

Fernando Parra Aranguren

-Editor-



DERECHO PENAL: ENSAYOS

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos N°13
Caracas / Venezuela / 2005

**KHW5419
D431**

**Derecho Penal: Ensayos / Fernando Parra Aranguren,
editor – Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2005.**

738 p. (Colección Estudios Jurídicos, N° 13)

**1. Derecho Penal – Venezuela. 2. Procedimiento Pe-
nal – Venezuela.**

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

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos N° 13

Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:

ISBN:

Depósito Legal lf:

ISBN:

Fernando Parra Aranguren
-Editor-

DERECHO PENAL: ENSAYOS

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos, N° 13
Caracas/Venezuela/2005

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño
*Primera Vicepresidenta del Tribunal
y Presidenta de la Sala*
Dr. Jesús Eduardo Cabrera
Vicepresidente de la Sala
Dr. Iván Rincón Urdaneta
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz
Dr. Luis Vicencino Velázquez Alvaray
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz
Presidenta de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Levis Ignacio Zerpa
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Dr. Emiro Antonio García Rosas

SALA ELECTORAL

Dr. Juan José Núñez Calderón
Presidente de la Sala
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba
Vicepresidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Dr. Rafael Aristides Rengifo Camacaro
Dr. Luis Alfredo Sucre Cubas

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Carlos Oberto Vélez
*Segundo Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala*
Dra. Yris Armenia Peña de Andueza
Vicepresidenta de la Sala.
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández
Dra. Isbelia Josefina Pérez de Caballero

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez
Vicepresidente de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero
Dra. Carmen Elvigia Porras Escalante

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte
Presidente de la Sala
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
Dra. Blanca Rosa Mármol de León
Dra. Deyanira Nieves Bastidas



Palabras Preliminares

La presente obra, *Derecho Penal: Ensayos*, reúne veinte estudios preparados por docentes de diversas universidades, nacionales y extranjeras, y por profesionales del derecho que han querido colaborar con esta nueva publicación del Tribunal Supremo de Justicia, la Número 13 de la Colección Estudios Jurídicos. Los autores de cuatro de estos trabajos, y ello merece destacarse, desarrollan, en este Alto Tribunal, su actividad profesional.

Diecinueve de las colaboraciones recibidas están vinculadas con el Derecho Penal sustantivo, y una con el Procesal. En ésta, a la luz de los antecedentes, se define y explica la técnica del interrogatorio. En aquéllas, se cubre una amplia variedad de temas, generales y especiales, en el ámbito nacional y en el internacional. Al lado de estudios relacionados con delitos específicos (secuestro, captación indebida, de naturaleza sexual, informáticos) y con temas particulares (alteraciones psicosomáticas, criminalidad y responsabilidad penal; notas históricas sobre participación de testigos; obligatoriedad de la persecución penal; delitos ambientales), otros aluden a la necesidad de la reforma del orden penal vigente (inter alia, la prescripción en la reforma del código vigente; el sistema penal y la reforma legal); un cuarto grupo comenta temas generales (concepto de bien jurídico, perspectiva finalista, presencia del garantismo); y los últimos, no por ello menos importantes, relacionados con aspectos internacionales (responsabilidad internacional y el análisis del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

Se ha cubierto, pues, una variada gama de posibles líneas de investigación que, indudablemente, servirá de fuente de necesaria revisión para quienes ejercen la profesión de abogado, la docencia o se dediquen a la investigación. Pero especialmente la obra va dirigida a quienes se forman en nuestras universidades, nacionales y privadas, para obtener un título, sea de Abogado, Especialista, Magíster o Doctor.

Para terminar, deseamos agradecer, a los colaboradores de esta obra, la generosidad de sus aportes y esperamos que sea recibida con el beneplácito con que han sido acogidas nuestras anteriores publicaciones.

Caracas, 6 de agosto de 2005

Omar Alfredo Mora Díaz

Contenido

Fernando Parra Aranguren , <i>Presentación</i>	9
Angie Andrea ARCE ACUÑA , <i>El Concepto de Bien Jurídico en el Derecho Penal</i>	15
Ana Isabel ARROYO HERNÁNDEZ , <i>Las Víctimas en los Delitos Ambientales</i>	53
Michelle AZUAJE PIRELA , <i>Argumentos para una discusión sobre la constitucionalidad del artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal</i>	87
Alberto BORTONE ALCALÁ , <i>El Delito de Secuestro en el Derecho Penal Venezolano</i>	105
Ángel Edecio CÁRDENAS , <i>Constitución y Reformas del Código Penal</i>	129
Ricardo COLMENARES OLÍVAR , <i>Perspectiva Finalista de la Autoría y la Participación en el Derecho Penal Venezolano</i>	185
Félix A. CROES VÁSQUEZ , <i>El Interrogatorio y su valor probatorio en el proceso penal</i>	243
Mónica FERNÁNDEZ SÁNCHEZ , <i>Las Penas, su ejecución y finalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Perspectivas de un análisis desde sus antecedentes y la dogmática jurídico penal)</i>	271

Federico S. FUENMAYOR G. , <i>Legitimidad del Derecho Penal y Legislación efectista</i>	343
Ricardo J. KLASS , <i>La Obligatoriedad de la Persecución Penal</i>	367
Jorge Nilson MORALES MANZUR y María Alejandra FERNÁNDEZ G. , <i>Presencia del Garantismo en la nueva reforma del Código Penal venezolano: Algunas consideraciones</i>	381
Tulia PEÑA ALEMÁN , <i>Notas Históricas sobre la Protección de Testigos</i>	407
María Inmaculada PÉREZ DUPUY , <i>El Delito de Captación Indevida</i>	421
Jesús Enrique RINCÓN RINCÓN , <i>Situación actual de los Delitos de Naturaleza Sexual en la Legislación Penal Venezolana</i>	447
Elsie ROSALES , <i>Sistema Penal y Reforma Legal en Venezuela: La tensión entre el Estado Constitucional y el Estado Policial</i>	509
Juvenal SALCEDO CÁRDENAS , <i>Delitos Informáticos</i>	569
María Trinidad SILVA MONTIEL DE VILELA , <i>La Prescripción en la Reforma del Código Penal, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia</i>	587
Milagros Mireilli SOTO CALDERA , <i>Análisis del Delito de Daños Informáticos en la Ley Especial contra los Delitos Informáticos</i>	611
Magaly VÁSQUEZ GONZÁLEZ , <i>Responsabilidad internacional por violación de derechos humanos. Un caso: Reforma al Código Penal de 2005</i>	649
Katia YASSÍN ISSA , <i>Alteraciones Psicosomáticas, Criminalidad y Responsabilidad Penal</i>	693

Presentación

I. **Derecho Penal: Ensayos**, número 13 de la *Colección Estudios Jurídicos*, difunde veinte trabajos preparados por docentes en universidades, nacionales y extranjeras, y profesionales del Derecho que, como su nombre señala, versan sobre materia penal. Diecinueve de ellos se ocupan de temas sustantivos, y uno sobre procedimiento.

II. Por orden alfabético redifunden las siguientes colaboraciones:

1. Angie Andrea Arce Acuña (**El Concepto de Bien Jurídico en el Derecho Penal**) investiga el concepto de bien jurídico y su función dogmática en la actualidad; determina la teoría del conflicto y el bien jurídico, y su relación con la teoría de la lesividad. Realza, además, la importancia de la tutela del bien jurídico para la sociedad, en tanto permite mantener una convivencia armoniosa y sana, a la vez que facilita su desarrollo. La clase dominante, a su juicio, determina los bienes jurídicos que se deben proteger en la comunidad: ello conlleva la perversión del Derecho Penal, principalmente en los regímenes autoritarios, al utilizarlo como mecanismo de represión para controlar ideologías diferentes.

2. Ana Isabel Arroyo Hernández (**Las Víctimas en los Delitos Ambientales**) reflexiona sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal con miras a sensibilizar y alertar a los ciudadanos sobre la realidad de la contaminación ambiental. Luego de definir algunos conceptos básicos relacionados con el medio ambiente, víctima e impunidad, asevera la necesidad y conveniencia de protegerlo. Expone, con fundamento en el derecho comparado y en la legislación nacional, la evolución del mismo y equipara este derecho a los naturales y, por ende, esencial del hombre y absoluto.

3. Michelle Azuaje Pirela (**Argumentos para una discusión sobre la constitucionalidad del artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal**) -a la luz de las normas constitucionales, la jurisprudencia y el derecho comparado- analiza el artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal, para precisar el alcance de los derechos presuntamente conculcados a los condenados y concluir afirmando su constitucionalidad.
4. Alberto Bortone Alcalá (**El Delito de Secuestro en el Derecho Penal Venezolano**) estudia este tipo penal, consagrado en el artículo 460 del reformado Código Penal, a la luz de opiniones doctrinales y la doctrina expuesta en la sentencia N° 234 del 14 de mayo de 2002 de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, caso en el cual, por las razones indicadas en su ensayo, se pronuncia a favor de la opinión expuesta en el voto disidente.
5. Ángel Edecio Cárdenas (**Constitución y Reformas del Código Penal**), en la primera parte, desarrolla el tema de las relaciones del Poder Estatal y el Derecho Penal, que deben ajustarse a la normativa constitucional, internacional y a la política criminal con el objeto de reducir la violencia institucionalizada. No comparte la tesis que pregona la eliminación de esta preceptiva, pues "...estar de acuerdo con la desaparición del Derecho Penal sería tanto suponer utópicamente la abolición de cualquier forma de represión de los ciudadanos en una sociedad...". Seguidamente, comenta los principios penales consagrados en la Constitución que permiten, a su entender, desarrollar una Teoría del Delito Garantista. Finalmente, se refiere al Derecho Penal del Enemigo como una evidente expansión de la disciplina en la reciente Reforma del Código Penal.
6. Ricardo Colmenares Olívar (**Perspectiva Finalista de la Autoría y la Participación en el Derecho Penal Venezolano**) estudia la autoría y la participación criminal a la luz del Derecho Penal venezolano para incluir en forma sistemática y sintetizadora los principios esenciales de la doctrina penal moderna en dicha materia. Analiza, además, los modos de complicidad previstos en el artículo 84 del Código Penal.
7. Félix A. Croes Vásquez (**El Interrogatorio y su valor probatorio en el proceso penal**), con fundamento en los antecedentes, define el interrogatorio y explica, dentro del procedimiento penal patrio, su técnica, objetivo, función y valor probatorio, al tiempo que ofrece una comparación de la técnica en varias legislaciones.
8. Mónica Fernández Sánchez (**Las Penas, su ejecución y finalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. [Perspectivas de un análisis desde sus antecedentes y la dogmática jurídico penal]**) divide su estudio en cuatro capí-

tulos: explica, primero, los antecedentes de la creación de una Corte Penal Internacional; analiza, después, cómo puede llegar a establecerse una penalidad por la citada Corte Penal; dedica, el tercero, a las penas, su imposición y ejecución, así como su incidencia en el principio de la legalidad y las consideraciones sobre el Derecho Penal del enemigo con relación a la forma de punición; y en el último, presenta sus conclusiones y recomendaciones para el caso de la aplicación de penas por la referida Corte.

9. Federico S. Fuenmayor G. (**Legitimidad del Derecho Penal y Legislación efectista**), “con el objeto de exponer algunas ideas en torno a la legitimidad del Derecho penal, la legislación efectista, y la incidencia de esta última en aquélla, y, ante todo, con el fin de resaltar la urgente necesidad de una amplia reforma penal sustantiva en Venezuela (*un nuevo, completo e integrador Código Penal*), en aras de tratar de mejorar la convivencia social, presenta algunas notas sobre el fundamento, fin, funciones y futuro del Derecho Penal, para luego abordar el tema de la legislación simbólica, la descodificación (*desmontaje del Código Penal*), el desorden, la hiperinflación y la hipertrofia legislativa-penal en Venezuela”.

10. Ricardo J. Klass (**La Obligatoriedad de la Persecución Penal**) estudia el principio de legalidad del cual derivan la obligatoriedad de diversas reglas como el ejercicio coercitivo de la acción penal pública. Seguidamente, plantea la solución del conflicto por vías más razonables y menos costosas que la coerción estatal para colocar en su justo lugar al ámbito penal de la administración de justicia y dar relevancia a la voluntad de la víctima, que en definitiva resulta la más afectada del conflicto.

11. Jorge Nilson Morales Manzur y María Alejandra Fernández G. (**Presencia del Garantismo en la nueva reforma del Código Penal venezolano: Algunas consideraciones**) abordan el estudio de la Teoría del Garantismo Penal y sus aportes en la reforma del Código Penal venezolano. Así mismo, el de las garantías establecidas en la legislación penal sustantiva, tomando en cuenta las consagradas en la Constitución y los principios rectores que inspiraron la reciente reforma. Finalmente, exponen la necesidad de adecuar el Código Penal a la realidad política, social y económica del país y a las exigencias de la comunidad internacional, como consecuencia de la creación de la Corte Penal Internacional.

12. Tulia Peña Alemán (**Notas Históricas sobre la Protección de Testigos**), la explicación de los antecedentes más significativos de la protección de testigos, la lleva a destacar su importancia en el proceso penal y la imperiosa necesidad que surge en el país de legislar sobre la materia, con ocasión del inicio de la vigencia del Código Orgánico Procesal Penal.

13. María Inmaculada Pérez Dupuy (**El Delito de Captación Indevida**), con base en la Teoría del Delito, estudia el tipo penal tipificado en el artículo 430 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras conocido como “intermediación financiera ilícita”, amén de analizar el tipo en el derecho comparado.

14. Jesús Enrique Rincón Rincón (**Situación actual de los Delitos de Naturaleza Sexual en la Legislación Penal Venezolana**) expone la regulación de los diferentes delitos de naturaleza sexual en el derecho comparado y la situación de estos delitos en la legislación venezolana, los bienes jurídicos tutelados, los sujetos activos y pasivos y las tendencias actuales hacia la denominación “delitos contra la libertad, la integridad, la formación y la indemnidad sexual, así como contra la familia, las relaciones familiares y el orden social” perseguibles de oficio (violación, actos lascivos, la trata de personas y otros).

15. Elsie Rosales (**Sistema Penal y Reforma Legal en Venezuela: La tensión entre el Estado Constitucional y el Estado Policial**) expone las conclusiones del proyecto de investigación Sistema Penal, Estado Constitucional y Reforma Penal adscrito a la línea de investigación Sistemas Penales del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela, cuyo objetivo es analizar el poder punitivo del Estado expresado en el Sistema Penal. Entre otros temas, plantea la función simbólica de la ley penal frente a una política criminal que asegura medidas efectistas, pero que en nada coadyuvan a la disminución de la criminalidad pues la expansión de la ley no sólo desarticula el sistema, generando impunidad, sino que facilita el abuso de poder. Se refiere, asimismo, al fenómeno de la “hiperinflación legislativa”, asociada a la idea de “globalización del control penal”, y los efectos originados por la reciente reforma del Código Penal Venezolano.

16. Juvenal Salcedo Cárdenas (**Delitos Informáticos**) reflexiona sobre la evolución de la criminalidad común a la informática con apoyo en las siguientes interrogantes: ¿en la informática, podrían cometerse los delitos de hurto, robo, estafa, apropiación indebida, delitos de daño?; ¿sobre la informática, o contra la informática, se cometen delitos?

17. María Trinidad Silva Montiel de Vilela (**La Prescripción en la Reforma del Código Penal, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia**) entiende que la prescripción constituye una garantía fundamental del ciudadano frente al *ius puniendi* del Estado, en tanto es una limitación en la persecución penal determinada por el transcurso del tiempo. Por cuanto en estos momentos se discute la reforma del Código Penal, resulta necesaria, a su juicio, la aplicación de las normas existentes para la prescripción en el caso de penas

de prisión, de manera análoga para los casos de presidio y corresponderá al Tribunal Supremo de Justicia establecer la interpretación y correcta aplicación de la ley sustantiva penal sobre la materia.

18. Milagros Mireilli Soto Caldera (**Análisis del Delito de Daños Informáticos en la Ley Especial contra los Delitos Informáticos**), en base a la clasificación de los delitos informáticos y de acuerdo al bien jurídico tutelado: Seguridad Informática, analiza el delito de daños consagrado en la ley sustantiva penal y reflexiona sobre su regulación en la Ley Especial.

19. Magaly Vásquez González (**Responsabilidad internacional por violación de derechos humanos. Un caso: Reforma al Código Penal de 2005**) aborda el tema de la eventual responsabilidad internacional que pueda corresponderle a nuestro país, si el Poder Legislativo aprueba la reforma del Código Penal de este año, por cuanto, a su entender, la misma viola algunas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Fundamenta sus aseveraciones en criterios jurisprudenciales proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

20. Katia Yassín Issa (**Alteraciones Psicosomáticas, Criminalidad y Responsabilidad Penal**), a partir de las nociones de salud y enfermedad, estudia los fenómenos que afectan la psique, el soma, los trastornos sexuales, el retraso mental y los relacionados con la ingesta de una sustancia alcohólica, estupefaciente y psicotrópica, todo ello con el propósito de relacionar las alteraciones psicosomáticas con la criminalidad.

III. El Tribunal Supremo de Justicia espera que esta nueva obra sea recibida con beneplácito por la comunidad jurídica nacional, a quien va dirigida, y agradece, una vez más, aun cuando nunca será suficiente, la generosa contribución recibida en su preparación, tanto a quienes colaboraron con sus ensayos, como a quienes –con o sin mencionar razones– no pudieron realizarlo. Todos pusieron su grano de arena en hacerlo realidad. Para concluir, quien suscribe desea expresar su agradecimiento a la *Magíster Scientiarum* en Ciencias Penales y Criminológicas, Tulia Peña Alemán, por su ayuda en la preparación de estas líneas que la presentan.

Caracas, 8 de agosto de 2005

Fernando Parra Aranguren

El concepto de bien jurídico en el derecho penal

Angie Andrea ARCE ACUÑA*

*Todo Derecho existe para el hombre. Tiene por objeto la defensa
de los intereses de la vida humana (Lebensinteressen). El
Derecho es, por su naturaleza, la protección de intereses, la idea
de fin da fuerza generadora al Derecho.*

Frank Von Listz

SUMARIO:

Introducción

1. Aspectos esenciales sobre la teoría del bien jurídico.
2. La función dogmática del bien jurídico.

* **Universidad Escuela Libre de Derecho**, Costa Rica, Licenciada en Derecho con mención *Cum Laude Probatus*. **Colegio de Abogados de Costa Rica**, Título de Abogada. Título de Notaria Pública de Costa Rica, **Dirección Nacional de Notariado Costa Rica**. **Universidad Libre de Derecho**, Bachiller en Derecho con certificado de *Excelencia Académica*. **Universidad Escuela Libre de Derecho**, culminando el curso de Doctorado para optar por el grado de Doctor en Derecho Penal. **Universidad Latina de Costa Rica**, estudiante de Quinto Cuatrimestre de la carrera de Medicina General. Libre ejercicio de la profesión de Abogada, especialmente en el área del Derecho Penal. Autora de diversas monografías difundidas en revistas especializadas.

3. **La conflictividad y la lesividad en el bien jurídico.**
4. **La teoría del riesgo y su relación con el bien jurídico.**
5. **La realidad del bien jurídico y su ciencia ficción.**
6. **El concepto de bien jurídico en los delitos de peligro concreto y en los de peligro abstracto.**
7. **Relación entre bien jurídico, pena y culpabilidad.**
8. **El *ius puniendi* y la búsqueda del punto de equilibrio.**
9. **El rescate del concepto de bien jurídico.**

Conclusión

INTRODUCCIÓN

Todos vivimos en un navío espacial llamado Tierra, donde los seres humanos, dotados de una inteligencia superior al resto de los seres que la habitan, se encuentran organizados en grupos llamados sociedades, distribuidos a todo lo largo y ancho del planeta. Dentro de este sistema de organización denominado “sociedad”, existen reglas básicas de obediencia para procurar la convivencia armónica de todos, cuya herramienta más efectiva para lograr el cumplimiento y respeto de éstas, es a través del derecho, donde existen pautas previamente establecidas a conciencia por sus integrantes, que permiten determinar cuándo es necesario poner un castigo o un límite, a una situación que afecta a la colectividad en general.¹

Siendo nuestro interés el llegar a conocer el tema del bien jurídico, es necesario comenzar por analizar de dónde parte y cuál es su importancia. El hombre, al vivir en una sociedad, debe crear parámetros que le permitan hacerlo de forma ordenada, y esto no es un problema nuevo sino conocido por toda la humanidad desde hace cientos de años. En las civilizaciones más antiguas existían distintos valores a respetar, cuyo desacato o violación hacía acreedor al transgresor hasta de la muerte. Estos conceptos, por el avance y desarrollo cultural y social de la humanidad, han ido variando de acuerdo a la época en la que se vive. Por lo que los valores que fueron importantes para la monarquía y los regímenes dictatoriales y totalitarios, ya no son los mismos que imperan en los países democráticos y liberales.

¹ Manso Porto (Teresa), *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 22.

Para resguardar esos preceptos, que resultan de suma importancia para las sociedades, se crean normas. De esta manera, las normas jurídicas gozan entonces de vida, ya que reflejan la realidad social de una época y unas circunstancias determinadas, esbozadas a través del derecho vigente, viniendo a constituirse el Derecho Penal en la carta de presentación de una sociedad.²

Podemos por lo tanto afirmar, que los bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la sociedad prescribe, para mantener una convivencia armoniosa y sana, lo cual permite a la persona su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social, siendo los más importantes: la vida, la libertad, la salud y el patrimonio.

Existen bienes jurídicos individuales, que son aquellos que afectan a los seres humanos directamente y en forma personal (la vida, la integridad personal, la libertad, la salud individual, etc.), y que se encuentran generalmente comprendidos dentro de los llamados delitos contra las personas. Así como bienes jurídicos colectivos, también denominados sociales, comunitarios o universales, y hasta supraindividuales, que afectan más a la sociedad como tal, al sistema social o al Estado, que al propio individuo en particular, siendo los más relevantes la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, la organización política y la economía.

Cada etapa histórica establece los bienes jurídicos que considera se deben proteger, y esto lo hace la sociedad de acuerdo a los valores y principios imperantes en la época de que se trate, tomando en cuenta las concepciones éticas, morales y ciudadanas predominantes en ese momento, así como las necesidades sociales, ideológicas y económicas concretas de esa sociedad. El mundo ha pasado por muchas etapas terribles, signadas por persecuciones religiosas, políticas, raciales y sociales. La “santa” inquisición, la revolución rusa de 1917, el fascismo y el nazismo, son, entre muchos otros, claros ejemplos del grado de descomposición al que pueden llegar los pueblos, al pretender imponer posiciones extremas de fanatismo e intolerancia, “creando” supuestos bienes jurídicos, con el único objetivo de justificar y darle piso jurídico a sus exabruptos, atropellos y arbitrariedades.

Por ello, generalmente, los intereses del grupo o clase dominante en una determinada sociedad, es la que impone cuáles son los bienes jurídicos que se

² Muñoz Conde, (Francisco). *Derecho Penal. Parte General*, p. 65.

deben proteger. Esto es una perversión del concepto de bien jurídico, que, en oportunidades, ha llevado al cometimiento de abusos y violaciones graves contra buena parte de la sociedad, usualmente contra la opinión de la mayoría, que presencia con impotencia y estupor tales desmanes. Esto se observa principalmente en los regímenes autoritarios, cuando se pretende utilizar al Derecho Penal como órgano de represión para controlar o acabar con la oposición política, promulgando, por ejemplo, normas para evitar las manifestaciones, o penalizando conductas de rechazo ciudadano, las cuales son normales y permitidas en cualquier sociedad libre, justa y democrática.

En relación con el bien jurídico existe una concepción dualista, que considera que se deben proteger tanto los bienes jurídicos individuales como los sociales, ya que la convivencia pacífica, obtenida y asegurada a través del orden y la paz social, son también bienes jurídicos del individuo, indispensables para lograr el desarrollo de las personas en todas sus manifestaciones. Sin embargo, también hay una concepción monista del bien jurídico, que le da más importancia a la protección del sistema social y, por ende, de los intereses universales y colectivos, y, sólo en un segundo plano, toma en cuenta los intereses del individuo y los bienes jurídicos que directamente le atañen.

La norma penal, como cualquier norma jurídica, debe su nacimiento a la labor de los legisladores, los cuales, en un Estado democrático y de derecho, se supone representan a los habitantes de un país. Pues bien, los legisladores, mediante procesos valorativos, seleccionan cuáles bienes merecen ser protegidos por el derecho penal, incriminando ciertas conductas o comportamientos, que consideran que lesionan o ponen en peligro a esos bienes jurídicos. Esa protección la realizan los legisladores a través de la creación de tipos o figuras delictivas, esto es, situaciones abstractas no deseables e incompatibles con un sistema social determinado. En cambio, la tipicidad de una conducta la determina el Juez, al realizar un juicio valorativo de atribución de responsabilidad en una situación real y concreta, subsumiéndola en la abstracta y genérica prevista en la norma, en el tipo penal. De esta manera, el tipo es producto del legislador, y la tipicidad es producto del Juez, por lo que, desde la perspectiva normativa, el tipo penal es expresión de un desvalor de la acción.

Así, los tipos penales expresan un desvalor en relación con el bien jurídico protegido, pero no es un desvalor ético individual, sino un desvalor social objetivo. Es un juicio de desvalor *ex ante*, que tiene por objeto establecer de forma objetiva y con antelación al hecho, lo que hubiera pronosticado un observador objetivo en el momento de la realización del mismo. Es, como dice Bustos Ramírez, “sin duda una ficción, pues se trata de suponer con posterior-

ridad, esto es, con el conocimiento cierto de lo que efectivamente sucedió, lo que hubiera podido pronosticar una persona inteligente y con conocimientos especiales de las ciencia o arte de que se trate, si hubiera estado en ese lugar y en ese momento”.³ En cambio, el juicio *ex post* es una constatación valorativa que se hace con posterioridad al hecho y con todos los datos de lo que realmente ha sucedido.

En este trabajo pretendo alcanzar los siguientes objetivos:

Objetivos generales:

- a) Investigar el concepto de bien jurídico en la Doctrina.
- b) Analizar su función dogmática actual.
- c) Determinar la teoría del conflicto y el bien jurídico.
- d) Conocer la relación entre la teoría de la lesividad y el bien Jurídico.

Objetivos específicos:

- a) Analizar el concepto de bien jurídico desde el punto de vista real y metafísico.
- b) Determinar los fines democráticos del bien jurídico en la sociedad.
- c) Conocer la relación que existe entre bien jurídico, culpabilidad y pena.
- d) Proponer un rescate del concepto de bien jurídico.

Comencemos por plantearnos la siguiente pregunta: ¿Es el bien jurídico la herramienta que por excelencia sirve para construir una teoría del delito basada en un Estado Social de Derecho y de Justicia, y que pone un límite al *ius puniendi* del Estado?

1. ASPECTOS ESENCIALES SOBRE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

El Derecho Privado parte del concepto que el derecho en sí es un conjunto de valores, que se encuentran resumidos en las normas o que componen a las mismas, y que representan los intereses que los hombres desean proteger. Según la

³ Bustos Ramírez, Juan. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. II. Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 31 y 32.

teoría dogmática, la base del derecho son precisamente las normas, planteando que la norma jurídica va a estar conformada por comportamientos permisivos y prohibitivos. Vienen a tutelar valores y en la regulación de conductas permisivas y prohibitivas donde se encuentra el interés de comunidad que tiene que ver con el hombre. Para este sector del derecho lo que debe protegerse o tutelarse es ese valor, o interés que permite guardar el orden en la sociedad.

Desde este punto de vista, el Derecho Penal, como lo afirma el profesor Roxin,⁴ tiene como finalidad última el mantenimiento del sistema social, a través de presupuestos imprescindibles para una existencia en común que concretan una serie de condiciones valiosas, los llamados bienes jurídicos. Es cierto que el derecho penal denomina a esos conceptos valiosos o de interés como bienes, que nos sugieren la posesión de un algo que es de valor para la sociedad, y que a final de cuentas cumple el mismo propósito del concepto privatista el dar importancia suprema a determinadas conductas sociales.

El concepto de bien jurídico fue introducido por Hirnbaum en 1834, y hasta hoy es tema central de discusión por su evidente importancia, y es que ese pequeño nombre “bien jurídico”, lleva sobre sus hombros la razón de ser del Derecho Penal, al menos en un sistema democrático. El bien jurídico es, en mi criterio, aquello que le da sentido al Derecho Penal y que lo llena de vida, de energía y de significado. El bien jurídico nace como principio liberal, que pretende tutelar y regular la potestad punitiva del estado, tomando como límite al derecho subjetivo propio de la ilustración y fundamentándose en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Para Von Liszt, el concepto de bien jurídico es anterior al derecho, por lo que desarrolla una función crítica y limitadora, pues este contenido material (antisocial) del injusto, es independiente de su correcta valoración por el legislador, ya que es meta jurídica. La norma lo encuentra no lo crea. Von Listz señala literalmente que “El Derecho es la ordenación de la Sociedad organizada en Estado, se manifiesta en su sistema de normas coercitivas que ligan a los particulares como a la comunidad y que garantizan la consecuencia de los fines comunes”.⁵

Según este autor, el bien jurídico es el interés jurídicamente protegido, porque todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección del

⁴ Claus, (Roxin), *Derecho Penal parte general tomo I*, Editorial Civitas, 1998, p. 1072.

⁵ Von Liszt, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Traducido por Luis Jiménez de Asúa, Tomo segundo, segunda edición, Madrid, editorial Reus, 1927, p. 1.

Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. De esta manera, la necesidad crea la defensa y con el cambio de los intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos, porque donde hay vida existe la fuerza que aspira a manifestarse libremente, a desarrollarse y formarse sin trabas.

Las esferas de acción de la voluntad, señalaba Von Liszt, tarde o temprano se cruzan en innumerables puntos, de allí que adquiere interés para uno u otro individuo cierto comportamiento. La voluntad general, o sea, el Estado, procura el orden jurídico, en la separación de los intereses no autorizados. El orden jurídico determina la esfera de acción (Matchtgebiete) de cada uno, hasta donde llega la voluntad de cada persona. En palabras de Von Liszt, los intereses de la vida son elevados a relaciones jurídicas, a bienes jurídicos, haciendo de la situación de la vida (Lebensverhältnis), una situación de Derecho (Rechtsverhältnis), refiriendo los derechos y deberes a sujetos determinados. La protección jurídica es protección por las normas, siendo éstos los conceptos más importantes para el derecho.

En opinión de Binding, el bien jurídico es la determinación del concepto inminente al sistema penal, y es por tanto convicción del legislador. Según Rudolph y Bricola, la determinación de este concepto debe ser basada según el texto constitucional, que no es simplemente formal sino debe hacerse una consideración material de los conceptos allí contenidos y entonces el legislador se moverá dentro de los ámbitos del bien jurídico.

A mi parecer, el bien jurídico es un concepto que además de ser tomado de los más profundos sentimientos constitucionales de un país, debe aplicarse por el legislador existiendo una conciencia previa de necesidad, determinada por una política criminal verdaderamente adaptada a la realidad social, de este modo, el legislador podrá de forma acertada tutelar el bien jurídico que la sociedad necesita, que no se crea, sólo se determina.

Ahora bien, la gran mayoría de los penalistas considera que el Derecho Penal tiene como función la protección de bienes jurídicos y que, para cumplir con dicha finalidad, utiliza a la norma penal. De esta manera, se puede decir que la norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, a los individuos para que se abstengan de dañar esas condiciones elementales, teniendo así la norma penal una doble función: protectora y motivadora.⁶

⁶ Muñoz Conde, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*. Tirant lo Blanch. Valencia 2000, 96 pp. Mezger, Edmund. *Modernas Orientaciones de la Dogmática Jurídico-penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Tirant lo Blanch. Valencia 2000, 77 p.

La función protectora de bienes jurídicos que realiza el Derecho Penal, implica, el que la sociedad haga, en primer lugar, una valoración sobre los bienes individuales y colectivos, que considera deben ser elevados a la categoría de bienes jurídicos, es decir, que deben ser respetados por todos los ciudadanos, ya que, de no hacerlo, serán objeto de una sanción penal.

En cambio, la función motivadora del Derecho Penal, consiste en que éste se convierte en un instrumento de motivación del comportamiento humano en sociedad, mediante una serie de mecanismos y procesos psicológicos, que inducen a los ciudadanos a respetar esos bienes jurídicos. Estos son mecanismos de control, de ejercicio de la autoridad, de conciencia ético-social, que coaccionan a los integrantes de la sociedad con la amenaza de la sanción penal, especialmente, con la pena privativa de libertad. Sin lugar a dudas, la pena de prisión sirve así para motivar los comportamientos de los individuos, operando como un efectivo control social.

El control social es indispensable para cualquier sociedad, es un instrumento de socialización de sus miembros, es básico para determinar los límites de la libertad humana en la sociedad, de disciplinamiento del comportamiento humano en la comunidad, asegurando el cumplimiento y acatamiento de las normas de convivencia, confirmándolas y estabilizándolas, y, en caso de violación o incumplimiento de alguna norma, imponiendo la sanción correspondiente.

La teoría del bien jurídico somete a un examen crítico, permanente y participativo, al objeto protegido por la norma penal, por ello, es una teoría muy dinámica, va incriminando y despenalizando conductas, según vaya constatando la vigencia y necesidad de protección de un determinado bien jurídico. Así, la teoría del bien jurídico cumple una muy importante función de carácter dogmático dentro de la actual teoría del delito, ya que constituye el fundamento del injusto, es el criterio determinante de los desvalores que conforman el injusto.

En el injusto se pueden apreciar dos momentos valorativos diferentes, el primero es el de la tipicidad, que contiene el desvalor social del acto, y el segundo momento, el de la antijuridicidad, que contiene el desvalor social del resultado. Ambos momentos comparten el hecho de tener al bien jurídico como fundamento.

Como señala Enrique Cury, “La ciencia del derecho penal es una dogmática, en el sentido positivista, porque para ella las normas de la ley en vigor constituyen un dato cuyo valor puede cuestionar, pero cuya existencia se le impone”.⁷

⁷ Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, p. 120.

A mi juicio, podríamos resumir la función dogmática de la teoría del delito en la actualidad, en la necesidad que tiene en este momento la sociedad moderna, de analizar minuciosamente, a través de una política criminal adecuada y racional, el determinar qué bienes jurídicos deben protegerse, así como la forma en que debe concretarse dicha protección.

2. LA FUNCIÓN DOGMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO

Como se ha podido constatar durante el transcurso de este trabajo, el bien jurídico es uno de los temas más importantes de la dogmática jurídica penal, y, aunque la inmensa mayoría de los autores coinciden en que el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos, por considerar que detrás de cada figura delictiva debe estar siempre y necesariamente presente un bien jurídico, que ha sido efectivamente lesionado o, al menos, puesto en peligro, sin embargo, en varios aspectos no existe precisamente unanimidad.⁸ Entre esos aspectos donde no hay total acuerdo, resaltan: el definir qué debe entenderse por bien jurídico, la manera de seleccionar cuáles son los bienes que merecen ser protegidos por el Derecho Penal, si para ello debe tomarse en cuenta la pura y simple realidad o debe dársele a la misma algún tipo de valoración, y si sólo deben protegerse bienes jurídicos individuales o también los colectivos, todo lo cual implica analizar la necesidad, razón de ser, vigencia y función del principio o teoría del bien jurídico.

Como señala Berdugo,⁹ existen dos grandes opciones a la hora de abordar qué es y para qué sirve el bien jurídico, esas opciones arrancan de Binding y de Von Liszt. En la concepción de Binding, estamos ante un bien del derecho, es una creación del legislador, tiene una categoría formal, se identifica al delito con contravención de norma, se da una orden y ésta debe ser obedecida, sin discusión, renunciando así el ciudadano a enjuiciar y a criticar la decisión del legislador, y, especialmente, a ponerle límites al poder punitivo del Estado. En cambio, Von Liszt ve el bien jurídico como un bien de los hombres, que se encuentra reconocido y protegido por el Derecho y que cada sociedad valora y determina, de acuerdo a los criterios y creencias del grupo,

⁸ Uno de los ejemplos más notables de ello, es el muy conocido planteamiento del Profesor Gunther Jacobs, considerando que lo que realmente protege el Derecho Penal no son bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma. Ver Jacobs, Gunther. *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Ed. Jurídicas Cuyo. Mendoza. 2001. 67 pp.

⁹ Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio. *Reflexiones sobre la Problemática del Bien Jurídico*, en V.V.A.A., *Hacia el Derecho Penal del Nuevo Milenio*. Ed. Inacipe. México. 1991, pp. 131-140.

así como del momento histórico en que se encuentre, pero sobre todo, de sus intereses. Según esta concepción, el bien que va a ser elevado a la categoría de jurídico, es objeto de valoraciones sociales previas a la decisión del legislador penal, quien simplemente se limita a concretar y cumplir los deseos ya expresados por la comunidad, la cual actúa de acuerdo a sus intereses. Limitándose así, adecuadamente, el *ius puniendi* del Estado, que queda subordinado a los deseos de la sociedad y de su realidad social. Por ello, según Von Listz, “el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”.¹⁰

La situación es, como afirma Octavio de Toledo, que “Toda norma jurídica incriminadora surge por y para amparar algo. Y a alguien. Algo y alguien relacionados. Relación que expresa un interés. Sea cualquiera el lugar, el tiempo y el signo político de ese surgimiento y sea cualquiera la índole del interés, tengo por cierto que una norma jurídica incriminadora nace porque y para que un interés resulte preservado. Y en el momento en que esa norma alcanza vigencia, y sus términos reflejan adecuadamente la protección buscada con ella, aquel interés –preexistente– se transforma en interés jurídico. Y en el mismo instante, la taumaturgia del Derecho lo tornará en un ‘bien’. Tanto si, con óptica metafísica o material, el interés se estima (individual y/o colectivamente) ‘bueno’, como si no se entiende así. De aquí el calificativo con que se acompaña al nombre: un bien, ciertamente; pero un bien jurídico”.¹¹

En relación al concepto de bien jurídico, no a todos los autores les parece adecuado el término “interés”. Para Hassemer, “interés” es un concepto vacío que cada uno puede rellenar a su arbitrio, no obstante ello, cuando define el bien jurídico, este autor utiliza precisamente la palabra “interés”, afirmando que bien jurídico es el “interés humano precisado de protección jurídico-penal”.¹² Otros autores prefieren hablar más bien de “satisfacción de necesidades” o de “valor”. Octavio de Toledo considera que los términos bien y valor son más metafísicos y que es más apropiado utilizar “interés”, el cual tiene la ventaja de ser un concepto que abarca también a las “necesidades”.¹³ Conside-

¹⁰ Von Listz, citado por Berdugo, *Ob. Cit.*

¹¹ Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio. *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1990, pp. 5 y 27.

¹² Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 1989, pp. 111-112. Citado por Octavio de Toledo y Ubieto. *Ob. Cit.* pp. 5 y 6.

¹³ *Ibid.* p. 6.

rando que el concepto de bien jurídico debe ser material, rechazando así los términos “dañosidad social” y “derecho subjetivo”.

Hassemer distingue entre concepciones del bien jurídico de carácter crítico y concepciones de carácter sistemático. Octavio de Toledo prefiere hablar de una función prevalentemente política y otra dogmática. La función política se desarrolla en el momento legislativo, en cambio, la función dogmática se desarrolla en el momento judicial de la interpretación y la aplicación de la ley.

En el ámbito legislativo, la idea de bien jurídico tiene dos aspectos, uno negativo y otro positivo. El aspecto negativo es aquel que se ejerce limitando, reduciendo y restringiendo el poder punitivo del Estado, evitando que se dicten leyes antidemocráticas, inconstitucionales e inconvenientes a los intereses de la mayoría de la población. El aspecto positivo se refiere a la forma de obligar al Estado a dictar sabias y adecuadas leyes que real y eficazmente protejan los bienes jurídicos que constituyen los verdaderos y genuinos intereses de la población. Todo ello, lógicamente, dentro del marco de la Constitución.

Es igualmente importante el ámbito judicial, ya que para que el Juez efectúe una adecuada interpretación y aplicación de la norma penal, es necesario contar con Jueces preparados, imparciales e idóneos, lo cual tampoco puede lograrse en un gobierno dictatorial, donde la selección de los Jueces se hace generalmente en base a los intereses del Estado, no del Derecho.

En relación al bien jurídico, explica Hirsch que “Después que el ordenamiento jurídico ha tomado un bien bajo su protección general –por medio del establecimiento de una norma general– él ingresa en el ámbito comprendido por el Derecho, y se necesita, pues, de una permisión jurídica para transformar en justificada (no antijurídica), por excepción, una acción que jurídicamente es considerada, por principio, como negativa, y, por ello, normalmente, como antijurídica”.¹⁴

Muchos consideran que algunos tipos penales son en realidad simples delitos de mero quebrantamiento de normas o deberes, de desobediencia, o que se relacionan y pretenden proteger a caducos y obsoletos deberes matrimoniales, familiares o filiales, o para con el Estado, el fisco o la autoridad, o que son resabios de deberes éticos y morales que deberían ser excluidos como hechos punibles y, hasta permitidos, cuando algunas de esas conductas realmente

¹⁴ Hirsch, Hans Joachim. *Derecho Penal. Obras completas*. Tomo I. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 1999. p. 101.

ocasionan una lesión o puesta efectiva o potencial en peligro, de intereses relevantes de la sociedad, como son la familia, el matrimonio, la salud. En este sentido, podemos mencionar, la violación y otros abusos sexuales, el incesto, el aborto, el consumo de drogas, etc.

Existen ejemplos claros donde es necesaria la realización de valoraciones éticas, uno de ellos lo encontramos en la protección del bien jurídico vida humana, tanto en relación con el aborto como con la eutanasia activa directa, donde se pretende dejar un espacio libre a la decisión del médico y, sobre todo, a la del paciente. No siendo posible la renuncia a la absolutamente necesaria valoración por parte del ordenamiento jurídico, por tratarse del bien más fundamental e importante de todos, lo que hace imperioso su estricta regulación, que impide totalmente, como pretenden algunos, la exclusión de la antijuridicidad y la creación de una causa de justificación, planteando solapadamente que se deje sin protección, en el caso del aborto, a la vida del feto o embrión. Cuando la realidad es que no hay soluciones adecuadas para esos problemas. Y, por ejemplo, en cuanto al aborto, éste sólo puede ser una causa de justificación, cuando haya que escoger entre la vida de la madre o del feto, es decir, cuando se trate del llamado “aborto terapéutico”. De tal manera que, en las modernas sociedades de hoy, regidas por sistemas democráticos, debe respetarse, los conceptos socioéticos imperantes en la sociedad, contra los ataques dolosos a bienes jurídicos ajenos.

Posterior a Von Liszt, con la llegada del neokantismo y las teorías de Welzel, el debate en materia penal se llevó a aspectos primordialmente sistemáticos, y se situó el bien jurídico en el mundo de los valores. Es en los años 60 y hasta nuestros días, que resurge la discusión sobre el bien jurídico, con los planteamientos sobre reformas penales, la dogmática crítica y la “laiquización” del derecho penal, lo que llevó a excluir de la tutela penal a algunos comportamientos que sólo son inmorales, pero que no constituyen delitos. Tal es el caso de las relaciones sexuales homosexuales entre adultos, la prostitución de personas mayores de edad, el bestialismo, etc. Así como otros comportamientos que no tienen mayor trascendencia penal y no suponen ningún obstáculo para el mantenimiento del sistema social imperante.

La evolución y democratización del concepto de bien jurídico ha estado estrechamente vinculada a la transformación que ha tenido la estructura del Estado. El Estado absolutista desapareció y le dio paso al Estado liberal, al Estado de Derecho, el cual, con su contenido garantista, le ha dado a su vez paso al Estado social, democrático, de derecho y de justicia, que no sólo protege bie-

nes jurídicos individuales, sino que, cada vez más, se dedica también a proteger intereses colectivos de la sociedad.

3. LA CONFLICTIVIDAD Y LA LESIVIDAD EN EL BIEN JURÍDICO

Según Zaffaroni, “no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos, entendidos como los elementos de que necesita disponer otro para autorrealizarse (sea lo que elija ser de acuerdo a su conciencia)”.¹⁵ Este autor analiza el bien jurídico dentro del principio de lesividad, considerando que “no puede admitirse que alguien pretenda imponer penas cuando no hay un derecho afectado, dado que con ello no sólo está lesionando el derecho del penado sino también el del resto de los habitantes”.¹⁶

Por ello, Zaffaroni nos habla de la tipicidad *conglobante*,¹⁷ como lesividad o afectación del bien jurídico, indicando que el tipo objetivo no comprueba o imputa cualquier *pragma*,¹⁸ sino un *pragma conflictivo*, por lo que es necesario verificar la conflictividad. Según Zaffaroni, la tipicidad conglobante cumple su función reductora verificando que exista un conflicto (*conflictividad*), lo que implica una lesividad objetivamente imputable a un agente (*dominabilidad*). Por decirlo de otro modo, “mediante la función conglobante del tipo objetivo se establece la existencia misma del conflicto, que para ser tal requiere comprobar tanto su *lesividad* como su *pertenencia* a un agente”.¹⁹

De acuerdo con Binder: “Aquello que llamamos *Estado de Derecho* es un determinado punto de equilibrio o armonía entre el poder y el derecho, de modo tal que éste aparece, fundamentalmente, como un límite al poder. Por otra parte, lo que llamamos conciencia jurídica ...es la conciencia de que el Derecho limita al poder. Las normas pueden ser, así, tanto instrumentos de dominación como de liberación. La política criminal de un país ...es el termómetro preciso de la vigencia de los derechos humanos”. Para él, el Sistema de Justicia Penal es “el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal”, y “La política criminal es, pues, un conjunto de decisiones (técnico-valorativas) relativas a determinados instrumentos. Sus instrumentos

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Ediar. Buenos Aires. p. 120.

¹⁶ *Ídem*.

¹⁷ Es conglobante porque verifica tanto la tipicidad y la antinormatividad, como la conflictividad y la lesividad.

¹⁸ Entendiéndose el término “pragma” como un hecho o acontecimiento.

