prisión de seis a dieciocho meses, duplicándose cuando el autor es el primero que corrompe a la persona agraviada, es decir, si el menor era virgen.

En el anteproyecto se recopilan todos los delitos relacionados con los niños y los adolescentes en el título de los DELITOS CONTRA LA FAMILIA, codificando los numerosos crímenes estipulados en la Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) dentro de los cuales se encuentran los de naturaleza sexual, como los actos sexuales con niño y tanto quien los realiza como quien participa en ellos será penado con prisión de ocho a catorce años. El que realice actos sexuales con un adolescente entre trece y quince años de edad contra la voluntad de éste, será penado con prisión de cinco a diez años y si tuviere de dieciséis a diecisiete, será penado con prisión de cuatro a ocho años. Otros delitos de naturaleza sexual que el anteproyecto bien recopila son, la pornografía con niño o adolescente, la exhibición pornográfica de niño o adolescente, la difusión o exhibición de material pornográfico, la explotación sexual, el estímulo a la prostitución, el turismo sexual de niños o adolescentes... etc.

El proyecto elimina la seducción con promesa matrimonial contemplado en el primer aparte del artículo 379 del Código Penal vigente, que considera punible el acto carnal ejecutado en mujer mayor de dieciséis y menor de veintiún años con su consentimiento, cuando hubiere seducción con promesa matrimonial y la mujer fuere conocidamente honesta. Modifica el límite de la mayoría de edad establecido en el Código Civil y señala los veintiún años como el límite superior en lo que a edad se refiere (cubre más el rango de las mayores de edad). El anteproyecto evita calificar y graduar la honestidad e integridad de las personas, así como entrar en análisis superados por el desarrollo cultural de las sociedades y presentar referencias moralizadoras y subjetivas como el cautivar, seducir, encantar y enamorar a alguien, clasificar a las personas según sus virtudes, principios o mejor dicho, tendencias de comportamiento. ¿Qué pretendía proteger el legislador en este caso? Y si de integridad se habla ¿quién es más o menos honesto: el que enamora, seduce y promete para recibir –*quid pro quo*– o quien accede a tener sexo (en este caso me refiero solamente a la mujer mayor de edad) y se convierte en manipuladora de la motivación del hombre para el matrimonio?

9. MODOS DE PROCEDER

En lo que concierne legalmente al modo de proceder, tanto en el Código vigente como el anteproyecto, éste no se iniciará sino por acusación privada de la víctima o de quien represente sus derechos. Se procederá de oficio cuando se hubiere cometido en perjuicio de un niño o adolescente, se hubiere ocasionado la muerte de la víctima, se acompañe la violación de otro delito enjuiciable de oficio, se hubiere cometido en lugar público o expuesto a la vista del público, o la acción se hubiere cometido con abuso del poder paternal o de la autoridad tutelar, profesoral o de funciones públicas. El desistimiento no tendrá efecto si se hace después de dictada sentencia firme.

Psicológicamente, el abordaje a la víctima debe ser multidisciplinario, ésta se adapta mejor cuando recibe apoyo inmediato, cuando es capaz de expresar su miedo y rabia a familiares, médicos, psicólogos y funcionarios de la ley sensibles, pues sabe que los medios de ayuda están

a su disposición. Incluso la detención y el castigo al agresor se perfilan como instrumentos terapéuticos de primer orden. A una persona violada se le ha despojado de su humanidad y para sobrevivir a este trauma es necesario que cuente con ayuda suficiente, que se sienta amparada desde el ordenamiento jurídico legal hasta la intervención policíaca, médica, y asistencial.

La función que cumplen los servicios de urgencias a los que pueden recurrir las personas violadas es de extrema importancia, porque dependiendo del manejo correcto de la identificación de la víctima, devolviendo una imagen especular de la experiencia vivida como estrategia terapéutica, es la clínica adecuada para iniciar el proceso de atención primaria que juega un papel fundamental en el futuro de esos pacientes. El retraso de la atención puede agravar su trauma emocional.

10. CENTROS DE ATENCIÓN A LA VÍCTIMA

En Venezuela existen diversos centros de emergencias para casos de violación que funcionan con profesionales capacitados para este tipo de atención primaria, uno de ellos es la Fundación para la Protección a las Víctimas de la Criminalidad Común (FUNDAPROVIC), creada por el Tribunal Supremo de Justicia en octubre de 2002, línea de atención gratuita que funciona las 24 horas en todo el territorio nacional y todos los días del año a través del 0800-SUPREMO, esto es, 0800-7877366.

FUNDAPROVIC ofrece 3 tipos de ayuda: psicológica, médica y legal. Psicológica mediante la atención hecha por psicólogos de las necesidades inmediatas de las víctimas, donde se maneja correctamente el tiempo y la profundidad de la identificación para que no haya desbordes en la relación terapéutica; se abre espacio para la catarsis, se escucha y se crea una imagen desculpabilizada de lo ocurrido, creando la empatía necesaria para elaborar una estrategia de supervivencia. La ayuda médica se logra por un convenio hecho con la Cruz Roja Venezolana, donde son remitidas. Allí son atendidas gratuitamente, ya sea en la emergencia o en las consultas que llevan al diagnóstico. La asistencia legal es por medio de la información que se da a las personas de todos los recursos, medios e instancias a donde pueden acudir para hacer

valer sus derechos. Referencia obligatoria es la Unidad de Atención a la Víctima de la Fiscalía General de la República.

En el año 2003 a sólo un año de funcionamiento en FUNDAPROVIC se atendieron 76 casos de violación, coincidiendo sus estadísticas en relación con el sujeto activo y el lugar del delito con las presentadas anteriormente.

La sociedad civil organizada, especialmente el trabajo que han sostenido las ONGs que se dedican al área de la mujer y los niños, ha tenido una importante participación y capacidad de respuesta en la creación de programas de atención, sensibilización y prevención de los delitos sexuales. Destacan entre éstas la Asociación Venezolana para una Educación Sexual Alternativa (AVESA), la Casa de la Mujer, FUNDAMUJER, Planificación Familiar (PLAFAM), la Fundación Instituto para el Estudio de la Violencia (FIEV), el Centro de Estudio de la Mujer de la Universidad Central de Venezuela (CEM-UCV) y el Grupo de Trabajo Académico de Estudios de la Mujer de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).

El impacto del trauma, el temor a la acusación, el estar desprovistos de un sistema jurídico penal adecuado y el desconocimiento de las instituciones de protección, hacen que muchas personas violadas elijan el silencio, de allí que la única posibilidad actual de lograr un máximo de operatividad con un mínimo de efecto indeseable requiere mejorar las esferas de atención: sanitaria, policial, judicial y hasta legal.