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Ob. Cit.* p. 461.

son muchos, pero sin duda son los principales las normas penales (que definen las conductas prohibidas y las sanciones a esas infracciones) y las normas procesales (que definen el modo como el Estado determinará que esa infracción ha existido, quiénes serán los protagonistas de ese segundo proceso de definición, quién será el sancionado y cuál será la clase o gravedad de esa sanción)". Considera que la Eficiencia, es "la búsqueda de una aplicación eficaz de la fuerza estatal".²⁰

El caso es que, aunque Binder no lo confiesa abiertamente, ni parece reconocerlo, es un abolicionista, para él, la solución es la eliminación del derecho penal, especialmente de las penas, fundamentalmente de la de prisión. Por ello, a veces nos dice cosas como ésta: "El hecho de que le pongamos el nombre de delito no quita que se trate de un conflicto. En última instancia el robo no es más que un conflicto entre dos personas que quieren usar las mismas cosas al mismo tiempo, y así podríamos definir cada delito si, independientemente de la legitimidad, comprendemos que cada uno de estos hechos está marcando un conflicto social".²¹ Estoy en total desacuerdo con esta afirmación de Binder, ya que, precisamente para evitar que los delitos se vean y se manejen únicamente como "conflictos entre dos personas", es que está el Estado moderno, se pagan impuestos, y se cuenta con una organización policial y un sistema judicial penal, que deberían funcionar con eficiencia, aunque no lo hacen, de otra manera, sería la jungla, la ley de la selva y del más fuerte, que, por cierto, en la relación delincuente-víctima, generalmente es el delincuente.

Pero, en la relación delincuente-Estado, afortunadamente, el más fuerte es el Estado, como debe ser. Binder trata de justificar ese tipo de planteamientos, de la existencia de una especie de conflicto personal sin importancia entre el delincuente y la víctima, con ejemplos como que "...era tal la distancia que existía entre el momento en que se produjo el conflicto y el momento del debate, que todo el mundo se olvidó de lo ocurrido o la comunidad se arregló por sus propios medios".²²

Habría que ver qué significado tiene para Binder el que, "todo el mundo se olvidó de lo ocurrido" y que la comunidad, se arregló por sus propios medios.

²⁰ Binder, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. Ed. Ad-hoc. Buenos Aires. 1999, p. 364. Binder, Alberto M. *Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal*. Ed. Ad-hoc. Buenos Aires. 2000. 463 pp.

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.

Esto no solamente es falso en la inmensa mayoría de los casos, sino que, además, es lo más absurdo e indeseable que puede ocurrir, que los delitos sean “arreglados” mediante el “olvido” y el desinterés de la colectividad. Finalmente, Binder agrega, “como si esto fuera poco, los juicios se hacen en los palacios de justicia, poniendo una enorme distancia cultural, y no en los barrios afectados, donde la gente quiere ver la justicia en acción”. Esto se parece mucho a lo que repetía un ex-canciller peruano, que afirmaba: “la mitad de los problemas no tienen solución, y la otra mitad, se solucionan solos”. Es decir, no hagamos nada, dejemos a los ciudadanos totalmente desvalidos ante la delincuencia desatada. No, la solución sí existe, es la aplicación pronta, rápida, justa y eficaz del derecho, sin distinciones ni discriminaciones, pero también, sin contemplaciones.

El conflicto es muy complejo, no sólo es entre el delincuente y la víctima, también es entre el infractor y la comunidad, con toda la colectividad y con el propio Estado, que está obligado a velar por la persona ofendida o lesionada, para hacer valer sus derechos e intereses, así como para hacer cumplir y respetar las leyes, y sancionar a quien las viole, ya que para eso es, precisamente, que la gente vive y se integra en sociedad, y promulga normas, especialmente en sociedades civilizadas y democráticas.

4. LA TEORÍA DEL RIESGO Y SU RELACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO

La teoría o principio del riesgo, cuyo primer y principal impulsor en la época reciente, ha sido Claus Roxin, ha tratado de resolver los serios problemas de imputación que, a su vez, constituyen problemas de tipicidad objetiva, que, como dice Zaffaroni, “no tienen solución unívoca”.²³ La imputación objetiva no es un concepto claro y preciso, ya que en torno a él existe cierta confusión y no hay una sola teoría que explique y solucione, al menos bajo un único criterio, los diferentes problemas que se presentan según que el acto sea culposos o doloso, activo u omisivo.

Según Zaffaroni,²⁴ la primera teoría de la imputación objetiva fue la teoría de la causalidad, que le permitía a Von Liszt resolver todos los problemas de imputación objetiva a través de la causalidad. Pero las tentativas de lograr una base teórica imputativa válida para todos los tipos penales no ha sido posible. Con

²³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Ediar. Buenos Aires. 2000. 1017 páginas, p. 445.

²⁴ *Ibid.*

ese objetivo se han tratado otras teorías, como la del puro desvalor de la acción, la cual ya ha sido dejada a un lado por la dogmática alemana.

Actualmente imperan dos corrientes principales de imputación objetiva, dentro de lo que se ha llamado el funcionalismo sistémico penal: la primera, considerada restrictiva y liderada por Roxin, que afirma que la función del poder punitivo es la prevención de riesgos para los bienes jurídicos; y la otra, amplia, encabezada por Jacobs, que, a pesar de que también reconoce que la idea del riesgo es central, señala que la función del poder punitivo es el reforzamiento del sistema mediante la certeza de la interacción conforme a roles, imputándose las desviaciones respecto de las expectativas dirigidas al portador del rol.

De acuerdo con la teoría del riesgo propulsada por Roxin, un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico, no cubierto por un riesgo permitido, y ese peligro se ha realizado. Esta teoría tiene como base la afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos y considera que sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana, cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico.

El juicio de imputación objetiva tiene así, según Roxin, dos elementos:

1. La existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado.
2. El resultado debe ser la expresión de un riesgo jurídicamente desaprobado implícito en la acción.

El riesgo jurídicamente relevante es aquel no permitido, el que suponga la posibilidad objetiva de que se realice el resultado típico, donde exista por parte del autor la posibilidad de controlar o dominar el curso causal del hecho. Se descartan así los riesgos irrelevantes para el derecho penal, que pueden ser peligrosos, pero que son adecuados socialmente, ya que, a pesar de las grandes posibilidades de lesionar bienes jurídicos, han sido aceptados por la comunidad, como riesgos normales. Así, el que organiza una carrera de motos, actúa de forma adecuada y legal, conforme a derecho, a pesar de que prevea que durante la misma se puede producir algún accidente. Tampoco es imputable el resultado que el autor produzca para impedir otro más grave.²⁵

²⁵ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª Ed. Praxis. Barcelona. 1999. pp. 168 a 175.

La situación cambia si la acción del sujeto incrementa el riesgo permitido, ya que en ese caso el resultado le será objetivamente imputado, a menos que, de forma irrefutable, se evidencie que el resultado se hubiera producido de igual forma, aun sin el incremento del riesgo. Estos casos se dan frecuentemente en los accidentes de tránsito.

En cambio, para Jacobs²⁶ y su teoría de los roles, el comportamiento social está vinculado a roles, a deberes jurídicos, y un suceso se explica mediante la imputación objetiva cuando el riesgo del que debe responder el interviniente se define como condición decisiva, considerando como no decisivas las restantes condiciones, que se estiman como socialmente adecuadas. Jacobs, siguiendo al neokantismo, fundamenta la relevancia de la relación jurídica entre acción y resultado, en cuatro instituciones jurídico-penales: el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y las autopuestas en peligro.

a) **El riesgo permitido:** es el estado normal de interacción, es decir, el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, lo que ocasiona que siempre exista un riesgo permitido.

b) **El principio de confianza:** éste constituye la concreción del riesgo permitido.

c) **La prohibición de regreso:** mediante esta institución se pretende enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. Es el reverso de la participación punible y configura los límites de la responsabilidad. Según esto, el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral y arbitrario, por ello, existe una prohibición de regreso, ya que hay elementos tan cotidianos que siempre están disponibles, de modo que la prohibición de este tipo de aportaciones no es susceptible de evitar. Ejemplo: el taxista.

d) **Las autopuestas en peligro por parte de la víctima:** El propio comportamiento de la víctima puede ser relevante, o hasta llegar a fundamentar que se le impute una consecuencia lesiva, o puede que se encuentre en esa situación por obra del destino o por infortunio. Existe así una competencia de la víctima.

²⁶ Jacobs, Gunther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Cuadernos Civitas (reimpresión), Madrid. 1999, p. 199.

Se concibe así a la imputación objetiva como la teoría del lado externo del injusto, existiendo varios niveles o escalones de imputación objetiva. El primer nivel es la imputación del comportamiento, donde se determina la tipicidad de la conducta. El segundo nivel es la realización del riesgo. El tercer nivel es el incremento del riesgo. Habrían así dos resultados: el quebrantamiento de la norma como resultado específico del injusto penal, que es objetivamente imputable, y el resultado en sentido material. Faltando así una teoría general del resultado como injusto objetivo.

Según Jacobs, el concepto de bien jurídico no es suficiente, y, sin abandonarlo, él plantea una concepción de lesividad social, con un fuerte componente institucional que protege las condiciones de interacción, que son las normas sociales básicas. El objeto de la teoría de la imputación objetiva es el averiguar y establecer lo que significa un determinado comportamiento desde el punto de vista social. Para lo cual es necesario interpretar el significado del comportamiento humano. Esta interpretación debe partir de la comprensión general y debe proceder de modo objetivo, para que las conclusiones sean comprensibles.

El mundo social está ordenado de modo normativo, sobre la base de competencias y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto. En consecuencia, hay que delimitar los comportamientos socialmente adecuados de los comportamientos socialmente inadecuados. Una vez que se haya delimitado el comportamiento socialmente adecuado, queda determinado cuál es el comportamiento que se exige de una persona en cada contexto. Si la persona no cumple con esa exigencia, su comportamiento tiene un significado delictivo, salvo que los resultados se produzcan de modo fortuito.

No puede hablarse, por lo tanto, de que exista una sola teoría de la imputación objetiva, ya que existen varias propuestas bajo ese mismo rótulo en la dogmática jurídico-penal, sobre todo en relación a la tipicidad, que ni siquiera coinciden siempre en sus resultados. La doctrina dominante es la relativa a la imputación de resultados. La imputación objetiva es una teoría llamada a reformular la teoría del tipo.

Para Wolfgang Frisch, “casi toda acción puede comportar la presencia o producción de condiciones capaces de lesionar un bien”,²⁷ lo que no puede ser motivo para desaprobar una conducta, ya que eso “conduciría a una limitación

²⁷ Frisch, Wolfgang. *La Imputación Objetiva. Estado de la Cuestión*. En la obra *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*. Cuadernos Civitas. Madrid, 2000, p. 45

de la libertad que a nadie le interesa (en especial, tampoco a las potenciales víctimas si se imaginan como afectadas por esas limitaciones de la libertad)”.²⁸ Él considera que cuando existan “ciertas, aunque altamente improbables posibilidades”²⁹ de que ocurra la lesión, porque la “conducta afectaría tan sólo a riesgos menores no significativos”,³⁰ no se justifica la prohibición, ya que todos contamos racionalmente con esos riesgos, que él denomina “riesgos generales de la vida”.³¹ En consecuencia, Frisch considera que para llegar a una desaprobación jurídica “sólo podrán tenerse en cuenta aquellas formas de conducta que comporten riesgos especiales de producción de lesiones típicas”.³² Agregando, que “estos riesgos especiales no se determinan atendiendo a grados de probabilidad, sino a partir de ciertas circunstancias sobre la posibilidad de producción del daño”.³³ De esta manera, este autor afirma que hay riesgos que no legitiman la desaprobación de una conducta, por lo cual esas conductas no son de ningún modo idóneas para la fundamentación del injusto.

A la teoría de la imputación objetiva se le han hecho algunas críticas. Las principales son las siguientes:

1. Que en muchos casos, es imposible realizar un juicio puramente objetivo de la creación de un peligro desaprobado, ya que la cuestión de la permisón o prohibición de una determinada acción depende también de los conocimientos del autor. Por lo cual, es absolutamente necesario también realizar un juicio subjetivo. Ejemplo: Alguien le entrega un vehículo a otra persona y luego ocurre un accidente a consecuencia de un defecto en el vehículo. Para poder determinar si existió o no una creación de peligro desaprobado, hay que determinar si la persona que entregó el vehículo tenía conocimiento del defecto.
2. Que al analizar el ámbito de lo subjetivo, como en el ejemplo anterior, ya no es necesario realizar el juicio de peligro, ya que en caso de desconocimiento no habría delito doloso, y aun en el caso de que quien entrega el vehículo sí conociera el defecto existente, todavía

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.*, p. 46.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibíd.*, p. 47.

³³ *Ibíd.*

habría que determinar si quería la producción del resultado o si siquiera tuvo en cuenta la posibilidad de que se produjera.

3. Que la imputación objetiva es superflua en relación con los delitos imprudentes, porque en ese ámbito ya es suficiente el instrumental propio de la dogmática del delito imprudente para resolver los casos, aplicando el requisito de la infracción del deber de cuidado de la conducta, no requiriéndose el añadir la creación de un riesgo desaprobado.

4. Que en el ámbito del delito doloso, los cursos causales altamente improbables, así como aquellos de producción previsible o aceptada del resultado, impiden el dominio del hecho por parte del causante, lo que eliminaría la conducta dolosa.

5. Que la imputación objetiva recurre a estándares, de manera que quien cumple con el estándar no puede ser sometido a responsabilidad, así como que quien incumple con dicho estándar pueda verse exento de responsabilidad por falta de culpabilidad. De tal manera que, al recurrir a estándares, se abandona el mundo físico o individual, para entrar en el mundo social o de la comunicación.

Zaffaroni cuestiona tanto la teoría de Roxin como la de Jacobs, afirmando que “Tanto el aumento del riesgo como el quebrantamiento de los roles –dos tesis que no pueden superar los estrechos marcos que impone el modelo del disvalor de acción como núcleo del injusto– son intentos de imputar en base a teorías preventivistas de la pena, que no sólo tienen como matriz común la teoría imperativa de las normas sino que además no hacen otra cosa que anticipar todo el ejercicio de poder punitivo a estadios previos anteriores a la lesión, sea a través del modelo de la tentativa inidónea dolosa, la tentativa imprudente o la omisión, con lo que se regresa a un equivalente funcional de la peligrosidad del viejo positivismo, donde el peligro no surge de datos del cuerpo, aunque ello se mantenga para la selectividad, sino de la amplitud de su libertad que se convierte en una fuente de riesgo”.³⁴ Sin embargo, reconoce que mientras Roxin “sigue teniendo como base el bien jurídico afectado”,³⁵ Jacobs “tiende a convertir a todos los tipos en infracciones de deber o a considerar que la confianza de los demás en cuanto al cumplimiento del deber es el único bien jurídico”.³⁶

³⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Ob. Cit.* p. 454.

³⁵ *Ibid.* p. 455.

³⁶ *Ibid.*

Según Hassemer y Muñoz Conde, “La creación imputable o la no evitación de riesgos para las personas ha sido siempre y es, desde luego, ahora también, la base legítima de la imposición de una pena; la puesta en peligro, atribuible individualmente, de bienes jurídicos ajenos ha formado siempre parte del núcleo central del Derecho penal, y debe seguir siendo una parte importante del Derecho penal futuro. Esta base legítima, sin embargo, no puede ir hasta el punto de, en lugar de la represión (o sea de la persecución, averiguación y enjuiciamiento de los hechos delictivos), hacer de la prevención (o sea de la previsión del peligro, el dominio del riesgo) el paradigma rector del sistema”.³⁷

Por su parte, Mir ha planteado la necesidad de que en la imputación objetiva “se tenga en cuenta tanto lo objetivo, como lo subjetivo”,³⁸ ya que, a su juicio, “el significado social depende también de cuál sea la realidad subjetiva; y también las realidades empíricas son tenidas en cuenta por parte de la sociedad a la hora de configurarse”.³⁹ Coincidiendo Roxin con esta apreciación de Mir, concluyendo que “el objeto ha de ser valorado, pero la valoración influye a su vez sobre el objeto”.⁴⁰ Y, como dijera Roxin en las palabras de cierre del Seminario realizado en la Universitat Pompeu Fabra, los días 28 y 29 de mayo de 1998, sobre “Presente y futuro de la dogmática penal europea. La aportación alemana”:

Señoras y señores, con esto hemos llegado al final. Les doy las gracias por la viva discusión, que habríamos proseguido seguramente durante horas, si hubiera habido tiempo para ello; agradezco también sus intervenciones a los colegas del estrado. Sería para mí una gran satisfacción y gran éxito de las jornadas si se hubiera mostrado que la ciencia no se hace con la intervención de alguien que se encuentra en posesión de la verdad, al que los otros escuchan diciendo: “sí, así es”. La ciencia, por el contrario, se desarrolla en el debate y la discusión. Si esto ha quedado claro, se habrá conseguido algo importante. Muchas gracias.⁴¹

³⁷ Citados por Sánchez García de Paz, Isabel, en *La Criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea*. Dentro de la obra *El Derecho Penal Español*. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Ed. Aranzadi. Elcano (Navarra). 2001. p. 716.

³⁸ Mir, citado por Jesús-María Silva Sánchez en el *Informe sobre las discusiones del Seminario sobre el Estado de la Teoría del Delito*. Ob. Cit., p. 188

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibid.* pp. 188 y 189.

⁴¹ *Ibid.* p. 207.

5. LA REALIDAD DEL BIEN JURÍDICO Y SU CIENCIA FICCIÓN

El Diccionario de la Real Academia Española define lo metafísico, como algo abstracto o al lado de lo físico. Lo importante a determinar en este apartado es si el bien jurídico es algo etéreo intocable o propio de una ciencia ficción que se construye para justificar la tarea del Estado, o si bien es un concepto real y tangible.

Para Claus Roxin, el bien jurídico está ciertamente descrito en la norma,⁴² no es estático sino que se encuentra dentro de las finalidades de la norma, abierto al conocimiento social y científico. El bien jurídico como tal, asegura la convivencia de las personas en comunidad, donde se brinda una coexistencia con base a los derechos humanos, garantiza la vida, la propiedad, etc., adecuado a los fines de las instituciones del Estado. El bien jurídico no es una ciencia ficción ni una cosa metafísica, es portador de un sentido de circunstancias racionales, reales y vivas, como lo son la vida, la integridad personal, la libre disposición de cosas. Son derechos fundamentales donde se da el libre desarrollo de la persona basado en el principio de bien jurídico. Roxin, al referirse al concepto de bien jurídico, en la Conferencia que dio el 26 de Octubre de 2004 en la Universidad Externado de Colombia dijo: “Yo llamo bien jurídico a las circunstancias que no son corporales sino reales que perjudican la vida en sociedad”, para él, esas circunstancias reales representan al individuo y a cada uno dentro del sistema.

El bien jurídico no es algo inventado o que simplemente se deja en un papel, tiene múltiples funciones. Actualmente, dentro de la teoría del delito, se ha convertido en materia cada vez más viva. Una de las ventajas del bien jurídico es poner un límite al *ius puniendi* del Estado, donde deben precisarse los problemas sociales para proceder a penalizarlos, si es necesario. El bien jurídico, además de limitar el *ius puniendi* del Estado, procura buscar el fin teleológico de la norma, dar una adecuada interpretación penal y garantizar un verdadero Derecho Penal dentro de un sistema democrático.

Como se señaló antes, la escogencia de los bienes jurídicos a tutelar tiene que ver con los fines políticos criminales de cada país, por ejemplo, las necesidades protectoras de un país como Japón, donde sus ciudadanos tienen un alto grado de cultura y valores muy arraigados, serán distintas a los bienes jurídicos a tutelar en los países que integran América Latina. En Japón cada ciudadano

⁴² Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Editorial Civitas, 1998, p. 57.

tiene un alto sentido del honor, por lo que no es un problema grave la sustracción de bienes muebles (hurtos), además que la situación económica de cada japonés es sumamente estable, por supuesto en nuestros países no se dan esas condiciones, por lo que es necesario tutelar esos bienes jurídicos con mayor rigor. Pero Japón tiene altos índices de delitos de cuello blanco y económicos, propios de su alto desarrollo.

Algunas conductas son protegidas como bienes jurídicos simbólicos, son preceptos jurídicos que no despliegan en primera línea efectos protectores concretos, sino que, confesándose partidarios de determinados valores o condenando conductas consideradas reprochables, pretenden servir para la autoafirmación de grupos políticos o ideologías. O simplemente se pretende calmar la conciencia del lector, haciéndole creer que se está haciendo algo. Pero aquellas conductas que castigan meras manifestaciones internas sí se constituirán como contrarias a un estado de derecho. Es el caso del Código Alemán, donde se prevé y sanciona el genocidio, no porque eso vaya a suceder en la realidad, sino en virtud de las atrocidades cometidas durante el régimen nacional socialista y para cumplir con tratados y acuerdos internacionales. El Estado Alemán lo mantiene como un símbolo, de que eso nunca volverá a suceder, porque son un verdadero estado de derecho, pero, en el fondo, no lo hacen realmente para tutelarlos como bien jurídico.

El bien jurídico no es una ciencia ficción o un estado metafísico, sino la circunstancia real de los países democráticos, donde no se puede concebir que se tutelen normas sin contenido.

La tipicidad no es suficiente para condenar a una persona, sino debe estar llena de contenido, o sea, de bien jurídico y del elemento antinormativo, ya que con ello se aplica el fin garantizador que consagra la Constitución. El bien jurídico, como señalaba Von Listz, es un concepto que existe antes de que sea creada la norma, pero esto no es necesariamente cierto en el caso de las normas tributarias, donde es el legislador quien directamente crea el bien de su interior, para dar orden y estabilidad económica al país, y una vez que el legislador escoge cuál de ellos ha de ser tutelado, lo incorpora a la realidad de la norma, es un concepto que pertenece entonces a la realidad de un Estado, es un precepto vivo, propio de una comunidad, y que no se queda en el papel, de allí la importancia de tener un efectivo estudio de la política criminal necesaria para una sociedad determinada.

Cuando se crean normas sin contenido o cuando lo que se pretende es regular la moral, ya que existe un hilo muy fino entre la libertad de las minorías y los

valores a tutelar, que debe ser diferenciado, porque ha de interesar únicamente la protección, cuando se ponga en peligro la colectividad y para evitar consecuencias socialmente nocivas. Sin embargo, hay conductas que sí se tutelan en el campo metafísico y que están vacías de contenido, como son los famosos delitos de peligro abstracto.

6. EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO Y EN LOS DE PELIGRO ABSTRACTO

Dentro de la clasificación de los tipos de delitos, nos encontramos con aquellos relacionados con la clase de ataque que recibe el bien o bienes jurídicos protegidos. Así vemos, que la doctrina distingue entre los delitos de lesión y los delitos de peligro, diferenciando entre estos últimos, los de peligro concreto de los de peligro abstracto.⁴³

Con respecto a los delitos de lesión, no hay problema alguno, ya que existe unanimidad en reconocerlos como aquellos delitos que afectan, menoscaban o lesionan el bien jurídico protegido en el tipo descrito por la norma. Sin embargo, en relación a los delitos de peligro, especialmente con los de peligro abstracto, no sólo no hay acuerdo en la doctrina, sino que algunos autores los rechazan totalmente. La aparición de los delitos de peligro en los códigos penales es reciente, especialmente a partir de los años sesenta, y se debe a la realización de gran cantidad de actividades peligrosas por parte de las sociedades actuales, tanto directamente, por parte de particulares, como a través de las actividades industriales, por el desarrollo tecnológico que se ha logrado. Lo que ha obligado a los legisladores modernos a adelantarse a la protección del bien jurídico protegido por el tipo, sin esperar que el daño o lesión se produzca, previendo así el Estado que se dé la situación lesiva temida, protegiendo de esta forma a los ciudadanos de la amenaza de nuevas fuentes de peligro, en lo que se ha dado por llamar el Derecho Penal de la sociedad de riesgo. Así, el peligro es considerado como elemento típico, mediante un criterio de previsibilidad del riesgo y de probabilidad de la lesión

Generalmente se considera, que los delitos de peligro concreto son aquellos “en los que la consumación del tipo exige la creación de una situación de peligro efectivo, concreto y próximo para el bien jurídico”.⁴⁴ De tal manera que,

⁴³ Ver Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª Ed. Reppertor. Barcelona. 2002. pp. 140 y 210.

⁴⁴ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Ed. Praxis. Barcelona. 1999. p. 156.

aun cuando la lesión en este tipo de delito no se llega a producir, sin embargo, lo que sí se produce es un peligro real y verdadero, palpable y comprobable por parte del juzgador, capaz de llegar a lesionar el bien jurídico protegido, lo que el legislador considera o asimila a un resultado, ya que el peligro realmente se dio, se consumó la situación peligrosa, y la lesión estuvo muy próxima de concretarse, y sólo por circunstancias fortuitas no se consumó el daño o lesión. Un ejemplo de esta clase de delito, es que se libere energía nuclear de un reactor. Otro ejemplo es que alguien haga disparos al aire.

En cambio, los delitos de peligro abstracto castigan conductas consideradas peligrosas, según la creencia o experiencia del común de las personas, no importando si esas conductas pusieron realmente o no en peligro algún bien jurídico. Ejemplos de estos delitos son: el portar armas de fuego sin poseer el permiso oficial respectivo y el conducir vehículos automotores en estado de embriaguez. Basta por lo tanto en estos delitos, que se compruebe la realización de la conducta prohibida, para proceder el Juez a sancionar al infractor, ya que no se requiere valorar nada más, lo que convierte a estos hechos punibles en delitos de mera actividad, en delitos de mera desobediencia, constituyendo así “un grado previo respecto de los delitos de peligro concreto”.⁴⁵

Los delitos de peligro los han clasificado también en delitos de mera acción peligrosa y delitos de resultado de peligro. Los delitos de peligro abstracto admiten varias modalidades, así vemos que existen los denominados de peligro posible, de peligro presunto, de peligro hipotético o potencial.

Algunos autores cuestionan la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto por considerar que se castiga una peligrosidad presunta (no comprobada), que además no se admite prueba alguna en contrario para demostrar ausencia de peligro, ni se analizan las circunstancias del hecho, y, porque, en fin, no se permite la valoración de la conducta presuntamente lesiva.⁴⁶ Otros han llegado aún más lejos, comparando estos delitos con las normas del Derecho Penal nacional-socialista de la Alemania de Hitler,⁴⁷ lo cual, evidentemente, es una exageración injustificada.

⁴⁵ *Ídem*.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 156 y 157.

⁴⁷ Sánchez García de Paz, Isabel. *La Criminalización en el ámbito previo como Tendencia Político-Criminal Contemporánea*, dentro de la Obra *Derecho Penal Español*. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Ed. Aranzadi. Elcano (Navarra), 2001. 1860 páginas, p. 687.

La tutela penal anticipada no es de por sí inconveniente o inconstitucional, siempre y cuando ésta sea restringida a casos especiales, o, mejor aún, excepcionales, que no estén descritos en forma vaga o confusa, de forma que se disminuya la incertidumbre, haciendo que las conductas prohibidas y peligrosas estén clara y expresamente determinadas, y que, sobre todo, se refieran a situaciones de alto riesgo o peligro, donde se justifique este tipo de delitos, por razones político-criminales. Éste sería el caso, por ejemplo, en relación al manejo de las plantas de energía nuclear o de productos químicos, que requieren un control extremadamente estricto, pero que no se justifica en otras situaciones, donde podría liberalizarse un poco la normativa. En este sentido, diversos autores, como Schroder, Horn, Brehm, Schunemann y Frisch, ya han planteado algunas medidas o criterios restrictivos, entre los cuales destacan: el que se admitan pruebas en contrario de la no peligrosidad; el que se exija un peligro de resultado (no sólo un resultado de peligro), parecido a la infracción del cuidado debido en los delitos imprudentes; y que se requiera analizar la “aptitud” *ex ante* de la conducta, para que el peligro sea abstracto-concreto, de manera que la conducta sea idónea para poner en peligro el bien jurídico.⁴⁸

Han proliferado en los últimos tiempos, las normas que tipifican y sancionan como delitos la desobediencia a las órdenes de la autoridad. Un ejemplo clásico de estas infracciones es el conducir vehículos automotores bajo la influencia de drogas o de bebidas alcohólicas, ya que para poder verificar la perpetración o no de ese hecho, es generalmente necesario que se le realicen algunas pruebas al conductor del vehículo en cuestión, ocurriendo con cierta frecuencia, que el conductor se niega a someterse a prueba alguna, ocurriendo así un delito de desobediencia a la autoridad.

En el caso específico de estos delitos de desobediencia, se ha considerado que pueden presentar problemas de constitucionalidad, al presuntamente vulnerar algunos derechos del afectado por la norma. En un caso planteado por ante el Tribunal Constitucional Español en 1997,⁴⁹ se alegó entre los principios, derechos y garantías constitucionales supuestamente violados, el derecho a no inculparse, a no declarar ni confesar el hecho que se le imputa, la posible violación del principio de la proporcionalidad de las penas, al convertir infracciones administrativas en normas de carácter penal, sancionándolas innecesariamente con penas privativas de libertad, que no buscan realmente la reeducación y la reinserción social del infractor, sino el obligar a los ciudada-

⁴⁸ *Ídem*, pp. 696 y 697.

⁴⁹ Sentencia N° 161 del 2 de octubre de 1997.

nos a someterse a esas pruebas, bajo la amenaza de cometer, adicionalmente, un delito de desobediencia. Estos alegatos fueron rechazados por el Tribunal Constitucional, alegando la inexistencia de problemas de inconstitucionalidad, considerando que ese tipo de conducta es lesivo para la comunidad, que los ciudadanos deben colaborar con las autoridades, que someterse a dichas pruebas en modo alguno implica el reconocer o admitir hecho punible alguno, ya que no es equiparable a una declaración, que sí se respeta en esos casos la presunción de inocencia, ya que el resultado de la prueba no se sabe con antelación y que no se puede permitir que los ciudadanos decidan si se someten o no a la misma, ya que las autoridades judiciales quedarían inermes, sin posibilidad de decidir los casos que se les presenten, perjudicándose así el interés público.

El bien jurídico protegido en estos delitos de desobediencia, es el principio de autoridad, aunque, de manera mediata también se protegen otros bienes jurídicos, como la vida y la salud de las personas que circulan por esa misma vía, las cuales tienen derecho a ser salvaguardadas de conductores que estén conduciendo bajo los efectos de drogas o de bebidas alcohólicas. Considero que estos bienes jurídicos merecen ser protegidos, sobre todo, tomando en cuenta que también se está protegiendo al propio infractor y a quienes lo acompañan, quienes son las personas que están más directamente en peligro de sufrir algún daño o lesión.

Considero que, aunque son generalmente excepcionales, también existen y deben mantenerse, algunos delitos que no son de peligro concreto sino abstracto, como es, entre otras, la situación con respecto al porte ilícito de armas, a la prohibición de conducir en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas, a la prohibición a la posesión o tenencia de sustancias estupefacientes, etc., donde, por disposición expresa de la ley, el legislador decide anticipar la consumación y, sin esperar que se realice la lesión o el daño, prohíbe ciertas conductas que pueden constituir un peligro, sea éste concreto o abstracto.

La afección real del bien jurídico puede ser en forma de lesión efectiva o también como puesta en peligro o riesgo. Deben excluirse a los llamados delitos sin víctima, ya que, en un Estado social y democrático de derecho y de justicia, sólo muy excepcionalmente, pueden castigarse ciertas y determinadas conductas en virtud de una concepción ética, como es el caso de alguno de los delitos de peligro abstracto o de sospecha.

En las últimas décadas han venido apareciendo nuevos tipos penales como los delitos económicos, los que afectan el medio ambiente, grandes riesgos

industriales, tecnología genética, tráfico de drogas, nuevas formas de criminalidad organizada, y otros comportamientos similares, que se perciben como una amenaza para el conjunto de la sociedad. En estos tipos delictivos el bien jurídico protegido se encuentra generalmente difuso, ya que esos tipos, en lugar de describir formas concretas de lesión del bien jurídico, tienden a describir situaciones de peligro abstracto, que se sitúan en una fase previa a la producción del daño.

7. RELACIÓN ENTRE BIEN JURÍDICO, PENA Y CULPABILIDAD

Von Listz afirma que el Derecho no es solamente un orden de paz, sino que es al mismo tiempo, y según su más íntima naturaleza, un orden de lucha (Kampfordnung). Ya que es la fuerza la que dobliega la resistencia de las voluntades individuales.⁵⁰ Hoy día se sigue utilizando ese concepto, pero de forma limitada por el Estado, siendo el bien jurídico esa limitación.

En algún momento humano se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas humanas más precisas y vigorosas. Nace así la norma jurídica y la sanción jurídica, que se propone dirigir, desarrollar o modificar el orden social, cuyo titular es el Estado.⁵¹

Por otro lado, la norma penal es una norma de valoración que surge para determinar distintas circunstancias reales que merecen protección, ya que con ello se puede mantener el orden en sociedad. De esta forma, el fin protector de la norma y el reproche de la culpabilidad le dan fundamento a la pena en un estado social de derecho.

Como primer principio para poder aplicar o conectar el bien jurídico y la pena, es que se hable de bienes jurídicos concretos, que no tengan que ver con la religión, la moral o conceptos del mundo, ya que éstos no exigen un bien jurídico.

El concepto de bien jurídico dentro de una sociedad, procura la libre convivencia partiendo como dice Hirsh, de la idea de contrato social, que es transferida al legislador. De esta manera y en un Estado de derecho, a través de la norma jurídica se asegura la coexistencia de los Derechos humanos. El Estado es quien, en su función paternalista, procura el orden al respetar las normas creadas por el legislador en virtud de ese contrato, y que son garantizadoras de

⁵⁰ Von Listz, Frank. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II; Ediciones Reus, Madrid, Traducido por Luis Jiménez de Asúa, 1927 p. 13.

⁵¹ Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal y Contrato social*. 4ª Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2000, p. 13.

bienes jurídicos, dándose la sanción a través de la imposición de una pena. La pena impuesta no sólo tendrá relación directa con la lesión causada al bien jurídico, sino además con el principio de lesividad, pues debe causar así sea una mínima lesión, para que pueda transgredir al bien jurídico.

Se puede hablar que existe una doble función del bien jurídico en este punto, primero el bien jurídico procura mantener el orden social, y segundo es una efectiva herramienta del derecho para limitar las funciones del Estado y sus instituciones, para la evitación de un “Estado del Terror”, como señala Hassemer,⁵² el bien jurídico como portador no de cuestiones metafísicas sino de circunstancias reales racionales, como lo son la vida, la propiedad y la integridad, proporciona un límite contra la punición de los excesos del Estado, porque no podemos vivir en un Estado de Derecho que es excesivo y sobrepasa la libertad de los ciudadanos, el bien jurídico es la legitimación del tipo penal, aunque no es el único.

En esta línea de pensamiento y sin entrar en la ardua discusión, si constituye violación al bien jurídico su lesión o mera puesta en peligro, se debe señalar que una vez que se ha comprobado que existió menoscabo en éste, y tenemos el concepto de injusto constituido, debe analizarse la culpabilidad del individuo, y esa culpabilidad, que es presupuesto necesario de la legitimación de la pena, será la imputación reprobatoria, de la voluntad defectuosa de la persona al violar un bien jurídico tutelado por el Estado.

Debe hacerse la vinculación entre la culpabilidad y la pena para evitar la instrumentalización de ésta, ya que, como reza el principio constitucional, no puede existir una pena sin culpa. La pena no solamente es de utilidad pública, sino que detrás de la culpabilidad existe un autor. La culpabilidad es parte de los principios generales del Estado de derecho material, donde a través de ella se respeta la dignidad humana.

El Estado ha procurado desarrollar en el individuo una motivación para evitar que se produzca la violación a los bienes jurídicos, pero cuando este proceso de motivación ha fallado, entonces surge la consecuencia denominada pena. La culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria, o sea, tener la culpa,⁵³ la relación entre quién cometió la infracción al bien y la pena que se le impone es estrecha, ya que según la culpabilidad podrá ser graduada.

⁵² Hassemer, Winfred. *Crítica al Derecho Penal de hoy, Límites a la prisión preventiva*, Editorial *Ad Hoc*, 1998, p. 27.

⁵³ Jacobs, Gunther. *La culpabilidad*. Universidad externado de Colombia, 2003, p. 82.

La prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la pena. La culpabilidad es entonces el juicio de reproche que se le hace a un individuo por no haber adecuado su conducta a la norma, y con ello haber violentado el bien jurídico, la culpabilidad es el presupuesto necesario para que exista una pena, la cual es la consecuencia inmediata de la violación al bien jurídico. La culpabilidad y pena son conceptos que se necesitan el uno al otro para existir y la violación al bien jurídico es la causa de su existencia. La culpabilidad responderá al reproche y la pena a la consecuencia y castigo por esa lesión.

El bien jurídico puede abordarse desde varias perspectivas, pero sin duda alguna el acercamiento de protección a la norma y el reproche que fundamenta la pena es uno de ellos. En cuanto a la pena, permite establecer una pena justa donde existen problemas de justicia e igualdad, aplicando el fin de la pena desde el punto de vista constitucional que sería el bien jurídico. En un Estado de Derecho mientras exista un bien jurídico a tutelar solamente podrá ser castigado un individuo que vulnere un bien jurídico, ya que no deben admitirse normas que no tutelen un bien.

El *ius puniendi* del Estado se racionaliza evitando imponer penas a granel, sino sólo aquellas que deban merecer una penal, dando una respuesta a la teoría del delito donde encuentra su limitación en el Bien Jurídico.

De tal manera que no basta la tipicidad para cometer un delito, debe existir la afectación de un bien jurídico, el principio de lesividad y de proporcionalidad, en tanto que para imponer una pena debe valorarse la lesión al bien, el límite axiológico en ese sentido sería el principio de lesividad.

De esta manera el concepto de Bien jurídico viene a replantear el Derecho Penal en todos sus niveles, dando significado y unificando no sólo el derecho a castigar sino que tutela la culpabilidad misma, todo para lograr un equilibrio final entre el Estado y la libertad del ciudadano. Unificando y encuadrando los conceptos de pena y culpabilidad dentro de un contexto de Estado Social de derecho, limitándolos y adecuándolos, teniendo como parámetro y punto de partida siempre al Bien jurídico.

8. EL IUS PUNIENDI Y LA BÚSQUEDA DEL PUNTO DE EQUILIBRIO

De acuerdo a Roxin, el Estado no tiene la misión de realizar ideas y valores, por las que cada uno tiene que decidirse por convicción propia, sin necesidad del imperativo legal, para así garantizar su éxito. Según él, la pretensión de imponer esas ideas mediante la violencia estatal acaba la mayoría de las veces en la dictadura. Así mismo, considera que la idea de una justicia abstracta no puede

realizarse en este mundo, ya que la tarea del Estado es más modesta: debe mejorar las relaciones sociales, esto es, la libertad, la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos, y la mejor forma posible de conseguirlo es orientar la finalidad de la pena a la evitación de comportamientos delictivos, mediante la incidencia en el delincuente y en la conciencia jurídica de la comunidad.⁵⁴ Este autor insiste en lo que él llama el Proyecto Alternativo, que lo considera un paradigma de la conciliación de las metas resocializadoras y la garantía de todos los derechos fundamentales del acusado, ya que, pese a su orientación preventiva, afirma contundentemente que la pena “no debe superar la culpabilidad del autor” y que sus esfuerzos deben estar dirigidos a lograr la “autorresponsabilidad” del mismo. Sin embargo, el mismo Roxin considera que la acentuación de las orientaciones preventivo generales conduce a una extensión de la penalidad en todos los ámbitos socialmente relevantes,⁵⁵ y que hoy puede considerarse mayoritaria la Teoría de la Prevención General Positiva.

En este orden de ideas, un Derecho Penal Moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible, es decir, que tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención conciliando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado Social. El Estado de Derecho reclama la protección más efectiva posible del individuo y de la sociedad, a través de lo que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania denomina el concepto de “funcionabilidad de la Justicia Penal”, sin menoscabo de darle la mayor protección posible a los derechos del autor, impidiendo las intervenciones estatales desproporcionadas. Esto significa que hay que encontrar un punto de equilibrio entre los fines del Estado de Derecho (protección de la sociedad) y la salvaguarda de la libertad ciudadana. Por ello, la prevención general tiene que estar limitada a ciertas exigencias que garantizan la libertad, de manera, que la eficacia de la lucha contra la criminalidad no se vería afectada ni mermada, si el Derecho protegiese la esfera íntima y los derechos fundamentales del acusado. Así mismo, aunque la protección de la sociedad y la salvaguarda de la libertad son en cierta forma términos antagónicos, no son necesariamente irreconciliables, algo así como el Estado Social y de Derecho, que son una unidad dialéctica.

En la moderna política criminal existe una tendencia mayoritaria a minimizar los riesgos de la sociedad, y por ello, hay quienes propician un Derecho Penal más

⁵⁴ Roxin, Claus. *Ob. Cit.*, p. 24.

⁵⁵ *Ibid*, pp. 27 y 28.

amplio, de disminución de los riesgos, en cambio, otros consideran que debe ceñirse al clásico Derecho Penal Nuclear y abandonar los ámbitos nuevos.

Como lo reconoce Roxin, es una realidad que las pretensiones resocializadoras tampoco han conseguido hasta la fecha resultados convincentes con los autores de delitos clásicos, tradicionales, como por ejemplo el hurto, delitos violentos y delitos sexuales, prueba de ello es que “en término medio casi la mitad de los enjuiciados vuelven a reincidir en un período de cinco años” (ver Kaiser, *Kriminologie*, 1996),⁵⁶ pero, aun así, considera que el condenado no debe ser expulsado de la sociedad, y se hace necesario conservar la posibilidad de su reintegración social, lo que hace indispensable que el Derecho Penal realice una tarea social en relación al delincuente, por lo tanto, es necesario que en la misma medida que exista una prevención general, también haya una prevención especial socializadora y resocializadora, mediante la implementación de medidas preventivas como son los establecimientos de terapia social, la remuneración del trabajo en las prisiones y otras medidas similares.

Para Roxin, la política criminal adecuada consiste en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho, lo cual, a su juicio, se logra en la idea de la reparación en el sistema sancionatorio.

El Código Penal Alemán prevé actualmente que, en caso de conciliación entre el autor y la víctima, o de una propuesta seria de reparación, la pena se atenúe e incluso pueda prescindirse de ella si se trata de pena privativa de libertad inferior a un año (parágrafo 46a).⁵⁷ Esto le parece sumamente positivo a Roxin, ya que tiene efectos preventivo-generales, porque la paz jurídica se ve restablecida en los pequeños delitos con el resarcimiento a la víctima y la conciliación entre ésta y el autor, lo cual tiene también efectos de prevención especial. Se soluciona el conflicto, se restablece el orden jurídico y se demuestra la fuerza prevalente del Derecho de una forma clara para la población. Por otro lado, el autor se ve obligado a enfrentarse internamente con el hecho y sus consecuencias, a ayudar a la víctima mediante prestaciones activas y, en definitiva, a desplegar una labor resocializadora. Con la reparación se evitan las consecuencias desocializadoras de otras sanciones y no causan daño al ámbito personal de autonomía del autor, lo que constituye una política criminal humana.

⁵⁶ Citado por Roxin, Claus. *Ob. Cit.*, p. 28.

⁵⁷ *Código Penal Alemán, Parte General*. Traducido por Kirchmayer & Blanco. Casa Editorial Gabriel Rivas. 2000, 139 páginas, pp. 63 y 64.

En el ámbito de la Teoría de los Fines de la Pena, se puede igualmente considerar que actualmente es mayoritaria la doctrina de la prevención general, especialmente de la positiva, cuyo paradigma es el Tratado de Jakobs.⁵⁸

De lo anteriormente expresado se evidencia, que existe una cierta controversia acerca del alcance y de las limitaciones que debe tener la potestad punitiva del Estado, cuestionándose la justificación de la utilización del recurso y de la maquinaria penal por parte del Estado, quebrándose así el esquema tradicional y clásico de un derecho penal exclusivamente de retribución, de ciencia dogmática abstracta, ajena a la realidad social del delito, y rechazando algunos que el fin y la justificación del Derecho Penal sea la realización de la justicia, ya que consideran que debe de tomar en cuenta el devenir social que lo rodea. Es lo que se ha llamado el derecho humanitario o garantístico.

Dentro de la evolución que ha tenido el Derecho Penal, generalmente se ha considerado que existe una antinomia entre algunos conceptos y principios, especialmente entre libertad y seguridad, entre prevención y garantías, entre legalidad y política criminal, entre prevención general y prevención especial, sobre todo desde el punto de vista del Derecho Penal liberal, enfocándolo en el eterno conflicto entre el individuo y la sociedad, y en la contraposición existente entre las necesidades preventivas y la opción garantista.

Es conveniente e indispensable buscar un punto de equilibrio, donde se respeten los derechos de todos los ciudadanos, incluyendo los de aquellos individuos que delinquen, y los derechos de todos los demás integrantes de la comunidad y de la sociedad misma, a que se les respete también sus vidas, sus propiedades, su tranquilidad y el libre desenvolvimiento de sus actividades diarias y normales, sin miedos, temores, peligros ni sobresaltos, que en palabras de Roxin, ese punto de equilibrio vendría a ser el bien jurídico.

9. EL RESCATE DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

Para que el concepto o principio de exclusiva protección de bienes jurídicos pueda cumplir adecuada y cabalmente su función, es absolutamente necesario que este concepto se implemente en un estado moderno, social y democrático, donde impere el derecho y la justicia, ya que no es posible implementar esta teoría en un Estado totalitario, cuya vocación sea preponderantemente el dic-

⁵⁸ Jakobs, Gunther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Cuadernos Civitas, Madrid 1999, 199 pp.; Jakobs, Gunther. *Derecho Penal*. Parte General. 2ª Ed. Corregida, Marcial Pons, Madrid 1997, 1113 páginas.

tar normas arbitrarias, acordes con sus subalternos intereses, y no con los verdaderos intereses de la población, a la cual se le impida expresarlos en forma libre, voluntaria y soberana, en el ejercicio pleno de sus derechos humanos, sociales, políticos y democráticos. Por ello, hay que ver con sumo cuidado las teorías funcionalistas, normativistas y sistémicas.

Las leyes penales deben respetar los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución y proteger sólo aquellos bienes jurídicos que sean relevantes, que se encuentren reconocidos dentro de la carta fundamental y que no se encuentren suficientemente protegidos por otras ramas del derecho, ya que, de ser suficientes los otros mecanismos jurídicos menos traumáticos que el Derecho Penal, no se debe recurrir a éste, sino utilizar aquellos, recordando los principios de *ultima ratio*, así como los de subsidiariedad y fragmentariedad. Esto en modo alguno significa que no puedan crearse tipos penales partiendo de la protección de bienes jurídicos no previstos expresamente en la Constitución, eso dependerá de la amplitud y actualización del respectivo texto constitucional.

Como dice el Profesor Winfried Hassemer, de la Universidad de Frankfurt, hay que analizar las características y los procesos de la doctrina y la práctica penal, que constituyen el Derecho Penal Moderno, ya que éste se aleja de los conceptos metafísicos y se adscribe a una metodología empírica, así mismo, considera que el Derecho Penal Moderno plasma su orientación hacia lo empírico, especialmente con el concepto de orientación a las consecuencias, que favorece conceptos basados más en la prevención que en la retribución y que intenta vincular al legislador y controlar sus decisiones, con principios como el de protección de bienes jurídicos. Insiste este insigne profesor, que era oportuno y necesario este desarrollo de la moderna doctrina penal y política criminal, ya que existía una doctrina y práctica penal que se encontraba divorciada de la realidad, amparándose en la certeza del derecho natural y en la abstracción dogmática. Considera Hassemer que “ha llegado el momento en que debe volver a compaginarse el desarrollo del moderno Derecho Penal con los tradicionales principios morales”.⁵⁹ Insistiendo en que “Para la doctrina clásica el Derecho Penal es un instrumento de la libertad ciudadana”,⁶⁰ por ello, debe ser el último medio (*ultima ratio*) para solucionar problemas sociales.

⁵⁹ Hassemer, Winfried. *Rasgos y Crisis del Derecho Penal Moderno*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1992. pp. 235 y 236.

⁶⁰ *Ibid.* p. 238.

En opinión de Hassemer, los tres rasgos fundamentales del Derecho Penal actual, que ha llevado a una “desmetafísica” del pensamiento penal, son: la protección de bienes jurídicos, la prevención y la orientación de las consecuencias.⁶¹ En relación a la protección de bienes jurídicos, Hassemer considera que se ha transformado de un principio negativo a uno positivo de criminalización, ya que mientras antes no se podían crear delitos donde no existiera un bien jurídico, ahora se ha transformado en una exigencia de que se criminalicen determinadas conductas, cambiándose así subrepticamente el principio de protección de bienes jurídicos.⁶² Según este autor, “El principio de protección de bienes jurídicos deviene en el Derecho Penal moderno la protección de instituciones”,⁶³ ya que los bienes jurídicos que ahora se trata de proteger no son individuales sino colectivos. También denuncia Hassemer que actualmente el legislador formula estos bienes jurídicos de forma especialmente vaga y amplia, y no de forma precisa y concisa, como lo hacía el Derecho Penal clásico o tradicional. Debe por lo tanto rescatarse el concepto de que los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal deben estar claramente establecidos y tener un valor relevante, ya que, de otra forma, no se justificaría su protección penal.

Pero el rescate del concepto de bien jurídico no puede quedarse allí, es absolutamente necesario que se desarrolle la función dogmática que tienen que hacer los órganos judiciales, al interpretar y aplicar debidamente la ley penal. Debe verificarse el interés o bien jurídico amparado por la norma, el significado de la definición legal del delito de que se trate en la correspondiente norma incriminadora, la vinculación de algún elemento del tipo con el bien jurídico que protege dicha norma, el ataque realizado al bien jurídico, así como la lesión o puesta efectiva o potencial en peligro de dicho bien. Todo ello dentro de las particularidades circunstanciales del caso en concreto. Esta función dogmática es la que le va a dar la seguridad jurídica y de garantía para el ciudadano.

CONCLUSIÓN

Se ha considerado que, además del concepto material y formal de bien jurídico, también debe ser analizado desde el punto de vista personal, que tome en cuenta el interés humano, para evitar la excesiva deshumanización y estatización del derecho penal.

⁶¹ *Ibid.* p. 239.

⁶² *Ídem.*

⁶³ *Ibid.* p. 241.

Según Hassemer, desde una visión antropocéntrica del mundo, los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo.⁶⁴

Considero que la función protectora de la norma penal no puede ser reducida al mero restablecimiento de la vigencia de la norma, como plantea Jacobs, ya que detrás de cada norma siempre hay un interés o bien jurídico que merece ser protegido. Y es precisamente la referencia a un bien jurídico lo que hace que la norma pueda ser comprendida y aceptada por la colectividad. Caso contrario, la norma será rechazada y no tendrá una vigencia efectiva, estará vacía de contenido.

Un planteamiento estrictamente normativista, que no comparto, que considere al delito, estrictamente, como una vulneración de la norma con prescindencia del bien jurídico, consecuentemente tiene que fundamentar el injusto exclusivamente en el desvalor de acto. Ello no significa otra cosa que considerar que la norma impone deberes al ciudadano y que el ciudadano, cuando infringe la norma, realiza un acto de desobediencia lesionando un discutible derecho subjetivo del Estado de exigir obediencia a la persona. Por eso es necesario, además de analizar la tipicidad, como desvalor social de acto, también hay que analizar la antijuridicidad, cuyo contenido material es el bien jurídico, ya que en el ámbito de la antijuridicidad es donde encontraremos el desvalor de resultado, que nos permitirá realizar un juicio valorativo de imputación objetiva, con el que se determinará si la afección al bien jurídico que pudo haber tenido lugar es la plasmación de dicha realización típica.

Es necesario que se cumpla con el principio de lesividad, el *nullum crimen sine iniuria*, esto es, que no hay delito sin una afección al bien jurídico. Esta es una posición garantista fundamentada en la Constitución

En cuanto a las conductas y actos que deben ser tipificados, considero que éstos deben ser disminuidos a los estrictamente necesarios, entendiendo el derecho penal como *ultima ratio*. En ocasiones, es absolutamente necesario ampliar alguna figura delictiva, como el caso de la violación, para que abarque también los accesos carnales por vía anal y bucal, así como la introducción de dedos u objetos, como ya se ha hecho en los más modernos Códigos Penales.

Podría estudiarse la posibilidad de tomar en cuenta, como atenuante, a las situaciones económicas más graves, pero esto sólo en ciertos y determinados

⁶⁴ Citado por Muñoz Conde, *Ob. Cit.*, p. 67.

delitos contra la propiedad, como pudiera ser en algunas de las modalidades menos graves de los hurtos, pero hasta allí, y en forma bien limitada, de otra manera se abriría una nueva puerta a la impunidad que ya de por sí reina en nuestro Derecho Penal.

Por otra parte, Zaffaroni señala que el Estado paternalista es inmoral y distingue entre conciencia jurídica y conciencia moral, indicando que “en lugar de pretender imponer una moral, el Estado ético debe reconocer un ámbito de libertad moral, posibilitando el mérito de sus habitantes, que surge cuando se dispone de la alternativa de lo inmoral”.⁶⁵

Por todo lo antes expuesto, considero que la idea de cuestionar este tipo de delitos no es la de invadir competencias del legislador, ni mucho menos el plantear la desobediencia de las leyes y normas jurídicas vigentes, sino el exigir que realmente se justifique la prohibición de una conducta, porque efectivamente exista un peligro real y verdadero en que los ciudadanos realicen determinada acción, la cual, por supuesto, debe ser prohibida, pero, siempre y cuando se tome en cuenta que “sólo puede calificarse de peligrosa la conducta que genera peligro”.⁶⁶ De esta manera, las conductas prohibidas deben estar clara y precisamente determinadas en las normas, respetando los derechos y garantías de los ciudadanos, sin que se permita interpretaciones acomodaticias que propicien la arbitrariedad y los abusos de los funcionarios encargados de verificar el cumplimiento de dichas normas, ya que podría terminar siendo peor el remedio que la enfermedad. La consigna, compartida por todos, de impedir la realización de ciertas conductas peligrosas, tipificándolas como delitos, así como el evitar la impunidad de las mismas, no debe de significar la consagración de la arbitrariedad, ni de la obediencia ciega a la autoridad, lo que nos convertiría, prácticamente, en un estado policial. En un verdadero Estado de derecho y de justicia, tienen que ser justamente las autoridades, los primeros obligados a obedecer y respetar las leyes, respetando así los derechos de los individuos.

El Estado, la sociedad en general y los ciudadanos en particular, son titulares de diversos intereses y bienes, cuando se ponen de acuerdo y deciden utilizar el Derecho Penal para la protección de esos intereses y bienes, éstos pasan a ser bienes jurídicos. Por supuesto, estos bienes tienen que ser constitucional-

⁶⁵ Zaffaroni, Raúl. *Ob. Cit.*, p. 120.

⁶⁶ Terradillos Basoco, Juan Ma. *Peligro abstracto y garantías penales*, dentro de la obra *El nuevo Derecho Penal Español*. Ed. Aranzadi. Elcano (Navarra). 2001. p. 803.

mente legítimos, y sólo deben ser sancionadas penalmente aquellas conductas que supongan un daño o un peligro para los bienes jurídicos reconocidos y determinados expresamente por las leyes, que son aquellos a los cuales los legisladores, actuando como representantes que son del pueblo, sus electores, han considerado que merecen la especial y máxima protección que se supone es la que brinda el Derecho Penal, que contiene las sanciones y castigos más severos que la sociedad pueda imponer. Las normas tienen que ser continuamente analizadas y revisadas, para que exista la mayor coincidencia posible entre *lege lata*⁶⁷ y *lege ferenda*.⁶⁸

Por otro lado, cuando se habla de lesión a los bienes jurídicos, no se alude únicamente a la noción material y naturalística de la causación de un daño a determinado objeto de la acción, sino a un concepto de carácter valorativo, entendido como contradicción con los intereses que la norma jurídica penal protege, o a la posibilidad de que ello se presente, que lo amenace o lo ponga en peligro.

Ahora bien, con respecto a la pregunta que se planteaba al inicio del trabajo ¿Es el Bien Jurídico la herramienta que por excelencia sirve para construir una teoría del delito basada en un Estado de Derecho, y que pone un límite al *ius puniendi* del Estado?

La respuesta es sí, pero, como se ha analizado a lo largo de este trabajo, el bien jurídico es mucho más que eso, más que el límite al *ius puniendi* del Estado, el bien jurídico nos ha obligado ha replantearnos toda la teoría del delito nuevamente, gracias al bien jurídico se puede decir, que es posible convivir en paz con un equilibrio entre la libertad del ciudadano y los poderes del Estado.

⁶⁷ *De lege lata*: Expresión latina que indica la legislación vigente en un momento dado, la cual (supuestamente) ha quedado obsoleta o anticuada y debe ser reformada y actualizada. Generalmente, es lo contrario a “*de lege ferenda*”, algo así como “el ser” con “el deber ser”.

⁶⁸ *De lege ferenda*: Expresión en latín que se usa en la Doctrina para expresar la reforma que se debería de hacer de una institución o legislación para mejorarla. Se contrapone a “*de lege lata*”.

Las víctimas en los delitos ambientales

Ana Isabel ARROYO HERNÁNDEZ*

*Si los seres humanos desaparecieran de la tierra,
los animales y las plantas no se verían perjudicados;
en cambio si los animales y las plantas desaparecieran,
el hombre desaparecería con ellos*

WALLACE

SUMARIO:

Introducción

1. Conceptos básicos: ambiente, víctima, impunidad y derecho de punición.
2. El derecho a un medio ambiente sano como derecho humano fundamental.

* Universidad Católica Andrés Bello, Abogada. Universidad Central de Venezuela, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Trabajo de Grado *mención Excelencia*. Universidad Santa María, Especialista en Derecho Penal. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, Abogado Asistente del Magistrado doctor Alejandro Angulo Fontiveros. Anteproyecto de Código Penal, Colaboradora.

- 3. Evolución del Derecho Ambiental en el Derecho Comparado y en la legislación venezolana.**
- 4. La protección penal al medio ambiente.**
- 5. Breves consideraciones finales.**
- 6. Algunas reflexiones o propuestas.**

INTRODUCCIÓN

Pareciera irrelevante, pacífico y hasta inofensivo el tema de los delitos ambientales, ignorados en recientes y grandes polémicas penales nacionales y extranjeras relacionadas con delitos altamente repudiados por la colectividad como el aborto, el genocidio o el terrorismo.

Sin embargo, la temática, inadvertida no sólo por muchos juristas, es de gran actualidad y trascendencia, pues la degradación ambiental se ha convertido en una de las más relevantes noticias de la última década que requiere de una efectiva intervención del Derecho, específicamente en el ámbito del Derecho Penal y para salvaguardar la vida de la humanidad misma.

Precisamente y en torno al tema de la conservación del medio ambiente en febrero de 2005, entró en vigor el Protocolo de Kioto que establece medidas de reducción de emisiones de gases con efecto invernadero de los principales países generadores de estos gases y que en su gran mayoría son los más industrializados.

Estos gases contaminantes causantes del cambio climático, a su vez han ocasionado (durante las últimas tres décadas) efectos sobre la diversidad biológica mundial que “se pierde a una tasa varias veces superior a la de la extinción natural”.

En el Día Mundial del Ambiente (cuyo *slogan* fue ciudades verdes ¡planear para el planeta!) celebrado anualmente el 5 de junio, en el 2005, el panorama luce desesperanzador: el veinticuatro por ciento (130.0000) de las especies de mamíferos, están amenazadas y el doce por ciento (1.083) de las aves.

Valga este único ejemplo, el del majestuoso tigre, lamentablemente en grave peligro de extinción. En la actualidad en la selva quedan únicamente cerca de siete mil de los cien mil que habían hace un siglo. Los cazadores furtivos obtienen elevados precios por la piel y otras partes del cuerpo que se utilizan en la medicina tradicional.

Las Naciones Unidas para impedir la matanza y comercio de éste y otros animales y plantas, promovió la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES). (www.un.org/spanish/works/enviroment/enviroment1.html).

El equilibrio ecológico debe constituir un objetivo vital e irrenunciable de la humanidad, cuya supervivencia está supeditada a su propia actuación o protagonismo con su hábitat y a la sabia utilización de los recursos naturales en sus actividades cotidianas.

Toda persona tiene el derecho de disfrutar un medio ambiente adecuado y además tiene como contraprestación el deber de conservarlo para el mantenimiento de una óptima calidad de vida.

El derecho a la vida (derecho humano natural por excelencia) está estrechamente vinculado con el entorno donde habitan y se interrelacionan los seres vivos.

Sin embargo, la población en general permanece impasible ante conductas que ponen en peligro su propia existencia (como el masivo consumo de los alimentos transgénicos o genéticamente modificados) y podría aseverarse que hay un fracaso en la conciencia individual y colectiva sobre este tema en el que los seres humanos son las principales víctimas y que rebasa las fronteras de los estados (valga como ejemplo la atmósfera y las aguas) para convertirse en uno de los principales y más graves problemas del actual mundo globalizado.

De inmediato deben cesar las agresiones ambientales e imponerse extremas medidas de prevención y control a través de las más variadas disciplinas que puedan tener injerencia en el tema ambiental. Una de esas herramientas es el Derecho.

Sin embargo, la autoridad política mundial no puede imponer sus criterios por encima de los intereses nacionales. Es por ello que la actuación internacional debe efectuarse mediante instrumentos tales como acuerdos, ayudas y cooperación multilateral.

No se puede construir una sociedad duradera si no se vive de acuerdo con estas leyes naturales, que están por encima de todas las constituciones.

El Derecho Ambiental utiliza diversas técnicas o instrumentos jurídicos para la consecución de sus objetivos y finalidades para la protección de los distintos derechos e intereses afectados. Una de ellas es el Derecho Penal, en el cual se establecen los denominados delitos ambientales, entre los que destacan en la actualidad los cometidos por las empresas u organizaciones de carácter com-

plejo; tema nada pacífico y que ha planteado numerosas interrogantes, debido a que implica una penalización institucionalizada de los atentados más graves contra los valores del medio ambiente.

Si bien se han presentado las más variadas argumentaciones contra la utilización del Derecho Penal para la protección del medio ambiente, es inocultable que cada día aumenta el número de países que recurren a él como herramienta más eficaz para la protección al medio ambiente, ya sea a través de la inclusión de preceptos en el propio Código Penal (CP) o a través de leyes especiales.

Entre estas alternativas, en Venezuela se pensó incluir en el propio CP un título denominado “De los Delitos Contra la Naturaleza y el Ambiente”, pero dada la dificultad de emprender una reforma a éste, se escogió por la segunda alternativa al sancionar en “La Ley Penal del Ambiente” (LPA), aunque con puntuales y sensibles modificaciones.

Sin embargo, son múltiples las conductas criminosas que han ocasionado daños irreversibles al medio ambiente y que han quedado impunes, no obstante haber cobrado numerosas vidas y provocado un gran impacto social.

Recuérdese la espantosa y mayor tragedia radiactiva ocurrida en la Central Nuclear de Chernobyl, Ucrania, 1986, al explotar un tipo de combustible radiactivo que afectó un área aproximada de cinco millones de habitantes y se propagó por toda Europa. Murieron cerca de veinte mil personas y más de trescientas mil personas han padecido de distintos tipos de cáncer y muchos de sus efectos devastadores están aún por cuantificarse.

Gran alerta y preocupación ocasiona que la víctima en los delitos ambientales sea el hombre, y en su sentido más amplio la humanidad misma, y más grave aún que lo sea, por su actuar imprudente en la generalidad de los casos. Pese a su naturaleza pública, no son frecuentes las denuncias ante los organismos de investigación de los mayores daños ambientales y se ignora sobre su existencia, riesgos, su carácter eminentemente técnico y potenciales perjuicios.

Ahora bien, de lo anterior se colige que únicamente las víctimas individualizadas o perjudicadas directas por las infracciones ambientales menos graves son las que pretenden de los órganos del Estado una sanción penal o una reparación del bien personal o patrimonial afectado por el delito.

Repudia la gran desidia e indiferencia ante la impunidad de los delitos ambientales de mayor gravedad y de víctimas no determinadas (que desconocen su propia condición) erigidos en signos de nuestros tiempos en los que se afectan

intereses colectivos y difusos de la humanidad y en la que hay una tácita aceptación (dolo eventual) de esos resultados que incluso podrían ser letales no obstante el grave riesgo que su conducta supone, lo asume y ejecuta su actividad ilícita.

La conservación de la naturaleza es un reto y un problema que atañe a todo ser humano y por ende a la comunidad internacional.

Muestra de ello la reciente reunión (julio 2005) del denominado Grupo G8, constituido por los siete países más industrializados del mundo, más Rusia en el que se abordó el difícil tema del cambio climático, una de las preocupaciones actuales que aquejan al planeta.

Por tales razones a nivel internacional los legisladores constitucionales han reconocido el derecho a un medio ambiente sano y apto para la vida como un derecho humano propio de cada ciudadano y que debe trascender de un simple principio programático contemplado en las Constituciones de los Estados, haciendo un llamamiento de solidaridad colectiva, cuya participación fomente una cultura ecológica en la utilización racional de los recursos naturales, debido a que es el propio hombre quien despliega la mayor actividad contaminante predominantemente en la civilización industrializada, sin olvidar que con frecuencia, las personas naturales y colectivas implicadas en estos ilícitos ambientales gozan de gran poderío económico y político en detrimento y aun cuando los perjuicios al medio ambiente sean irreparables con graves consecuencias para la salud pública mundial. Es así como los Estados Unidos (el mayor emisor de gases contaminantes del mundo) no ha ratificado el Protocolo de Kioto, porque en palabras del Presidente Bush “*habría hundido nuestra economía*”.

La guerra por el poder económico del mundo toma cada vez formas más sutiles. La desmedida ambición de las naciones por el desarrollo económico constituye uno de los mayores obstáculos para preservar las condiciones adecuadas para la vida misma y por ende atenta contra ese derecho humano fundamental recogido por los más importantes Convenios, Pactos y Tratados Internacionales: Se advierte, sin embargo, que este problema de la contaminación ambiental no es exclusivo de los países ricos, pues “pobreza y consumo excesivo son los males gemelos de la humanidad”, según el Informe Perspectivas del medio ambiente (GEO) del Programa de Naciones Unidas Para el Medio Ambiente en el 2005 (PNUMA).

En Venezuela el fenómeno ecológico más importante de 2004 fue la *lemnna* (crecimiento desproporcionado de una especie vegetal denominada *lemnna sp*, debido a la contaminación derivada de las aguas servidas, actividades industriales, agropecuarias y petroleras) que cambió a verde esmeralda la cara del lago de Maracaibo.

Estas breves reflexiones pretenden sensibilizar, alertar y dar una cara humana sobre la realidad que padece nuestro planeta: la contaminación ambiental, que involucra a la vida del hombre y de su entorno, convirtiéndose en víctima de sí mismo. Es además, un llamado de atención a todo ser humano a convertirse en agente activo en el desarrollo sustentable y equitativo; a promover una comprensión sobre el hecho de que las comunidades (y primordialmente las víctimas) deben cambiar sus actitudes acerca del fenómeno ambiental; y demandar sociedades que aseguren a través del Derecho Penal un disfrute de un futuro más próspero y seguro del derecho a un medio ambiente adecuado. Para tal fin se definen de manera general algunos conceptos como medio ambiente, víctima e impunidad, luego se pone de relieve la nueva dimensión del derecho a un medio ambiente sano como derecho natural, absoluto, equiparable a los derechos esenciales del hombre. Además se expone cuál ha sido su evolución en el Derecho Comparado y en nuestra legislación; se reflexiona sobre la necesidad y conveniencia de proteger al medio ambiente en el orden penal, indicando algunas de sus características, para culminar con unas breves consideraciones finales y algunas reflexiones o propuestas.

1. CONCEPTOS BÁSICOS

1.1 AMBIENTE EN GENERAL

El ambiente puede ser concebido como la síntesis histórica de las relaciones de intercambio entre sociedad y naturaleza en términos de tiempo y espacio, pero no es algo neutro ni abstracto y se presenta como una realidad histórica, puesto que el ambiente y todas sus connotaciones jurídicas entran a la historia con el hombre, desde el momento que éste toma conciencia de su existencia y de los diferentes bienes naturales que le pueden ser útiles para satisfacer sus necesidades.

El ambiente forma parte de un sistema complejo extremadamente cambiante, sujeto a patrones y a reglas precisas que constituyen la base de un delicado equilibrio inmerso en lo que se ha llamado la “ecología”.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “*Ambiente*” es “Del lat. *ambiens*, *–entis*, que rodea o cerca.) adj. Aplícase a cualquier fluido que rodea un cuerpo. // 2. m. Aire o atmósfera. // 3. Condiciones o circunstancias físicas, sociales, económicas, etc., de un lugar, una colectividad o una época”.¹

¹ *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición, Tomo II, Ed. Espasa Calpe, S.A. Madrid, 1992, p. 125.

También podría definirse como conjunto de las condiciones físicas y biológicas del lugar donde se vive (clima, suelo, seres vivos, etc.), que influyen y condicionan la vida, el crecimiento y la actividad del organismo. Es la totalidad de condiciones externas que ejercen influencia sobre un organismo o una comunidad de organismos en su hábitat (Teología). La suma de todas las condiciones que afectan el desarrollo y la vida de los organismos. (Ingeniería). Agregado de todas las condiciones naturales, operacionales, o de otro tipo que afecten la operación del equipo o sus componentes. (Física). El agregado de todas las condiciones y las influencias que determinan la conducta de un sistema físico (Lapedes, 1976). El entorno incluye el agua, el aire, el suelo, y su interrelación, así como todas las relaciones, entre estos elementos y cualesquiera organismos vivos. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO 1986). El conjunto, en un momento dado, de todas las condiciones externas e influencias a las cuales un sistema está sometido (el término “sistema” cubre todos los seres vivos, incluido el hombre.) (IPCS, 1989). (Consultado en la página web [www.estrucplan.com.ar/secciones/glosario/ buscaglosario.asp](http://www.estrucplan.com.ar/secciones/glosario/buscaglosario.asp)).

1.2 VÍCTIMA

Según el Diccionario de la Real Academia Española, se entiende:

Del lat. víctima. 1. f. Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. 2. [f.] fig. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. 3. [f.] fig. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita.²

Por su parte el artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal 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.

² *Ibidem*, p. 2.297.

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.

Asimismo, la Resolución 40-34 del 29 de noviembre de 1985 de las Naciones Unidas que contiene la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, y señala:

Se entenderá por víctimas a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas y mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones y omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Es característico de las legislaciones penales modernas incriminar con mayor frecuencia los denominados delitos “sin víctima” o con “víctimas difusas” (delitos de droga, Derecho Penal económico y delitos ambientales, estrechamente vinculados entre sí) y se ha venido sustituyendo la causación del daño por la puesta en peligro (cuyos titulares no están determinados *ab initio*), los delitos de resultado, por los delitos de peligro abstracto, los bienes jurídicos individuales por bienes jurídicos universales.

El Código Orgánico Procesal Penal define a la víctima (artículo 119) enuncia algunos de sus derechos durante el juicio penal (artículo 120) y declara de manera expresa como objetivo del proceso: la protección y reparación del daño causado a la víctima (artículo 118). El Código Penal venezolano tan reformado recientemente no la define, de allí la importancia al complementar la ley penal sustantiva con la ley penal adjetiva y garantizar la realización y vigencia efectiva de las prescripciones del Derecho Penal Material en las que tienen un rol preponderante el Ministerio Público y los jueces penales de la República.

La participación activa o la legitimación de la víctima como querellantes en infracciones ecológicas es muy limitada, no obstante su reconocimiento formal en el Derecho Positivo, tal inactividad fáctica exige una continua evaluación y

una adaptación de los conceptos jurídicos de fondo clásicos en un sistema de justicia que exclusivamente resuelve de manera ritualista sobre las conductas criminales tradicionales, cuya relación causa-efecto sea muy simple o evidente.

1.3 Impunidad

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, es “falta de castigo”.³ A este concepto general debe añadirse el jurídico: “Estado por el cual queda un delito o falta sin el castigo que por la ley le corresponda”. “Castigo” es “pena que se impone al que ha cometido un delito o falta”, según el Diccionario de la Academia⁴ “Penal” es el término más usado en lo jurídico y da su nombre al Derecho Penal:⁵ “Disminución de un bien jurídico con que se amenaza y que se aplica a quien viola un precepto legal”.⁶

1.4 EL DERECHO DE PUNICIÓN SOBRE LA BASE JURÍDICA

El gran penalista alemán Hans-Heinrich Jescheck afirma:

El derecho penal se basa en el poder punitivo del Estado (*ius puniendi*) y, a su vez, éste constituye una parte del poder estatal. Uno de los cometidos elementales del Estado es la creación de un orden jurídico, ya que sin él no sería posible la convivencia humana. El Derecho Penal es uno de los componentes imprescindibles en todo orden jurídico, pues por mucho que el moderno Estado social haya empleado sus funciones de planificación, dirección y prestación, la protección de la convivencia humana en sociedad sigue siendo una de sus principales misiones cuyo cumplimiento constituye el presupuesto de toda actividad de prestación positiva en materia asistencial. Por ello, la necesidad de la coacción penal se ha advertido por la Humanidad desde los tiempos más primitivos, y la punición de los delitos ha contado en todas las culturas entre las más antiguas tareas de la comunidad. La opinión popular ve todavía hoy en el derecho penal el derecho por excelencia...⁷

³ *Ibidem*, p. 761.

⁴ *Ibidem*, p. 289.

⁵ Por esto la denominación “Derecho Penal” puede crear confusión, en el sentido de ser el Derecho de las penas. Es preferible la denominación “Derecho Criminal” como lo hizo Carrara.

⁶ Goldstein Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Segunda Edición, 677 E.d. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 527.

⁷ Jescheck: *Ob. Cit.*, 16.

Y continúa:

La misión del derecho penal es proteger la convivencia humana en la comunidad. Nadie puede, a la larga, subsistir abandonado a sus propias fuerzas; toda persona depende, por la naturaleza de sus condicionamientos existenciales, del intercambio y de la ayuda recíproca que le posibilite su mundo circundante ...En cierto modo, la norma penal representa la *ultima ratio* del instrumento del que dispone el legislador. Al mismo tiempo, con la evitación de graves arbitrariedades, ha de procurar al individuo una esfera dentro de la cual pueda decidir con libertad y realizar sus decisiones según su criterio. El derecho penal no sólo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad ...Los ataques que se dirigen a la justificación de la existencia del derecho penal como instrumento represivo de poder para la realización del orden jurídico resultan infundados en una Sociedad libremente organizada, ya que sólo la pena hace posible la protección de la paz jurídica en un marco de libertad ...El Derecho Penal realiza su tarea de protección de la sociedad castigando las infracciones ya cometidas, por lo que es de naturaleza represiva. En segundo lugar, cumple esa misma misión por medio de la prevención de infracciones de posible comisión futura, por lo que posee naturaleza preventiva. La función represiva y la función preventiva del derecho penal no son, sin embargo, contradictorias, sino que deben concebirse como una unidad ...Pero incluso cuando interviene en forma represiva, el derecho penal cumple, respecto a la protección de la Sociedad, indirectamente una función preventiva: la pena justa constituye un instrumento imprescindible, en interés de la colectividad, para el mantenimiento del orden social ...El Derecho Penal tiene encomendada la misión de proteger bienes jurídicos. En toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad que, son por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública. Tales bienes elementales son, por ejemplo: la vida humana, la integridad corporal...⁸

Santiago Mir Puig dice que el “...Derecho Penal es uno de los medios de control social, muy formalizado. Y que, como tal, tiende a evitar conductas indeseables

⁸ *Ibidem*, 355.

mediante amenazas”⁹ y hace la siguiente cita de Maurach: “...Existe unanimidad en que la justificación de la pena reside en su necesidad. Una sociedad que quisiera renunciar al poder punitivo renunciaría a su propia existencia”.¹⁰

2. EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Afirma Valls:

El derecho al ambiente es inherente al derecho a la vida, pues protege la integridad física de la persona. Es inherente también a la libertad y a la igualdad, por cuanto protege, asimismo, su integridad moral. Está implícito en el tríptico romano *honeste vivere, alterum non laedere, jus suum tribuendi* y por ello siempre aparece difuso en todo el derecho (sic).¹¹

Hasta hace muy poco no se lo había sancionado explícitamente por obvio, ya que la agresión ambiental no era tan ostensible y grave, y porque los grupos socioeconómicos que ejercían el poder de legislar no habían visto amenazado su disfrute del ambiente.

Cuando fue necesario sancionarlo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre el *medio ambiente* (Estocolmo, 1972) auspiciada por nuestro país, reconoció al hombre un derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a condiciones de vida satisfactorias en un medio cuya calidad le permita vivir con dignidad y libertad. Como contrapartida le atribuyó el deber solemne de proteger y mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras.

Los fundamentos de estas Declaraciones denotan *que el Derecho al Ambiente tiene la misma jerarquía que los llamados derechos del hombre o derechos humanos*. En consecuencia es un Derecho:

- a) Natural: En el sentido de que la norma jurídica lo reconoce y ampara, pero no lo crea.
- b) Universal: Porque al tener su fundamento en la existencia misma de la persona, todo ser humano lo tiene. *También lo tienen las per-*

⁹ Mir *Ob. Cit.*, 1.

¹⁰ *Ibidem*, 38.

¹¹ Valls, *Ob. Cit.*, 165 ss.

sonas jurídicas en cuanto lo necesiten para cumplir sus fines y aun cuando no lo enuncien sus Estatutos. Como el ambiente es un conjunto integrado que accede y condiciona al ser humano, se superpone al de otros seres humanos, lo que crea complejas relaciones de interés entre los individuos.

c) Absoluto: Por cuanto todos pueden ejercerlo directamente. Recíprocamente todos deben respetarlo, inclusive el Estado y los Estados extranjeros, lo que implica la necesidad de acuerdo entre quienes pretendan ejercerlo y, en su defecto, al de una decisión jurisdiccional que determine el modo, la oportunidad y el lugar del ejercicio, precisamente para que todos puedan ejercer esos derechos absolutos que tienen al ambiente.

d) Que debe ser reglamentado para facilitar su ejercicio. Mientras no se lo reglamente, mantienen su pleno vigor y la autoridad no puede excusarse de hacerlo respetar so pretexto de que falten reglamentaciones.

La necesidad de reglamentación es práctica. Por ejemplo, una norma jurídica puede obligar a los vecinos a tolerar la intrusión sónica de un pianista, pero limitándola en el tiempo y su intensidad.

e) Que está fuera del comercio y por ello es inalienable e imprescriptible.¹² Implica un derecho a la libertad, a la integridad y a la igualdad, categoría que lo hace irrenunciable. Ello no impide que sea condicionado por la reglamentación de la autoridad o por acuerdo entre las partes.

f) Que incluye en su reverso la obligación de preservarlo, obligación que como suele enunciarse cada vez que se proclama el derecho al ambiente. Es obvio que si no lo preserva, mal puede disfrutárselo (énfasis añadido).¹³

La protección jurídica del medio ambiente está configurada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de “*nuevo cuño*” como un derecho subjetivo de la sociedad y de cada uno de sus integrantes a disfrutar de una adecuada calidad de vida, y de un entorno natural apto para el pleno desarrollo del ser humano.

¹² Véase artículo 29 de la CRBV.

¹³ Valls, *Ob. Cit.*, 165 ss.

El bien jurídico protegido está constituido tanto por el disfrute del medio ambiente como por el equilibrio ecológico. El objeto material son los elementos: aire, agua, suelo, fauna y flora, interrelacionados entre sí y con el ser humano. Incluye la conservación y el mantenimiento de condiciones ambientales adecuadas.

3. EVOLUCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

La protección del ambiente por el Derecho surgió ante la existencia de agresiones a gran escala que fueron alterando gravemente el equilibrio ecológico y la calidad de vida, como consecuencia de la actividad desarrollada por el ser humano debido a la revolución tecnológica. Es por esta razón que su origen es de muy reciente data. El Derecho Ambiental ha contribuido a impedir la degradación del Medio Ambiente, ordenando la reparación en caso de que se produjesen daños, e incluso a través del establecimiento de mecanismos represivos.

Si bien existen precedentes importantísimos del Derecho Ambiental en épocas anteriores, tanto en el Derecho Comparado como en nuestro país, debemos ubicar su nacimiento en tiempos recientes. En este sentido, la gran mayoría de los autores coinciden en afirmar que el Derecho Ambiental moderno nació con la Declaración de Estocolmo, adoptada en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano, celebrada en 1972. La problemática ambiental en el mundo fue discutida allí por primera vez y por el grado de consenso internacional que generó y por la profundidad de sus conceptos, se convirtió en la Carta Magna del Derecho Internacional Ambiental.

La Conferencia emitió una Declaración Internacional sobre el medio humano, a través de un documento “sin imperativos jurídicamente vinculantes, aunque, esperamos, con autoridad moral, que inspire en los corazones de los hombres el deseo de vivir en armonía entre ellos y con el medio ambiente”.¹⁴

Fue a partir de esa Declaración que se marcó un hito en materia ambiental internacional, y los distintos ordenamientos jurídicos empezaron a preocuparse por el medio ambiente y por los daños irreversibles que se le había ocasionado.

La humanidad ha realizado grandes avances a través de los Acuerdos Internacionales en materia ambiental. Entre ellos se destaca la participación de Vene-

¹⁴ Como afirmó Mostafá K. Tolba, Jefe de Delegación egipcia en la Conferencia de Estocolmo, Director Ejecutivo del PNUMA, 1975-93.

zuela en la indicada Conferencia de las Naciones Unidas sobre el “Medio Ambiente Humano” de Estocolmo, Suecia (1972) y en la “Cumbre de la Tierra” en Río de Janeiro, Brasil (1992). Nuestro país también intervino en el marco de las actividades de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), así como de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de la Organización Mundial de la Salud (OMS). En todos estos encuentros se han emitido numerosas declaraciones en materia de ambiente, y Venezuela ha suscrito, aunque no siempre ratificado, algunas de esas Convenciones Internacionales relativas al derecho ambiental.

Como históricos antecedentes de interés en esta materia en la legislación venezolana pueden considerarse las previsiones del Libertador Simón Bolívar.

Dos Decretos muestran su preocupación por la conservación de los recursos naturales y por la pureza del medio ambiente. El primero es el que dicta en Guayaquil el 31 de junio de 1829, por medio del cual se trata de regular el uso racional de bosques baldíos, en especial maderas y plantas medicinales, cuya extracción debía realizarse conforme a las reglas que indicaran las facultades de Medicina de Caracas, Boyacá y Quito.

El segundo, dictado en Bogotá el 22 de diciembre de 1827, no se refiere en exclusiva al ambiente sino a cuestiones de Política General, pero en él se incluyen capítulos destinados al mantenimiento del ambiente, la salubridad y la belleza de los pueblos. Es de notar que en este Decreto ya se preveía la reparación pecuniaria por parte de quien resultara responsable de actos que causaran la contaminación del ambiente.

En Venezuela, la evolución legislativa ambiental se inició con la promulgación de la Ley Orgánica del Ambiente en 1976 y la Ley Orgánica de la Administración Central en 1999, y con la creación del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (MARNR) se inició la preocupación por el medio ambiente en nuestro país. En 1992 se sancionó la LPA y se tipificaron delitos por violar disposiciones relativas a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente. También se establecieron sanciones para las personas jurídicas y una serie de medidas precautelativas, restitutivas y reparadoras.

Según Mayz Vallenilla, citado por Gil Castillo, el CP vigente, los códigos derogados y los anteproyectos que se han sucedido “no contemplan en sus títulos la protección de la naturaleza como un bien jurídico valioso en sí mismo, sino que ésta recibe una relativa protección según se atente contra los intereses

públicos y privados, la economía o la seguridad colectiva”.¹⁵ Tal hecho revela una concepción ideológica según la cual la naturaleza y el hombre se presentan como seres separados, distintos, diversos y no como una totalidad en constante intercambio, donde el hombre depende de la naturaleza y cualquier daño que le ocasione a ella se lo está ocasionando a sí mismo y a sus descendientes.

En la actualidad la protección del Derecho Ambiental venezolano tiene su fundamento legal en las normas y principios establecidos en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los Tratados y Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por la República que regulan la materia y en las leyes fundamentales que constituyen su basamento, tales como:

- a) Ley Penal del Ambiente; G.O. N° 4358, del 3 de enero de 1992. (Aprobada en el Congreso Nacional el 5 de diciembre de 1991 y publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinario 4.358 del 3 de enero de 1992).
- b) Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio; G.O. N° 3.228, Ext. del 11 de agosto de 1983.
- c) La Ley Orgánica del Ambiente; G.O. N° 31.004, del 16 de junio de 1976.
- d) Ley de Protección a la Fauna Silvestre; G.O. N° 29.289, del 11 de agosto de 1970.
- e) Ley Forestal de Suelos y de Aguas; G.O. N° 1.004, Ext. del 26 de enero de 1966.

Sólo se realizarán algunos breves comentarios de los textos legales que tienen una vinculación directa con la temática a tratar: la CRBV, la LOA y la LPA.

3.1 LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y EL AMBIENTE COMO PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD

Por primera vez el Texto Constitucional vigente reconoce la importancia del Derecho Ambiental al señalar en su Preámbulo a la promoción y protección del “...equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad...”.¹⁶

¹⁵ Mayz Vallenilla citado por Gil Castillo: *Ob. Cit.*, 15.

¹⁶ La Constitución de 1961 no le otorgó importancia al tema ambiental que adquirió verdadera y definitiva relevancia mundial en 1972 con la Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano.

Nuestra Constitución está, pues, a tono con el generalizado reconocimiento en el Derecho Comparado de la trascendencia de proteger lo ambiental durante la década de los noventa.

La Constitución consagra normas sobre derechos y deberes en materia ambiental, principalmente en el Capítulo IX “De los Derechos Ambientales”, así como en las disposiciones de otros capítulos del Título III “De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías”.

Se establecen los siguientes derechos y deberes:

- a) El derecho a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado.
- b) La obligatoriedad de la educación ambiental en todos los niveles del sistema educativo.
- c) La protección al ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de importancia ecológica.
- d) La obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, de garantizar un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el H₂O, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono y las especies vivas sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.
- e) El desarrollo por el Estado de una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, entre otros factores.
- f) La obligación de presentar estudios de impacto ambiental y sociocultural por toda actividad susceptible de generar daños a los ecosistemas.
- g) La obligación del Estado de impedir la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas.
- h) La regulación, mediante ley, del uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.
- i) La determinación de que, en todo contrato que la República celebre y en los permisos que otorgue que involucren los recursos naturales, se considerará incluida, aun cuando no estuviera expresa, la

obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

3.2 LOS TRATADOS INTERNACIONALES AMBIENTALES

En relación con *los Tratados Internacionales en materia ambiental, suscritos y ratificados por Venezuela, se consideran ley de la República*. Esto significa que cuando no exista una ley nacional que establezca regulaciones sobre algún caso ambiental en particular, y algún Tratado Internacional sí lo haga, en cuanto el Tratado no vaya en contra de la Constitución, esas reglas son las que deben ser aplicadas por nuestros jueces y los órganos del Poder Público a que corresponda. Incluso, pueden llegar a tener jerarquía constitucional y prevalecer sobre el Derecho interno en la medida en que contengan normas más favorables a las previstas en la Constitución y en las demás leyes de la República, según una interpretación teleológica del artículo 23 de la CRBV que dispone:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

3.3 LEY ORGÁNICA DEL AMBIENTE

Esta fue, en 1976, la primera ley promulgada en Venezuela con el propósito de proteger al *medio ambiente* y en la que se declaró por primera vez al ambiente como bien jurídico digno de tutela jurídica.

Cualquier actividad que pueda causar algún daño al ambiente está sujeta a control gubernamental, a través del MARNR. La ley establece los principios generales para la conservación, defensa y mejoramiento del medio ambiente para el beneficio de la calidad de vida. Para alcanzar este propósito, esta ley contiene una lista de actividades que pueden causar daños al ambiente. Además, desarrolló las siguientes áreas:

- a) La planificación ambiental como instrumento para alcanzar las metas de la ley (establece lineamientos para la administración y manejo de las actividades capaces de dañar el ambiente).

b) La creación de Agencias Nacionales de Protección Ambiental como la Procuraduría del Ambiente, las Juntas para la Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente y la Guardería Ambiental.

c) Define violaciones y la imposición de penalidades o sanciones a los infractores (define también el daño ambiental permitido).

d) Para lograr sus objetivos la ley se basa en varios principios fundamentales del Derecho Ambiental, entre los cuales podemos mencionar:

1. El denominado desarrollo sustentable como medio para la obtención de un balance entre el derecho al desarrollo y la preservación del ambiente para generaciones futuras.
2. La conservación, protección y mejoramiento del ambiente constituyen actividades consideradas de utilidad pública.
3. Los principios contenidos en algunos Tratados Internacionales, como por ejemplo la Declaración de Estocolmo de 1972.

3.4 LEY PENAL DEL AMBIENTE

Esta ley, sancionada en 1992, complementa a la LOA y su objetivo principal es la determinación de lo que se debe considerar como delitos ambientales, definidos como aquellas acciones que violan las reglas establecidas para la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y establece sanciones penales criminales para esos delitos.

Bajo esta ley se sancionan crímenes ocasionados no sólo por unas conductas dolosas, sino también por negligencia o imprudencia, cuyas penalidades pueden ser reducidas de un tercio a la mitad de las penas normalmente aplicables a los crímenes cometidos con intención. Además, se estableció un sistema de medidas precautelativas para eliminar los peligros ambientales o evitar las consecuencias degradantes y perjuicios al medio ambiente.

La cualidad para interponer la acción penal está prevista en los artículos 20, 21 y 23 de LPA y corresponde a los Fiscales del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada de delito.

Asimismo, el Código Orgánico Procesal Penal (COPP) prevé en sus artículos 24 y 50 que corresponde al Ministerio Público de oficio el ejercicio de la acción penal, salvo que sólo pueda ejercerse por la víctima o a su requerimiento y,

además, el ejercicio de la acción civil cuando los delitos hayan afectado intereses colectivos y difusos.

De ahí que pueda aseverarse que gran parte de los resultados en los procesos penales medioambientales depende de la actividad desplegada por los Fiscales del Ministerio Público, quienes en definitiva ocupan un rol protagónico en esta área.

4. LA PROTECCIÓN PENAL AL MEDIO AMBIENTE

4.1 NOCIONES GENERALES

Como herramienta clave, el Derecho Penal tutela el medio ambiente a través de instrumentos preventivos y represivos. Los primeros procuran evitar que acaezcan las agresiones (riesgos y lesiones) al ambiente.

Los *instrumentos represivos* pretenden exigir una “sanción” o “respuesta” obligatoria cuando el atentado contra el medio ambiente ya ha acaecido, diferenciándose tres grandes modalidades de responsabilidad jurídica: la civil, la administrativa y la penal.

El principio *non bis in idem* impide exigir por un mismo hecho sanciones penales y administrativas (no se puede castigar dos veces por una misma conducta que ofenda idéntico bien jurídico).

En cambio, sí son compatibles ambas responsabilidades con la civil, dada la complejidad del bien jurídico a proteger, por lo que se ha optado en muchas legislaciones por la técnica de la ley penal en blanco, articulando la protección penal mediante el reforzamiento de la normativa y de las autoridades administrativas ambientales. El principio de mínima intervención impone que estas normas penales sólo castiguen las conductas más graves y, en consecuencia, rijan también el principio de subsidiariedad.

Es necesario proteger el medio ambiente con responsabilidades penales por la notable relevancia que este bien jurídico tiene en la actualidad. Para proteger los intereses sociales, el Estado sólo está legitimado para acudir al Derecho Penal cuando el resto de los mecanismos resulten insuficientes.

Principalmente los países de la Unión Europea y del Consejo de Europa preconizan la utilización de la protección penal medioambiental. En este sentido, la Resolución 28/1977 sobre Contribución de Derecho Penal en la protección del Medio Ambiente constituye el punto de partida y referencia a partir del cual empieza a

utilizarse el Derecho Penal como instrumento de protección al Medio Ambiente en ese continente. La Resolución formuló una serie de recomendaciones, entre las cuales interesa destacar la “persecución de los delitos contra el Medio Ambiente no sólo en el país de comisión de la infracción, sino también en los países en los que el hecho punible ha provocado o causado daños, resultados o consecuencias, sin perjuicio del principio de *non bis in idem*” y el “establecimiento de la acción popular para la persecución de este tipo de ilícitos”.

Consciente del rol modesto y hasta secundario del Derecho en su doble vertiente: administrativa y penal, debe fomentarse un cambio de paradigma en Derecho Penal Ambiental al servicio de los ciudadanos, que procure el respeto de las normas establecidas para preservar el equilibrio ecológico y la sanción efectiva de los delitos que ponen en peligro la vida de las especies vegetal, animal y por último, la humana, por tratarse de una de las manifestaciones más evidentes de violación de los denominados intereses colectivos y difusos en la cual la víctima participe de manera activa en la consolidación de las investigaciones, en el acopio de pruebas y en conservarlas (para su válida utilización en los juicios orales)

4.2 ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL AMBIENTAL

La estructura de una propuesta de punición Estatal frente a aquellas transgresiones a la legislación ambiental que ameritan, por su gravedad, ser constitutivas de delitos, debe estar inspirada en unos principios fundamentales que respeten (al menos) las siguientes características:

4.2.1 En relación con el bien jurídico protegido, la complejidad del medio ambiente dificulta su protección por el Derecho Penal, ya que afecta a bienes jurídicos tradicionales tales como la vida, la integridad corporal, la salud pública y el patrimonio. Se trata de un nuevo valor o interés a proteger por las normas penales, autónomo, aunque conexo con respecto a otros bienes jurídicos, con los que guarda una relación como entidad más abstracta y fundamental.

Son muy diversas las acepciones de “*ambiente*” que tienen relevancia jurídica, pero la que vamos a tomar como válida es la difundida a partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972, de la que indudablemente se hacen eco la mayor parte de las Constituciones de los distintos países y que luego han recibido la concreción positiva en sus Códigos Penales.

Para el Derecho Penal Ambiental es un concepto fundamentalmente físico en cuanto entorno natural de los sujetos y propiciador de la vida. El concepto de

medio ambiente puede llegar a ser de una amplitud tal, que no resultaría operativo en la esfera jurídico-penal, en donde se trata de acotar este vastísimo concepto para hacerlo funcional y, en cierta medida, autónomo en este ámbito de tutela.

Por tanto, para una adecuada tutela jurídico-penal, se debe entender el “ambiente” como los componentes físicos y bióticos de los ecosistemas y sus interacciones, con exclusión de los elementos sociales y culturales.

4.2.2 El principio de intervención mínima del Derecho Penal Ambiental

El Derecho Penal no es ni debe ser una solución a todos los problemas de la sociedad. Sólo puede y debe actuar ante determinadas situaciones: las más graves y distorsionantes de la pacífica convivencia. De ahí el carácter o función subsidiaria atribuido al mismo (principio de intervención mínima).

La intervención del Derecho Penal Ambiental debe presentarse, como sugiere la doctrina, mínima en cuanto a sus dimensiones, pero máxima en cuanto a su eficacia y en la que se requiere extremo cuidado en la formulación de los tipos penales, a fin de garantizar niveles adecuados de aceptación social.

Se ha sostenido que la intervención del Derecho Penal siempre es traumática, tanto para el individuo como para la sociedad, por la gravedad del daño infringido y por la propia gravedad de la correspondiente sanción. Por consiguiente, sólo deben ser objeto de tutela penal aquellos bienes que se consideren más importantes y frente a las agresiones más lesivas.

A tales efectos, según Tiedemann debe aplicarse el principio de proporcionalidad:

La eficacia de este principio constitucional es suficiente para el legislador penal, quien ha de comprobar concienzudamente si las medidas civiles o administrativas no bastan para la inhibición y sanción del injusto peligroso socialmente. El derecho penal debe ser por consiguiente “la ultima ratio” (...)

la pena criminal es en cada caso no sólo la más severa sino también un medio de reacción estatal característico que debido a su unión a una desaprobación ético-social últimamente no está en una graduación con otras medidas estatales: los requisitos de la evaluación ético-social no conducen sólo a una extensa potestad discrecional del legislador sino a su cuasi monopolio en la evaluación de los actos peligrosos socialmente como más o menos necesitados de pena.

La medida constitucional de proporcionalidad aparentemente tan racional ha sido por eso considerablemente desvalorizado y queda sólo para evitar los más graves errores del legislador penal.¹⁷

Sin embargo, debe destacarse que tal mínima intervención del Derecho Penal Ambiental no debe confundirse con la inaplicación del mismo en la práctica. Una vez en vigor la norma penal y mientras no sea derogada, ésta debe ser la aplicada por nuestros jueces penales.

El ordenamiento jurídico-penal ambiental venezolano debe evolucionar sólo hacia la penalización de las conductas más graves, consideradas *signos de nuestro tiempo* en los sistemas comparados como una respuesta adecuada de nuestro Derecho interno a la creciente problemática ambiental.

Cuando el Papa Juan Pablo II habló de “Los signos de los tiempos” en su Primera Encíclica, dijo:

El hombre actual parece estar siempre amenazando por lo que produce, es decir, por el resultado del trabajo de sus manos y más aún por el trabajo de su entendimiento, de las tendencias de su voluntad... teme que sus productos, naturalmente no todos y no la mayor parte, sino algunos y precisamente los que contiene una parte especial de su genialidad y de su iniciativa, puedan ser dirigidos de manera radical contra él mismo; teme que puedan convertirse en medios e instrumentos de una autodestrucción inimaginable.

En este mismo sentido, destacó: “El hombre actual parece estar siempre amenazado por lo que produce”, que ya se mencionara, aun cuando agregó “Este estado de amenaza para el hombre, por parte de sus productos, tiene varias direcciones y varios grados de intensidad”; y, finalmente, señaló más adelante en la misma Carta Encíclica: “Sometiendo al hombre a las tensiones creadas por él mismo, dilapidando a ritmo acelerado los recursos naturales materiales y energéticos, comprometiendo el ambiente geofísico, estas estructuras hacen extenderse continuamente las zonas de miseria y con ellas las angustias, frustración y amargura”.¹⁸

¹⁷ Tiedemann. *Ob. Cit.*,

¹⁸ Jaquenod de Zsögön. *Ob. Cit.*, 45.

4.2.3 *Consumación de los delitos ambientales*

Los delitos ambientales son delitos de peligro, por lo que no admiten formas inacabadas o imperfectas de participación. Éstos se diferencian fundamentalmente de los llamados delitos de lesión, que requieren un efectivo daño al bien jurídico, mientras que los primeros se perfeccionan con la simple amenaza. Ahora bien, para una mejor comprensión, es importante distinguir entre los delitos de peligro concreto (salud humana y calidad de vida) y los de peligro abstracto (equilibrio de los sistemas naturales, condiciones de la vida animal, vegetal y ecosistemas naturales). En los últimos basta la peligrosidad general de la acción para su punibilidad. Por tanto, la producción del peligro no pertenece en sí misma al tipo. En cambio, en los delitos de tipo concreto la causación del resultado ha de constatarse por el propio juez como elemento del tipo.

4.2.4 *La utilización de la técnica legislativa de la norma penal en blanco*

En las distintas experiencias comparadas, el Derecho Penal del **medio ambiente** se nutre en gran parte de normas en blanco, por cuanto en la descripción del hecho punible la norma se remite a otras instancias del ordenamiento jurídico, principalmente al Derecho Administrativo. Podría afirmarse que es conveniente y hasta necesario acudir a la ley penal en blanco:

- a) Cuando el legislador advierte que la materia sobre la cual versan los mandatos y prohibiciones puede experimentar cambios acelerados, sucesivos e impredecibles o que está referida a complejas relaciones.
- b) Cuando se amenaza con la misma pena una variedad de conductas, normadas de forma orgánica en un texto legal extrapenal o de manera dispersa en varios de ellos.

Un sector de la doctrina asevera que constituye una útil herramienta recurrir a las leyes penales en blanco en materia ambiental, en especial para evitar el desfase entre la norma de rango legal (relativamente estática e inamovible) y las políticas ambientales y normas administrativas de más dinámica evolución y de flexible ajuste en el tiempo.

Así, Binding, el gran maestro alemán, ha caracterizado al Derecho Penal especial, y sobre todo a las leyes penales en blanco, como: "...expresión ideal y perfecta de la teoría de las normas: refleja esta técnica legislativa la triple división de norma extrapenal de conducta, norma penal descriptiva de la violación de esta norma de conducta y sanción penal como norma que se dirige al juez penal".

La técnica legislativa *in comento* presenta ventajas e inconvenientes. Entre las ventajas se encuentran la flexibilidad y agilidad en la adaptación del Derecho Penal a los cambios de la realidad social y que proporciona una mayor estabilidad y continuidad en tal Derecho.

En definitiva, ante la continúa evolución de las circunstancias y los adelantos tecnológicos, en principio es imposible la elaboración de normas jurídico-penales que regulen en su totalidad la conducta punible, y resulta inconveniente estar continuamente modificando la normativa jurídico-penal.

Entre los inconvenientes que presenta la utilización de las normas penales en blanco (se puede mencionar) que en cierto modo supone una delegación de la potestad legislativa en materia penal, y que puede constituir un riesgo en la coherencia que debe tener la temática ambiental, de grandes ribetes de complejidad y que no pueden ser soslayados.

Por tanto, *no es pacífica* la temática de la valoración de tal técnica normativa, según sostiene un sector amplio de la doctrina,¹⁹ además de estar inserta en la problemática sobre las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo.

Por razón del principio de reserva o estricta legalidad, en muchas legislaciones no se han aceptado leyes penales en blanco que remitan a una normativa de rango inferior, tales como reglamentos, acuerdos y decretos ejecutivos, sino, exclusivamente a una ley formal.

Pese a lo mencionado en el párrafo anterior, hay un grupo en la doctrina que acepta las leyes penales en blanco y considera que el reglamento o instrumento de carácter sublegal (al que se remite para integrar el tipo) adquiere jerarquía legal con la remisión. Además, esta práctica trata de un mero complemento técnico y ejecutivo de la ley penal, por lo que es perfectamente admisible.²⁰

Tal es la situación de Venezuela, que el Art. 8 de la LPA prevé lo siguiente:

Leyes penales en blanco. Cuando los tipos penales que esta Ley prevé, requieran de una disposición complementaria para la exacta determinación de la conducta punible o su resultado, ésta deberá constar en una ley, reglamento del Ejecutivo Nacional, o en un decreto aprobado en Consejo de Ministros y publicado en la *Gaceta Oficial*, sin que sea admisible un segundo reenvío.

¹⁹ Ortuba y Fuentes. *Ob. Cit.*, 581

²⁰ De la Mata Barranco. *Ob. Cit.*, 88.

En lo administrativo hay mayor flexibilidad en este aspecto, lo que posibilita la aplicación de esta técnica legislativa.

La discusión no es nada pacífica y está relacionada con la propia división de poderes en el Estado de Derecho y con los principios fundamentales de culpabilidad y legalidad.

La mayoría de los ordenamientos comparados ha optado por la utilización de la norma penal en blanco.

No obstante, desde una perspectiva pragmática, la cuestión es más compleja: existe un problema social que es la contaminación y la degradación del entorno. Dada la gravedad del mismo, y estando en vigor cientos de normas ambientales (dispersas, variadas y heterogéneas) que se han mostrado ineficaces, entra en juego el Derecho Penal. El problema que se suscita es el de cómo insertar en este difícil contexto social y normativo la protección penal del medio ambiente.

Pareciera pues inevitable recurrir a las leyes penales en blanco en materia ambiental para mantener el proceso normativo vigente en forma armónica e integrada. Sin embargo, puede intentarse como regla general el criterio sugerido por la doctrina mayoritaria: intentar la construcción del tipo penal ambiental sin remisión a otras normas, recurriendo a la ley penal en blanco para aquellas figuras en las que, por la complejidad de la acción típica o porque deba amenazarse con la misma pena a conductas normadas orgánicamente en otros textos legales extrapenales, sea inevitable recurrir a ella (*principios de la conveniencia e integración*).

4.2.5 Codificación o dispersión en leyes penales especiales

El legislador puede proteger el *medio ambiente* a través de leyes especiales que incluyan tipos penales (protección difusa) o a través de la creación de tipos penales codificados. La creación de leyes especiales supone una disminución de la eficacia de la protección penal, según nos ha demostrado la experiencia en el Derecho Comparado.²¹

²¹ Para Eser, "...el intento de ofrecer en el actual Derecho de protección ambiental nacional o internacional principios sólidos de una concepción valorativa ecológica se enfrenta con el obstáculo de una dispersión jurídica sin precedente". Esta dispersión jurídica encuentra su explicación en la falta de conciencia del legislador, de la complejidad de la tarea, o bien en que éste "considera ya suficientes las soluciones parciales". En la doctrina alemana, en el mismo sentido, se han pronunciado Bothe, Hoppe, Rauschning, Beecher y Dierkes, según Eser (Derecho ecológico, *Cit.*, p. 623). Jesús Jordano Fraga. *La Protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*.

La doctrina penal se ha inclinado por este segundo sistema. La doctrina administrativa reclama la protección penal del *medio ambiente* a través de leyes penales especiales sectoriales, debido a que el alejamiento de las normas penales puede introducir problemas de interpretación por la conexión entre el tipo penal y la norma administrativa.

Ha sido la postura que defiende la creación de un tipo específico en el Código Penal,²² la que, normalmente, ha prevalecido en los casos en que las Constituciones prevén sanciones administrativas o penales para la protección del **medio ambiente**; porque en realidad ambos tipos de sanciones (penales o administrativas) coexisten sobre la misma materia, de tal manera que se complementan y refuerzan mutuamente.

4.2.6 Vigencia del principio del *non bis in idem* sancionador

El principio *non bis in idem* (nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho) constituye un presupuesto garantizador frente a la práctica de la doble imposición de sanciones por un mismo hecho: Deben considerarse niveles adecuados de coherencia en la escala de penalización entre las transgresiones de menor entidad, respecto de aquellas que constituyen una lesión sustantiva a un componente ambiental.

Los problemas que se derivan de la delimitación no son en exclusiva teóricos, sino que presentan una intensa proyección práctica.

Junto a las sanciones penales, las sanciones administrativas deben integrar el eje de todo un estatuto sancionador en el ámbito del Derecho Ambiental, debidamente armonizado y coordinado en sus objetivos. A pesar de las múltiples conexiones existentes entre el ordenamiento jurídico-penal y el Derecho Administrativo sancionador, se hace necesaria una delimitación, lo más nítida posible, de ambas parcelas punitivas, debiendo abordarse la cuestión de la compatibilidad e incompatibilidad entre la sanción jurídico-penal y la sanción jurídico-administrativa.

5. BREVES CONSIDERACIONES FINALES

5.1 El derecho al disfrute al *medio ambiente* constituye la manifestación más clara y significativa de los denominados intereses difusos. La propia Constitu-

²² Esta dispersión temporal, o formación por aluvión, es denominada como: “mixtura de lo antiguo y de lo nuevo” Jaquenod de Zsögön. *Ob. Cit.*, 212.

ción así lo establece en su Art. 127 al señalar (...) “...toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado...”. Su goce y ejercicio debe ser irrenunciable e interdependiente de los derechos humanos y sin discriminación alguna, según el artículo 19 *eiusdem*”.

5.2 El derecho a la vida está seriamente amenazado por la propia actividad del hombre. Vivimos en una sociedad en la que se utilizan instrumentos, mecanismos y organizaciones imprescindibles (buques, tanqueros, empresas), que colocan en grave riesgo y lesionan intereses *supra* individuales o de la humanidad. La propia Constitución en su artículo 2, lo considera como un valor superior y no queda duda sobre la preeminencia que le da al tema de los derechos humanos y de éstos la vida es el derecho primordial por naturaleza.

5.3 La consideración del *medio ambiente como un bien jurídico de nueva generación* y la realidad penal y criminológica nos demuestran que las empresas y organizaciones constituyen sus principales agentes de riesgos medioambientales.

5.4 La tendencia a la protección penal del *medio ambiente* obedece a razones de realismo y eficacia, sin olvidar su carácter de *ultima ratio*, así como su coexistencia con la norma administrativa a la que se complementa. Esta coexistencia es regulada (en el Derecho Comparado y nacional) fundamentalmente con base al principio de gravedad. En consecuencia, sólo los supuestos más graves de agresión medioambiental son considerados delitos ambientales, debido a los riesgos o consecuencias particularmente perjudiciales. Respecto a tan ingente problema, el Derecho Administrativo sancionador no ha demostrado ningún resultado en el ámbito de la prevención ni de la represión, a pesar de la imposición de multas mil millonarias. De allí que *se imponga la necesidad de la protección al medio ambiente a través la aplicación del Derecho Penal moderno y de ultima ratio, con una marcada finalidad preventiva* que rebasa a la tradicional finalidad represiva del Derecho Penal y que conlleva a la afirmación indubitable de que una de las transformaciones más importantes del Derecho Penal de los últimos tiempos (al menos en materia ambiental) es su marcada tendencia preventiva. Por consiguiente, la esencia de un Derecho Penal moderno del *medio ambiente* contemporiza con la función de control y rebasa la finalidad tradicional represiva de la pena. Además, está orientado hacia la criminalidad de formas de conducta relacionadas con actividades tecnológicas que puedan perjudicar gravemente a la salud, la seguridad y el bienestar de la comunidad, constituyendo una de sus máximas expresiones las actividades desarrolladas por las personas jurídicas y sus efectos en la contaminación ambiental.

5.5 *Las sanciones penales establecidas para los delitos ambientales no son proporcionales con los daños causados* y que en su gran mayoría pueden resultar irreversibles y hasta incontables en relación con los perjuicios económicos que se ocasionan.

5.6 *No existe una tutela judicial efectiva en materia penal ambiental*, a pesar de que tenemos una LPA (en su momento considerada una de las más avanzadas de este continente), 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.

Hasta la presente fecha pudiera aseverarse la existencia de un estado de “impunidad absoluta” respecto a la actividad ilícita generadora del mayor daño ambiental desplegada por las empresas. 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.

En los procedimientos penales ambientales incoados ante los tribunales *no contamos con una jurisprudencia orientadora* y reparadora de las lesiones que se le hayan ocasionado al *medio ambiente*. Ello es debido al culto excesivo por el deleznable formalismo en detrimento de la gravedad de los riesgos medioambientales, y de la no creación de una jurisdicción especial ambiental en la que se aplique el COPP y cualquiera de los procedimientos especiales allí contemplados, según las exigencias del caso concreto. Es vital la producción de una jurisprudencia penal ambiental clarificadora de *conceptos sobre los aspectos más relevantes de los delitos del medio ambiente como la dificultad para establecer la relación de causalidad en los delitos ambientales*, en general, el contaminador es raramente identificado al momento del daño, debido a que es muy frecuente la pluralidad de agentes contaminantes, además de la manifestación diferida en el tiempo de los daños o del real alcance de los mismos. *En el Derecho Ambiental Comparado la responsabilidad tiende a concebirse como objetiva: “quien contamina, paga”.*

5.7 Existe un solo sistema sancionador o punitivo, en consecuencia el *ius puniendi* se puede manifestar tanto en el ordenamiento penal como en el ordenamiento administrativo, en el que *el legislador guiado por los principios de*

proporcionalidad y subsidiaridad determina si la opción aplicable es la penal o administrativa (aunque siempre deben respetarse todas las garantías conocidas por el orden penal (*por el traspaso de todas las garantías penales al ordenamiento administrativo sancionador se pronuncian todos los autores que consideran que no existe una diferencia substancial entre ambos injustos*). Esto constituye una consecuencia de la unidad del ordenamiento jurídico y de la prohibición de contradicciones, precisamente porque es considerado como un único sistema, de tal manera que los mandatos y prohibiciones son válidos para todo el sistema jurídico.

5.8 Debido a las estrechas relaciones político-económicas entre la Administración Pública y los sectores de potencial agresión medioambiental, cuando se presentan verdaderos conflictos de intereses entre los valores jurídicos superiores (como lo es la preservación del *medio ambiente* y la racional utilización de los recursos naturales) y los intereses patrimoniales de los sectores privilegiados minoritarios (representados por las industrias u organizaciones), con frecuencia son beneficiados los segundos, en lugar de hacerlo por el interés de la salud pública y la humanidad misma.

6. ALGUNAS REFLEXIONES O PROPUESTAS

6.1 ARMONIZAR EL DERECHO PENAL AMBIENTAL VENEZOLANO CON EL DERECHO AMBIENTAL COMPARADO

Urge armonizar el Derecho Penal Ambiental venezolano con la normativa penal internacional para la “protección al *medio ambiente*”. Podrían implementarse comisiones de expertos ambientales, juristas especialistas en Derecho Ambiental, epidemiólogos y estadísticos para el estudio sobre la conveniencia de incluir en nuestra legislación temas como el de los delitos transgénicos o determinados ilícitos en los que se establezca la responsabilidad objetiva.

En este tipo de delitos contra la seguridad colectiva y de evidente impacto en la contaminación ambiental general, es apremiante la intervención del Derecho Penal debido a la máxima gravedad que revisten y la gran trascendencia de los perjuicios para la salud pública, además de los daños que pueden originar a los bienes jurídicos personales (vida, integridad física, salud, patrimonio), y también para bienes jurídicos sociales o universales (flora y fauna) y a la colectividad en general.

Según la importancia del bien jurídico tutelado, se sugiere conservar la sanción penal como *ultima ratio* para aquellos delitos ambientales que revistan mayor gravedad.

Además, debe aplicarse el principio de proporcionalidad a las penas establecidas para los ilícitos penales ambientales como consecuencia del daño ocasionado y que vulnera intereses colectivos y difusos de los seres humanos, específicamente de la población venezolana.

Desde otra perspectiva, debido a que en su mayoría los delitos ambientales se cometen por comportamientos imprudentes (como el lamentable caso del Lago de Maracaibo), se hace necesaria la revisión de las sanciones para los delitos culposos establecidas en nuestra legislación penal especial, y a los que la autora considera se les aplica rebaja excesiva en relación con los delitos dolosos.

Como un aspecto de especial consideración que debe incluirse en este tipo de delitos, está la delimitación en el tiempo de los efectos nocivos de ciertos productos químicos (latencia de los delitos ambientales y determinación de cantidades, duración y frecuencia) que pueden y han perdurado durante años. Según se ha demostrado científicamente de manera reiterada e indiscutible, es factible establecer una relación de causalidad a pesar del largo período de tiempo transcurrido.

También podría incentivarse la creación de un Fondo Público administrado por el Estado y las Asociaciones, para así garantizar de manera efectiva la inversión de los recursos obtenidos durante los juicios que por delitos ambientales hayan sido incoados por el Ministerio Público. Su implementación ha dado excelentes resultados en Brasil.

El muy discutido tema de la relación de causalidad presenta dificultades adicionales en los delitos ambientales y mayores aun si el sujeto activo es una empresa o persona jurídica, pues los daños al *medio ambiente* se producen por varias causas originadas por distintas personas o circunstancias. El problema radica en determinar cuál es la causa jurídica efectiva que permitirá imputar a su causante el resultado delictuoso.

El concepto de relación de causalidad probable podría ser aplicado por nuestros jueces de manera discrecional a determinados delitos ambientales, como muestra la necesaria adaptación y armonización hacia la tendencia en el Derecho Comparado de aligerar la prueba de causalidad en supuestos específicos, para aquellos en los que los daños ocasionados no fueron inmediatos y aparecieron bajo formas mediatas e indirectas.

Abundan en el Derecho Ambiental los denominados supuestos de causalidad acumulada o cumulativa en el que existe un resultado unitario, consecuencia

de varios resultados individuales y que en el ámbito ambiental pueden ser azarosos, inciertos o coyunturales.

Así, algunos factores como la lluvia, el incremento o disminución de los ríos a consecuencia de la misma o de su ausencia, una zona mal ventilada por estar situada en un valle (como sucede con la ciudad de Caracas) o una zona en la que estén instaladas varias empresas (con cierto nivel de contaminación), pueden incidir en la determinación de la responsabilidad penal del *medio ambiente*, como ya ha sido examinado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

6.2 REFLEXIONAR SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS ACCIONES PENALES AMBIENTALES

De esta manera, se podría sancionar y perseguir los delitos ambientales como una forma de equiparar el derecho de todo ser humano a un *medio ambiente* sano con la noción de derechos humanos, según lo dispone el Art. 29 constitucional.

La revisión del plazo de la prescripción de la acción penal para los delitos ambientales, en caso de no aceptarse su imprescriptibilidad, podría meditararse acerca de si éste debe ser fijado en atención a su especial naturaleza, por lo que en principio pareciera que resulta inapropiado el plazo máximo de cinco años establecido en la LPA, debido a que la mayoría de los daños ambientales tienen sus efectos diferidos en el tiempo. En todo caso, el cómputo del lapso en cualquier instancia podría fijarse a partir del afloramiento de los efectos dañosos. En lugar de la imprescriptibilidad, también se podría considerar la conveniencia de aumentar el lapso a 15 años, lo cual en principio ha de considerarse más equilibrado.

6.3 AMPLIAR LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS DELITOS AMBIENTALES

Establecer la acción pública en el ámbito penal para la defensa de los intereses difusos vinculados con el disfrute del medio ambiente, cuyo ejercicio está encomendado a órganos del Estado (Ministerio Público) y otorgar legitimación para su ejercicio a las asociaciones (públicas o privadas) y otros entes, que en la actualidad tienen además la condición de víctima, según la novedosa y amplia noción de víctima que ha sido prevista en nuestro COPP en el numeral 4 del Art. 119.

Para ello deben interpretarse en su contexto los artículos constitucionales 26 y 281 (numeral 1).

Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses,

incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Artículo 281. Son atribuciones del Defensor o Defensora del pueblo:

Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la república, investigando de oficio o a la instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento.

De los artículos transcritos se vislumbra la posibilidad de que la legitimación activa en estos delitos pueda ampliarse, estando facultado para ello el Defensor del Pueblo, a quien la propia Carta Magna le atribuyó velar por el efectivo respeto y garantía de los Derechos Humanos (dentro de los cuales podría considerarse el derecho al ambiente, tal y como está previsto en el Art. 127 *eiusdem*). También en principio toda persona pudiera hacer valer sus derechos colectivos y difusos como titular del derecho a un medio ambiente adecuado y que constituye una manifestación evidente del denominado derecho a la tutela judicial efectiva.

6.4 REVISAR LOS PROBLEMAS DE REMISIÓN QUE GENERAN LAS LEYES PENALES EN BLANCO

En la utilización de las normas penales en blanco, sería conveniente que la disposición complementaria tenga rango de ley y no de reglamento o decreto, como prevé en la actualidad el Art. 8 de la LPA, por cuanto éstos generan gran inseguridad al no darle la suficiente concreción a la conducta delictiva que debe estar lo suficientemente delimitada. Además muchos de esos decretos y reglamentos no han sido aún dictados.

Existen numerosos problemas con la remisión al Derecho Administrativo sancionador, debido a la abundancia de la normativa, así como la distribución de las competencias entre los distintos Poderes Públicos.

La dispersión de las normas debe ser objeto de estudio. Si bien en la mayoría de los supuestos genera ineficacia, la legislación en vigor (debido a la continua evolución de la materia ambiental) exige un ajuste y una evaluación permanente. De no ser así, la norma penal corre el riesgo de vivir a espaldas de la realidad y de convertirse en letra muerta.

6.5 *CREAR LA JURISDICCIÓN ESPECIAL AMBIENTAL*

Una modificación sustancial en el Derecho Penal Ambiental venezolano requeriría además la creación de una jurisdicción ambiental con jueces especializados y sensibilizados con el Derecho Ambiental, que tengan una nueva perspectiva acorde con la normativa y los desafíos ambientales, que exijan una presencia y supervisión inmediata y constante.

6.6 *DIFUNDIR EN LOS JUZGADORES LA POSIBILIDAD DE APLICAR EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN*

Se recomienda a los juzgadores la aplicación en materia penal ambiental de la norma constitucional contenida en el Art. 23, la cual establece que los Tratados, Pactos y Convenios Internacionales (en materia ambiental) suscritos y ratificados por Venezuela tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, siempre que contengan normas más ventajosas para la Protección al medio ambiente, y que pueden por tanto ser aplicados de inmediato por los Tribunales y demás órganos de la República.

6.7 *PROMOVER LA IMPORTANCIA DE LA ACTIVIDAD DESEMPEÑADA POR LOS FISCALES AMBIENTALES*

Es prioritario el fortalecimiento de la Fiscalía General de la República a través del incremento y capacitación de los fiscales ambientales y de la Dirección del Ambiente del Ministerio Público, debido al rol protagónico que tienen éstos en los procedimientos penales ambientales, más aún con la entrada en vigencia del COPP, conforme al cual sólo corresponde a los representantes de la vindicta pública ejercer la acción penal en nombre del Estado.

6.8 *DIFUNDIR LA EDUCACIÓN AMBIENTAL*

La divulgación de la educación ambiental integral como una de las formas de prevención y control debe orientarse a la formación de especialistas, y a los programas escolares del sistema educativo dirigidos a la ciudadanía en general (Art. 107 de la Constitución). De esa manera, podría informarse y sensibilizarse a la colectividad sobre estos temas. Piénsese acerca de la conveniencia de diseñar una estrategia para difundir la educación ambiental, en la que el dinero recabado por las multas impuestas a las organizaciones contaminantes pueda ser utilizado en seminarios, cursos, jornadas y congresos, cuyo objetivo fundamental sea fomentar en la población una toma de conciencia sobre el gravísimo problema de la contaminación ambiental.

En este orden de ideas, sería de gran utilidad la inclusión en la “*pensa*” universitaria de una materia obligatoria relacionada con el Derecho Ambiental en la que se fomente en los estudiantes una toma de conciencia jurídica del serio problema de impunidad de estos graves delitos. De igual forma, es necesario la formación de especialistas en esta materia y capacitar a nuestros jueces penales, fiscales y procuradores ambientales para contribuir con el enriquecimiento de nuestra escasa jurisprudencia penal ambiental y adecuarla a las más modernas tendencias, siempre dentro del respeto al principio de legalidad y de nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Éstos y otros aspectos de gran interés son indicativos de que en la materia de protección al *medio ambiente*, queda todavía mucho camino por recorrer. Lógicamente ese camino no puede estar exclusivamente circunscrito al Derecho Penal, aunque éste se presente como solucionador de los más graves problemas ambientales.

La reconstrucción del planeta y el respeto al derecho a la vida del hombre, los animales y las plantas, están supeditados a vivir tan sólo de acuerdo con las leyes naturales que están por encima de todas las Constituciones.

Argumentos para una discusión sobre la constitucionalidad del Artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal

Michelle AZUAJE PIRELA*

SUMARIO:

Introducción

1. **Contenido del Artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal.**
2. **Normas en supuesta colisión:** 2.1 *El Artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.* 2.2 *Derecho de igualdad y no discriminación en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.* 2.3 *Principio de progresividad del régimen penitenciario.*
3. **La seguridad ciudadana. Artículo 55 de la Constitución.**
4. **Fundamento de la supuesta inconstitucionalidad del Artículo 493 del COPP.**

Conclusiones

* **La Universidad del Zulia**, Abogada. *Instituto de Criminología “Lolita Aniyar de Castro”*, Asistente de Investigación. *Instituto de Filosofía del Derecho “Doctor José Manuel Delgado Ocando”*, Asistente de Investigación. Autora de varios artículos y ponencias.

INTRODUCCIÓN

El todavía reciente Código Orgánico Procesal Penal se ha caracterizado por ser el blanco de severas críticas desde su entrada en vigencia, lo que dio lugar en dos oportunidades a su revisión y consecuente reforma. Inicialmente, se decía este texto adjetivo era el culpable de la “impunidad”, pues los medios de comunicación le catalogaban de ser un texto ampliamente permisivo, lo que devenía según algunos, en impunidad e inseguridad personal y ciudadana. Por lo que se generó un estado de alarma en la población.

De manera que, se procedió a reformarlo, y con la segunda reforma, la Asamblea Nacional, buscando eliminar esa noción de impunidad de la que se acusaba, incorpora el artículo 493, una norma a juicio de un importante sector de la doctrina patria y los operadores de justicia, en extremo “restrictiva” y violatoria de los derechos humanos de los condenados, quienes no pierden su condición de personas por el solo hecho de estar privados de su libertad y cuya protección debe garantizar el Estado.

Ciertamente, ha de afirmarse que los penados, sea cual fuere el delito por el que se les ha impuesto la sanción, gozan de ciertos derechos que son inherentes a la persona humana, que incluso han venido a ser resguardados por el mismo Código Orgánico Procesal Penal (COPP en lo sucesivo), en su Libro Quinto dedicado a la fase de ejecución de las penas y el régimen penitenciario (Art. 478 COPP).

Sin embargo, no puede considerarse que todos los casos sean iguales, como es sabido, existen en el Derecho Penal tantas penas, como delitos hayan sido tipificados, lo que ha respondido a una serie de criterios objetivos, que determinan la mayor gravedad de unos frente a otros. Los delitos no son iguales, en consecuencia, no lo son las penas y podría llegar a afirmarse en ese sentido, que no lo son los delincuentes. No es lo mismo, un homicidio culposo, que uno intencional, “no es *racional sancionar con la misma pena a financistas o ‘capos’ de la droga que a poseedores de pequeñas cantidades de dicha sustancia*”,¹ de allí que no sean sancionados de la misma forma, y frente a eso no hay quien alegue “*franca y categórica discriminación*”. De allí que exista, como piedra angular del Derecho Penal, una regla de proporcionalidad entre los delitos y las penas. Por

¹ Rosell, Jorge. *Drogas, Sala Penal y Crímenes de Lesa Humanidad*. En: *Temas Actuales de Derecho Procesal Penal. Sextas Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello. 2003, p. 30.

demás, el Derecho Penal Sustantivo va de la mano (o por lo menos así debe ser) con el Adjetivo. Como se estudiará en lo sucesivo, existen una serie de consideraciones que ha debido tomar en cuenta el legislador adjetivo, para la formulación de las normas que rigen el proceso penal en fase de ejecución de la pena, y es atendiendo al espíritu, propósito y razón de las mismas, que se encontrará la respuesta al dilema de saber si ciertamente, estamos frente a una norma discriminatoria *per se* y por tanto, ante su inconstitucionalidad.

En el presente estudio se realiza el análisis de una serie de argumentos doctrinario-jurisprudenciales, que pudieren avalar la constitucionalidad de la norma en diserto.

1. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 493 DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

Preceptúa la norma:

Limitaciones. Los condenados por los delitos de **homicidio intencional, violación, actos lascivos violentos, secuestro, desaparición forzada de personas, robo en todas sus modalidades, hurto calificado, hurto agravado, narcotráfico y hechos punibles contra el patrimonio público**, excepto, en este último caso, cuando el delito no exceda de tres años en su límite superior, **sólo podrán optar** a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, luego de haber estado privados de su libertad **por un tiempo no inferior a la mitad de la pena que se le haya impuesto**.² (Destacado de la Autora).

La norma transcrita, ubicada en el capítulo referente a la fase de ejecución de la pena, consagra lo que se ha llamado “limitaciones generales” para el tiempo de solicitud de los erróneamente denominados “beneficios” que no son más que las

fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena, es decir, aquellas que se aplican en lugar de la privación de libertad y las formas de libertad anticipada aquellas que de alguna manera acortan el tiempo que el condenado debe pasar en prisión.³

² Asamblea Nacional. *Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal*. Gaceta Oficial N° 5.558, de 14 de Noviembre de 2001.

³ Morais, María. *La Libertad del Penado en la Fase de Ejecución de la Pena*. En: *La Segunda Reforma al COPP. Quintas Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello. 2002, p. 137.

Señalando, que los condenados por ciertos delitos allí preceptuados, podrán optar a ellas, luego de haber estado privados de su libertad “por un tiempo no inferior a la mitad de la pena que se les haya impuesto”. En los demás casos, se atenderá a sus requisitos específicos.

La inconstitucionalidad que se sostiene sobre la norma, se basa en la supuesta violación de los artículos 19, 21 y 272 de la Lex Suprema. Porque se aduce, discrimina a unos condenados de otros y ello constituye una vulneración de “la realización de la igualdad de aplicación de la Ley Penal”,⁴ alegando que bajo ningún concepto se puede discriminar entre los condenados. Y además, una flagrante violación al principio de Progresividad del Sistema Penitenciario, cuyo contenido y alcance se determinará, más adelante.

Ello llevó a que el pasado 5 de abril de 2005, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del magistrado Luis Velásquez Alvaray, declarando con lugar un recurso de amparo interpuesto, “suspendiera” la aplicación del artículo 493 del COPP, hasta tanto fuere dictada la sentencia definitiva sobre la petición de inconstitucionalidad.

De manera que, se hace necesario determinar el contenido y alcance de las normas, que se sostiene entran en colisión.

De otra parte, la norma hace referencia a delitos que han causado mayor perjuicio a la sociedad, como puede observarse no se incluye ningún tipo culposos, ni los considerados en la práctica forense como “delitos menores”. Se enumeran incluso “delitos de lesa humanidad” cual es el caso de la Desaparición Forzada de Personas.

Ello obliga a plantearnos varias interrogantes, en primer lugar ¿es casualidad que el legislador haya colocado los tipos más severamente castigados por el derecho penal sustantivo venezolano?, ¿por qué? ¿Puede darse igual trato a este tipo de delitos que a aquellos que no gozan de las limitaciones señaladas en la norma? ¿Cuál es la justificación? ¿De verdad todos los condenados son iguales? ¿La distinción entre delitos debe mantenerse incluso en fase de ejecución? ¿Dónde queda el principio de proporcionalidad? A éstas y otras interrogantes se pretende dar respuesta en lo sucesivo.

⁴ Indio Merideño. *Código Orgánico Procesal Penal Venezolano Comentado*. Mérida, 2002, p. 663.

2. NORMAS EN SUPUESTA COLISIÓN

2.1 *EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA*

Una de las notas características de nuestro texto fundamental es su garantismo, y es que como lo ha expresado Faúndez “...los derechos humanos han pasado a constituir una garantía normativa”.⁵ Y prueba de ello, es la inclusión de normas como la del artículo 19 que es del tenor siguiente:

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 de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.⁶

Con ello se garantiza a los ciudadanos, el disfrute en condiciones de igualdad, de todos aquellos derechos consagrados en la misma, y de aquellos que por ser considerados inherentes a la persona humana, y aunque no figuraren en ella expresamente, gozan de protección. Son derechos, anteriores y superiores al Estado, que una vez reconocidos de manera enunciativa y no taxativa por el mismo, pasan a ser las bases fundamentales en virtud de las cuales, se erige el resto del ordenamiento jurídico. Entre los que puede citarse: Derecho a la Vida, Derecho a la Libertad individual, Derecho a la Igualdad y no Discriminación, Derecho a la Propiedad, Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica, entre muchos otros.

Como se ha dicho, los condenados también gozan de estos derechos, al igual que todo ciudadano. Y el Estado tiene la obligación de preservar y vigilar porque los mismos sean respetados. Tanto para unos como para otros. Y es allí en donde comienza la difícil tarea del legislador, quien debe “ponderar”, los intereses y derechos que entran en juego en las distintas relaciones humanas. Y es que en esencia, no existe la libertad absoluta, “somos libres porque alguien superior limita la libertad de los demás”. Y la tarea de formulación norma-

⁵ Faúndez, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*. San José de Costa Rica. Editado por el Instituto Inter-Americano de Derechos Humanos. 1996, p. 22.

⁶ Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinario* N° 5.453 de 24 de Marzo de 2000.

tiva exige el estudio de los distintos intereses que entran en juego, en la búsqueda de obtener el mayor beneficio al más bajo coste. De allí que, siendo realistas, ningún derecho, incluso los fundamentales sea absoluto, el interés general requiere muchas veces que los derechos sean limitados, o que sean balanceados de forma tal, que no se creen grandes desequilibrios.

2.2 DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

En virtud del principio de igualdad ante la ley que deviene de los griegos, funge como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, del que nace la exigencia de un trato igual y carente de discriminación por la misma y los Poderes Públicos que la aplican, derivada de la igualdad entre todos los hombres. Con respecto a él ha afirmado Aguiar, citado por Combellas, que:

Hoy en día la noción de igualdad asume connotación de un principio de derecho ordenador e integrador de los Derechos Humanos, a la par o superior y más importante que el de la libertad y la solidaridad, puesto que estos últimos no son realizables en ausencia de la igualdad de trato o de derechos.⁷

En Venezuela, se le consagra como derecho en el artículo 21 de la Carta Magna:

Todas las personas son iguales ante ley y en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por algunas de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan...

⁷ Combellas, Ricardo. *Derecho Constitucional*. Caracas, Editorial McGraw-Hill, 2001, p. 70.

Ahora bien, cuándo una norma es “discriminatoria”. Con respecto a ello ha dicho el Tribunal Supremo de Justicia:

la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la igualdad de todas las personas ante la Ley, por lo cual a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1961, que aludía expresamente a la discriminación fundada en la raza, el sexo, el credo o la condición social, en este nuevo texto constitucional se logra extender el concepto de discriminación a todas aquellas situaciones que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. Es así como esta norma constitucional ha venido a consagrar los principios que la jurisprudencia ha ido delineando, pues ésta ha sido conteste en señalar que **la discriminación existe también cuando situaciones análogas o semejantes se deciden, sin aparente justificación**, de manera distinta o contraria, resultando así necesario que la parte afectada en su derecho demuestre la veracidad de sus planteamientos, toda vez que **sólo puede advertirse un trato discriminatorio en aquellos casos en los cuales se compruebe que ante circunstancias similares y en igualdad de condiciones, se manifieste un tratamiento desigual**.⁸ (Resaltado de la Autora).

Asimismo, señaló la Sala Electoral del Máximo Tribunal:

...observa esta Sala que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, incluyendo este órgano judicial, **para que se produzca una lesión a dichos derechos constitucionales se requiere que las situaciones jurídicas subjetivas a comparar se encuentren en las mismas condiciones fácticas, a los fines de que deban ser objeto de idéntica regulación jurídica**. En otros términos, para que se produzca una violación, o amenaza de violación al derecho a la igualdad y a no ser sometido a trato discriminatorio, **es necesario que se esté en presencia de una situación en la cual se otorgue un tratamiento jurídico distinto a dos sujetos en idéntica situación**. No siendo ese el presente caso, dado que la diferencia de tratamiento que prevé la norma cuya aplicación se reputa inconstitucional, **deriva a su vez de un criterio de distinción en las situaciones de hecho** de los

⁸ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Políticoadministrativa. *Sentencia N° 01459*, 12 de julio de 2001. En: www.tsj.gov.ve. 31 de Marzo de 2005.

integrantes de la Asociación Civil –a saber, estar o no solventes en las obligaciones societarias– **no se cumple entonces el requisito fundamental** para que pueda estimarse el alegato expuesto por los accionantes sobre este particular, por lo cual el mismo debe ser desestimado. Así se decide.⁹ (Subrayado de la Autora).

Y finalmente, ha dicho la Sala constitucional:

...la violación al derecho a la no discriminación se configura cuando se trata de forma desigual a los iguales.¹⁰

De manera que, para que una norma sea catalogada de “inconstitucional” por discriminatoria, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia, es menester:

Que las situaciones jurídicas subjetivas a comparar se encuentren en las mismas condiciones de hecho, a los fines de que deban ser objeto de idéntica regulación jurídica.

Que se otorgue un tratamiento jurídico distinto a dos sujetos en idéntica situación, es decir, que se trate de forma desigual a los iguales.

2.3 PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO

Consagrado en el artículo 272 constitucional, supone el mismo que en búsqueda de la reinserción social, el Estado fundará las bases de un régimen basado en la progresividad, lo que significa,

que la duración de la condena impuesta resultará dividida en fases o grados **con modalidades de ejecución de distinta intensidad**, en cuanto a sus efectos restrictivos, etapas a las que el condenado **irá accediendo gradualmente** de acuerdo a su evolución en el régimen (y en su caso en el tratamiento voluntariamente asumido) y procurando la incorporación del interno a establecimientos penales abiertos basados en el principio de autodisciplina y, en su momento, su egreso anticipado al medio libre a través de los institutos penitenciarios previstos.¹¹ (Destacado de la Autora).

⁹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Electoral. *Sentencia N° 004*. 25 de enero de 2001. En: www.tsj.gov.ve, 31 de Marzo de 2005.

¹⁰ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. *Sentencia N° 244*. 20 de Febrero de 2001. En: www.tsjo.gov.ve, 29 de Marzo de 2005.

¹¹ Guíllamodeguí, Luis Raúl. *Principios Rectores de la Ejecución Penal. Su recepción en la Jurisprudencia de Catamarca*. En: *Revista Electrónica de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*. www.derechopenalonline.com/index.php?id=16,141,0,0,1,0. 7 de Abril de 2005.

Dicha norma es del tenor siguiente:

Artículo 272. El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite la reinserción social del ex interno o ex interna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico.

La norma en diserto señala los parámetros bajo los cuales debe guiarse la ejecución penal, a partir de la vigencia de la Constitución. Colocando como uno de los fines fundamentales la búsqueda de la reinserción del delincuente,

De esta manera, tenemos inicialmente que debe garantizarse categórica y obligatoriamente la rehabilitación y la tutela de los derechos humanos de la persona que ha perdido su libertad por la comisión de un delito.¹²

Las nuevas tendencias del Derecho Penal Internacional en Latinoamérica han hecho eco en Venezuela, lo que se ve sutilmente reflejado en normas como la precitada. Esas tendencias cada vez en aumento, han llegado a cuestionar incluso la necesidad de las penas privativas de libertad para lograr el efecto disuasor en el delincuente. Y con la cada vez mayor, protección a los derechos humanos, hay quienes afirman, que dichas penas, simplemente han perdido su razón de ser, por lo que se propone otro tipo de sanciones que afectan derechos como el de propiedad. Pero, hasta los seguidores de las posiciones más radicales sostienen que sigue siendo ésta la principal sanción penal.

¹² Rodríguez Morales, Alejandro. *Constitución y Derecho Penal*. Caracas, Ediciones Liber. 2001. p. 78.

Sin embargo, la sociedad aun busca que ese sujeto infractor de la Ley el “delincuente”, que ha quebrantado el orden preestablecido reconsidere su posición y asuma su responsabilidad, y sigue fungiendo como la pena por excelencia, la privativa de libertad, pues es ésta después de la vida, el valor de mayor relevancia para el ser humano. Pero, ni la sociedad, ni el Estado, tienen por objeto “execrar” al delincuente, aunque lo que se busca es una sanción que sea suficiente, y que permita a su vez la posterior reinserción de forma “progresiva”, toda vez que haya mediado un proceso en el que éste tuviese la posibilidad de considerar su falta y enmendar su error. Para ello, aunque entre en cuestionamiento su eficacia, se sigue utilizando sobre todo en caso de delitos mayores, la pena privativa de libertad.

De manera que, el Estado no castiga a ultranza, y actualmente su idea no es tampoco tener establecimientos penitenciarios repletos, pero al mismo tiempo, se impone un interés general, frente a los que pudieren ser considerados intereses particulares del delincuente: “la seguridad ciudadana y la paz social”, que goza también de protección constitucional, y que puede verse dificultada por la impunidad, más que eso, por la formulación de penas inefectivas.

Y esto fue lo que hizo de la segunda reforma del COPP, lo que hoy se pone en tela de juicio, pues según algunos:

la segunda reforma al Código Orgánico Procesal Penal introdujo profundos cambios en la fase de ejecución de las penas, dificultando enormemente el régimen de concesión de libertades, anteriormente previsto en la legislación venezolana, y, afectó la libertad del penado porque se confundió libertad con impunidad.¹³

Realmente, ambos conceptos son distintos, pero se encuentran asociados en materia de ejecución penal. La impunidad equivale según Zaffaroni a “...ausencia de pena, no punibilidad, o ausencia de castigo”.¹⁴ Y en términos generales, algunos de los mal llamados “beneficios” comportan la impunidad, y según muchos atentan contra la seguridad ciudadana. Prueba de ello, la necesidad de la reforma al COPP, ya que fue evidente el aumento de la criminalidad e inseguridad motivado al anterior régimen de concesión de libertades (aunque debe advertirse que no fue ésta la única causa del aumento de la criminalidad).

¹³ Moraes, María. *Ob. Cit.*, p. 170.

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio. Citado por Ferreira, Francisco y Malagueña, José. *Los Crímenes de Lesa Humanidad y el Delito de Tráfico de Drogas Ilícitas. Análisis de la Doctrina de la Sala Constitucional y la Sala Penal del TSJ*. En: *Revista Cenipec*. N° 23. Mérida, Universidad de Los Andes. 2004, p. 104.

En otro orden de ideas, lo que supone este principio, es por así decirlo, que el condenado no cumpla una pena “lineal”, ya que se propone que la misma pueda ser alternada “progresivamente”, tomando en cuenta los aspectos particulares que rodeen al caso en concreto, así como los requisitos legales, lo que ha tenido importantes resultados en otras latitudes del mundo. Piénsese en una persona que ha sido condenada a 5 años de prisión, que cumple el primer año de su condena privado de libertad, al cumplir el tercero se le concede destino a establecimiento abierto, para finalmente concedérsele los restantes libertad condicional. Se divide el cumplimiento de la pena en fases o grados, cuya evolución dependerá del caso de que se trate, pero no señala la norma, ni debe hacerlo, lapso de tiempo alguno en el que deba permanecer el condenado en las distintas fases, pues nuevamente “no todos los casos son iguales” y esta tarea y la formulación de otros requisitos, corresponde al legislador, que es el encargado del desarrollo de los principios y derechos constitucionales, no al Constituyente. En todo caso, debe sí garantizarse la posibilidad de una futura reinserción o rehabilitación del condenado, esto es:

que la interacción del interno en el establecimiento penal se **asemeje** lo más posible a la vida en libertad y, **en la medida de la ubicación del penado dentro del régimen y tratamiento penitenciario**, promover y estimular las actividades compatibles con dicha finalidad.¹⁵ (Resaltado de la Autora).

Cuestión que como se ha mencionado, se va dando en distintas fases de la condena.

3. LA SEGURIDAD CIUDADANA. ARTÍCULO 55 DE LA CONSTITUCIÓN

Artículo 55. Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes...

La norma transcrita viene a garantizar a los ciudadanos la protección de su seguridad personal, a través de la generación de políticas públicas que conlleven a alcanzar el ideal de la paz y convivencia social.

¹⁵ Guillamodeguí, Luis Raúl. *Principios Rectores de la Ejecución Penal*. Ob. Cit.

El tema de la seguridad ciudadana no es tarea fácil, pues son múltiples los elementos que interactúan a la hora de formular las políticas tendentes al logro de estos fines. “*Toda legislación represiva saca su valor de la manera como es ejecutada la pena*”.¹⁶ Y la ejecución de las penas está fielmente relacionada con el fenómeno de la inseguridad, a pesar de no ser la única causa de ella. Esto obliga al Estado a procurar que la fase de ejecución sea realmente efectiva, lo que lleva a la inclusión de normas represivas como el artículo 493, que eviten la discrecionalidad o arbitrariedad en el régimen de concesión de libertades, pues,

La complejidad de los desafíos planteados a la seguridad ciudadana y específicamente, la complejidad de los problemas asociados a la efectividad de la justicia penal, nos llevan a establecer prioridades, partiendo de una premisa fundamental cada institución debe centrarse en asumir y cumplir el rol que le corresponde, porque de lo contrario, las responsabilidades comienzan a confundirse y lo que es peor, a diluirse.¹⁷

4. FUNDAMENTO DE LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 493 DEL COPP

En síntesis, quienes atribuyen la inconstitucionalidad a esta norma plantean entre otros los motivos siguientes:

a) La norma es discriminatoria, y por tanto violatoria del derecho de igualdad ante la Ley, porque distingue entre los condenados. Es discriminatoria por cuanto trata de manera desigual a aquellas personas que han infringido la ley y que han sido sometidas a procesos judiciales y han resultado condenadas, dándoles trato diferente, dependiendo de la clase de delitos por los cuales hayan sido condenados, lo cual contradice normas que consagran el derecho de todos los penados a ser tratados como iguales.¹⁸

¹⁶ Herrera, Julio citado por Guillamodeguí, Luis Raúl. *Principios Rectores de la Ejecución Penal*. Ob. Cit.

¹⁷ Rincón, Iván Darío. *Seguridad Ciudadana y Poder Judicial Venezolano*. En: *Temas Actuales de Derecho Procesal Penal. Sextas Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2003. p. 8.

¹⁸ Circuito Judicial Penal del Estado Falcón. Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Ejecución. Asunto Principal: *Ip01-P-2003-000090*. 14 de Marzo De 2005. En: <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2005/marzo/317-14-IP01-P-2003-000090-S-N.html>. 31 de marzo de 2005.

- b) Es violatoria por tanto del artículo 19 CN, que garantiza la protección de los derechos humanos a todos los ciudadanos, sin distinción.
- c) Quebranta el artículo 272, porque no se garantiza el principio de progresividad, al no procurársele a los condenados allí discriminados su reinserción social.

Ante lo anterior, cabe hacer las consideraciones siguientes:

Se ha visto ya, con respecto al Derecho a la Igualdad y no Discriminación, a un trato igual ante la Ley, que el mismo no puede ser entendido en sentido lato. Deben configurarse algunos supuestos para que podamos estar en presencia de una norma viciada de discriminación inconstitucional.

En cuanto a esto, ha dicho el Tribunal Constitucional Español:

Lo propio del juicio de igualdad, ha dicho este Tribunal, es “su carácter relacional conforme al cual **se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas**” (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, **de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso**. Sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar “**elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable**” (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4). En definitiva, como ha sintetizado la STC 125/2003, de 19 de junio, **el principio de igualdad prohíbe al legislador “configurar los supuestos de hecho de la norma, de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria.**”¹⁹ (Subrayado de la Autora).

¹⁹ Tribunal Constitucional Español. *Sentencia N° 186/2004*. En: <http://www.tribunalconstitucional.es/JC.htm>. 1 de Abril de 2005.

Así señaló también en un fallo distinto:

Este Tribunal ha tenido ya no pocas ocasiones de enfrentarse con el tema de la desigualdad, especialmente en relación con situaciones surgidas al amparo de los principios que informaban el ordenamiento anterior, y ha reiterado que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual **con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica**, y que este desigual tratamiento legal tiene como límite la arbitrariedad, causa de discriminación, es decir, la falta de una **justificación objetiva y razonable**".²⁰ (Destacado de la Autora).

También la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina, a propósito del sonado "Caso Freddo" dejó sentado que:

Como señala Corwin, **las leyes inevitablemente crean distinciones acerca del modo de tratar a diferentes personas, de manera que es menester indagar cuáles de ellas son una discriminación intolerable, o clasifican "clases sospechosas"** que, si no se justifican suficientemente, originan una "discriminación perversa". La expresión "clase sospechosa" puede caracterizar a un grupo "discreto e insular", que soporta incapacidades, o está sujeto a una historia tal de tratamiento desigual intencionado, o está relegado a una posición tal de impotencia política que exige la protección extraordinaria del proceso político mayoritario (*La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual*, ps. 630/1).

Las leyes que discriminan en perjuicio de las "clases sospechosas" (*suspect classification*), o **invaden un derecho "fundamental" deben pasar un test muy especial, denominado "escrutinio riguroso" (*strict scrutiny*) o la prueba de las "libertades preferidas"**. En cambio, las restantes leyes deben afrontar un test más simple, el de racionalidad, es decir, determinar si son al menos razonables.²¹

²⁰ Tribunal Constitucional Español. *Sentencia N° 67/1982* En: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1982-0067

²¹ Corte Suprema de Justicia de la República Argentina. *Resolución caso Freddo*. Buenos Aires, 16 de Diciembre de 2002. En: <http://www.discriminacion.org/jurisprudencia/argentina.htm>. 1 de Abril de 2005.

Finalmente ha señalado el Tribunal Constitucional Español:

...lo anterior no significa que todos hayan de ser tratados por igual, ya que **“un tratamiento similar para situaciones desiguales puede entrañar mayor desigualdad”**.²² (Resaltado de la Autora).

Es imposible que la Ley de trato igual a todos los casos. Siendo plenamente aplicable lo dicho por el Tribunal Supremo de Justicia en la precitada sentencia pues, en este caso:

la diferencia de tratamiento que prevé la norma cuya aplicación se reputa inconstitucional, **deriva a su vez de un criterio de distinción en las situaciones de hecho**.²³

Y es que ciertamente, aunque se trate de condenados, las causas no son las mismas, y no puede hacerse abstracción de ello al dárseles el mismo tratamiento porque no están en la misma situación de hecho; alguien pudiere decir que están todos en fase de ejecución, lo que los coloca bajo la misma situación de hecho. Pero ello no es así, ya que no han sido sancionados por los mismos motivos, y allí radica el criterio diferenciador, es esa y no otra la situación de hecho a la que se hace referencia. Aceptar esta posición según la cual, debe desaplicarse esta norma por discriminatoria, significaría incluso dejar sin sentido la existencia misma de la distinción entre los delitos y su consecuente pena, o lo que es lo mismo, el principio de proporcionalidad entre ambos, por una parte. Por otra parte, hay situaciones cuyas consecuencias jurídicas y sociales son más graves que otras, y es así como el legislador entra a través del Derecho Objetivado a fin de “poner orden”.²⁴ Y es por ello que, por no tratarse del mismo tipo de delitos el legislador ha establecido una serie de limitaciones para aquellos considerados más graves, manteniendo así la hegemonía y eficacia del Derecho Penal Sustantivo.

La norma limita a los penados por delitos que han causado un mayor perjuicio y repudio en la sociedad, que atentan con mayor fuerza a la seguridad ciudadana, se les discriminaría “perversamente”, si se les excluyese de la posibili-

²² Tribunal Constitucional Español. Sentencia 67/1982 *Ob. Cit.*

²³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Electoral. *Ob. Cit.*

²⁴ Azuaje Pirela, Michelle. Morales, Jorge y Párraga, Jesús. *Comentarios Críticos acerca de la Constitucionalidad y aplicación práctica de las normas de Ejecución consagradas en el Código Orgánico Procesal Penal*. En: *Capítulo Criminológico. Revista de las Disciplinas de Control Social*. Vol. 32. N° 2, abril-junio 2004. p. 248.

dad de solicitar los “beneficios”, o de tener en forma alguna acceso a ellos, y sin embargo, no se les niega tal derecho, se “posterga su ejercicio”, por ello no se viola tampoco el principio de progresividad de la ejecución de la pena, ni el artículo 19 de la Carta Magna, se establece sólo un límite de tiempo mayor, que en ningún caso implica la “negativa arbitraria de las posibilidades de reinserción”. Aceptar que en este supuesto se está frente a una discriminación caprichosa del legislador, sería como aceptar que la diferencia entre los tipos y duración de las penas, según el hecho punible cometido, también son discriminatorias, por tanto inconstitucionales, y yéndonos a los extremos perdería el sentido todo el sistema de justicia penal, pues, siguiendo esa idea “no se puede discriminar entre presuntos delincuentes, que se encuentran en fase de juicio y por tanto en la misma situación frente a la Ley”, siendo entonces inútil la distinción entre las penas, porque ¿acaso no es discriminar imponer una pena más alta para el homicida, que para aquel que hurtó, no es eso discriminación?

Ciertamente lo es, pero es una discriminación que obedece a una serie de criterios objetivos, que la hacen no sólo legal y razonable sino también “necesaria” para la paz social, porque se impone la noción de orden público, que explica en este caso la existencia de un **elemento o criterio diferenciador**, cual es, la gravedad del delito del que no puede ignorarse su evidente relevancia jurídica. Porque

para que una pena consiga su efecto basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito;²⁵

de allí que no a todos los delitos se aplique la misma pena y esto se encuentra indudablemente asociado con la ejecución de la misma. La ejecución “es una fase más del proceso penal”, de la que no podemos hacer abstracción, el proceso penal es uno solo y no puede desvirtuarse su esencia por un exagerado y mal entendido garantismo.

De manera que, esa “discriminación”, legal y razonablemente se permite. Ese argumento por demás sensato que justifica que unas penas difieran en su gravedad de otras, atendiendo al hecho punible, sirve en este caso para asegurar que, es cierto, existe discriminación, pero la misma está fundada entre otros, en motivos de orden público, que buscan salvaguardar a la ciudadanía, lo que

²⁵ Beccaria, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. Traducido por Tomás y Valente, Francisco. Madrid, Editorial Aguilar, Cuarta Edición en Español, 1982. p. 112.

equivale en este caso a las llamadas “libertades preferidas”, ello la convierte en objetiva y razonable, de manera que, en los términos en que está concebida la norma en diserto no es inconstitucional.

Por otra parte, la misma Constitución excluye de la concesión de “beneficios” a categorías en las que se circunscribe, alguno de los delitos señalados en el artículo 493, como la Desaparición Forzada de Personas, y otros cuando sean cometidos por funcionarios públicos, cuando establece:

Artículo 29. El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los **delitos contra los derechos humanos** cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su **impunidad**, incluidos el indulto y la amnistía. (Resaltado de la Autora).

Nuevamente, se da trato diferente a los condenados por delitos graves y esta vez es la propia Constitución, el “texto supremo” quien lo hace, lo que tiene su fundamento en lo dicho por Beccaria “la verdadera medida de los delitos es el daño causado a la sociedad”.²⁶

Puede verse además, que aunque como se señalaba anteriormente no deben confundirse los términos de “Libertad e Impunidad”, porque indubitadamente no se trata de lo mismo, la concesión de algunas de las fórmulas alternativas al cumplimiento de la pena, se resumen para el común de las personas, en “impunidad”, porque se ha comprobado que a medida que se concede mayor número de ellos “discrecionalmente”, como ocurría antes de la reforma, la inseguridad y criminalidad aumentan y esto fue lo que motivó a la segunda reforma del COPP, no por simples rumores, ello sin contar los excesivos gastos que se generan para el Estado, pues la mayoría de los delincuentes a quienes se les concedió de forma inmediata simplemente “reincidieron casi inmediatamente también”. Las proyecciones en la actualidad, pudieren repetirse. La misma Cons-

²⁶ Beccaria, Cesare citado por: Cooter, Robert y Ulen, Thomas. *Derecho y Economía*. México. Fondo de Cultura Económica. Primera Edición en Español, 1998. p. 543.

titución de la República así lo considera, y más que tratarse de una discusión terminológica, se trata de que el Estado debe actuar para reducirla y garantizar la seguridad personal y ciudadana.

CONCLUSIONES

El debate que se ha generado con ocasión del artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal, debe indudablemente, ser resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tomando en cuenta, además de otros, los argumentos anteriormente esgrimidos. Pues, podría tratarse de un conflicto de derechos e intereses difícil de ponderar. De un lado está la reclamación de inmediatez de la concesión de libertades, y de otro está la exigencia de garantizar la paz social y la seguridad ciudadana, a través de un sistema de ejecución eficaz. Y de ser resuelta la inconstitucionalidad sin tomarse algunas previsiones al respecto, podría volverse al punto de partida que generó la segunda reforma al COPP, se dejaría sin efecto la misma, pues la realidad que se impuso para ese momento fue, que dada la “permisividad” del mismo, aumentó notablemente la inseguridad. Nada obsta para que la situación se repita cinco años después.

La decisión que se tome, deberá estar precedida de un “examen profundo de la norma”, ya que se trata de la supuesta vulneración arbitraria de un Derecho Fundamental, que de ser declarada con lugar podría implicar la amenaza de violación de otro derecho fundamental que es tal vez superior, de tal suerte que convendrá ser sometida a lo que en el derecho anglosajón se conoce como el *strict scrutiny*, para determinar en todo caso, cuáles son y deben ser las “libertades preferidas”, para el legislador.

El delito de secuestro en el derecho penal venezolano

Alberto BORTONE ALCALÁ*

SUMARIO:

- 1. Antecedentes. Opiniones doctrinales.**
- 2. Regulación legal y caracteres del delito de secuestro en el Código Penal venezolano del año 1964 derogado: 2.1 *Delito de secuestro para causar alarma.* 2.2 *Complicidad especial en el secuestro.***
- 3. Sentencia sobre el delito de secuestro dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.**
- 4. Incidencia delictual del delito de secuestro en la actualidad.**
- 5. Regulación del delito de secuestro en la Reforma Parcial del Código Penal del año 2005.**

* Universidad Santa María, Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho Procesal Penal, Juzgado Superior Penal, Ex Juez. Corte Suprema de Justicia, ex Magistrado Suplente.

1. ANTECEDENTES. OPINIONES DOCTRINALES

Francesco Carrara¹ denomina el delito de secuestro: “HURTO CON RESCATE O CON SECUESTRO” y lo define como “el hecho de los que reducen a un hombre a su propio arbitrio y lo mantienen prisionero mientras sus parientes no les hayan entregado una suma determinada, con término prescrito para pagarla y con amenaza de muerte o de mutilación en caso de desobediencia”. Luego estudia la evolución histórica de este delito y afirma que ello da motivo a distintas observaciones. Que está claro que su origen se remonta hasta las costumbres de la guerra legítima y que es la imitación de un derecho reconocido por los publicistas. Afirma igualmente que al desaparecer el uso bárbaro de dar muerte a los prisioneros de guerra y el semi-bárbaro de hacerlos esclavos, predominó la costumbre de conservarlos para efectuar cambios con ellos o para obtener un precio como rescate; esta práctica dura hasta nuestros días, y es reconocida como el ejercicio de un derecho adquirido sobre los enemigos al hacerlos cautivos.

También afirma Carrara, que en todos los tiempos en que se ha manifestado la infausta costumbre de los hurtos por rescate, los legisladores han desplegado la severidad más enérgica, que ciertamente esta forma de hurto infunde temor, espanta a las familias y, cuando arraiga de veras, obliga a emigrar, pero que este delito es menos feroz y menos terrible que la del ladrón que mata a un transeúnte para quitarle el reloj o los vestidos. Igualmente sostiene el eminente tratadista clásico italiano que “al quedar bajo el libre dominio de los principios jurídicos, y según éstos, repito que el hurto con rescate no es sino una forma de hurto violento; en efecto uno y otro atacan la libertad individual como medio de lucro, aunque en el primero la ofensa contra la libertad es más manifiesta y prolongada, uno y otro ponen en peligro la seguridad personal, y aunque el hurto con rescate puede mirarse como la forma más temible del hurto violento ordinario, ambos son inferiores al hurto con homicidio y deben ser menos castigados que éste”.

Finalmente se plantea este afamado autor la duda de cuando se consuma el delito de hurto con rescate “¿Consiste en el aprisionamiento o en la consecución de la suma exigida?” y concluye: “Es verdad que sin ésta no se obtendría el fin del agente y que la lesión del derecho de propiedad no sería perfecta; y por esto mientras se mantenga este delito en la clase de los hurtos en dicha

¹ Francisco Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Volumen IV, Editorial Temis, Bogotá, 1969, pp. 175 y ss.

hipótesis no podrá verse sino una tentativa. Pero cuando se considera la libertad individual como predominante ante ciertos medios de ataque al derecho de propiedad, no veo dificultad jurídica para que se proceda en este caso como en el homicidio con fin de hurto, que se tiene por consumado mediante la muerte, aunque no se haya conseguido el lucro”.

Y concluye que habría que considerar este delito más bien como un rapto o plagio calificado por el fin. Siendo innegable que la pérdida del dinero exigido es a la vez menos sensible que las incomodidades y las terribles angustias del cautiverio y las amenazas.

El tratadista argentino Sebastián Soler² denomina a este delito SECUESTRO EXTORSIVO, afirmando entre otras cosas que el medio coactivo a que se refiere el artículo 170 es tan grave, que por esa causa no solamente se eleva considerablemente la pena, constituyéndose una figura calificada, sino que en realidad, se altera en forma apreciable la figura misma de la extorsión, incluso con respecto al momento consumativo. Luego cita el mencionado artículo 170 del Código Penal argentino el cual dispone: “Sufrirá prisión de tres a diez años, el que detuviere en rehenes a una persona para sacar rescate”. Se trata, afirma el autor argentino de una figura de delito contra la propiedad, de manera que la privación de la libertad, aunque en sí misma gravísima, no es tenida por el delincuente sino como medio extorsivo. Después afirma: “En consecuencia, son absolutamente independientes del *modus operandi* de este delito las violencias que se ejerzan para la privación de la libertad. La característica de este hecho consiste en que el sujeto se sirve del poder coactivo de la privación de libertad en sí misma y por eso se trata de un verdadero caso de intimidación o coacción”. También afirma que el sentido del delito de secuestro extorsivo está en la especificidad del fin perseguido consistente en la obtención de un rescate, esto es, de un precio por la liberación, ya que eso es rescate. Otras leyes se refieren al precio de la liberación. En consecuencia no se configurará el delito de secuestro extorsivo la privación de la libertad cuya cesación no dependa de un precio y que no haya sido efectuada con tal fin. Finalmente expone: “En la figura del secuestro extorsivo del artículo 170 no es necesaria, para que el delito pueda considerarse consumado, la efectiva obtención del rescate. Esta es la doctrina del delito, y algunos códigos hacen de ello expresa salvedad, lo cual no es necesario en el nuestro, porque la ley se refiere al simple propósito

² Sebastián Soler. *Derecho Penal Argentino*. Primera reimpresión. Tomo IV. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1951, pp. 315 y ss.

de obtener rescate como motivo del secuestro, con lo cual pone claramente de manifiesto que el logro efectivo de aquél no es necesario para la consumación, aun cuando lo sea para el agotamiento del delito. Esta es la opinión general tanto con respecto a nuestra ley como con respecto a la ley italiana”. Concluyendo que la penalidad fijada para esta figura no responde siempre a las necesidades, pues algunos casos revisten gravedad extraordinaria.

2. REGULACIÓN LEGAL Y CARACTERES DEL DELITO DE SECUESTRO EN EL CÓDIGO PENAL VENEZOLANO DEL AÑO 1964 DEROGADO

El mencionado texto legal dentro del Título X “De los delitos contra la propiedad”. Capítulo II,³ regulaba el delito de secuestro en el artículo 462 de la forma siguiente: “El que haya secuestrado a una persona para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan un efecto jurídico cualquiera en favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no consiga su intento, será castigado con presidio de diez a veinte años. Si el secuestro se ejecutare para causar alarma, la pena será de dos a cinco años de presidio”.

El respetado profesor y tratadista José Rafael Mendoza T.,⁴ señala ampliamente los elementos o caracteres del delito de secuestro de personas en el Código Penal Venezolano de 1964 derogado, de la forma siguiente:

a) *Acción*. Ésta consiste en “secuestrar” a una persona, acto que según el Diccionario es la “privación ilegítima de la libertad personal,” añadiendo que la actividad de privación es igual a la que despliega en el delito tipificado en el artículo 175 del Código Penal. Por otra parte afirma que puede frustrarse la acción y el autor no conseguir su intento, pero siempre incurre en delito. Que en efecto los autores notan una anomalía en la consumación del delito, “porque como dice Carrara, a pesar de constituir el secuestro un delito contra el patrimonio, su consumación no reside en la lesión al patrimonio ajeno, sino en la lesión a la libertad personal con fines de rescate”.

³ *Código Penal Venezolano del año 1964*. Editorial La Torre.

⁴ José Rafael Mendoza T., *Tomo V del Curso de Derecho Penal Venezolano*. Tomo II de la Parte Especial. De los Delitos contra la propiedad. 2ª Edición, pp. 207 y ss.

b) *Tentativa*. Se considera que el delito de secuestro existe aun en estado de tentativa, expresión que se ha cambiado por ésta: “aunque no consiga su intento”.

Otro sector de la doctrina estima que la consumación de la actividad delictuosa del secuestro no reside en la privación de la libertad personal, porque es un delito contra la propiedad, estimado como una especie de rescate, el ataque a la propiedad no está perfecto. Aquí prevalece la consideración económica sobre la de la libertad.

c) *Tipicidad*: Sujeto activo. Usa el legislador la expresión “El qué”, lo que significa que sujeto activo puede ser cualquiera, todo individuo que haya ejecutado la privación de libertad y a cuya disposición se encuentre el secuestrado.

Sujeto pasivo. El secuestro puede tener por finalidad obtener del secuestrado o de un tercero, dinero o los otros efectos indicados en el precepto. El secuestrado puede ser distinto de la persona que experimenta el daño en la propiedad. Habría en este caso dos sujetos pasivos, el que pierde su libertad y el que paga el rescate. Explicase esta diversidad de sujetos pasivos por la duplicidad del objeto del delito: de un lado la libertad personal; del otro la propiedad.

d) *Medios de comisión*. No establece el legislador medio particular de comisión del delito. Todos los medios son idóneos: el fraude, el engaño, una amenaza, la coacción física.

e) *Antijuridicidad*. Carrara y Manzini citados por Mendoza opinan que el secuestro es una forma de extorsión caracterizada por la intimidación que produce la pérdida de la libertad personal. Se trata por consiguiente de un subtipo del hurto violento. El legislador protege, entonces, dos bienes o intereses: la propiedad y la seguridad personal, para impedir que la agresión de la libertad personal sea escogida como medio de posesionarse de una cosa ajena.

f) *Culpabilidad*. El secuestro es delito doloso, pero además de la intención genérica de agredir el derecho de libertad personal concurre una finalidad: obtener lucro por el rescate. Este propósito es lo que diferencia el secuestro de la privación arbitraria de libertad, delito igualmente incriminado en el Código Penal. Por lo tanto los autores italianos exigen dolo genérico y dolo específico. El dolo específico

se concreta en la finalidad del provecho, que no es cualquier clase, sino de particular especie, porque debe consistir en obtener de la persona secuestrada o de un tercero estos resultados económicos: dinero, cosas, títulos o documentos, a favor del culpable o de otro que éste indique. La finalidad del secuestrador integra el *corpus crimini* del delito, porque si no concurre aquélla, no hay culpabilidad. También explica Manzini que la finalidad que persigue el culpable, esto es, el precio por la liberación, se concrete mediante la prueba del requerimiento de la entrega.

g) *Penalidad*. Señala Mendoza que en todos los tiempos los legisladores han sido severos en las penas fijadas para este delito, porque han tomado en consideración la alarma que los secuestros producen en la colectividad.

h) *Delito de peligro*. A diferencia del robo y de la extorsión, que son delitos de daño, el secuestro es delito de peligro, porque para su perfección no exige el legislador que el culpable se apodere de las cosas muebles de otro, sino que se castiga aunque no consiga el intento; luego, la intención del rescate en la privación de la libertad personal basta para configurarlo como peligroso para la propiedad. Pero con respecto al secuestro de la persona, es delito de daño.

i) *Delito permanente*. También, a diferencia del robo y de la extorsión, que son delitos instantáneos, el secuestro es delito permanente y subsiste mientras la víctima esté secuestrada o prisionera, ya que, estándolo, hay una amenaza ininterrumpida para la propiedad de esa víctima. En este sentido Fontán Balestra en su *Tratado de Derecho Penal*, citado por Hernando Grisanti Aveledo y Andrés Grisanti Franceschi (...),⁵ expresa que “por la característica que señala el verbo secuestrar se trata de un delito permanente, que se consuma al privar de la libertad al sujeto pasivo, situación que se prolonga en el tiempo y cesa solamente cuando el autor la modifica de modo que la privación de libertad deje de tener lugar”. Añadiendo que esta característica del secuestro es importante en lo que respecta al cómputo de la prescripción de la acción penal que de él se deriva, ya que ésta empieza a correr no desde el momento en que el secuestrador

⁵ Hernando Grisanti Aveledo y Andrés Grisanti Franceschi (...) *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial: Décima Quinta Edición, pp. 291 y ss.

priva de su libertad a la persona secuestrada, sino a partir del momento en que el sujeto activo pone en libertad al secuestrado.

j) *Consumación*. Ésta tiene lugar con el secuestro hecho con la finalidad de exigir o conseguir el rescate. No se requiere que se obtenga el precio, ni tampoco que éste se haya solicitado. Es suficiente la privación de la libertad con el aludido propósito.

k) *Naturaleza de la acción penal*. Señala la doctrina últimamente citada, que el delito estudiado es de acción pública.

l) *Diferencias con el robo y la extorsión*. El secuestro propiamente dicho es un delito de peligro, en lo atinente al bien jurídico de la propiedad; en cambio el robo y la extorsión son delitos de daño, en lo relativo a la propiedad.

Además existe una diferencia fundamental entre la extorsión y el secuestro: en tanto que la primera implica una restricción psíquica de la libertad de otro, el segundo involucra una privación de la libertad del secuestrado.

2.1 DELITO DE SECUESTRO PARA CAUSAR ALARMA

Grisanti Aveledo y Grisanti Franceschi, en su obra antes citada analizan este delito que se incriminaba en el aparte único del artículo 462 del Código Penal derogado, que fue introducido en la reforma parcial de Junio de 1964, de la forma siguiente: “Si el secuestro se ejecutare para causar alarma, la pena será de dos a cinco años de presidio”.

a) *Naturaleza*. Ontológicamente consideran estos autores que “el secuestro para causar alarma” no es un delito contra la propiedad, ya que para nada ofende tal bien jurídico, ya que este secuestro no se perpetra con la finalidad de obtener un rescate a cambio de liberar a la persona aprehendida, sino para crear alarma en la colectividad y alterar el orden público, casi siempre con un fin de orden político. Opinan igualmente que esta figura delictual debería denominarse “privación ilegítima o indebida de la libertad para causar alarma”. Asimismo consideran que este delito es complejo, porque ofende dos bienes jurídicos, ninguno de los cuales es el de la propiedad, sino el bien jurídico de la libertad y el bien jurídico del orden público. En consecuencia, debería estar previsto entre los delitos contra la libertad o, mejor aún entre los delitos contra el orden público.

b) *Origen*. Se señala como origen de esta figura delictiva la aprehensión por un grupo armado en Caracas del famoso futbolista Alfredo Di Stefano, el 24 de Agosto de 1963. Dos días después fue liberado cerca de la Embajada de España, que entonces estaba ubicada en la Urbanización Los Caobos. Los autores del hecho nunca pidieron rescate alguno. Luego el 27 de noviembre del mismo año, un grupo armado capturó al Coronel norteamericano James Chenault, entonces miembro de la Misión Militar Norteamericana en Venezuela, permaneciendo en poder de los sujetos activos 180 horas. No se fijó precio a su libertad.

c) *Sujetos*. Activo y pasivo indiferentes. Sin embargo, en la práctica el sujeto pasivo por razones obvias, debe ser una persona notable, distinguida, o popular.

d) *Culpabilidad*. Es un delito doloso. Se comete con la intención de crear desasosiego en la colectividad.

e) *Penalidad*. Presidio de dos a cinco años. Término medio: dos años y seis meses de presidio.

f) *Naturaleza de la acción penal*. Es un delito enjuiciable de oficio.

2.2 COMPLICIDAD ESPECIAL EN EL SECUESTRO

El artículo 463 del Código Penal de 1964 establecía: “El que fuera de los casos previstos en el artículo 84, sin dar parte de ello a la autoridad, haya llevado correspondencias o mensajes escritos o verbales, para hacer que se consiga el fin del delito previsto en el artículo anterior, será castigado con prisión de cuatro meses a tres años”.

Comenta la doctrina que en la reforma penal de 1964, no se revisó este artículo; por eso se sigue refiriendo al delito previsto en el artículo anterior, en el cual a partir de la citada modificación están tipificados los dos delitos ya examinados.

Toda ayuda que se preste al autor dolosamente, mientras perdure el estado de ilicitud de un delito permanente, es complicidad. Se trata de una complicidad especial por imperio del artículo 463 del Código Penal. Opinan Grisanti Aveledo y Grisanti Franceschi (...), en la obra antes citada, que es recomendable eliminar este artículo para castigar al cómplice del secuestro con la mitad de la pena correspondiente al autor. Agregando que si el mensajero actúa para tratar de salvar la vida del secuestrado, está amparado por una causa de justificación, o sea, el estado de necesidad (artículo 65 ordinal 4º del Código Penal).

El delito es doloso. Citando a Mendoza T. “Si el mensaje se transmite de buena fe, esto es, ignorando la índole de la comunicación, esta ignorancia se traduce en ausencia de culpabilidad”. La pena aplicable es de prisión de cuatro meses a tres años. Término medio: un año y ocho meses de prisión. El agente es enjuiciable de oficio.

3. SENTENCIA SOBRE EL DELITO DE SECUESTRO DICTADA POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 465 y 466 del Código Orgánico Procesal Penal correspondió al Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal⁶ pronunciarse sobre la desestimación o no de los recursos de casación interpuestos por el Fiscal Septuagésimo Segundo del Ministerio Público del Área Metropolitana de Caracas y por los abogados Jackeline Monasterio Marrero y Froilán Ignacio Núñez Giménez, inscritos en el Inpreabogado bajo los números 75.338 y 19.646, respectivamente, en su condición de apoderados de las víctimas Giuseppe Antonio Valenti Damiata e Isabel Yodice Ramos De Valenti, venezolanos, Cédulas de Identidad números 5.413.560 y 5.299.416 contra la sentencia dictada por la Sala Tres de la Corte de Apelaciones del Área Metropolitana de Caracas, que *declaró con lugar* la apelación ejercida por la defensa basada en el ordinal 4º del artículo 444 del Código Orgánico Procesal Penal, vigente para la época; y *absolvió* a los acusados José Antonio Piñango Misel, Alfonso José Lara Morales y Luis Enrique Simons, venezolanos, Cédulas de Identidad números 6.400.815, 6.234.065 y 3.474.665, respectivamente, por el *delito de secuestro*, previsto y sancionado en el artículo 462 del Código Penal. Dicho fallo igualmente *condenó* a los dos primeros nombrados imputados a sufrir la pena de *nueve años, dos meses, dieciséis días y dieciséis horas de presidio* como autores responsables de los delitos de *robo agravado en grado de frustración, porte ilícito de arma de guerra y porte ilícito de arma de fuego*, previstos y sancionados en el artículo 460, en relación con los artículos 80, 275 y 278 todos del Código Penal; y al último de los nombrados imputados, a sufrir la pena de *seis años, seis meses, dieciséis días y dieciséis horas de presidio*, por la comisión de los delitos de *robo agravado en grado de frustración, porte ilícito de arma de guerra y porte ilícito de arma de fuego*, previstos y sancionados en el artículo 460 en relación con los artículos 80, 275 y 278 del Código Penal. Igualmente el fallo dictado *condenó* a los imputados a sufrir las penas accesorias de ley y al pago de las costas procesales.

⁶ Sentencia 234 de 14 de mayo de 2002.

La referida Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia consideró acreditados los siguientes hechos:

El día 19 de septiembre de 2000, JOSÉ ANTONIO PIÑANGO MISEL y LUIS ENRIQUE SIMONS, vestidos como funcionarios policiales interceptaron al ciudadano Giuseppe Antonio Valenti Damiata, indicándole que el vehículo que este último conducía estaba solicitado por uno de los delitos contra la propiedad, cuando lograron abordar el vehículo le dijeron a su propietario que se trataba de un “secuestro” y que ellos conocían el lugar donde vivía y la joyería donde trabajaba, lo llevaron hasta su casa de habitación ubicada en Bello Monte, donde se unió el imputado Alfonso Luis Lara Morales y estacionaron el vehículo en el puesto de estacionamiento.

Cuando llegaron al apartamento de la víctima, éste le manifestó a su esposa lo que estaba sucediendo, advirtiéndole que se quedara tranquila.

En el apartamento se encontraba el ciudadano David Leonardo Castillo, de visita, viendo lo sucedido llamó a sus familiares a informarles que se quedaría a dormir en el sitio referido.

Los imputados les manifestaron a las víctimas que pernoctarían en el inmueble y que luego irían a la joyería propiedad de Valenti.

La esposa de Valenti, Isabel Yodice Ramos, fue al baño y logró comunicarse con su hermano, quien llamó a los organismos policiales y éstos junto con la Defensora del Pueblo, Dilia Parra se presentaron en el lugar, en horas de la madrugada logrando que los imputados se entregaran.

3.1 RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR LA PARTE FISCAL

La parte fiscal formalizó el recurso de casación en la forma siguiente:

Primera Denuncia:

Expresa el formalizante:

...Falta de motivación de la decisión

Como puede observarse, luego de una somera lectura de la decisión recurrida, la misma carece evidentemente de una completa y suficiente motivación. En efecto, cuando la Sala 3 de la Corte de Apelaciones

del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas, decide modificar la calificación jurídica, con la cual el Juez de Juicio, condena a los acusados, lo hace limitándose a fundamentar su decisión en una caprichosa y sesgada interpretación de los hechos correspondientes al debate Oral, establecidos por el Juez de Juicio...

Por su parte la respectiva Sala desestimó así el recurso de casación:

De la lectura de la anterior denuncia se evidencia que la misma carece de la debida fundamentación, pues en ésta el formalizante se limita a señalar que hubo falta de motivación en la decisión recurrida, modificando de manera caprichosa la calificación del delito hecha por el Tribunal de Juicio, pero no expresa el recurrente en la presente denuncia la norma legal que sirve de base a la misma. Tampoco señala el recurrente los hechos establecidos por la recurrida a fin de que la Sala pueda constatar que se cometió el delito de secuestro y el por qué considera que fue caprichosa la calificación del delito de robo agravado en grado de frustración.

En consecuencia, la presente denuncia debe ser declarada desestimada por manifiestamente infundada, de conformidad con el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

Segunda Denuncia:

Con fundamento en el artículo 452, vigente para la época, denuncia el formalizante la errónea aplicación de un precepto legal. Señala el recurrente:

...Errónea Aplicación de un Precepto Legal

La segunda denuncia del presente Recurso de Casación se refiere, de conformidad con lo establecido en el artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, a la errónea aplicación del artículo 460 del Código Penal, dentro del cual la Corte de Apelaciones, cuya decisión se recurre, encuadró la conducta desarrollada por los acusados antes identificados, obviando aplicar, como era correcto en el caso que nos ocupa, el artículo 462 de nuestro Código Sustantivo Penal.

Lo anterior se demuestra al analizar las siguientes declaraciones, las cuales constan en la correspondiente acta de debate.

“Me explicaron que pernoctarían en la casa y que en la mañana irían a la joyería a robar, para llevarse todo lo que allí hubiera a cambio de esto nos dejarían tranquilos a mi familia y a mí” (Declaración correspondiente al ciudadano Giuseppe Valenti, víctima en la presente causa).

“Nos dijeron que dormirían esa noche en la casa para el día siguiente ir a la joyería del señor”. (Declaración correspondiente a Karla Medina Zambrano, víctima).

“Vi que entraron unos hombres y que dijeron que practicarían un robo a la joyería, me dijeron que llamara a mi casa y que dijera que me quedara en casa de un amigo hasta el día siguiente”. (Declaración correspondiente al ciudadano David Leonardo Castillo, víctima).

Las declaraciones antes transcritas, así como todos los medios de pruebas expuestos en el juicio, indican que estamos en presencia de, entre otros delitos, del establecido en el artículo 462 del Código Penal correspondiente al secuestro...

La Sala de Casación Penal igualmente desestimó esta denuncia haciendo entre otras las siguientes consideraciones:

En esta denuncia se limita el formalizante a indicar el contenido de algunas declaraciones, y luego a señalar las diferencias entre el delito de Robo y Secuestro, pero no expresa el recurrente los hechos establecidos por el juzgador *a quo* a fin de que la Sala pueda constatar que el fallo impugnado incurrió en el vicio de errónea aplicación del artículo 460 del Código Penal; y a su vez en el vicio de falta de aplicación del artículo 462 *ejusdem*.

En consecuencia, la presente denuncia debe ser declarada desestimada por manifiestamente infundada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

3.2 RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR LA PARTE ACUSADORA

A su vez la parte acusadora, con base en el artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal vigente para la época denunciaron que el fallo impugnado adolecía del vicio de falta de motivación y exponen:

...procedemos a formular la Primera Denuncia por violación del **artículo 365 ordinal 3°** del Código Orgánico Procesal Penal que al texto expresa lo siguiente:

Artículo 365 “La sentencia contendrá... Ordinal 30; La determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el Tribunal estime acreditados...”.

En vista que, el dispositivo legal anteriormente citado obliga al juez a considerar todas y cada una de las pruebas evacuadas en juicio, y a pronunciarse respecto a ellas. Cuestión ésta, que la Sala Tres de la Corte de Apelaciones no realizó, como demostraremos seguidamente...

Luego hacen una larga narración del fallo impugnado así como analizan los testimonios de los testigos en el juicio oral y los elementos que tipifican el delito de secuestro, finalizando la denuncia de infracción de la forma siguiente:

Estos hechos hacen que se considere consumado el delito de secuestro, independientemente que el sujeto activo no haya obtenido su fin, es decir, el rescate. A este aspecto la doctrina ha establecido que no es necesario que el sujeto activo le comunique al sujeto pasivo la palabra rescate para liberarlo, en vista que rescate simplemente es todo precio o valor que el sujeto activo negocie con el sujeto pasivo, esto se demuestra cuando el legislador en el encabezamiento de la norma del *artículo 462* del Código Penal no estableció la palabra rescate sino que estableció lo siguiente:

El que haya secuestrado a una persona para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan un efecto jurídico cualquiera a favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no consiga su intento... (destacado nuestro).

La Sala de Casación Penal para desestimar esta denuncia previamente observó lo siguiente:

De la lectura de la anterior denuncia se evidencia que en la misma, los formalizantes señalan que la recurrida incurrió en falta de motivación, mas, luego en sus alegatos, señalan que de las declaraciones de los hechos narrados por las víctimas y el fiscal, se evidencia que el delito cometido por los acusados encuadra en el supuesto del tipo penal de secuestro. Posteriormente transcriben y explican el contenido del artículo 462 del Código Penal referente al delito de secuestro.

Y por cuanto la presente denuncia carece de la debida claridad y precisión, ya que en la misma se señalan dos vicios que pudieran

constituir motivos diferentes para interponer un recurso de casación, tales como falta de motivación y error en la calificación de los hechos, la Sala la desestima declarándola manifiestamente infundada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

Finalmente vista la gravedad del vicio denunciado, consideró necesario transcribir parte de la recurrida en la que estableció las razones por las cuales no estaba dado en el presente caso el delito de secuestro.

...En efecto, del análisis de los hechos establecidos por la instancia, se desprende que los acusados **José Antonio Piñango Misel y Luis Enrique Simons**, vestidos como funcionarios policiales, en fecha 19 de septiembre de 2000, procedieron a interceptar al ciudadano Giuseppe Antonio Valenti Damiata, indicándoles que el vehículo que conducía estaba solicitado por uno de los delitos contra la propiedad, y una vez que abordaron el mismo, le manifestaron a su propietario que se trataba de un secuestro y que ellos conocían el lugar donde vivía, así como la joyería donde trabajaba; seguidamente lo trasladaron hasta su casa de habitación ubicada en Bello Monte, donde se le unió el ciudadano **Alfonso José Lara Morales** y estacionaron el vehículo en el puesto de estacionamiento; al ingresar al apartamento, la víctima le manifestó a su esposa lo que estaba sucediendo, advirtiéndole que se quedara tranquila, conminaron a los presentes a entrar a uno de los cuartos, señalándole al ciudadano David Leonardo Castillo, quien se encontraba de visita en el inmueble, que llamara a su casa para informarle a sus familiares que se quedaría a dormir en dicho apartamento. Procedieron igualmente a manifestarle a los presentes, que su intención era la de pernoctar en el inmueble para luego ir hasta la joyería, propiedad de la víctima, donde se apoderarían de los objetos que allí se encontraban. Posteriormente comenzaron a introducir en varios bolsos, perfumes, joyas y otros objetos...

(...)

...En efecto, el delito de secuestro exige el que una persona secuestre a otra para obtener de ella o de un tercero, como precio por su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan un efecto jurídico cualquiera a favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no consiga su intento, tal como lo prevé el artículo 462 del Código Penal; por lo tanto la materialidad del delito consiste en

secuestrar a una persona, lo que significa aprehenderla o retenerla para exigir dinero por su rescate. La norma exige como elemento psíquico específico el de obtener del secuestrado o de un tercero, como precio de su liberación, las cosas, los títulos o los documentos. El lucro por lo tanto consiste en la obtención del dinero, las cosas, los títulos o los documentos, que se pretenden como precio de la libertad y no por el atentado mismo, por consiguiente el fin perseguido por el agente, es lo que sirve para distinguir este delito de la privación ilegítima de la libertad con fines de lucro, ya que en éste se pretende explotar la detención de la persona y en el segundo, comerciar con su liberación...

...En correspondencia con lo afirmado es indudable que en este caso no se produjo secuestro alguno, porque no medió la solicitud de una prestación económica en orden a materializarse la libertad de los agraviados, sólo que éstas resultaron privadas de su libertad como consecuencia de un robo que la ley define como agravado, cuando durante su ejecución concurren un ataque a la libertad individual, la utilización de armas de fuego o el hecho de que sus autores se encuentren ilegalmente uniformados, agravantes éstas que quedaron acreditadas como se describió *ut supra*...

Y seguidamente dictó la siguiente decisión:

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley **DESESTIMA POR MANIFIESTAMENTE INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por la parte fiscal y por el apoderado judicial de los ciudadanos GIUSEPPE ANTONIO VALENTI DAMIATA e ISABEL RAMOS de VALENTI, en su condición de víctimas.

La sentencia parcialmente transcrita anteriormente y suscrita por la mayoría sentenciadora no fue unánime, ya que hubo un voto salvado de un magistrado disidente que a diferencia de la mayoría que consideró que en el caso de autos no se configuraba el delito de secuestro, sino el de robo agravado en grado de frustración, si estaba plenamente comprobado el delito de secuestro en un extenso voto salvado dividido en varios capítulos donde expone los fundamentos de hecho y de derecho para sostener su posición discrepante, que se transcriben parcialmente.

En el Capítulo I (Breve historia) narra la secuela del juicio, comenzando con una transcripción parcial de la sentencia dictada por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en especial, el pronunciamiento condenatorio de los acusados, entre otros por el delito de secuestro. Seguidamente analiza el fallo dictado por la Sala 3 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial, quien decidió que “...*La razón asiste a las recurrentes cuando denuncia (SIC) la violación del artículo 462 del Código Penal por indebida aplicación, puesto que al expediente no está probada la existencia del delito de secuestro por el cual fueron condenados los imputados...*”. Comenta, para terminarlo las conclusiones de la Sala Penal:

Del precedente galimatías lo único claro es que, para la Sala 3 de la Corte de Apelaciones, el “atentado mismo” no consuma el delito si no ha habido la “obtención del dinero, las cosas, los títulos o los documentos, que se pretenden como precio de la libertad”. Y más claro aún si se considera que los abogados de los secuestradores alegaron con reiteración que como sus clientes no habían podido cobrar el rescate (¡nunca negaron que lo habían “exigido”!), no había secuestro porque se trataba de un “delito imposible”; y por añadidura la Sala 3 de la Corte de Apelaciones aseguró que “...*La razón asiste a las recurrentes cuando denuncia (SIC) la violación del artículo 462 del Código Penal por indebida aplicación, puesto que al expediente no está probada la existencia del delito de secuestro por el cual fueron condenados los imputados...*”.

Con esta motivación (de la Sala 3 de la Corte de Apelaciones) se contentó la Sala Penal pues, como se ha visto, fincó en ella su decisión.

En el Capítulo II analiza ampliamente los hechos y el derecho aplicable en la forma siguiente:

La conducta típica descrita en el artículo 462 del Código Penal cuando estipula el delito de secuestro, como está probado de modo apodíctico en autos, fue reproducida a la perfección por los tres imputados: retuvieron a sus víctimas, contra la voluntad de éstas, para obtener de tales víctimas un rescate, quiero decir, un precio o dinero o unas joyas por su libertad.

Esa conducta típica, además, se vio agravada por los procederes señalados en los ordinales 5°, 6° y 7° del artículo 77 del Código Penal y en los numerales 11, 12 y 14 del mismo artículo y del mismo código. En efecto:

Los acusados obraron con premeditación conocida (ya habían analizado qué hacía y dónde y cómo vivía la familia VALENTI), portaban cuatro granadas (armas explosivas de las consideradas como alevosas en el uso civil), dos pistolas y estaban disfrazados con uniformes policiales cuando en la noche del 19 de septiembre del año 2000 sometieron al ciudadano GIUSEPPE ANTONIO VALENTI DAMIATA, lo golpearon en la cabeza con la cacha de una pistola, lo amenazaron de muerte, lo metieron en la maleta de su auto y lo trasladaron a su casa, donde estuvieron (los secuestradores) ocho horas y también amenazaron de muerte a las personas que se encontraban allí e incluidos cuatro niños, quienes son hijos del matrimonio VALENTI, con todo lo cual emplearon medios que añadieron la ignominia a los efectos propios del delito de secuestro. Por si fuere poco, actuó una pluralidad de secuestradores y al abrigo de la noche y en la propia morada de sus víctimas.

En el Capítulo III, *la razón de la sinrazón*, formula las siguientes consideraciones:

Si pidieron los secuestradores dinero o joyas a sus víctimas, o mejor dicho, los compelieron a ello y tal está, reitero, plenamente acreditado en las actas procesales y en los hechos establecidos por el tribunal de primera instancia, único que, en principio, puede establecer hechos y en consonancia con el principio de la inmediatez. De manera que negarlo es, para expresarlo en román paladino, falsear la verdad. Y falsearla a ciencia (?) y conciencia (?) porque, sin duda, tal falsía constituye una descarada ostentación de la más grave falta a la obligación de honrar la verdad. Descarada porque, la propia decisión de la Sala 3 de la Corte de Apelaciones, asevera: “*En efecto, del análisis de los hechos establecidos por la instancia, se desprende que los acusados (...) procedieron a interceptar al ciudadano Giuseppe Antonio Valenti Damiata (...) y una vez que abordaron el mismo, le manifestaron que se trataba de un secuestro*”. Todos en Venezuela saben lo que es un secuestro y que éste consiste en cobrar un rescate por la libertad de las víctimas. Es indiscutible que los secuestradores planearon cobrar el rescate en la joyería (mientras alguno retenía a sus víctimas en el

hogar de la familia VALENTI e impediríale pedir auxilio a la Policía), porque, de lo contrario, habría que aceptar el imposible o el absurdo de que primero dejarían en libertad a la familia VALENTI (y al vecino) y después ¡se irían a robar la joyería! Así que confundir los delitos de secuestro y robo no tiene el menor asidero jurídico y es buscar la cuadratura del círculo jurídico penal: **en la previsión típica del robo no existe en absoluto el rescate**".

En el Capítulo IV. *El indefectible respeto que ha de tenerse por los tipos penales*, expuso entre otras consideraciones las siguientes:

Modificar así un tipo legal equivale a cambiar la ley vigente por otra que se adecue a la interpretación del juez y, en definitiva, a crear una nueva ley penal.

Los jueces, incluidos los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, no son legisladores. Legislar es un acto de la reserva nacional, de conformidad con el numeral 32 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarias y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.

Y a tenor del numeral 1 del artículo 187 de la Constitución, el legislar sobre materias de competencia nacional o de reserva de ley o de reserva legal, **corresponde a la Asamblea Nacional y no a los jueces ni magistrados:**

"Corresponde a la Asamblea Nacional: 1. Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional..."

(y así era también la situación jurídica cuando se cambió la Carta Magna) por mandato del ordinal 24 del artículo 136 de la derogada Constitución de la República y del artículo 139 *eiusdem*).

En el Capítulo V, en relación con la Impunidad, en síntesis, expuso:

La impunidad es **injusticia**, pues no da a los transgresores el castigo que les corresponde y es una deliberada constitución de privilegios hacia un grupo de favorecidos. El universo de normas jurídicas tiene la posibilidad lógica de ser desobedecido. Con esta desobediencia se desnaturaliza el Derecho y se frustra el bien común, para el cual hubo la ordenación a un fin último y más importante: el “telos”. Contra el desconocimiento del “telos” o fin último o bien común o violación del orden jurídico, ha de ponerse en práctica la **coacción**.

En el siguiente capítulo, “La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ¡¡abolió el delito de secuestro!!”, expresa:

La ley penal, en lo que se refiere al artículo 462 del Código Penal que incrimina el delito de secuestro, **emblemático por lo demás del terrorismo**, está palmariamente derogada porque se le quitó valor a ese artículo y a ese delito porque, al inventar una exigencia típica que no contiene la descripción de la conducta criminosa constitutiva de secuestro, esto es, **la de que el rescate deba ser cobrado para que pueda considerarse que hubo secuestro**, se desnaturalizó la “voluntas legislatoris” en particular y, en general, la ortodoxia de la ciencia penal, en cuanto a cómo concebir y reprimir con más eficacia este delito.

Abolida está esa disposición penal, pues, aunque siga en vigor, **ya no está en observancia y gracias a la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo**. Así que, de manera explícita, la Sala Penal del Tribunal Supremo no dio cumplimiento al artículo 462 del Código Penal y, de modo implícito, autoriza su incumplimiento con semejante jurisprudencia.

Finalmente, en el Capítulo VII, fundamenta la *inconstitucionalidad* del fallo en los siguientes términos:

1) POR LA RESERVA LEGAL

Legislar es un acto de la reserva nacional y así lo manda el numeral 32 del artículo 156 constitucional. (Sobre el tema reproduzco lo expuesto en el número IV y en la página 32 y ss). Los jueces penales – Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo incluidos– no pueden ejercer funciones de legisladores, como lo sería el cambiar un tipo penal, pues ello equivaldría *ipso iure* a crear una nueva ley, lo que sería un acto nulo de acuerdo con el artículo 138 constitucional.

2) POR DEJAR SIN PROTECCIÓN AL PUEBLO EN GENERAL

El pueblo, según el artículo 55 constitucional, tiene derecho a la protección por parte del Estado ante las amenazas y riesgos para su integridad física y de su propiedad, por lo cual los órganos de seguridad ciudadana (la Sala Penal –*lato sensu*– es uno de tales órganos) deben actuar al efecto.

Sentencias como ésta estimulan a la criminalidad en general y a los secuestradores y en particular, puesto que se sienten respaldados y envalentonanse más, pues saben que no les harán nada o muy poco. Además, esta jurisprudencia de la Sala probablemente sea argüida de ahora en lo adelante por los secuestradores en la seguridad de que saldrán muy bien librados de sus gravísimos crímenes, considerados como de lesa humanidad por el Estatuto de Roma, suscrito y ratificado por Venezuela y por ende ley nacional por mandato de la Constitución...

3) POR DEJAR SIN PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS

El Derecho Penal es la mejor protección para los derechos de las víctimas. Esto es obvio tanto desde el punto de vista adjetivo como substantivo. Y si no se aplica, no se cumple la obligación fundamental de darles protección.

Esa protección a las víctimas tiene rango constitucional en Venezuela, ya que Venezuela reivindicó la Declaración (de las NN.UU., en la resolución 40/34 de la Asamblea General de las NN.UU.:) sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y de abuso del poder, la cual manda en su numeral 4 que los Estados miembros deben tomar medidas necesarias para poner en vigor las medidas anunciadas en la Declaración y así reducir la cantidad de

víctimas y los efectos del delito. Además, hace referencia a que hay que esforzarse por crear y fortalecer los medios para detectar, enjuiciar y **condenar** a los culpables de delitos...

Con el respeto que nos merece la mayoría de los Magistrados sentenciadores, en nuestro criterio, en el caso que se comenta estuvo plenamente comprobado el delito de secuestro, por lo que compartimos totalmente los fundamentos de hecho y de derecho del Magistrado disidente que salvó su voto en esta sentencia.

4. INCIDENCIA DELICTUAL DEL DELITO DE SECUESTRO EN LA ACTUALIDAD

El delito de secuestro en la actualidad se presenta en proporciones realmente alarmantes. Ya en los últimos años la incidencia delictiva de este hecho punible extremadamente grave y que se presentaba generalmente en los estados fronterizos se fue extendiendo hacia el centro de la República adquiriendo diversas modalidades como el llamado secuestro express. En realidad este delito se ha convertido en una verdadera industria muy lucrativa, ya que los familiares y allegados de las víctimas hacen lo imposible para conseguir el dinero exigido por los secuestradores para obtener la liberación de los agraviados. De este problema delictual se han hecho eco los diversos medios de comunicación social.

5. REGULACIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO EN LA REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO PENAL DEL AÑO 2005

Seguramente motivados por la grave incidencia delictual del secuestro, los legisladores consagraron una reforma parcial del Código Penal⁷ donde se modificó a su vez la regulación del delito de secuestro que estaba establecida en los artículos 462 y 463 del Código Penal del año 1964, que ahora pasó a ser el artículo 460, contentivo de dos apartes y cuatro párrafos, conservándose en el primer aparte en líneas generales la redacción original, y consagrándose otras modalidades del mismo delito, con un aumento considerable de las penas y finalmente en el párrafo cuarto se eliminan a los implicados en cualquiera de los supuestos del secuestro, los beneficios procesales y las medidas alternativas del cumplimiento de la pena.

El artículo 460 de la Reforma parcial antes mencionada expresa lo siguiente:

Quien haya secuestrado a una persona para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos a favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no

consiga su intento, será castigado con prisión de veinte años a treinta años. Si el secuestro se ejecutare por causar alarma, la pena será de diez años a veinte años de prisión.⁷

Quienes utilicen cualquier medio para planificar, incurrir, propiciar, participar, dirigir, ejecutar, colaborar, amparar, proteger o ejercer autoría intelectual, autoría material, que permita, faciliten o realicen el cautiverio, que oculten y mantengan a rehenes, que hagan posible el secuestro, extorsión y cobro de rescate, que obtengan un enriquecimiento producto del secuestro de personas, por el canje de éstas por bienes u objetos materiales, sufrirán pena de prisión no menor de quince años ni mayor de veinticinco años, aun no consumado el hecho.

Parágrafo Primero: Los cooperadores inmediatos y facilitadores serán penalizados de ocho años a catorce años de prisión. Igualmente, los actos de acción u omisión que facilite o permita estos delitos de secuestros, extorsión y cobro de rescate, y que intermedien sin estar autorizados por la autoridad competente.

Parágrafo Segundo: La pena del delito previsto en este artículo se elevará en un tercio cuando se realice contra niños, niñas, adolescentes y ancianos, o personas que padezcan enfermedades y sus vidas se vean amenazadas, o cuando la víctima sea sometida a violencia, torturas, maltrato físico y psicológico. Si la persona secuestrada muere durante el cautiverio o a consecuencia de este delito, se le aplicará la pena máxima. Si en estos delitos se involucraran funcionarios públicos, la aplicación de la pena será en su límite máximo.

Parágrafo Tercero: Quienes recurran al delito de secuestro con fines políticos o para exigir liberación o canje de personas condenadas por Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, se les aplicará pena de doce años a veinticuatro años de prisión.

Parágrafo Cuarto: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de la ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.

⁷ Reforma Parcial del Código Penal publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.763 Extraordinario del 16 de marzo de 2005.

Posteriormente se introdujo en la Asamblea Nacional un segundo proyecto de reforma parcial del Código Penal, el cual ya fue aprobado en primera discusión y se anunció una acción de inconstitucionalidad de los mismos por el Fiscal General de la República y por abogados particulares, ante el Tribunal Supremo de Justicia.

Además a ciertos Tribunales de Instancia y Salas de las Cortes de apelaciones se les atribuyó competencia exclusiva en materia de secuestro.

El delito de secuestro en el derecho penal venezolano

Alberto BORTONE ALCALÁ*

SUMARIO:

- 1. Antecedentes. Opiniones doctrinales.**
- 2. Regulación legal y caracteres del delito de secuestro en el Código Penal venezolano del año 1964 derogado: 2.1 *Delito de secuestro para causar alarma.* 2.2 *Complicidad especial en el secuestro.***
- 3. Sentencia sobre el delito de secuestro dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.**
- 4. Incidencia delictual del delito de secuestro en la actualidad.**
- 5. Regulación del delito de secuestro en la Reforma Parcial del Código Penal del año 2005.**

* Universidad Santa María, Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho Procesal Penal, Juzgado Superior Penal, Ex Juez. Corte Suprema de Justicia, ex Magistrado Suplente.

1. ANTECEDENTES. OPINIONES DOCTRINALES

Francesco Carrara¹ denomina el delito de secuestro: “HURTO CON RESCATE O CON SECUESTRO” y lo define como “el hecho de los que reducen a un hombre a su propio arbitrio y lo mantienen prisionero mientras sus parientes no les hayan entregado una suma determinada, con término prescrito para pagarla y con amenaza de muerte o de mutilación en caso de desobediencia”. Luego estudia la evolución histórica de este delito y afirma que ello da motivo a distintas observaciones. Que está claro que su origen se remonta hasta las costumbres de la guerra legítima y que es la imitación de un derecho reconocido por los publicistas. Afirma igualmente que al desaparecer el uso bárbaro de dar muerte a los prisioneros de guerra y el semi-bárbaro de hacerlos esclavos, predominó la costumbre de conservarlos para efectuar cambios con ellos o para obtener un precio como rescate; esta práctica dura hasta nuestros días, y es reconocida como el ejercicio de un derecho adquirido sobre los enemigos al hacerlos cautivos.

También afirma Carrara, que en todos los tiempos en que se ha manifestado la infausta costumbre de los hurtos por rescate, los legisladores han desplegado la severidad más enérgica, que ciertamente esta forma de hurto infunde temor, espanta a las familias y, cuando arraiga de veras, obliga a emigrar, pero que este delito es menos feroz y menos terrible que la del ladrón que mata a un transeúnte para quitarle el reloj o los vestidos. Igualmente sostiene el eminente tratadista clásico italiano que “al quedar bajo el libre dominio de los principios jurídicos, y según éstos, repito que el hurto con rescate no es sino una forma de hurto violento; en efecto uno y otro atacan la libertad individual como medio de lucro, aunque en el primero la ofensa contra la libertad es más manifiesta y prolongada, uno y otro ponen en peligro la seguridad personal, y aunque el hurto con rescate puede mirarse como la forma más temible del hurto violento ordinario, ambos son inferiores al hurto con homicidio y deben ser menos castigados que éste”.

Finalmente se plantea este afamado autor la duda de cuando se consuma el delito de hurto con rescate “¿Consiste en el aprisionamiento o en la consecución de la suma exigida?” y concluye: “Es verdad que sin ésta no se obtendría el fin del agente y que la lesión del derecho de propiedad no sería perfecta; y por esto mientras se mantenga este delito en la clase de los hurtos en dicha

¹ Francisco Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Volumen IV, Editorial Temis, Bogotá, 1969, pp. 175 y ss.

hipótesis no podrá verse sino una tentativa. Pero cuando se considera la libertad individual como predominante ante ciertos medios de ataque al derecho de propiedad, no veo dificultad jurídica para que se proceda en este caso como en el homicidio con fin de hurto, que se tiene por consumado mediante la muerte, aunque no se haya conseguido el lucro”.

Y concluye que habría que considerar este delito más bien como un rapto o plagio calificado por el fin. Siendo innegable que la pérdida del dinero exigido es a la vez menos sensible que las incomodidades y las terribles angustias del cautiverio y las amenazas.

El tratadista argentino Sebastián Soler² denomina a este delito SECUESTRO EXTORSIVO, afirmando entre otras cosas que el medio coactivo a que se refiere el artículo 170 es tan grave, que por esa causa no solamente se eleva considerablemente la pena, constituyéndose una figura calificada, sino que en realidad, se altera en forma apreciable la figura misma de la extorsión, incluso con respecto al momento consumativo. Luego cita el mencionado artículo 170 del Código Penal argentino el cual dispone: “Sufrirá prisión de tres a diez años, el que detuviere en rehenes a una persona para sacar rescate”. Se trata, afirma el autor argentino de una figura de delito contra la propiedad, de manera que la privación de la libertad, aunque en sí misma gravísima, no es tenida por el delincuente sino como medio extorsivo. Después afirma: “En consecuencia, son absolutamente independientes del *modus operandi* de este delito las violencias que se ejerzan para la privación de la libertad. La característica de este hecho consiste en que el sujeto se sirve del poder coactivo de la privación de libertad en sí misma y por eso se trata de un verdadero caso de intimidación o coacción”. También afirma que el sentido del delito de secuestro extorsivo está en la especificidad del fin perseguido consistente en la obtención de un rescate, esto es, de un precio por la liberación, ya que eso es rescate. Otras leyes se refieren al precio de la liberación. En consecuencia no se configurará el delito de secuestro extorsivo la privación de la libertad cuya cesación no dependa de un precio y que no haya sido efectuada con tal fin. Finalmente expone: “En la figura del secuestro extorsivo del artículo 170 no es necesaria, para que el delito pueda considerarse consumado, la efectiva obtención del rescate. Esta es la doctrina del delito, y algunos códigos hacen de ello expresa salvedad, lo cual no es necesario en el nuestro, porque la ley se refiere al simple propósito

² Sebastián Soler. *Derecho Penal Argentino*. Primera reimpresión. Tomo IV. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1951, pp. 315 y ss.

de obtener rescate como motivo del secuestro, con lo cual pone claramente de manifiesto que el logro efectivo de aquél no es necesario para la consumación, aun cuando lo sea para el agotamiento del delito. Esta es la opinión general tanto con respecto a nuestra ley como con respecto a la ley italiana”. Concluyendo que la penalidad fijada para esta figura no responde siempre a las necesidades, pues algunos casos revisten gravedad extraordinaria.

2. REGULACIÓN LEGAL Y CARACTERES DEL DELITO DE SECUESTRO EN EL CÓDIGO PENAL VENEZOLANO DEL AÑO 1964 DEROGADO

El mencionado texto legal dentro del Título X “De los delitos contra la propiedad”. Capítulo II,³ regulaba el delito de secuestro en el artículo 462 de la forma siguiente: “El que haya secuestrado a una persona para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan un efecto jurídico cualquiera en favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no consiga su intento, será castigado con presidio de diez a veinte años. Si el secuestro se ejecutare para causar alarma, la pena será de dos a cinco años de presidio”.

El respetado profesor y tratadista José Rafael Mendoza T.,⁴ señala ampliamente los elementos o caracteres del delito de secuestro de personas en el Código Penal Venezolano de 1964 derogado, de la forma siguiente:

a) *Acción*. Ésta consiste en “secuestrar” a una persona, acto que según el Diccionario es la “privación ilegítima de la libertad personal,” añadiendo que la actividad de privación es igual a la que despliega en el delito tipificado en el artículo 175 del Código Penal. Por otra parte afirma que puede frustrarse la acción y el autor no conseguir su intento, pero siempre incurre en delito. Que en efecto los autores notan una anomalía en la consumación del delito, “porque como dice Carrara, a pesar de constituir el secuestro un delito contra el patrimonio, su consumación no reside en la lesión al patrimonio ajeno, sino en la lesión a la libertad personal con fines de rescate”.

³ *Código Penal Venezolano del año 1964*. Editorial La Torre.

⁴ José Rafael Mendoza T., *Tomo V del Curso de Derecho Penal Venezolano*. Tomo II de la Parte Especial. De los Delitos contra la propiedad. 2ª Edición, pp. 207 y ss.

b) *Tentativa*. Se considera que el delito de secuestro existe aun en estado de tentativa, expresión que se ha cambiado por ésta: “aunque no consiga su intento”.

Otro sector de la doctrina estima que la consumación de la actividad delictuosa del secuestro no reside en la privación de la libertad personal, porque es un delito contra la propiedad, estimado como una especie de rescate, el ataque a la propiedad no está perfecto. Aquí prevalece la consideración económica sobre la de la libertad.

c) *Tipicidad*: Sujeto activo. Usa el legislador la expresión “El qué”, lo que significa que sujeto activo puede ser cualquiera, todo individuo que haya ejecutado la privación de libertad y a cuya disposición se encuentre el secuestrado.

Sujeto pasivo. El secuestro puede tener por finalidad obtener del secuestrado o de un tercero, dinero o los otros efectos indicados en el precepto. El secuestrado puede ser distinto de la persona que experimenta el daño en la propiedad. Habría en este caso dos sujetos pasivos, el que pierde su libertad y el que paga el rescate. Explicase esta diversidad de sujetos pasivos por la duplicidad del objeto del delito: de un lado la libertad personal; del otro la propiedad.

d) *Medios de comisión*. No establece el legislador medio particular de comisión del delito. Todos los medios son idóneos: el fraude, el engaño, una amenaza, la coacción física.

e) *Antijuridicidad*. Carrara y Manzini citados por Mendoza opinan que el secuestro es una forma de extorsión caracterizada por la intimidación que produce la pérdida de la libertad personal. Se trata por consiguiente de un subtipo del hurto violento. El legislador protege, entonces, dos bienes o intereses: la propiedad y la seguridad personal, para impedir que la agresión de la libertad personal sea escogida como medio de posesionarse de una cosa ajena.

f) *Culpabilidad*. El secuestro es delito doloso, pero además de la intención genérica de agredir el derecho de libertad personal concurre una finalidad: obtener lucro por el rescate. Este propósito es lo que diferencia el secuestro de la privación arbitraria de libertad, delito igualmente incriminado en el Código Penal. Por lo tanto los autores italianos exigen dolo genérico y dolo específico. El dolo específico

se concreta en la finalidad del provecho, que no es cualquier clase, sino de particular especie, porque debe consistir en obtener de la persona secuestrada o de un tercero estos resultados económicos: dinero, cosas, títulos o documentos, a favor del culpable o de otro que éste indique. La finalidad del secuestrador integra el *corpus crimini* del delito, porque si no concurre aquélla, no hay culpabilidad. También explica Manzini que la finalidad que persigue el culpable, esto es, el precio por la liberación, se concrete mediante la prueba del requerimiento de la entrega.

g) *Penalidad*. Señala Mendoza que en todos los tiempos los legisladores han sido severos en las penas fijadas para este delito, porque han tomado en consideración la alarma que los secuestros producen en la colectividad.

h) *Delito de peligro*. A diferencia del robo y de la extorsión, que son delitos de daño, el secuestro es delito de peligro, porque para su perfección no exige el legislador que el culpable se apodere de las cosas muebles de otro, sino que se castiga aunque no consiga el intento; luego, la intención del rescate en la privación de la libertad personal basta para configurarlo como peligroso para la propiedad. Pero con respecto al secuestro de la persona, es delito de daño.

i) *Delito permanente*. También, a diferencia del robo y de la extorsión, que son delitos instantáneos, el secuestro es delito permanente y subsiste mientras la víctima esté secuestrada o prisionera, ya que, estándolo, hay una amenaza ininterrumpida para la propiedad de esa víctima. En este sentido Fontán Balestra en su *Tratado de Derecho Penal*, citado por Hernando Grisanti Aveledo y Andrés Grisanti Franceschi (...),⁵ expresa que “por la característica que señala el verbo secuestrar se trata de un delito permanente, que se consuma al privar de la libertad al sujeto pasivo, situación que se prolonga en el tiempo y cesa solamente cuando el autor la modifica de modo que la privación de libertad deje de tener lugar”. Añadiendo que esta característica del secuestro es importante en lo que respecta al cómputo de la prescripción de la acción penal que de él se deriva, ya que ésta empieza a correr no desde el momento en que el secuestrador

⁵ Hernando Grisanti Aveledo y Andrés Grisanti Franceschi (...) *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial: Décima Quinta Edición, pp. 291 y ss.

priva de su libertad a la persona secuestrada, sino a partir del momento en que el sujeto activo pone en libertad al secuestrado.

j) *Consumación*. Ésta tiene lugar con el secuestro hecho con la finalidad de exigir o conseguir el rescate. No se requiere que se obtenga el precio, ni tampoco que éste se haya solicitado. Es suficiente la privación de la libertad con el aludido propósito.

k) *Naturaleza de la acción penal*. Señala la doctrina últimamente citada, que el delito estudiado es de acción pública.

l) *Diferencias con el robo y la extorsión*. El secuestro propiamente dicho es un delito de peligro, en lo atinente al bien jurídico de la propiedad; en cambio el robo y la extorsión son delitos de daño, en lo relativo a la propiedad.

Además existe una diferencia fundamental entre la extorsión y el secuestro: en tanto que la primera implica una restricción psíquica de la libertad de otro, el segundo involucra una privación de la libertad del secuestrado.

2.1 DELITO DE SECUESTRO PARA CAUSAR ALARMA

Grisanti Aveledo y Grisanti Franceschi, en su obra antes citada analizan este delito que se incriminaba en el aparte único del artículo 462 del Código Penal derogado, que fue introducido en la reforma parcial de Junio de 1964, de la forma siguiente: “Si el secuestro se ejecutare para causar alarma, la pena será de dos a cinco años de presidio”.

a) *Naturaleza*. Ontológicamente consideran estos autores que “el secuestro para causar alarma” no es un delito contra la propiedad, ya que para nada ofende tal bien jurídico, ya que este secuestro no se perpetra con la finalidad de obtener un rescate a cambio de liberar a la persona aprehendida, sino para crear alarma en la colectividad y alterar el orden público, casi siempre con un fin de orden político. Opinan igualmente que esta figura delictual debería denominarse “privación ilegítima o indebida de la libertad para causar alarma”. Asimismo consideran que este delito es complejo, porque ofende dos bienes jurídicos, ninguno de los cuales es el de la propiedad, sino el bien jurídico de la libertad y el bien jurídico del orden público. En consecuencia, debería estar previsto entre los delitos contra la libertad o, mejor aún entre los delitos contra el orden público.

b) *Origen*. Se señala como origen de esta figura delictiva la aprehensión por un grupo armado en Caracas del famoso futbolista Alfredo Di Stefano, el 24 de Agosto de 1963. Dos días después fue liberado cerca de la Embajada de España, que entonces estaba ubicada en la Urbanización Los Caobos. Los autores del hecho nunca pidieron rescate alguno. Luego el 27 de noviembre del mismo año, un grupo armado capturó al Coronel norteamericano James Chenault, entonces miembro de la Misión Militar Norteamericana en Venezuela, permaneciendo en poder de los sujetos activos 180 horas. No se fijó precio a su libertad.

c) *Sujetos*. Activo y pasivo indiferentes. Sin embargo, en la práctica el sujeto pasivo por razones obvias, debe ser una persona notable, distinguida, o popular.

d) *Culpabilidad*. Es un delito doloso. Se comete con la intención de crear desasosiego en la colectividad.

e) *Penalidad*. Presidio de dos a cinco años. Término medio: dos años y seis meses de presidio.

f) *Naturaleza de la acción penal*. Es un delito enjuiciable de oficio.

2.2 COMPLICIDAD ESPECIAL EN EL SECUESTRO

El artículo 463 del Código Penal de 1964 establecía: “El que fuera de los casos previstos en el artículo 84, sin dar parte de ello a la autoridad, haya llevado correspondencias o mensajes escritos o verbales, para hacer que se consiga el fin del delito previsto en el artículo anterior, será castigado con prisión de cuatro meses a tres años”.

Comenta la doctrina que en la reforma penal de 1964, no se revisó este artículo; por eso se sigue refiriendo al delito previsto en el artículo anterior, en el cual a partir de la citada modificación están tipificados los dos delitos ya examinados.

Toda ayuda que se preste al autor dolosamente, mientras perdure el estado de ilicitud de un delito permanente, es complicidad. Se trata de una complicidad especial por imperio del artículo 463 del Código Penal. Opinan Grisanti Aveledo y Grisanti Franceschi (...), en la obra antes citada, que es recomendable eliminar este artículo para castigar al cómplice del secuestro con la mitad de la pena correspondiente al autor. Agregando que si el mensajero actúa para tratar de salvar la vida del secuestrado, está amparado por una causa de justificación, o sea, el estado de necesidad (artículo 65 ordinal 4º del Código Penal).

El delito es doloso. Citando a Mendoza T. “Si el mensaje se transmite de buena fe, esto es, ignorando la índole de la comunicación, esta ignorancia se traduce en ausencia de culpabilidad”. La pena aplicable es de prisión de cuatro meses a tres años. Término medio: un año y ocho meses de prisión. El agente es enjuiciable de oficio.

3. SENTENCIA SOBRE EL DELITO DE SECUESTRO DICTADA POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 465 y 466 del Código Orgánico Procesal Penal correspondió al Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal⁶ pronunciarse sobre la desestimación o no de los recursos de casación interpuestos por el Fiscal Septuagésimo Segundo del Ministerio Público del Área Metropolitana de Caracas y por los abogados Jackeline Monasterio Marrero y Froilán Ignacio Núñez Giménez, inscritos en el Inpreabogado bajo los números 75.338 y 19.646, respectivamente, en su condición de apoderados de las víctimas Giuseppe Antonio Valenti Damiata e Isabel Yodice Ramos De Valenti, venezolanos, Cédulas de Identidad números 5.413.560 y 5.299.416 contra la sentencia dictada por la Sala Tres de la Corte de Apelaciones del Área Metropolitana de Caracas, que *declaró con lugar* la apelación ejercida por la defensa basada en el ordinal 4º del artículo 444 del Código Orgánico Procesal Penal, vigente para la época; y *absolvió* a los acusados José Antonio Piñango Misel, Alfonso José Lara Morales y Luis Enrique Simons, venezolanos, Cédulas de Identidad números 6.400.815, 6.234.065 y 3.474.665, respectivamente, por el *delito de secuestro*, previsto y sancionado en el artículo 462 del Código Penal. Dicho fallo igualmente *condenó* a los dos primeros nombrados imputados a sufrir la pena de *nueve años, dos meses, dieciséis días y dieciséis horas de presidio* como autores responsables de los delitos de *robo agravado en grado de frustración, porte ilícito de arma de guerra y porte ilícito de arma de fuego*, previstos y sancionados en el artículo 460, en relación con los artículos 80, 275 y 278 todos del Código Penal; y al último de los nombrados imputados, a sufrir la pena de *seis años, seis meses, dieciséis días y dieciséis horas de presidio*, por la comisión de los delitos de *robo agravado en grado de frustración, porte ilícito de arma de guerra y porte ilícito de arma de fuego*, previstos y sancionados en el artículo 460 en relación con los artículos 80, 275 y 278 del Código Penal. Igualmente el fallo dictado *condenó* a los imputados a sufrir las penas accesorias de ley y al pago de las costas procesales.

⁶ Sentencia 234 de 14 de mayo de 2002.

La referida Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia consideró acreditados los siguientes hechos:

El día 19 de septiembre de 2000, JOSÉ ANTONIO PIÑANGO MISEL y LUIS ENRIQUE SIMONS, vestidos como funcionarios policiales interceptaron al ciudadano Giuseppe Antonio Valenti Damiata, indicándole que el vehículo que este último conducía estaba solicitado por uno de los delitos contra la propiedad, cuando lograron abordar el vehículo le dijeron a su propietario que se trataba de un “secuestro” y que ellos conocían el lugar donde vivía y la joyería donde trabajaba, lo llevaron hasta su casa de habitación ubicada en Bello Monte, donde se unió el imputado Alfonso Luis Lara Morales y estacionaron el vehículo en el puesto de estacionamiento.

Cuando llegaron al apartamento de la víctima, éste le manifestó a su esposa lo que estaba sucediendo, advirtiéndole que se quedara tranquila.

En el apartamento se encontraba el ciudadano David Leonardo Castillo, de visita, viendo lo sucedido llamó a sus familiares a informarles que se quedaría a dormir en el sitio referido.

Los imputados les manifestaron a las víctimas que pernoctarían en el inmueble y que luego irían a la joyería propiedad de Valenti.

La esposa de Valenti, Isabel Yodice Ramos, fue al baño y logró comunicarse con su hermano, quien llamó a los organismos policiales y éstos junto con la Defensora del Pueblo, Dilia Parra se presentaron en el lugar, en horas de la madrugada logrando que los imputados se entregaran.

3.1 RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR LA PARTE FISCAL

La parte fiscal formalizó el recurso de casación en la forma siguiente:

Primera Denuncia:

Expresa el formalizante:

...Falta de motivación de la decisión

Como puede observarse, luego de una somera lectura de la decisión recurrida, la misma carece evidentemente de una completa y suficiente motivación. En efecto, cuando la Sala 3 de la Corte de Apelaciones

del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas, decide modificar la calificación jurídica, con la cual el Juez de Juicio, condena a los acusados, lo hace limitándose a fundamentar su decisión en una caprichosa y sesgada interpretación de los hechos correspondientes al debate Oral, establecidos por el Juez de Juicio...

Por su parte la respectiva Sala desestimó así el recurso de casación:

De la lectura de la anterior denuncia se evidencia que la misma carece de la debida fundamentación, pues en ésta el formalizante se limita a señalar que hubo falta de motivación en la decisión recurrida, modificando de manera caprichosa la calificación del delito hecha por el Tribunal de Juicio, pero no expresa el recurrente en la presente denuncia la norma legal que sirve de base a la misma. Tampoco señala el recurrente los hechos establecidos por la recurrida a fin de que la Sala pueda constatar que se cometió el delito de secuestro y el por qué considera que fue caprichosa la calificación del delito de robo agravado en grado de frustración.

En consecuencia, la presente denuncia debe ser declarada desestimada por manifiestamente infundada, de conformidad con el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

Segunda Denuncia:

Con fundamento en el artículo 452, vigente para la época, denuncia el formalizante la errónea aplicación de un precepto legal. Señala el recurrente:

...Errónea Aplicación de un Precepto Legal

La segunda denuncia del presente Recurso de Casación se refiere, de conformidad con lo establecido en el artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, a la errónea aplicación del artículo 460 del Código Penal, dentro del cual la Corte de Apelaciones, cuya decisión se recurre, encuadró la conducta desarrollada por los acusados antes identificados, obviando aplicar, como era correcto en el caso que nos ocupa, el artículo 462 de nuestro Código Sustantivo Penal.

Lo anterior se demuestra al analizar las siguientes declaraciones, las cuales constan en la correspondiente acta de debate.

“Me explicaron que pernoctarían en la casa y que en la mañana irían a la joyería a robar, para llevarse todo lo que allí hubiera a cambio de esto nos dejarían tranquilos a mi familia y a mí” (Declaración correspondiente al ciudadano Giuseppe Valenti, víctima en la presente causa).

“Nos dijeron que dormirían esa noche en la casa para el día siguiente ir a la joyería del señor”. (Declaración correspondiente a Karla Medina Zambrano, víctima).

“Vi que entraron unos hombres y que dijeron que practicarían un robo a la joyería, me dijeron que llamara a mi casa y que dijera que me quedara en casa de un amigo hasta el día siguiente”. (Declaración correspondiente al ciudadano David Leonardo Castillo, víctima).

Las declaraciones antes transcritas, así como todos los medios de pruebas expuestos en el juicio, indican que estamos en presencia de, entre otros delitos, del establecido en el artículo 462 del Código Penal correspondiente al secuestro...

La Sala de Casación Penal igualmente desestimó esta denuncia haciendo entre otras las siguientes consideraciones:

En esta denuncia se limita el formalizante a indicar el contenido de algunas declaraciones, y luego a señalar las diferencias entre el delito de Robo y Secuestro, pero no expresa el recurrente los hechos establecidos por el juzgador *a quo* a fin de que la Sala pueda constatar que el fallo impugnado incurrió en el vicio de errónea aplicación del artículo 460 del Código Penal; y a su vez en el vicio de falta de aplicación del artículo 462 *ejusdem*.

En consecuencia, la presente denuncia debe ser declarada desestimada por manifiestamente infundada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

3.2 RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR LA PARTE ACUSADORA

A su vez la parte acusadora, con base en el artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal vigente para la época denunciaron que el fallo impugnado adolecía del vicio de falta de motivación y exponen:

...procedemos a formular la Primera Denuncia por violación del **artículo 365 ordinal 3°** del Código Orgánico Procesal Penal que al texto expresa lo siguiente:

Artículo 365 “La sentencia contendrá... Ordinal 30; La determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el Tribunal estime acreditados...”.

En vista que, el dispositivo legal anteriormente citado obliga al juez a considerar todas y cada una de las pruebas evacuadas en juicio, y a pronunciarse respecto a ellas. Cuestión ésta, que la Sala Tres de la Corte de Apelaciones no realizó, como demostraremos seguidamente...

Luego hacen una larga narración del fallo impugnado así como analizan los testimonios de los testigos en el juicio oral y los elementos que tipifican el delito de secuestro, finalizando la denuncia de infracción de la forma siguiente:

Estos hechos hacen que se considere consumado el delito de secuestro, independientemente que el sujeto activo no haya obtenido su fin, es decir, el rescate. A este aspecto la doctrina ha establecido que no es necesario que el sujeto activo le comunique al sujeto pasivo la palabra rescate para liberarlo, en vista que rescate simplemente es todo precio o valor que el sujeto activo negocie con el sujeto pasivo, esto se demuestra cuando el legislador en el encabezamiento de la norma del *artículo 462* del Código Penal no estableció la palabra rescate sino que estableció lo siguiente:

El que haya secuestrado a una persona para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan un efecto jurídico cualquiera a favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no consiga su intento... (destacado nuestro).

La Sala de Casación Penal para desestimar esta denuncia previamente observó lo siguiente:

De la lectura de la anterior denuncia se evidencia que en la misma, los formalizantes señalan que la recurrida incurrió en falta de motivación, mas, luego en sus alegatos, señalan que de las declaraciones de los hechos narrados por las víctimas y el fiscal, se evidencia que el delito cometido por los acusados encuadra en el supuesto del tipo penal de secuestro. Posteriormente transcriben y explican el contenido del artículo 462 del Código Penal referente al delito de secuestro.

Y por cuanto la presente denuncia carece de la debida claridad y precisión, ya que en la misma se señalan dos vicios que pudieran

constituir motivos diferentes para interponer un recurso de casación, tales como falta de motivación y error en la calificación de los hechos, la Sala la desestima declarándola manifiestamente infundada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

Finalmente vista la gravedad del vicio denunciado, consideró necesario transcribir parte de la recurrida en la que estableció las razones por las cuales no estaba dado en el presente caso el delito de secuestro.

...En efecto, del análisis de los hechos establecidos por la instancia, se desprende que los acusados **José Antonio Piñango Misel y Luis Enrique Simons**, vestidos como funcionarios policiales, en fecha 19 de septiembre de 2000, procedieron a interceptar al ciudadano Giuseppe Antonio Valenti Damiata, indicándoles que el vehículo que conducía estaba solicitado por uno de los delitos contra la propiedad, y una vez que abordaron el mismo, le manifestaron a su propietario que se trataba de un secuestro y que ellos conocían el lugar donde vivía, así como la joyería donde trabajaba; seguidamente lo trasladaron hasta su casa de habitación ubicada en Bello Monte, donde se le unió el ciudadano **Alfonso José Lara Morales** y estacionaron el vehículo en el puesto de estacionamiento; al ingresar al apartamento, la víctima le manifestó a su esposa lo que estaba sucediendo, advirtiéndole que se quedara tranquila, conminaron a los presentes a entrar a uno de los cuartos, señalándole al ciudadano David Leonardo Castillo, quien se encontraba de visita en el inmueble, que llamara a su casa para informarle a sus familiares que se quedaría a dormir en dicho apartamento. Procedieron igualmente a manifestarle a los presentes, que su intención era la de pernoctar en el inmueble para luego ir hasta la joyería, propiedad de la víctima, donde se apoderarían de los objetos que allí se encontraban. Posteriormente comenzaron a introducir en varios bolsos, perfumes, joyas y otros objetos...

(...)

...En efecto, el delito de secuestro exige el que una persona secuestre a otra para obtener de ella o de un tercero, como precio por su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan un efecto jurídico cualquiera a favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no consiga su intento, tal como lo prevé el artículo 462 del Código Penal; por lo tanto la materialidad del delito consiste en

secuestrar a una persona, lo que significa aprehenderla o retenerla para exigir dinero por su rescate. La norma exige como elemento psíquico específico el de obtener del secuestrado o de un tercero, como precio de su liberación, las cosas, los títulos o los documentos. El lucro por lo tanto consiste en la obtención del dinero, las cosas, los títulos o los documentos, que se pretenden como precio de la libertad y no por el atentado mismo, por consiguiente el fin perseguido por el agente, es lo que sirve para distinguir este delito de la privación ilegítima de la libertad con fines de lucro, ya que en éste se pretende explotar la detención de la persona y en el segundo, comerciar con su liberación...

...En correspondencia con lo afirmado es indudable que en este caso no se produjo secuestro alguno, porque no medió la solicitud de una prestación económica en orden a materializarse la libertad de los agraviados, sólo que éstas resultaron privadas de su libertad como consecuencia de un robo que la ley define como agravado, cuando durante su ejecución concurren un ataque a la libertad individual, la utilización de armas de fuego o el hecho de que sus autores se encuentren ilegalmente uniformados, agravantes éstas que quedaron acreditadas como se describió *ut supra*...

Y seguidamente dictó la siguiente decisión:

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley **DESESTIMA POR MANIFIESTAMENTE INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por la parte fiscal y por el apoderado judicial de los ciudadanos GIUSEPPE ANTONIO VALENTI DAMIATA e ISABEL RAMOS de VALENTI, en su condición de víctimas.

La sentencia parcialmente transcrita anteriormente y suscrita por la mayoría sentenciadora no fue unánime, ya que hubo un voto salvado de un magistrado disidente que a diferencia de la mayoría que consideró que en el caso de autos no se configuraba el delito de secuestro, sino el de robo agravado en grado de frustración, si estaba plenamente comprobado el delito de secuestro en un extenso voto salvado dividido en varios capítulos donde expone los fundamentos de hecho y de derecho para sostener su posición discrepante, que se transcriben parcialmente.

En el Capítulo I (Breve historia) narra la secuela del juicio, comenzando con una transcripción parcial de la sentencia dictada por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en especial, el pronunciamiento condenatorio de los acusados, entre otros por el delito de secuestro. Seguidamente analiza el fallo dictado por la Sala 3 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial, quien decidió que “...*La razón asiste a las recurrentes cuando denuncia (SIC) la violación del artículo 462 del Código Penal por indebida aplicación, puesto que al expediente no está probada la existencia del delito de secuestro por el cual fueron condenados los imputados...*”. Comenta, para terminarlo las conclusiones de la Sala Penal:

Del precedente galimatías lo único claro es que, para la Sala 3 de la Corte de Apelaciones, el “atentado mismo” no consuma el delito si no ha habido la “obtención del dinero, las cosas, los títulos o los documentos, que se pretenden como precio de la libertad”. Y más claro aún si se considera que los abogados de los secuestradores alegaron con reiteración que como sus clientes no habían podido cobrar el rescate (¡nunca negaron que lo habían “exigido”!), no había secuestro porque se trataba de un “delito imposible”; y por añadidura la Sala 3 de la Corte de Apelaciones aseguró que “...*La razón asiste a las recurrentes cuando denuncia (SIC) la violación del artículo 462 del Código Penal por indebida aplicación, puesto que al expediente no está probada la existencia del delito de secuestro por el cual fueron condenados los imputados...*”.

Con esta motivación (de la Sala 3 de la Corte de Apelaciones) se contentó la Sala Penal pues, como se ha visto, fincó en ella su decisión.

En el Capítulo II analiza ampliamente los hechos y el derecho aplicable en la forma siguiente:

La conducta típica descrita en el artículo 462 del Código Penal cuando estipula el delito de secuestro, como está probado de modo apodíctico en autos, fue reproducida a la perfección por los tres imputados: retuvieron a sus víctimas, contra la voluntad de éstas, para obtener de tales víctimas un rescate, quiero decir, un precio o dinero o unas joyas por su libertad.

Esa conducta típica, además, se vio agravada por los procederes señalados en los ordinales 5°, 6° y 7° del artículo 77 del Código Penal y en los numerales 11, 12 y 14 del mismo artículo y del mismo código. En efecto:

Los acusados obraron con premeditación conocida (ya habían analizado qué hacía y dónde y cómo vivía la familia VALENTI), portaban cuatro granadas (armas explosivas de las consideradas como alevosas en el uso civil), dos pistolas y estaban disfrazados con uniformes policiales cuando en la noche del 19 de septiembre del año 2000 sometieron al ciudadano GIUSEPPE ANTONIO VALENTI DAMIATA, lo golpearon en la cabeza con la cacha de una pistola, lo amenazaron de muerte, lo metieron en la maleta de su auto y lo trasladaron a su casa, donde estuvieron (los secuestradores) ocho horas y también amenazaron de muerte a las personas que se encontraban allí e incluidos cuatro niños, quienes son hijos del matrimonio VALENTI, con todo lo cual emplearon medios que añadieron la ignominia a los efectos propios del delito de secuestro. Por si fuere poco, actuó una pluralidad de secuestradores y al abrigo de la noche y en la propia morada de sus víctimas.

En el Capítulo III, *la razón de la sinrazón*, formula las siguientes consideraciones:

Si pidieron los secuestradores dinero o joyas a sus víctimas, o mejor dicho, los compelieron a ello y tal está, reitero, plenamente acreditado en las actas procesales y en los hechos establecidos por el tribunal de primera instancia, único que, en principio, puede establecer hechos y en consonancia con el principio de la inmediatez. De manera que negarlo es, para expresarlo en román paladino, falsear la verdad. Y falsearla a ciencia (?) y conciencia (?) porque, sin duda, tal falsía constituye una descarada ostentación de la más grave falta a la obligación de honrar la verdad. Descarada porque, la propia decisión de la Sala 3 de la Corte de Apelaciones, asevera: “*En efecto, del análisis de los hechos establecidos por la instancia, se desprende que los acusados (...) procedieron a interceptar al ciudadano Giuseppe Antonio Valenti Damiata (...) y una vez que abordaron el mismo, le manifestaron que se trataba de un secuestro*”. Todos en Venezuela saben lo que es un secuestro y que éste consiste en cobrar un rescate por la libertad de las víctimas. Es indiscutible que los secuestradores planearon cobrar el rescate en la joyería (mientras alguno retenía a sus víctimas en el

hogar de la familia VALENTI e impediríale pedir auxilio a la Policía), porque, de lo contrario, habría que aceptar el imposible o el absurdo de que primero dejarían en libertad a la familia VALENTI (y al vecino) y después ¡se irían a robar la joyería! Así que confundir los delitos de secuestro y robo no tiene el menor asidero jurídico y es buscar la cuadratura del círculo jurídico penal: **en la previsión típica del robo no existe en absoluto el rescate**".

En el Capítulo IV. *El indefectible respeto que ha de tenerse por los tipos penales*, expuso entre otras consideraciones las siguientes:

Modificar así un tipo legal equivale a cambiar la ley vigente por otra que se adecue a la interpretación del juez y, en definitiva, a crear una nueva ley penal.

Los jueces, incluidos los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, no son legisladores. Legislar es un acto de la reserva nacional, de conformidad con el numeral 32 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarias y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.

Y a tenor del numeral 1 del artículo 187 de la Constitución, el legislar sobre materias de competencia nacional o de reserva de ley o de reserva legal, **corresponde a la Asamblea Nacional y no a los jueces ni magistrados:**

"Corresponde a la Asamblea Nacional: 1. Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional..."

(y así era también la situación jurídica cuando se cambió la Carta Magna) por mandato del ordinal 24 del artículo 136 de la derogada Constitución de la República y del artículo 139 *eiusdem*).

En el Capítulo V, en relación con la Impunidad, en síntesis, expuso:

La impunidad es **injusticia**, pues no da a los transgresores el castigo que les corresponde y es una deliberada constitución de privilegios hacia un grupo de favorecidos. El universo de normas jurídicas tiene la posibilidad lógica de ser desobedecido. Con esta desobediencia se desnaturaliza el Derecho y se frustra el bien común, para el cual hubo la ordenación a un fin último y más importante: el “telos”. Contra el desconocimiento del “telos” o fin último o bien común o violación del orden jurídico, ha de ponerse en práctica la **coacción**.

En el siguiente capítulo, “La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ¡¡abolió el delito de secuestro!!”, expresa:

La ley penal, en lo que se refiere al artículo 462 del Código Penal que incrimina el delito de secuestro, **emblemático por lo demás del terrorismo**, está palmariamente derogada porque se le quitó valor a ese artículo y a ese delito porque, al inventar una exigencia típica que no contiene la descripción de la conducta criminosa constitutiva de secuestro, esto es, **la de que el rescate deba ser cobrado para que pueda considerarse que hubo secuestro**, se desnaturalizó la “voluntas legislatoris” en particular y, en general, la ortodoxia de la ciencia penal, en cuanto a cómo concebir y reprimir con más eficacia este delito.

Abolida está esa disposición penal, pues, aunque siga en vigor, **ya no está en observancia y gracias a la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo**. Así que, de manera explícita, la Sala Penal del Tribunal Supremo no dio cumplimiento al artículo 462 del Código Penal y, de modo implícito, autoriza su incumplimiento con semejante jurisprudencia.

Finalmente, en el Capítulo VII, fundamenta la *inconstitucionalidad* del fallo en los siguientes términos:

1) POR LA RESERVA LEGAL

Legislar es un acto de la reserva nacional y así lo manda el numeral 32 del artículo 156 constitucional. (Sobre el tema reproduzco lo expuesto en el número IV y en la página 32 y ss). Los jueces penales – Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo incluidos– no pueden ejercer funciones de legisladores, como lo sería el cambiar un tipo penal, pues ello equivaldría *ipso iure* a crear una nueva ley, lo que sería un acto nulo de acuerdo con el artículo 138 constitucional.

2) POR DEJAR SIN PROTECCIÓN AL PUEBLO EN GENERAL

El pueblo, según el artículo 55 constitucional, tiene derecho a la protección por parte del Estado ante las amenazas y riesgos para su integridad física y de su propiedad, por lo cual los órganos de seguridad ciudadana (la Sala Penal –*lato sensu*– es uno de tales órganos) deben actuar al efecto.

Sentencias como ésta estimulan a la criminalidad en general y a los secuestradores y en particular, puesto que se sienten respaldados y envalentonanse más, pues saben que no les harán nada o muy poco. Además, esta jurisprudencia de la Sala probablemente sea argüida de ahora en lo adelante por los secuestradores en la seguridad de que saldrán muy bien librados de sus gravísimos crímenes, considerados como de lesa humanidad por el Estatuto de Roma, suscrito y ratificado por Venezuela y por ende ley nacional por mandato de la Constitución...

3) POR DEJAR SIN PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS

El Derecho Penal es la mejor protección para los derechos de las víctimas. Esto es obvio tanto desde el punto de vista adjetivo como substantivo. Y si no se aplica, no se cumple la obligación fundamental de darles protección.

Esa protección a las víctimas tiene rango constitucional en Venezuela, ya que Venezuela reivindicó la Declaración (de las NN.UU., en la resolución 40/34 de la Asamblea General de las NN.UU.:) sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y de abuso del poder, la cual manda en su numeral 4 que los Estados miembros deben tomar medidas necesarias para poner en vigor las medidas anunciadas en la Declaración y así reducir la cantidad de

víctimas y los efectos del delito. Además, hace referencia a que hay que esforzarse por crear y fortalecer los medios para detectar, enjuiciar y **condenar** a los culpables de delitos...

Con el respeto que nos merece la mayoría de los Magistrados sentenciadores, en nuestro criterio, en el caso que se comenta estuvo plenamente comprobado el delito de secuestro, por lo que compartimos totalmente los fundamentos de hecho y de derecho del Magistrado disidente que salvó su voto en esta sentencia.

4. INCIDENCIA DELICTUAL DEL DELITO DE SECUESTRO EN LA ACTUALIDAD

El delito de secuestro en la actualidad se presenta en proporciones realmente alarmantes. Ya en los últimos años la incidencia delictiva de este hecho punible extremadamente grave y que se presentaba generalmente en los estados fronterizos se fue extendiendo hacia el centro de la República adquiriendo diversas modalidades como el llamado secuestro express. En realidad este delito se ha convertido en una verdadera industria muy lucrativa, ya que los familiares y allegados de las víctimas hacen lo imposible para conseguir el dinero exigido por los secuestradores para obtener la liberación de los agraviados. De este problema delictual se han hecho eco los diversos medios de comunicación social.

5. REGULACIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO EN LA REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO PENAL DEL AÑO 2005

Seguramente motivados por la grave incidencia delictual del secuestro, los legisladores consagraron una reforma parcial del Código Penal⁷ donde se modificó a su vez la regulación del delito de secuestro que estaba establecida en los artículos 462 y 463 del Código Penal del año 1964, que ahora pasó a ser el artículo 460, contentivo de dos apartes y cuatro párrafos, conservándose en el primer aparte en líneas generales la redacción original, y consagrándose otras modalidades del mismo delito, con un aumento considerable de las penas y finalmente en el párrafo cuarto se eliminan a los implicados en cualquiera de los supuestos del secuestro, los beneficios procesales y las medidas alternativas del cumplimiento de la pena.

El artículo 460 de la Reforma parcial antes mencionada expresa lo siguiente:

Quien haya secuestrado a una persona para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos a favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no

consiga su intento, será castigado con prisión de veinte años a treinta años. Si el secuestro se ejecutare por causar alarma, la pena será de diez años a veinte años de prisión.⁷

Quienes utilicen cualquier medio para planificar, incurrir, propiciar, participar, dirigir, ejecutar, colaborar, amparar, proteger o ejercer autoría intelectual, autoría material, que permita, faciliten o realicen el cautiverio, que oculten y mantengan a rehenes, que hagan posible el secuestro, extorsión y cobro de rescate, que obtengan un enriquecimiento producto del secuestro de personas, por el canje de éstas por bienes u objetos materiales, sufrirán pena de prisión no menor de quince años ni mayor de veinticinco años, aun no consumado el hecho.

Parágrafo Primero: Los cooperadores inmediatos y facilitadores serán penalizados de ocho años a catorce años de prisión. Igualmente, los actos de acción u omisión que facilite o permita estos delitos de secuestros, extorsión y cobro de rescate, y que intermedien sin estar autorizados por la autoridad competente.

Parágrafo Segundo: La pena del delito previsto en este artículo se elevará en un tercio cuando se realice contra niños, niñas, adolescentes y ancianos, o personas que padezcan enfermedades y sus vidas se vean amenazadas, o cuando la víctima sea sometida a violencia, torturas, maltrato físico y psicológico. Si la persona secuestrada muere durante el cautiverio o a consecuencia de este delito, se le aplicará la pena máxima. Si en estos delitos se involucraran funcionarios públicos, la aplicación de la pena será en su límite máximo.

Parágrafo Tercero: Quienes recurran al delito de secuestro con fines políticos o para exigir liberación o canje de personas condenadas por Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, se les aplicará pena de doce años a veinticuatro años de prisión.

Parágrafo Cuarto: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de la ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.

⁷ Reforma Parcial del Código Penal publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.763 Extraordinario del 16 de marzo de 2005.

Posteriormente se introdujo en la Asamblea Nacional un segundo proyecto de reforma parcial del Código Penal, el cual ya fue aprobado en primera discusión y se anunció una acción de inconstitucionalidad de los mismos por el Fiscal General de la República y por abogados particulares, ante el Tribunal Supremo de Justicia.

Además a ciertos Tribunales de Instancia y Salas de las Cortes de apelaciones se les atribuyó competencia exclusiva en materia de secuestro.

Constitución y reformas del Código Penal

Ángel Edecio CÁRDENAS*

SUMARIO:

1. Poder del Estado y Derecho Penal.
2. Diseño constitucional y principios penales.
3. Principales principios penales: 3.1 *Principio de legalidad*. 3.2 *Principio del acto*. 3.3 *Principio de protección de bienes jurídicos*. 3.4 *Principio de culpabilidad*.
4. Expansionismo: Derecho penal del enemigo. Reforma parcial del Código Penal.

* 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 Investigaciones Jurídicas, Ex Coordinador. Universidad Católica Andrés Bello, Profesor Titular. Universidad José María Vargas, Profesor Titular, ex Director de Postgrado, ex Vicerrector Académico. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ex Magistrado. Autor de obras y ensayos difundidos en publicaciones especializadas.

5. **La reforma parcial del Código Penal venezolano:** 5.1 *La Regulación de la prescripción de la acción penal.* 5.2 *Lo referente a la exclusión de los “beneficios procesales” y a las medidas alternativas del cumplimiento de la pena para algunos delitos.* 5.3 *La nueva tipificación del delito de secuestro en la reforma.*
6. **Algunas ideas para una adecuada reforma del Código Penal.**

1. PODER DEL ESTADO Y DERECHO PENAL

En la actualidad no existe duda sobre la íntima vinculación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal. De esa relación deviene la función esencial del Derecho Penal encaminada a proteger bienes jurídicos, que implica la defensa de intereses que una vez asumidos por el Ordenamiento Jurídico se denominan bienes jurídicos.¹ Por otra parte el Derecho Penal se pone de manifiesto y desarrolla en el Estado cuya esencia está condicionada por un conjunto de reglas jurídicas que legitiman su poder soberano. De allí que no sea igual hablar de un Sistema Penal que de un **Sistema de Derecho Penal**; ya que este último no puede renunciar a las normas y principios constitucionales que configuran la medida de legitimidad para las leyes penales. No se puede olvidar que el Derecho Penal constituye el instrumento legal más enérgico con que cuenta el aparato estatal para proteger los bienes y valores más importantes de la vida social ante las agresiones de las que no puede defenderse por otros medios. No sin razón se le ha considerado como un mecanismo de “Violencia Institucionalizada”. En efecto el Estado mantiene el monopolio en la elaboración del Derecho Penal, función que se cumple a través del Poder Legislativo, también realiza actividades de Vigilancia y control para evitar la vulneración de las leyes y perseguir a quienes las infringen, lo que lleva a cabo con el Poder Ejecutivo y por último concreta el ejercicio de su facultad jurisdiccional mediante el Poder Judicial.

¹ La idea según la cual el Derecho Penal tiene por finalidad la protección de bienes jurídicos nace como principio liberal a finales del siglo XVIII, para limitar el poder del Estado. Realmente los pensadores liberales no emplean el concepto, sólo hacen referencia a **Derechos Subjetivos** para reducir lo punible sólo a las infracciones materiales que afectaban dichos derechos. La ampliación y complejidad de la sociedad hizo insuficiente dicho criterio. Se atribuye a Hirbraun (1834) la introducción en el Derecho Penal del concepto. A partir de ese entonces se discute con vehemencia tanto su contenido como su amplitud. Originalmente surgen planteamientos contrapuestos entre Binding y Von Litz. Para el primero el bien jurídico es una creación del legislador. En cambio para Von Litz su contenido material es independiente a su correcta valoración por el legislador. Mayoritariamente se admite hoy en día, que debe preservarse la protección de los bienes jurídicos en la defensa de la convivencia social, pero garantizando al mismo tiempo los derechos individuales para no incurrir en un simple y mero funcionalismo.

De forma tal que la administración de la “Violencia Institucionalizada” está relacionada y sometida a la Constitución en diversos niveles: así el legislador tiene límites en el ejercicio de sus funciones que se derivan de la Constitución; pues ésta ocupa el primer lugar en la jerarquía normativa y en consecuencia las demás leyes le están subordinadas. Es así como la Constitución consagra una serie de Derechos y libertades del individuo que el legislador ordinario debe proteger.

Constituyendo el Derecho Penal la manifestación jurídica más severa, como se manifiesta el Poder Punitivo del Estado, el cual desde antiguo y aun hoy en día, en muchos casos se ha caracterizado en conformar un poder puramente material, que en veces busca amplificarse y absorber toda la actividad de los ciudadanos; se impone la necesidad de ponerle límites, lo que equivale a formular **principios** idóneos para restringir el *Jus Puniendi* del cual es titular el Estado, estableciéndose con claridad lo que se debe castigar y como se debe castigar; a fin de garantizar verdaderamente los derechos individuales.² La Historia del Derecho Penal nos enseña que ya desde el “Antiguo Régimen” aparecieron diversas corrientes de pensamiento con tendencias humanitarias y humanistas que enfrentaron al Poder del Estado en procura de la humanización de las sanciones penales.

Sin embargo, tales tendencias no logran concretarse de manera sistemática con ideas suficientemente claras y organizadas sino hasta la época del renacimiento. Cabe recordar que entre el siglo XV y finales del siglo XVIII aparecen “**Las Utopías**”; “...Es la época de los grandes descubrimientos, del avance científico, del progreso de ‘las luces’ del dominio de la razón y de la ética...”³ Las Utopías criticaron de manera indirecta las organizaciones existentes comparándolas con instituciones idealmente construidas (Repúblicas) en las cuales

² Durante mucho tiempo los principios como el de legalidad, culpabilidad, se consideró que provenían del exterior del Derecho Penal: Derecho Natural o de fundamentaciones exclusivamente políticas. Por el contrario en la actualidad se señala que el Poder Punitivo del Estado requiere tener sus propios postulados o principios de argumentación, aplicables a todas las decisiones que se tomen en Sede legislativa y judicial de conformidad al diseño de Estado que contempla la Constitución. Por ello tales principios no deben seguir siendo considerados como meros “límites” del *Jus Puniendis*, sino como **verdaderos principios constituyentes del derecho a castigar**. De lo que se infiere que el Derecho Penal para ser verdaderamente tal debe ser considerado como **Derecho Penal Constitucional**; ya que le resulta imposible que pueda obviar su función de garantizar los valores, principios y derechos establecidos en la Carta Magna.

³ Vid: Pérez, Luis Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, 1967 p. 115.

se imponían mejores condiciones de vida para sus súbditos; con especial incidencia en cuestiones penales. Ya en 1516 en su “Utopía”, Tomas Moro postula que se deben indagar previamente las causas que llevan al delito antes de aplicar la pena de muerte, lo que permitiría detectar que la gran mayoría de los delitos obedecen a la enorme desigualdad entre ricos y pobres. Curiosamente Moro abordó ya en su época cuestiones de carácter estrictamente jurídico-penal, así como asuntos de naturaleza penitenciaria en el marco de un reclamo al poder que mantenía un estado de cosas insoportable para la mayoría. Reclamo corrección para la enorme desigualdad entre pobres y ricos. Se refirió a temas jurídicos lo que hizo en términos precisos, ellos fueron: la ley penal en el espacio; el delito independiente del grado de perfeccionamiento alcanzado en su ejecución, la proporcionalidad entre las infracciones y las penas, el fin de éstas, discriminándolas según la aflicción corporal y el tiempo de libertad que quitan. “No se le escapó inquirir sobre la sentencia indeterminada, la tolerancia religiosa y la eutanasia”.⁴ Siguiendo con esta historia cuyos planteamientos en muchos aspectos hoy en día mantienen plena vigencia, se debe recordar al italiano Tomaso Campanella que editó en 1623 su obra *En la Ciudad Sol*, utopía inspirada en la *República* de Platón y en la *Ciudad de Dios* de San Agustín, lo que le permitió afirmar que el factor económico es la causa de todo los males humanos, por lo que plantea en su república ideal que todos los bienes son comunes y el trabajo se distribuye correcta y ordenadamente. Dejando a un lado las “utopías” también se debe recordar que hacia el siglo XVII muchas voces de pensadores se alzaban para reclamar en contra de la excesiva **crueledad en las penas y la arbitrariedad en el manejo de la justicia**. Ellos fundamentaban esencialmente sus ideas en el **Derecho Natural** del hombre y en el hecho de considerar al Derecho Penal como una consecuencia necesaria de la naturaleza humana y el hecho de vivir el hombre en sociedad. En Francia sobresalen Montesquieu y Rousseau. El primero señala que la pena antes que nada, debe tener como finalidad defender a la Sociedad, empero considera más importante prevenir los delitos que castigar a los delincuentes. Rousseau por su parte señala la existencia de un **Contrato Social**, de tal manera que todo hombre al incorporarse a la sociedad obtiene el derecho a ser defendido por ésta, obligándose al mismo tiempo a no violar las normas de conducta impuestas por esas sociedades.

Todas estas ideas perfilan el camino para que en 1764, Cesare Bonesana, Marqués de Beccaría publicara su pequeña obra: *De los delitos y la penas*, cuyo

⁴ *Ibidem*, pp. 116 y 117.

contenido da lugar a un auténtico estremecimiento en la ideología prevaleciente hasta el momento en la legislación penal. Ciertamente no fue este autor quien por primera vez hubiese alertado sobre la deplorable situación del Derecho Penal y la Administración de Justicia; pero sin duda ninguno obtuvo tanto éxito como él, al conseguir con su obra atraer la atención de muchas personas y particularmente de las autoridades sobre la necesidad imperiosa de realizar reformas en la legislación penal y particularmente en la administración de la justicia.

Beccaria contó con un ambiente filosófico apropiado para exponer sus ideas, lo que indudablemente realizó de manera por demás acertada; pues expresó sus ideas con claridad y de forma sistematizada.

Beccaria reacciona contra el deshumanizado castigo que se infligía a los delinquentes (pena de “galeras”, pena de muerte, mutilaciones, torturas, etc.).

Beccaria inspirado en Rousseau plantea el principio de estricta legalidad, elemento esencial de la Filosofía Penal Liberal, que pretendía acabar con la arbitrariedad de los Jueces; el cual llegó al Derecho Penal del siglo XIX como un apotegma en lengua latina, con el fin de destacar su universalidad: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Además de la estricta legalidad respecto a la formulación y aplicación de los delitos y las penas proponía un Derecho Penal regido por los siguientes principios:

1. La Justicia Penal debía ser pública e impartida con prontitud. En su obra señalaba “...Las leyes deben fijar un cierto plazo para la defensa del reo como para las pruebas de los delitos...”.
2. La igualdad de todas las personas ante la ley penal. Señalaba: “...Toda distinción, sea en los hombres, sea en la riqueza, para que sea legítima supone una anterior igualdad ante las leyes...”.
3. El daño social producido por el delito debe ser el único criterio válido para medir la gravedad del mismo.
4. Debe haber proporcionalidad entre la pena aplicable y el delito cometido.
5. La Ley Penal debe describir con certeza los delitos y las penas.
6. Se debe eliminar en la mayoría de los casos la pena de muerte por considerarla no sólo injusta; sino también innecesaria.
7. Es preferible prevenir el delito que castigar al que delinque.

8. La separación de los Poderes (la función de legislar y administrar justicia deben estar separadas).⁵

El pensamiento de Beccaría llega hasta nuestros días repleto de una “carga” ideológica de carácter humanitaria y humanista que sirve todavía para dar lecciones de lo que debe ser un pensamiento Penal Liberal y Democrático.

Esas ideas de corte liberal individualista provenientes del “**Siglo de las Luces**” y de la Revolución Francesa⁶ en general se han mantenido gravitando sobre el Derecho Penal, con algunos retrocesos, muy puntuales: (Código Rocco de 1930, el Código Penal Ruso de 1926 y las leyes penales del Tercer Reich); los cuales en diferentes medidas se convirtieron en autoritarios al perseguir la protección del Estado en vez de la del individuo, razón por la cual los delitos **de carácter político** fueron considerados como infracciones especialmente graves y castigados con gran severidad.

No cabe duda que los movimientos jurídico-criminológicos de la actualidad han tenido una influencia marcada en esos principios que conforman el Derecho Penal Liberal tradicional de corte individualista; así como también de la ideología constitucional que ofrece la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho y del contenido de la filosofía de los derechos humanos expresados en la doctrina en general sobre la materia y recogida en muchos tratados internacionales que los consagran. El Derecho Penal Garantista constituye una parte del **Derecho Penal Mínimo** enmarcada dentro de una tendencia que sin duda busca la supresión o reducción del sistema penal. Es una parte del “**Minimalismo Penal**” que en cierto modo deslegitima o no justifica a dicho sistema, pero que lo explica como una necesidad; no llegando a los extremos de una concepción **abolicionista**. Es así como Ferrajoli señala:

⁵ Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Alianza Editorial Madrid, S.A., 1968 pp. 46 y ss.

⁶ La Revolución Francesa favoreció de manera muy particular el cambio de mentalidad y la reforma penal. La declaración de los derechos del hombre y de los ciudadanos del 26 de agosto de 1789 con inspiración en el **Contrato Social** de Rousseau consagró los siguientes principios: Los hombres nacen libres e iguales (Art. 1º). Las leyes no tienen el derecho de prohibir nada más que las acciones nocivas a la sociedad (Art. 5º). La ley debe ser igual para todos, lo mismo cuando protege que cuando castiga (Art. 6º). No pueden establecerse sino las penas estrictamente necesarias de donde resulta que nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente (Art. 8º). Nadie puede ser acusado, arrestado o puesto en prisión sino en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas presentes en ellas (Art. 7º).

...Si el Derecho Penal es el **remedio extremo**, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación, y a ilícitos administrativos todas las actividades que violan las reglas de la administración o que produzcan daños a bienes no primarios o que sean sólo abstractamente presumidos como peligrosos; evitando obviamente el conocido engaño de las **etiquetas** consistente en llamar “administrativas” sanciones que son sustancialmente penales porque restringen la libertad personal. Sólo una relación semejante de la relevancia penal al mínimo necesario puede reestablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho Penal...⁷

El Derecho Penal Garantizador exige al Estado de Derecho el cumplimiento de una serie de principios que le permitan justificar al Derecho Penal. Lo que implica una toma de posición crítica ante el Derecho Penal. Dichos principios son diversos, entre ellos se cuentan los siguientes: Principio de estricta legalidad. Reducción al mínimo posible de la penetración del Estado en la vida ciudadana disminuyendo de esa manera la agresión que se ejerce en contra de los ciudadanos a través de la coerción penal. Maximización de la libertad como producto de la menor intromisión estatal; garantía real o material en la aplicación de los derechos ciudadanos. Búsqueda de la coincidencia para el Derecho Penal visto desde el punto de vista normativo como desde el punto de vista real o práctico. Ofensividad o lesividad del resultado. Materialidad o exteriorización de la acción. Culpabilidad o responsabilidad personal. Desde el punto de vista procesal se exige que el derecho penal debe asumir el Sistema Acusatorio, con clara separación entre acusación y juzgamiento, con paridad entre acusación y defensa y publicidad y oralidad del juicio. En el extremo del **Derecho Penal Mínimo** se encuentran aquellos autores que propugnan el “**abolicionismo**” respecto al Derecho Penal. Es así que Zaffaroni señala:

...Es incuestionable, a nuestro juicio que el Derecho Penal Mínimo es una propuesta que debe ser apoyada por todos los que deslegitiman el Sistema Penal, pero no como meta insuperable, sino como paso o tránsito hacia el **abolicionismo** por lejano que parezca...⁸

⁷ Ferrajoli, Luigi. *Derecho Penal Mínimo y bienes jurídicos fundamentales*. Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, Costa Rica N° 5 1992. p. 8.

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires. 1989, pp. 110-111.

La hipótesis del abolicionismo en el sistema penal se erige sobre el hecho que éste se caracteriza por ser un sistema desorganizado que causa dolor, que es incoherente, violento, inútil e inoperante. Surge, sin embargo, la duda aun para muchos de los defensores de la abolición sobre lo que espera a los ciudadanos una vez que se haya suprimido el sistema penal. Esa duda es contestada por Look Hulsman el más connotado abolicionista con una significativa metáfora cuando señala:

...Si en mi jardín aparto los obstáculos que impiden al sol y al agua que fertilizan la tierra, en él surgirán plantas cuya existencia yo no sospechaba. Así la desaparición del sistema punitivo estatal abre en una convivencia más sana y más dinámica los caminos para una nueva justicia...⁹

Resulta indiscutible que el **Garantismo Penal** ha llevado a un aumento en el reconocimiento de los Derechos Humanos en la concepción y aplicación del Sistema Penal. Asimismo debiera llevar a una limitación mínima de aquellas conductas que deben castigarse de manera estrictamente necesaria para que haciéndolo con escrupuloso respeto de los derechos fundamentales del individuo, se logre la legitimación del sistema. Es obvio que las reformas penales si aspiran a respetar el Estado Democrático de Derecho deben estar orientadas por las ideas básicas del **Garantismo Penal**.

Esta concepción Garantista debe enfrentar una **ideología populista** y sin base científica de ninguna naturaleza, que propugna en países como los nuestros, en Latinoamérica, caracterizados por profundas desigualdades económicas y aumento de la delincuencia, con un cada vez mayor reclamo de “**mano dura**” contra el crimen; una mayor “**Seguridad Ciudadana**”; con lo que se pretende reducir el fenómeno delictivo con una mayor **represión** y **autoritarismo**.

Se propugna entonces un Derecho Penal más extenso y severo aplicable a un mayor número de “conductas desviadas”, en el cual se solicitan penas cada vez más elevadas.¹⁰ Se ha comprobado hasta la saciedad que un aumento de las

⁹ Hulsman Look - Bernat de Celis, Jacqueline. *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana*. “Hacia una alternativa”. Barcelona, 1984. Sergio Politoff.

¹⁰ Existen en la actualidad concepciones jurídico-criminológicas, que después de haber superado la ruptura que existió entre las dos disciplinas, particularmente, por la influencia de la llamada criminología crítica; plantean que el sistema debe mantenerse y aun ampliarse; como ejemplo de esta posición se señala: la denominada prevención general positiva fundamentadora, el nuevo realismo y la protección de intereses difusos, generales o universales.

penas por sí solo no garantiza una disminución en los delitos, resulta mucho más importante a los efectos de la prevención de éstos el temor a la seguridad de su castigo. El delincuente como afirma Roxin no se intimida con las altas penas, pues siempre aspira a no ser descubierto, lo que realmente tiene ese poder intimidatorio es la seguridad del efectivo castigo.¹¹

Para evitarse un uso excesivo del Poder del Estado, el Derecho Penal debe ajustarse al ordenamiento constitucional con respeto a las libertades individuales, a las normas internacionales y a la política criminal que se determine de manera democrática, constituyéndose de esta manera un verdadero Estado de Derecho que reduzca la violencia **Institucionalizada**. Por supuesto no comulgamos con la tesis defendida por los “**Abolicionistas**”; pues consideramos que la razón de ser de la permanencia del Derecho Penal está en la necesidad de proteger los valores fundamentales de la sociedad.

Estar de acuerdo con la desaparición del Derecho Penal sería tanto como suponer utópicamente la abolición de cualquier forma de represión de los ciudadanos en una sociedad, conformada de una manera totalmente diferente a la actual, caracterizada por una total solidaridad, igualdad y respeto mutuo; lo cual ciertamente no es previsible en el futuro. Con razón Roxin lo afirma lapidariamente:

...No será posible una supresión del Derecho Penal, el Derecho Penal todavía existirá dentro de cien años... Los cambios sociales de los próximos cien años influirán en las formas de aparición de la criminalidad, pero no cambiarán en nada su existencia y con ello tampoco la necesidad del Derecho Penal.¹²

¹¹ Roxin Claus. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona, 1982. Este autor cita el ejemplo, del delito de secuestro de niños en Alemania, que prácticamente desapareció cuando efectivamente se dictaron y cumplieron sentencias condenatorias a sus autores.

¹² Roxin Claus. *El Desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo*. En *Dogmática Penal y Política Criminal*. Lima, 1998, p. 443.

2. DISEÑO CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS PENALES

El artículo 2 de la Constitución define al Estado venezolano como democrático¹³ y social de derecho y de justicia.¹⁴

La Sala Constitucional en la citada sentencia del 24-01-2002, desarrolla su propio concepto respecto a lo que considera el Estado Social de Derecho; se expresa así:

...Sobre el concepto del Estado Social de Derecho, la Sala considera que él persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural abuse o subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiéndolas a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación. A juicio de esta Sala, el Estado debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales. El Estado Social para lograr el equilibrio interviene no sólo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud,

¹³ La Sala Constitucional en sentencia N° 85 del 24-1-2002, respecto al Estado de Derecho Democrático, señaló lo siguiente: “La formación y desarrollo del concepto de Estado de Derecho, tiene su origen en la lucha contra el absolutismo y por ello la idea originalmente se centraba en el control jurídico del Poder Ejecutivo a fin de evitar sus intervenciones arbitrarias, sobre todo en la esfera de la libertad y propiedad individuales. Sin embargo, tal concepto fue evolucionando, y dentro de la división de poderes que conforman el Estado consiste en que el poder se ejerce únicamente a través de normas jurídicas, por lo que la ley regula toda la actividad Estatal y en particular la de la Administración; y parte de la esencia del concepto consiste en el control judicial de la legalidad desde que se va a considerar la norma suprema: La Constitución... (El Estado Social de Derecho por Encarnación Carmona Cuenca. Consejo Económico y Social. Madrid. 2000), la cual encabeza una jerarquía normativa, garantizada por la separación de los poderes...”.

¹⁴ Por Estado Social de Derecho hay que entender aquel que asume una responsabilidad para garantizar los deberes sociales respecto a los cuales está obligado por constituir en definitiva la representación de los ciudadanos, quienes pueden requerirle la obtención de todos sus derechos. Por esta vía el Estado asume el compromiso político con todos los ciudadanos de garantizar la efectiva vigencia de los derechos en los que existe un interés social o colectivo. *Vid.* Cárdenas, Ángel. *Constitución y Principios del Derecho Penal Moderno, Temas de Derecho Penal*, Homenaje a Tulio Chiossone, Colección Libros Homenaje - N° 11 Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela 2003.

la vivienda, la educación y las relaciones económicas, por lo que el sector de la Carta Magna que puede denominarse la Constitución Económica tiene que verse desde una perspectiva esencialmente social... El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar **que su libertad no sea una carga para todos** (negrillas nuestras).

El artículo 2 al calificar el modelo de Estado también como “**De justicia**”, incorpora un término que no ha estado exento de polémica, tal vez por no entenderse que con él se ha avanzado un gran paso en la superación del dogma del “positivismo” jurídico, que confunde legitimidad con legalidad y también con racionalidad. En efecto resulta obvio que una concepción del Derecho Penal justo va más allá del ordenamiento jurídico y las normas que lo integran, fundamentándose en razones trascendentales, como los valores inmanentes de la persona humana que constituyen la única instancia legitimadora del poder mismo y particularmente de las aplicaciones concretas de dicho Poder.¹⁵ Como bien dice Max Weber “La forma de legitimidad más corriente es la creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correcto...”¹⁶ Por ello, tiene también razón Brewer-Carías cuando señala que el Estado de Justicia “...tiende a garantizar la justicia **por encima de la legalidad** formal...”¹⁷ (Negrillas nuestras).

El modelo de Estado proclamado en el citado artículo Constitucional conlleva una enorme importancia desde el punto de vista teórico como práctico con incidencia en todo el ordenamiento jurídico y muy particularmente en el Penal. Dicha norma, aunada a otras que aparecen en la misma Carta Magna y que constituyen un verdadero “**bloque de constitucionalidad**” da un fundamento a una serie de garantías para todos los ciudadanos que deben ser respetadas en toda la estructura jurídica del Estado. Esa aspiración Constitucional de alcanzar un Estado de Derecho Democrático Social y de Justicia, se

¹⁵ En la filosofía contemporánea con Teilhard de Chardin y Emmanuel Mounier a la cabeza aparece una reformulación del concepto de persona humana a quien se considera como una unidad de espíritu y materia y como tal destaca del resto de la naturaleza por estar dotada de inteligencia y libertad. El hombre es un fin en sí mismo y su existencia no sólo constituye una existencia biológica sino la realización de unos valores superiores. *Vid.* Emmanuel Mounier. *El Personalismo*. Editorial Nueva América. Bogotá 1981 pp. 64 -65.

¹⁶ Max Weber. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México 1968 pp. 25 y 26.

¹⁷ Brewer-Carías, Allan. *La Constitución de 1999*. Caracas. Editorial Arte. 2001 p. 47.

complementa con lo dispuesto en el artículo 3 de la Carta Política que exige el más irrestricto respeto a la persona humana y su dignidad al asentarse firmemente lo siguiente:

El Estado tiene **como fines esenciales** la defensa y el **desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad**.¹⁸

La Constitución de 1999 consagra asimismo una serie de principios generales relativos a los Derechos Humanos que constituyen un marco sumamente amplio para desarrollar una Teoría del Delito Garantista, que asegure el máximo respeto a la persona humana y su dignidad. Así: el mismo artículo 2 propugna expresamente como un valor superior del Estado la preeminencia de los Derechos Humanos. Por su parte el artículo 19 del texto constitucional garantiza a toda persona conforme al principio de Progresividad y sin discriminación alguna el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e independiente de los Derechos Humanos. También el artículo 22 con gran amplitud señala que los Derechos y Garantías contemplados en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales referidos a ellos no tienen carácter taxativo, por lo que no deben entenderse como negación de otros, que siendo inherentes a la persona no figuren expresamente en ellos; refiriendo igualmente que la falta de ley reglamentaria de estos Derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos. Por último el artículo 23 asigna a los Tratados sobre Derechos Humanos suscritos por Venezuela Jerarquía Constitucional y prevalencia en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución y en las leyes de la República; siendo de aplicación inmediata y directa por los Tribunales y demás órganos del Poder Público.

Las normas citadas y otras muchas que aparecen en el texto Constitucional permiten percibir que el sustento fundamental del tipo de Estado, en nuestro país lo constituye el reconocimiento del respeto por la dignidad del ser humano; de la cual dependerá la interpretación del Derecho Penal, las normas que lo integran y los principios que lo rigen. De esta manera se configura un Derecho Penal personalista limitado por los valores que representa el respeto a la persona humana y a su dignidad. Por lo tanto el Estado de Derecho Democrático y

¹⁸ La dignidad de la persona ha sido considerada como el rango de la persona como tal; pues ser persona es un rango o una categoría que sólo le corresponde al individuo de la especie humana. Tal categoría supone la aptitud para ser titular de una serie de derechos y deberes que le son inherentes e inviolables, la dignidad de la persona humana es tan esencial que más que derecho en sí mismo, ella debe ser considerada como el presupuesto esencial del Sistema de Derecho y Garantías Constitucionales.

Social y de Justicia tiene que partir de un antropocentrismo indiscutible, el cual no se puede irrespetar si se pretende construir un Derecho Penal verdaderamente democrático. Los principios penales según Mir Puig derivan y guardan relación con cada uno de los componentes del Estado de Derecho. Así: al **Estado de Derecho** le corresponde el principio de legalidad. Al **Estado Social** le corresponde el principio de resocialización, también le es atinente el principio de utilidad de la intervención penal, el principio de subsidiaridad y carácter fragmentario del Derecho Penal y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Y al **Estado Democrático** se refieren el principio de humanidad de las penas, el principio de culpabilidad y principio de proporcionalidad.¹⁹

3. PRINCIPALES PRINCIPIOS PENALES

3.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio referido a la legalidad de los delitos y de las penas configura uno de los postulados esenciales para la estructuración punitiva del Estado de Derecho; el mismo está representado por la atribución exclusiva que se le da al legislador para establecer los hechos punibles y señalar sus respectivas penas.

Dicho principio constituye desde la Revolución Francesa pieza fundamental en el desarrollo del Derecho Penal Moderno. Ya en su artículo 8 la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se proclamaba que: “La Ley no debe establecer más que las penas estrictas y manifiestamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito y aplicada conforme a la propia ley...”.

La Constitución venezolana refiere en el numeral sexto del artículo 49 que “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”.

Por su parte el Código Penal expresa en su artículo 1° que: “Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ellas no hubiere establecido previamente”. Feuerbach a comienzos del siglo XIX formuló dicho principio bajo la fórmula latina de: *Nullum crimen nulla poena sine praevia lege penale*. Modernamente se requiere que dicha fórmula se complemente con otra serie de principios que en conjunto permitirán que efectivamente queden garantizados los derechos de la

¹⁹ Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal parte general*. Barcelona, 2004. pp. 113-114 y ss.

persona ante el Poder del Estado. Dichos principios están relacionados con la configuración del delito desde el punto de vista técnico-legal, con su validez temporal y con el hecho de proscribirse la analogía.

El conjunto de las garantías aludidas se compendia en el siguiente aforismo: *Nullum crimen sine lege scripta, stricta, certa et praevia*. Consagrándose de esta forma el principio de **Reserva** que deja en la instancia Constitucional legítima la potestad de crear delitos y penas, es decir, deja en manos del Poder Legislativo tal facultad, ya que el mismo representa el Poder Público menos peligroso.²⁰ Quedando por lo tanto excluida la utilización para la creación de delitos y penas de otras disposiciones legales de menor rango y de la costumbre.

También se exige con dicho aforismo el principio de exigencia de **determinación, certeza o taxatividad** de las normas penales, la **prohibición de la analogía en malam parte** y la **irretroactividad** de las normas penales desfavorables al imputado.

Otras normas de nuestro ordenamiento que guardan relación directa con el Principio de Legalidad son: el artículo 24 de la Constitución que establece el principio de **Irretroactividad** al señalar que sólo por vía excepcional se puede aplicar la ley posterior al hecho, esto es, cuando imponga menor pena y el artículo 2 de la ley sustantiva que dispone que las leyes penales sólo tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo, aunque al publicarse hubiere ya sentencia firme y aquél estuviere cumpliendo la condena.

El principio de Legalidad se considera como correspondiente a un Derecho Penal Liberal o personalismo, como el que proclama nuestra Carta Fundamental.

La doctrina discrepa acerca de la razón de ser de este principio, siendo por tanto, diversas las opiniones al respecto. Para la gran mayoría, la dignidad del hombre consecuencia de su condición de persona constituye su fundamento. Para otros su origen está en la culpabilidad, pues consideran que el reproche que ésta significa supone la existencia clara de lo exigido y de la pena con la que se castiga. Algunos encuentran su fundamento en el carácter democrático del poder y consideran que repugna a la conciencia jurídica que la definición de lo que sea delito y las penas correspondan al Poder Ejecutivo o a los Jueces;

²⁰ Frías Caballero, Jorge. *Teoría del Delito*. p. 12. Editorial Livrosca. 1996. El Artículo 187 numeral 1 de la Constitución atribuye a la Asamblea la facultad de legislar en las materias de competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.

ya que de acuerdo al pensamiento moderno corresponde exclusivamente a la ley, en tanto expresión de la Democracia que representa a la voluntad de los individuos, lo que conlleva a su vez a la separación de los Poderes Públicos, lo que es consustancial al Estado de Derecho.

La vigente Carta Magna, al proclamar la vigencia del Estado de Derecho Social y Democrático, permite fundamentar desde el punto de vista político, el principio de legalidad en la separación de los Poderes Públicos, según lo cual le corresponde exclusivamente al legislador señalar en qué casos, a través de la formulación de los tipos penales, se limita la libertad de las personas y cuáles son las penas con las que se les debe castigar. Pero resulta indudable que en fidelidad a las características que acompañan el diseño de Estado de Derecho contenido en la Constitución, el ejercicio de esas facultades no es absoluto, teniendo límites que se derivan fundamentalmente de la filosofía de los Derechos Humanos, presente en ella y particularmente de la obligatoria garantía de los mismos que ordena el texto Constitucional.

De esta manera, toda la normativa Constitucional se encamina a un constitucionalismo democrático cuyo eje de apoyo está en la persona humana y su dignidad. De acuerdo a esta concepción democrática no se le confiere al legislador una atribución ilimitada para definir lo delictivo por medio de la ley. Esta concepción se enmarca claramente dentro de un contexto en el cual el Derecho Penal “no sólo limita el Poder del Estado sino que lo conforma y habilita. Por ello se puede afirmar que: “existe sin duda el poder político sin el Derecho, pero el Derecho no existe sino en cuanto a regulación limitadora del poder en orden a la Justicia Social de los Derechos...”²¹ Por ello Carrasquilla afirma el principio de estricta legalidad de los delitos y las penas, pero en sentido valorativo material con la persona como referente supremo de toda posible regulación jurídica y política en las sociedades modernas proponiendo entonces, la fórmula: *nullum crimen nulla poena sine ius*.²²

En relación al principio de estricta legalidad conforme al Derecho, la Corte Constitucional Colombiana, se refirió a los principios de **Necesidad, Proporcionalidad y Razonabilidad**, en la sentencia C-070 de 1996 y lo hizo en los términos siguientes:

²¹ Cfr: Carrasquilla, Juan Fernández. *Derecho Penal liberal de Hoy. Introducción a la dogmática axiológica penal*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 2002, p. 44.

²² *Ibidem* p. 35.

...En el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a los fines sociales del Estado, entre ellos, los de **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución** y **asegurar** la vigencia de **un orden justo**... En materia Penal, la **potestad legislativa** de tipificar está sometida al control constitucional de las medidas, según la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la necesidad de esta protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de libertad...

La Corte ha dicho:

1. Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un **orden social justo**, fundado en la **dignidad** y solidaridad humana... El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios.
2. Con su elemento social la Constitución complementa en el terreno de la coerción pública la voluntad de la razón...

Por su parte el Tribunal Constitucional Español ha manifestado que del principio de legalidad se deriva también el de necesidad respecto a “que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos...”. (STC 105-1988).

La Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-843-99 también declaró lo siguiente:

El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo, pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, ya que permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables. De esa manera ese principio **protege la libertad** individual, **controla la arbitrariedad** y asegura la **igualdad** de todas las personas, **ante el Poder Punitivo Estatal**. Por eso es natural que los **tratados de Derechos Humanos y nuestra Constitución lo incorporen expresamente**... (negritas nuestras).

3.2 PRINCIPIO DEL ACTO

De acuerdo al diseño Constitucional se configura un Derecho Penal personalista o individualista, según el cual el Estado de Derecho reposa esencialmente en el respeto escrupuloso y en el reconocimiento de la persona y su dignidad. En este sentido el **Principio del Acto** o del hecho, llamado también de la Materialidad de la Acción, constituye un principio fundamental para el acatamiento de la Constitución. Ello es así, pues el derecho de castigar en cabeza del Estado sólo nace ante lo verdaderamente realizado y no por lo simplemente ideado o resuelto; por eso Ulpiano decía: *cogitationis poenam nemo patitur* (que nadie tenga pena por sus pensamientos). Dicho principio lleva a sostener un Derecho Penal de Acto en contraposición a un Derecho Penal de Autor. La existencia del delito supone la existencia de un acto humano, un comportamiento o una conducta que trascienda la interioridad del autor proyectándose en el mundo exterior; sin embargo, la mera manifestación de voluntad no constituye generalmente delito, es necesario que se llegue a actuar efectivamente para que pueda hablarse de “comienzo de ejecución” de un delito, lo que dentro de la Teoría del Delito conforma el límite mínimo de punibilidad en nuestro derecho.²³

La Constitución en su artículo 49 numeral 6 al destacar que: “Ninguna persona podrá ser sancionada por **actos u omisiones** que no fueren previstos como delitos o faltas o infracciones en leyes preexistentes” establece junto al Principio de Legalidad la garantía de un Derecho Penal de Acto. Por lo tanto resulta obvio que el Derecho Penal conforme a la Constitución está especificado, delimitado y fundamentado en el Centrisimo Antropológico signado por el respeto de la dignidad y los Derechos Humanos que la conforman; lo que a su vez supone la fundamentación también política de la consideración exclusiva por parte del Derecho Penal de los actos previamente descritos realizados voluntariamente por el individuo.

La concepción de un Derecho Penal de Acto conlleva al castigo por lo que se hace y no por lo que se es. Por lo tanto resulta contrario a nuestro Estado de Derecho fundamentar la responsabilidad penal en la personalidad o en las características psicológicas de la persona, o en la conducta de vida, o en la razón única de la necesidad de pena, o en su forma de vida o en sus valores, o con el objetivo de alcanzar los fines de la pena, o por la exclusiva razón de defender

²³ *Vid.* Cárdenas Pacheco, Ángel E. *Op. Cit.*, p. 116.

los bienes jurídicos, o por razones de la peligrosidad del sujeto; o sólo para defender el Estado o la Sociedad, o por simple fundamento en la prevención.

Un Derecho sin acción castiga sólo aptitudes y situaciones totalmente subjetivas. Responsabilizar al ser humano por lo que es, constituye la justificación del peligrosismo positivista italiano, así como la concepción sintomática de la conducta (Tessar Kollman), en la cual el acto tiene un valor sintomático como índice de una personalidad.²⁴

Por supuesto cuando se hace referencia a un Derecho Penal de Acto, se entiende el acto voluntario que es el único que puede originar responsabilidad, ya que en un Estado de Derecho Democrático Social y de Justicia no se puede sancionar a la persona cuando no ha podido tener el control de sus acciones, con lo que quedan excluidos los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, la violencia psíquica, el error esencial, los actos reflejos y en general los actos que no dependen de la voluntad del individuo. Por supuesto, que no se es responsable ante el Derecho Penal por cualquier tipo de acto, sino exclusivamente por aquellos que están tipificados previa y exactamente en la Ley Penal; entendida ésta en sentido formal que no material. De esta exigencia se desprende el carácter valorativo del delito, el cual le es conferido por la ley, que cualifica las conductas humanas, que en principio tienen sólo un carácter naturalístico. Es indudable que en atención al más irrestricto respeto de los derechos de la persona humana, se hace menester sostener una clara posición respecto a la aceptación sólo de un Derecho Penal de Acto, lo que prefigura una particular concepción para el momento de legislar, lo mismo que en el de aplicar la Justicia Penal; tal concepción conlleva una serie de consecuencias, entre las cuales vale la pena destacar las siguientes: La pena en un Derecho Penal de Acto es consecuencia de la culpabilidad en el hecho, mientras que en el Derecho Penal de Autor, aquélla se deriva de la peligrosidad del agente. En otro sentido cabe afirmar que en el Derecho Penal de Autor no hay diferencias entre la tentativa de delito y el delito consumado, ni entre autoría y participación en lo referente a la penalidad; pues el hecho no interesa sino lo que interesa es la voluntad peligrosa del autor. Apoyarse en un Derecho Penal de Autor supone adoptar posiciones con fundamento en la peligrosidad; tales como: Agravar la reincidencia (artículo 100 CP) y aumentar la pena a los autores habituales o profesionales del delito (artículo 470, antes de la reforma 472 CP). Ello es así por apreciarse a los efectos de la pena la personalidad del sujeto y no el hecho o acto efectivamente realizado.

²⁴ Frías Caballero, Jorge. *Ob. Cit.*, p. 7.

La Ley sustantiva igualmente reafirma el Derecho Penal de Acto, lo que sucede en diversas disposiciones como son: el artículo 1 del Código Penal que al postular el principio de legalidad hace referencia al **hecho** “Nadie puede ser castigado por un **hecho** que no estuviere previsto como punible por la ley...”. Por su parte el artículo 61 al señalar que nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el **hecho** que lo constituye...” permite realizar una interpretación dogmática para decir que al hacerse referencia al **hecho constitutivo de delito** implícitamente se está haciendo referencia al hecho típico antijurídico y culpable. El hecho típico es aquel que está previsto en la ley (Principio de Legalidad y particularmente de Taxatividad) el cual abarca a la tentativa como **mecanismo amplificador** del mismo, y como la tentativa constituye el *minimum* de punibilidad normalmente en nuestro derecho, requiriendo según el artículo 80 del CP un comienzo de ejecución de un **hecho**, por esta vía también se puede reafirmar el principio del acto.

3.3 PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

El ejercicio del Poder represivo por parte del Legislador e incluso del Juez, sólo puede ser justificado porque la legalidad que se aplica está fundamentada en la vulneración grave a un bien jurídico. El principio de Mínima intervención Penal requiere que el Estado intervenga sólo por la necesidad de proteger intereses fundamentales que afecten al individuo y su participación en un determinado Sistema Social. El principio de *nullum crimen, nulla poena sine injuria* es de indiscutible origen liberal, y es concebido hoy en día, como antes se destacó, con una justificación que va más allá de la mera protección de los derechos subjetivos de la persona. El bien jurídico no es creado por el legislador, él sólo lo regula con las normas penales, la existencia del bien jurídico es previa al mismo legislador y depende de valores reconocidos por la sociedad, que el Derecho acoge para preservar el normal funcionamiento de la misma. Resulta particularmente lúcida la opinión vertida por Carrasquilla al determinar la noción de **Bien Jurídico** para un Estado Social y Democrático de Derecho y la consecuente importancia que deriva de esa noción para el concepto de persona que vive en sociedad. Nos dice el maestro:

...Una noción de bien jurídico adecuado para un Estado Social y Democrático de Derecho —o sea, para un Estado Moderno— tiene forzosamente que partir de los Derechos Humanos Internacionales y de los Derechos Fundamentales de cada Constitución... Como se sabe, los Derechos son para el Estado y el Derecho un fin esencial —el fin fundamental o funda-

cional—; en tanto que para la persona son medios imprescindibles de convivencia social democrática...²⁵

La existencia de un bien jurídico que se lesione o ponga en peligro es lo único que puede justificar la intervención del Poder Punitivo. No puede haber delito sin ofensa (lesión o puesta en peligro). El principio de protección de bienes jurídicos no opera sólo en el momento de creación del delito por parte del legislador, sino también en el de aplicación de la Ley Penal, por lo que se exige que tanto la conducta que el legislador tipifica como delito, como la realización en concreto de la misma conlleven a la afectación o vulneración del bien jurídico, bien exponiéndosele al peligro o lesionándosele concretamente. De esta manera el concepto de bien jurídico en la actualidad constituye un elemento básico para la correcta interpretación de los tipos penales y por ende para determinar su alcance en lo referente a su aplicación. Actualmente en la doctrina se debate arduamente en cuanto a cuál debe ser la extensión y el contenido de los intereses jurídicos o bienes que deben ser protegidos. Es así como se pueden divisar fácilmente dos posiciones: una fincada en la Constitución y otra que parte esencialmente de consideraciones sociológicas. Genuino representante de la primera es Rudolphi, quien le da contenido al bien jurídico partiendo de la Constitución y señala que la Constitución en un Estado de Derecho contiene valoraciones que permiten elaborar el concepto de bien jurídico que es previo a las leyes penales y obligatorio para las mismas.²⁶ Por su parte Roxin señala que a los efectos de la Política-Criminal el contenido del bien jurídico se extrae a través de la Constitución, la cual marca los límites del poder de castigar que tiene el Estado, considerándolos como útiles para el individuo y su libre desarrollo encuadrados en un sistema más global que se estructura de forma tal que sirve de base para la obtención de dichos fines.²⁷ Como calificado representante de la consideración que pone énfasis en aspectos sociológicos debe señalarse a Jakobs. Las tesis sociológicas consideran que en la misión de protección de bienes jurídicos propia del Derecho Penal, ellos (los bienes) trascienden a una concepción de constituir meros valores ideales; razón por la cual se considera que la lesividad implica que el Derecho Penal debe servir de apoyo al funcionamiento del Sistema. Precisamente por ello a estas concepciones se les considera como **Funcionalistas**. En el caso de Jakobs la función priorita-

²⁵ Carrasquilla *Ob. Cit.* p. 353.

²⁶ Rudolphi. H. J. *Los Diferentes aspectos del bien jurídico. En nuevo pensamiento penal.* 1977 p. 329.

²⁷ Roxin Claus. *Derecho Penal. P. General.* Traducción Luzon, Díaz, De Vicent. Tomo I. Madrid 1999. pp. 55-56.

ria del Derecho Penal es el mantenimiento de la vigencia de la norma y de la confianza en el Derecho.²⁸ Para el funcionalismo el Derecho sería sólo un medio para reafirmar el **Sistema**. Según este pensamiento la realidad social no se integra simplemente por cosas sino por sistemas constituidos por la interrelación de conductas o un complejo de **roles**. “...Así, partiendo de este presupuesto común para el funcionalismo, estructural funcionalismo o teoría sistémica, nombres con que sucesivamente se ha ido conociendo esta teoría social desde Durkeim hasta Luhman, la sociedad debe ser entendida como un **sistema** total donde cada uno de sus aspectos no puede ser comprendido sino en referencia al sistema total. El sistema consiste en una pluralidad de actores individuales que interactúan en una motivación, motivados por recíprocas expectativas. Lo fundamental en el sistema es la interdependencia de los diversos factores, de tal forma que no puede afirmarse que uno solo de ellos determine la producción de un fenómeno”.²⁹ El funcionalismo considera antes que nada que el hombre es un ser social, que debe proyectar los valores sociales, constituyendo el Derecho la expresión de los mismos. Para Jakobs el sistema pretende garantizar la vigencia de todas las normas que se requieren para procurar el orden social y la determinación de las relaciones sociales, de allí que le asigne a las penas una función necesariamente preventiva, pues se dirigen a todos en procura de la reafirmación de la confianza en el Derecho.³⁰

Es así entonces que Jakobs configura el modelo funcionalista sobre las normas que deben dirigir la conducta y sobre las expectativas que de su cumplimiento existan, para su efectivo acatamiento, y para la confianza requerida. Una concepción que sienta las bases para el funcionamiento en los factores interdependientes de la sociedad supone consecuencias de tal amplitud que pueden afectar el Derecho Penal o personalista o individual; así como también al conjunto de Derechos Humanos que proclama la Constitución. Resulta obvio que el funcionalismo categorizará los diversos bienes tutelares de conformidad al criterio de afectación social, acentuándose la incriminación de aquellas conductas que incidan negativamente en las funciones y estructuras sociales. Las tesis que miran más a la Constitución consideran sólo como objeto de protec-

²⁸ Jakobs Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid, 1997. pp. 97 y ss.

²⁹ Hornazábal Malaree. *Bien Jurídico y Estado Democrático de Derecho*, pp. 97, citado por Gómez López Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones doctrina y ley. Año 2001 p. 173.

³⁰ Jakobs Günther. *Sobre la Normativización de la dogmática Jurídico penal*. Traducción Cancio Melia - Freijon Sánchez. Madrid, 2003 pp. 15 y ss.

ción aquellos bienes apegados a la Jerarquización Constitucional de Valores. Por supuesto que los bienes relevantes dignos de protección deben serlo con la pena apropiada a la relevancia valorativa de los mismos.³¹

En la doctrina Constitucional Colombiana se asentó lo siguiente:

...En un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto debe hacerse de acuerdo a la **gravedad del injusto** y el grado de culpabilidad. Según el primer criterio la intervención del Derecho Penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada... (Sentencia C-285 de 1997).

La Corte Constitucional de Costa Rica dispuso lo siguiente:

...También lesiona el debido proceso la errónea adecuación típica de la conducta especialmente si se incurre en una sobrevaloración de la conducta sancionada, **que no guarda relación con el bien jurídico tutelado ni con la estructura del tipo penal trayendo como consecuencia la imposición errónea o excesiva de la pena...** Resolución del 9-6-1998 (voto N° 3644 - 98) (negrillas nuestras).

3.4 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Este principio como característica del delito o presupuesto de la pena es considerado por muchos autores como el más importante y se le enuncia diciendo que no hay pena sin culpabilidad y que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad.³²

³¹ Resulta contradictorio proteger penalmente en un Estado de Derecho que tiene como valor fundamental la libertad personal el delito de adulterio o castigar con penas equiparables a la del homicidio tipos penales que protegen la propiedad, por ejemplo, lo que sucede en la ley de robo y hurto de vehículos.

³² Se ha discutido también la tesis del doble aspecto del principio de culpabilidad que supone el axioma contrario, según el cual se proclama que tampoco debería haber culpabilidad, pues la pena además de su proporcionalidad con aquélla debe ser también necesaria. A Cerezo Mir, *Teoría Jurídica del Delito*, p. 16, le parece discutible dicha tesis; pues considera que para la existencia de la culpabilidad es preciso la conciencia actual o posible de la antijuricidad, pero no de la punibilidad de la conducta.

En forma más amplia se le formula como *nullum crimen, nulla poena sine culpa*. De poco serviría exigir el respeto de todos los principios del Derecho Penal hasta ahora analizados, sino se requiriera para el castigo de la conducta que ésta respondiera a un reproche que se hace a su autor. Hoy en día el principio se encuentra bastante asentado en el Derecho Penal y se traduce en definitiva como que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, de allí que se proscribe toda forma de responsabilidad objetiva.³³

En la doctrina suele hacerse referencia a otros principios o garantías a que conlleva el principio de culpabilidad; así se habla de: **Principio de Personalidad y del Principio de Dolo o Culpa**. Según el señalado en primer término la responsabilidad penal está limitada sólo a los autores y partícipes (artículos 83 y 84 del CP); por lo que nadie debe responder penalmente por delitos ajenos. En cuanto al segundo principio al excluirse la responsabilidad objetiva el reproche de la conducta sólo puede realizarse a título de Dolo o Culpa, esto es con intencionalidad o por inexcusable falta de cuidado (violación del deber de cuidado). Por esta razón se excluyen de la responsabilidad penal aquellos resultados que ni eran previsibles ni evitables.³⁴ El concepto de culpabilidad y su función han dado lugar a un vehemente debate llevando a posiciones críticas; pero hay que señalar que en realidad estas últimas se han orientado más hacia su formulación tradicional que al reconocimiento del principio en sí. En efecto, durante largo tiempo se consideró la culpabilidad como una manifestación del **libre albedrío** del hombre para elegir entre el bien y el mal, considerándose esa posibilidad de libertad como el fundamento de la responsabilidad penal. Ello ha originado que un sector de la doctrina se refiera a la **crisis** del principio de culpabilidad que radica en la imposibilidad o dificultad de probar si un determinado delincuente podía, en el caso concreto, obrar de otro modo, es decir, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. El propio Welzel analizando profundamente el problema del libre albedrío en sus aspectos antropológicos y caracteriológico y categorial y que concibe la libertad como un acto de autodeterminación conforme a sentido; concluye diciendo: "...Con ello se ha

³³ Antiguamente se hacía responder por el delito cometido por una persona a sus parientes e igualmente por hechos meramente causales o fortuitos en los que el sujeto no tenía responsabilidad alguna, pues su relación con el evento era sólo indirecta o causal. Hay que reconocer que aun hoy en día sobreviven en los códigos muchas formas de responsabilidad objetiva. En el Código Penal Venezolano las encontramos en los delitos calificados por el resultado, en la preterintención y en las faltas, en estas últimas no se requiere expresamente la culpabilidad (artículo 61).

³⁴ El Código Penal Español exige para el castigo haber actuado con Dolo o con Culpa (artículo 5 CP).

llegado al límite máximo del análisis del problema de la libertad. La pregunta acerca de cómo puede el hombre liberarse de la presión causal para la autodeterminación conforme a sentido y asumir ésta como una tarea plena de sentido no puede ser contestada, lo mismo que la pregunta acerca de cómo consigue la causa producir el efecto.³⁵ Otros autores han opinado que no es empíricamente comprobable si una persona en una situación concreta hubiera podido obrar de otro modo a como lo hizo; esto sólo sería posible si pudiera colocarse a la persona en una situación idéntica y pudiera observarse entonces si se produce una conducta distinta a la que se produjo anteriormente. Pero ello sería imposible, pues el hombre tiene memoria y recordará en la nueva situación a la anterior y sus consecuencias. Precisamente por la imposibilidad de demostrar con las ciencias empíricas (la psicología y el psicoanálisis) que determinado delincuente, en la situación concreta en que se hallaba, podía haber obrado de otro modo, es que se ha propuesto por un pequeño sector de la doctrina, entre otros por Gimbernat en España, renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena, sin renunciarse a la exclusión de la responsabilidad objetiva y de la responsabilidad por el resultado aceptando la relevancia del error esencial e invencible de prohibición. Justificándose por esta vía la pena en las exigencias de la prevención general y de la prevención especial.³⁶ Ante esta postura debe señalarse, como lo ha hecho Córdoba, que si se abandona el principio de culpabilidad en el sentido de que ésta constituya el fundamento y el límite de la pena, no es posible mantener al mismo tiempo todas las consecuencias que pretende Gimbernat. Si la pena encontrara su justificación y su medida únicamente en función de las exigencias de prevención general y prevención especial, sería preciso llegar a consecuencias muy distintas en el problema de la responsabilidad por el resultado, de la relevancia del error de prohibición y de la exclusión de la pena para los inimputables. Desde el punto de vista de la prevención general podría justificarse la existencia de los delitos calificados por el resultado.³⁷

La tesis que considera errado fundamentar la pena en el libre albedrío, ha sido contestada por un numeroso sector de la doctrina. Entre nosotros Frías Cabañero y Arteaga Sánchez se han pronunciado al respecto. El primero señala que la imagen del hombre que procede de las corrientes fenomenológicas que dan

³⁵ Welzel Hans. *El Nuevo sistema de Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona. Abril 1964, pp. 15, 85 y ss.

³⁶ Gimbernat E. *La Culpabilidad como principio regulador de la pena*. Revista de Ciencias Penales, tercera época. Madrid, 1973.

³⁷ Córdoba Roda. *Culpabilidad y Pena*. Madrid. 1974 pp. 46 y 47.

origen a la antropología filosófica de Max Scheler, Nicolai Hartman y otros pensadores modernos, hace que sea concebido como **persona** cuya estructura "...compleja y estratificada participa de la organización en niveles de toda la realidad universal... la persona se halla así integrada por los estratos o esferas de lo físico, lo biológico, lo psíquico y lo espiritual. Lo específico, a su vez, del hombre es el espíritu, a través del cual el **zoom** humano se convierte en persona y que lo distingue de la totalidad del universo, caracterizándolo como un ser para la **libertad**. El Pensamiento Penal contemporáneo no puede sino incorporar esta idea, vinculante también para el Derecho, toda vez, que procede de la esfera ontológica previa obligatoria para el legislador que ha de elaborar sus categorías a partir de ella, si es que no quiere arribar al absurdo y a la ineficacia y por esta vía a la negación de la justicia y a la tiranía... el Derecho Penal recibe al hombre plenario y real, cuya estructura óntica está integrada por cuerpo, alma y espíritu. Consecuentemente el juzgamiento penal del hombre que delinque no se efectúa en el puro plano natural (físico, biológico o psicológico). Imputable es así la persona humana en su plenitud: el Derecho Penal no juzga al hombre como una cosa, como a un animal o como mera individualidad psico-biológica, sino como persona, esto es como ser espiritual, capaz de participar en los valores ético-sociales de carácter supraindividual y de actuar conforme a ellos".³⁸ Por su parte Arteaga, refiriéndose a la imputabilidad, que actualmente se considera elemento de la culpabilidad³⁹ asienta con firmeza que la responsabilidad penal como la responsabilidad humana tienen como presupuesto inconmovible la **libertad humana** y aclara "...digámoslo de una vez para que quede perfectamente delimitada nuestra posición: cuando nos referimos a una voluntad libre, a la capacidad de elección del hombre, a quien toca decidir por sí mismo lo que hace y lo que no hace no significa que aceptamos la idea de una libertad absoluta, al margen de la consideración de los motivos, al margen de toda influencia externa o interna. El hombre es libre, si tiene capacidad de elección, pero esto implica como apunta Bettiol, no que la voluntad cuando actúa opere al margen de toda consideración de los motivos, sino que el drama de la voluntad precisamente radica en la escogencia que ella debe operar entre los motivos antagónicos..."⁴⁰

³⁸ Frías Caballero, Jorge. *Problemas de Culpabilidad en el Código Penal Venezolano*. (Artículos 60, 61, 62 y 64 C.P.) Caracas 1988 pp. 38 y 39.

³⁹ La imputabilidad para el causalismo psicologista es presupuesto de la culpabilidad. Para el causalismo normativista hay autores para los cuales la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad. Para la mayoría es elemento de la culpabilidad. Para el Finalismo (normativismo puro) es elemento de la culpabilidad.

⁴⁰ Arteaga Sánchez, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*. McGraw Hill pp. 224 - 225 con cita de Bettiol. *Diritto Penale*. Cit. pp. 384.

Por otro lado debe acotarse que, la culpabilidad en la teoría tradicional, cultivada por el positivismo jurídico penal de Ernesto Von Beling, Franz Von Litz y Gustavo Radbruch entendió la culpabilidad como un mero vínculo existente entre el autor y el hecho; su contenido se agota en la esencia psicológica en la que participan el Dolo y la Culpa. Ser culpable equivale a actuar con Dolo o con Culpa. Esta tesis fue objetada con argumentos de gran contundencia, tales como: la imposibilidad de afirmar la culpabilidad en la culpa y particularmente en la culpa sin previsión, en la cual evidentemente no existe vínculo psicológico alguno, o por el contrario, que habiéndolo no exista culpabilidad tal como sucede con la **coacción moral** o vis psíquica. Por todo ello a partir de 1906, con las ideas de Frank comenzó a elaborarse, lo que se conoce como la **Teoría Normativa**, la cual además de fundamentarse en los elementos naturalísticos tradicionales (el Dolo o la Culpa) contempla en la culpabilidad elementos de carácter normativo-valorativos que justifican en conjunto el reproche.

Por lo tanto ser culpable no es solamente realizar el hecho típico, antijurídico, siendo imputable, con el concurso del Dolo o la Culpa, sino también se requerirá que el Derecho pueda exigir al autor en el caso concreto, dadas las circunstancias: objetivas y subjetivas que rodearon su acción, obrar de otra manera, es decir, conforme a las exigencias del Derecho.⁴¹

El principio de culpabilidad y el derecho a ser presumido inocente (para algunos no se trata de una presunción sino de un estado durante el proceso), se encuentran señalados en la Constitución (Artículo 49 numeral segundo) que establece lo siguiente: “Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”. De tal norma se deriva lógicamente que la culpabilidad se constituye en un requisito para que se deje de considerar inocente a la persona; de esta manera la Carta Magna le estaría otorgando rango Constitucional al llamado “dogma culpabilístico”. A su vez el mencionado precepto se constituye en un principio garantizador del debido proceso, de lo que se deduce que sólo con la declaración de culpabilidad pronunciada en una sentencia definitivamente firme se puede perder el estado de inocencia; o dicho de otra manera, para condenar a alguien se le debe demostrar su culpabilidad destruyéndose así su estado de inocencia; pues precisamente ser culpable es lo contrario de ser inocente. Empero se pudiese alegar que esa culpabilidad tácita que se infiere del precepto Constitucional, tiene sólo un significado procesal, ya que forma parte de los principios que sirven para garantizar el debido proceso, esto últi-

⁴¹ Frias Caballero, Jorge. *Problemas de Culpabilidad... Cit.*, pp. 31.

mo que es cierto, no supone que también lo sea la afirmación de que lo preceptuado no permita una interpretación de carácter sustantivo. En efecto la declaración de culpabilidad que prueba la no inocencia de una persona, no se debe apreciar como un simple requisito para condenar mediante una sentencia jurisdiccional; sino además por encontrarse enmarcado el artículo 49 en una concepción de un Estado de Derecho Democrático y de Justicia de corte personalista como el nuestro, la culpabilidad se constituye en un atributo del acusado que debe ser demostrado por el Estado que tiene la carga de la prueba, para destruir la condición de inocente que se presume en el enjuiciado. En el contexto de la Constitución un sector de la doctrina también lo encuentra implícito en el principio de legalidad (artículo 49 ordinal 6° de la Constitución Nacional): “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”. Se argumenta que no existe una culpabilidad abstracta, en el vacío, sino que la misma existe en relación a cada tipo delictual que el legislador sanciona con una pena, lo cual indicaría que para ser culpable se debe tener conciencia del hecho típico y antijurídico y el conocimiento de la pena con la cual se le castiga.⁴²

Pero más allá de lo anterior, en la actual Constitución cabe encontrar fundamento a la exigencia de la culpabilidad para el castigo de una persona en el principio del Estado de Derecho, así lo ha considerado para Alemania el Tribunal Federal Constitucional, el cual ha establecido que la culpabilidad tiene rango Constitucional por derivarse del Estado de Derecho, del reconocimiento de la libertad general de actuación y por tener su fundamento en la dignidad humana. En España de manera idéntica se ha pronunciado Enrique Bacigalupo al opinar que aquella podría derivarse, como en su caso lo ha establecido el Tribunal Constitucional Federal Alemán del principio del Estado de Derecho (artículo 1° CE) e inclusive de la protección de la dignidad de la persona humana contemplada en el artículo 101 de CE.⁴³ Precisamente refiriéndose a estos aspectos que tocan a la esencia de la culpabilidad en un Estado de Derecho Democrático, el profesor colombiano Gómez López en su obra *Aproximaciones aun concepto Democrático de culpabilidad*, nos dice lo siguiente: “La culpabilidad es el conjunto de circunstancias individuales y sociales que harían exigible al autor la conducta adecuada a derecho; la culpabilidad como juicio de exigibilidad se refiere a la acción injusta y a las

⁴² En líneas anteriores se señalaron en relación con el principio de legalidad las tesis referidas al doble aspecto de la culpabilidad.

⁴³ *Vid. ¿Tiene rango Constitucional el principio de culpabilidad?* La Ley año III, número 434, 8, 8 - 6, 1992, pp. 1 - 3.

circunstancias de conocimiento y autodeterminación en que fue realizada. El juicio de culpabilidad **no se refiere a un desvalor del hombre**, en sí mismo considerado, sino que **es un rechazo a la decisión del acto injusto**. La culpabilidad no desvalora el carácter o las condiciones humanas del autor sino la forma y las **circunstancias en que se ha decidido al injusto; ella surge de valorar las exigencias del orden jurídico y las reales condiciones** (autonomía de decisión, relaciones sociales, culturales, relaciones de libertad o condicionamiento de la sociedad) en que se encontraba el individuo para obrar o no conforme a la exigencia normativa”.⁴⁴

En conclusión, aplicar una pena sin fundamento en el respectivo reproche resulta violatorio a la concepción del Estado y a los valores que ella supone de libertad justicia y en general de los Derechos Humanos que se compendian en la dignidad de la persona humana, eje sobre el cual gira toda la arquitectura constitucional en Venezuela.

4. EXPANSIONISMO: DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO PENAL

Hoy en día se asiste a una evidente expansión del Derecho Penal, la cual tiene diversas manifestaciones, entre las que cabe mencionar la criminalización de nuevas figuras, muchas de las cuales tienen un carácter simbólico, es decir, se crean o se modifican para evidenciar que el poder es eficiente y que responde a las exigencias de más seguridad que hace la ciudadanía; se convierte así al Derecho Penal sólo en un símbolo de la autoridad estatal. El problema principal de tal “**expansionismo**” se centra en que se sacrifican las **garantías penales** en procura de una supuesta “lucha eficaz contra la impunidad” olvidándose de que ella sólo tienen sentido cuando se respetan de manera escrupulosa los límites establecidos de manera precisa en las **garantías penales y procesales** que emanan de la Constitución, las cuales persiguen el respeto de la persona humana y su dignidad. En la Constitución se establece diáfano cómo debe funcionar el papel del Estado Democrático en relación al Derecho Penal, lo que supone que los Derechos fundamentales de la persona no pueden ser sobrepasados para luchar por la “eficiencia”, “utilitarismo” o mero “pragmatismo” penales. Generalmente en aras a la obtención de una mayor eficiencia se

⁴⁴ Vid. Gómez López. *Aproximaciones a un concepto Democrático de culpabilidad*. Cit. Por Jairo López Morales. Nuevo Código Penal. Tomo 1. Segunda edición. Bogotá, pp. 152, año 2002. (Negrillas nuestras).

suelen violar las garantías penales. Es así como se vulnera **el principio de legalidad** tipificándose conductas de gran laxitud, particularmente en lo referente a quienes pueden ser sujetos activos, cuál es exactamente la conducta que se busca castigar, incorporándose elementos normativos e inclusive subjetivos de los tipos de gran amplitud. Castigándose con penas desproporcionadas al bien jurídico que se pretende castigar, lo que vulneraría a su vez el principio de **lesividad u ofensividad**. El principio de **culpabilidad** se vería vulnerado castigando conductas por simple responsabilidad objetiva y **el principio del hecho** se afecta al establecerse conductas punibles castigando sólo actitudes, opiniones, ideas, etc. Precisamente por esto nos dice Carrasquilla lo siguiente: "...la Constitución prescribe que el funcionamiento Democrático del Poder Estatal debe pagar el costo de la preservación prioritaria de los Derechos Fundamentales de las personas y esto implica la renuncia a cierto tipo de acciones que podrían ser más 'eficaces' sin esos límites.

Los eficientistas, por el contrario, miran los Derechos Fundamentales como estorbo en el camino hacia una lucha eficaz contra el crimen y generalmente no advierten que cometen un crimen cada vez que sacrifican un derecho fundamental para perseguir un delito..."⁴⁵

Escribe el mismo Carrasquilla lo siguiente: "sin el estricto respeto de los Derechos Humanos y fundamentales por parte del Estado, todas las personas están siendo atacadas por el ordenamiento jurídico que el mismo respalda y en tales condiciones salta a la vista que no puede hablarse de paz social alguna, pues lo que existe es una sociedad de conflicto en que los derechos de resistencia y desobediencia se tornan moral y políticamente legítimos".⁴⁶

La protección de la dignidad humana y de sus Derechos fundamentales constituye un "interés social" de primer orden que legitima al Estado en su actuación en el ámbito penal, lo que lleva a excluir de acuerdo a la Constitución las intervenciones arbitrarias o irracionales del Poder Institucional.

Este expansionismo penal se ve impulsado por la postura de cierto sector del pensamiento jurídico-penal que propugna en materia de las funciones de la pena, la doctrina de la **prevención general positiva**, particularmente en el sentido funcionalista de estabilización normativa y reforzamiento de las actitudes

⁴⁵ Carrasquilla Fernández, Juan. *Ob. Cit.*, p. 235 con cita de A. Calsamiglia. Racionalidad. pp. 46 y ss.

internas que favorecen la obediencia espontánea al Derecho. La “prevención general positiva” pareciera constituir una reacción en contra de las ideas preventivo-especiales (tratamiento y resocialización) que han llevado al escepticismo penal a reforzar la prevención general “que ahora se pinta con caracteres “positivos”, sobre todo en Alemania, pero que en realidad está bordeada por tintes muy claros de retribución expiatoria y tendencias muy dramáticas de inocuización, en especial en los Estados Unidos de América.⁴⁷

En este contexto surge el “**Derecho Penal del Enemigo**” terminología introducida por Jakobs, quien considera que la “prevención general positiva” se dirige con exclusividad a personas competentes para la estructura social, capaces de ser culpables y de ser objeto de expectativas normativas; pero es el caso que al lado de ellas existen sujetos que por su particular actitud no se dejan obligar por las normas, a ellos hay que neutralizarlos de otra manera. Al realizarse esto no se les toma en cuenta como personas a esos sujetos que se consideran potencialmente peligrosos, respecto a ellos no se dirigen las expectativas normativas, se les excluye del ámbito de personas y se les considera como enemigos. Se llega así a la proposición de un “Derecho Penal del Enemigo” frente a un Derecho Penal de los Ciudadanos; basándose aquél en un sistema verdaderamente represivo de privación de libertad con grandes limitaciones de las garantías sustantivas y procesales y de las reglas de imputación. Esta posición deriva de la idea del estructural funcionalismo de Luhman y se orienta principalmente a estructuras de organizaciones permanentes de delincuentes que abandonan de manera permanente o continuada el Derecho. Se considera que por esto se hace necesario su consideración de “enemigos” con la que se les trata para lograr la prevención funcional del Estado a través de los órganos encargados de su defensa.

El Derecho Penal del Enemigo tiene varias características que lo identifican entre ellas: se manifiesta dentro de una corriente expansionista signada por el aumento de los delitos de peligro; esto es un Derecho Penal en que prevalece, por el afán de defender el Sistema y su funcionamiento una mirada opuesta a aquel de normal orientación “retrospectiva”, es decir, predomina la prevención incluso con sanciones sobre hechos que no se han cometido todavía.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 256.

⁴⁷ *Ibidem* Carrasquilla Fernández, Juan. *Ob. Cit.*, p. 260. Hay que recordar que ya Litz en su famoso programa de Marburgo planteaba la prevención especial inocuizadora para los delincuen-

También constituye nota dominante de esta concepción el incremento notable de las penas, lo que fácilmente se pone al descubierto cuando se les pone en comparación con las penas del “Derecho Penal Normal”. Por otra parte es de destacar que al formularse los tipos penales y aplicarse la “justicia” en la concreción jurisdiccional de ellos existe una obvia supresión tanto de las garantías procesales y sustantivas.⁴⁸ Igualmente también como característica importante de resaltar está, que muchas veces en el Derecho Penal del Enemigo no se criminalizan **hechos** propiamente tales, sino conductas cuya importancia, cuyo valor o relevancia están basados particularmente en su contenido eminentemente simbólico. Por último las tipificaciones se hacen en términos tan ambiguos como laxos, que pareciera que se pretende intencionalmente dejar de precisar la concreción y taxatividad que se deriva del mandato de determinación que supone el principio de legalidad.

Refiere el profesor Cancio citando a Silva Sánchez que, ante el actual clima político-criminal de acelerada creación de nuevos delitos, se sugiere diferenciar entre “dos velocidades” del Derecho Penal: “la primera velocidad” sería aquel sector del ordenamiento penal en el que se imponen penas privativas de libertad, que según Silva Sánchez, debe estar caracterizado por el mantenimiento estricto de los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La “segunda velocidad” vendría constituida por aquellas infracciones en las que al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos, tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas clásicos. Señala Cancio que la imagen de las “dos velocidades” induce inmediatamente a pensar, como también lo ha hecho Silva Sánchez en el “**Derecho Penal del Enemigo**” como “tercera velocidad” en el que coexisten altas penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de imputación.⁴⁹ De esta manera esa “tercera velocidad” es defendida por algunos como una necesidad inevitable para ciertos supuestos de la criminalidad que colocan en grave peligro las bases de la sociedad y del Estado.

tes incorregibles, justificando para ellos la violación de los derechos individuales en razón de la defensa de la sociedad.

⁴⁸ Roxin Claus. *Introducción. Ob. Cit.* 1989, p. 135. Tanto las garantías procesales como sustantivas van dirigidas a que las penas y las molestias del proceso penal no alcancen a personas inocentes, por lo que resulta esencial mantener la presunción de inocencia.

Ese Derecho Penal de “tercera velocidad” resulta inaceptable en un Estado de Derecho Democrático Social y de Justicia como el que proclama nuestra Constitución por resultar violados en definitiva los cimientos jurídicos y políticos que lo sustentan, tales como la dignidad de la persona y todos los derechos fundamentales que la componen y en consecuencia los principios de un Derecho Penal Constitucional que no admite excepciones, afectándose la autonomía ética producto de la dignidad humana y la igualdad de la persona, lo que haría que el Estado al actuar para castigar conculcando tales Derechos y garantías se deslegitima, colocándose en igual nivel de “terrorismo”, que la delincuencia que pretende evitar. De esta manera al enfatizar lo anterior, en realidad lo que se hace es señalar “el primado de los Derechos Individuales sobre cualquier otra clase de pretensión comunitaria, con la única salvedad de las penas criminales que satisfagan las exigencias **formales y materiales** de que se viene hablando”.⁵⁰ Por otra parte, un derecho construido sobre las bases en que pretende edificarse el “Derecho Penal del Enemigo” no merece siquiera considerarse “Derecho Penal”, porque ciertamente no lo es. Pero más allá de todo lo anterior, merece ser destacado que los argumentos que se utilizan para justificar a sus destinatarios como “no personas”, al considerarse que se autoexcluyen del Derecho poniendo en peligro el funcionamiento de la sociedad, no responden a la realidad; pues la verdad es que no ofrecen las conductas que así se sancionan, “una especial peligrosidad terminal” para la sociedad, al menos en las sociedades occidentales, no parece que la criminalidad organizada ni las “mafias de las drogas” etc., pueden poner en cuestión los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes a un futuro posible.⁵¹

Tal falta de “peligrosidad terminal” para el futuro de las sociedades aparece con claridad al hacerse una comparación numérica entre las lesiones a bienes jurídicos personales sufridos por tales conductas delictivas con los otros tipos penales de conducta que ocurren de manera masiva y que entrarían ampliamente en la órbita del “Derecho Penal Normal”. Por eso pareciera que la supuesta afectación del riesgo para la sociedad tomado en consideración para aplicar ese “Derecho Penal del Enemigo” tuviera un carácter predominantemente “simbólico”. La razón que se expone para establecer los supuestos de tipicidad donde se debe aplicar el **Derecho Penal del Enemigo** fundamentalmente se refiere al quebrantamiento de conductas respecto a configuraciones estimadas esenciales, por ser especialmente vulnerables, más allá de las lesiones a bienes jurídicos de titularidad individual. El profesor Cancio lanza su propia hipótesis

⁴⁹ Vid Cancio Melia M. *Derecho Penal del Enemigo. Jueces para la Democracia*, julio 2002. pp. 20, 21, 22.

respecto a la verdadera justificación de tal punitivismo que existe sobre todo en materia de “drogas” y de “criminalidad organizada” y lo hace señalando que: se manifiesta en aquellos países donde se presentan como realidad significativa causando perjuicio en la sociedad en su conjunto, incluyendo la infiltración de sus organizaciones en el tejido político, de modo que amenaza no sólo a las haciendas u otros bienes personales sino al propio sistema.⁵²

Una teoría como la enunciada se adecua perfectamente al pensamiento de Jakobs, para quien el Derecho Penal pertenece al mundo de los significados y por eso el delito supone el quebrantamiento de la norma, lo que pone en duda su vigencia y en consecuencia la pena es el medio de reafirmación de la norma. El expansionismo del Derecho penal busca en definitiva sobre todo con el Derecho Penal del Enemigo la “inocuidización” del delincuente, un poco a la manera de Litz en su programa de Marburgo, pero esta vez a través de la llamada “prisionalización” configurándose de este modo más que un sistema de “prevención general positiva” uno de “prevención general negativa”, lo que como se ha dicho, irrespeta el Derecho Penal Garantista que fluye de la esencia misma de la Constitución y particularmente de la dignidad de la persona humana, quien con todos sus Derechos Humanos que le son inherentes, permite que se hable en Venezuela de un Derecho Penal Personalista, o Individualista, en contraposición de uno de carácter transpersonalista o transindividualista.

5. LA REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO PENAL VENEZOLANO

Se debe insistir una vez más en el carácter liberal y personalista del Derecho Penal que se perfila en nuestra Constitución al establecerse un marco de Derechos y Garantías que se extraen de la propia Carta Magna, los cuales tienen su núcleo fundamental en el respeto de la persona humana y su dignidad.

Tal perspectiva del Derecho Penal Constitucional entra en contradicción abierta con aquellas posturas, afortunadamente minoritarias, representadas sobre todo por las llamadas **Teorías Funcionalistas** más radicales, que encuentran básicamente la legitimación del Derecho Penal en la función preventiva y en el Derecho de constituir un elemento de persecución. Estas tendencias propagan francamente lo que algunos han llamado el Estado Social Intervencionista “...que perfila una extensión ilimitada del Derecho Penal, pretendiendo transformarlo en instrumento de tutela de bienes en instrumento de gobierno y en

⁵⁰ Carrasquilla Fernández, Juan. *Ob. Cit.*, p. 258.

cuanto a tal propenso a su instrumentación política...”.⁵¹ En Venezuela el Derecho Penal desde hace ya bastante tiempo se caracteriza por una situación de verdadera “**inflación**” legislativa; pues además de las normas penales contenidas en nuestro viejo Código, han proliferado un sinnúmero de “**leyes penales especiales**” en las que igualmente se han tipificado conductas delictivas, lo que ha llevado a que sus destinatarios las desconozcan y lo más importante, a que no reciban la motivación que debe provenir de sus mandatos.

En muchas de esas “leyes penales especiales” existen normas que regulan la misma conducta que el Código Penal, lo que impone permanentemente que se esté ante situaciones que conforman verdaderos conflictos aparentes de normas penales que habrán de resolverse de acuerdo a los principios que se aplican en esa materia. Pudiéramos asegurar que, ni aun la propia comunidad jurídica conoce a cabalidad toda esa legislación penal por su extremada dispersión, lo cual le da un carácter casi clandestino; menos aún el resto de los ciudadanos.

Sin embargo, no ha sido sino con la entrada en vigencia de la Reforma Parcial del Código Penal, de marzo de 2005 con nueva impresión por errores “materiales” de fecha 13 de abril de 2005, que se ha puesto de manera por demás ostentosa de manifiesto el “caos” existente en la Legislación Penal positiva y particularmente sus contradicciones mayúsculas en la Constitución.

Esta reforma se aparta de la tradición jurídica venezolana por su casi absoluta falta de técnica jurídica, lo que se evidencia en primer término en la redacción de las disposiciones que contiene, muchas de las cuales violan las más elementales normas de la ortografía, de la sintaxis y en general de la correcta expresión escrita. Por ejemplo, el artículo 374: “quien por medio de violencia o amenazas haya constreñido a alguna persona del uno o del otro sexo, a un acto carnal, o **introducción** de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se introduzca un objeto que **simulen** (*SIC*) objetos sexuales...” obsérvese la falta de sintaxis y elegancia en el lenguaje de que hace gala esta norma. La carencia de conocimientos jurídicos en la redacción de las normas se evidencia inclusive en la utilización de términos del “vulgo” que no tienen el significado jurídico que se les pretende otorgar por ejemplo, en el mismo artículo 374 (párrafo único) se hace referencia a “...quienes resulten **implicados**”. En la terminología legal procesal penal sólo puede hablarse de imputado, acusado o sentenciado.

⁵¹ Vid. Cancio Melia. *Op. Cit.*, pp. 21 - 22 .

⁵² Cancio Melia. *Op. Citada*, pp. 22 - 23.

Por otra parte se solapan conductas ya tipificadas como delictivas en otras leyes como sucede en el artículo 357 “...quien asalte a un taxi o cualquier otro vehículo de transporte colectivo para despojar a sus pasajeros de sus pertenencias o posesiones, será castigado con pena de diez a dieciséis años”, conducta esta regulada en la ley que regula el hurto y robo de vehículos (marzo del 2000). Se modifican tipos penales creándose con la nueva redacción un texto ambiguo e ininteligible, con evidente deterioro del anterior. Tal cosa sucede por ejemplo con el delito de instigación a delinquir, en el cual se adicionó a la forma pública en que debe efectuarse la conducta, la expresión “**o por cualquier otro medio**”, con lo cual se confunde la forma de la conducta con el medio que se utiliza para llevarla a cabo. Además, al excluirse de los requisitos del tipo el que la instigación debe estar referida a una infracción “**determinada**”, se amplifica el comportamiento que puede castigarse, permitiéndose la instigación a título genérico, lo que desvirtúa la esencia y naturaleza que siempre han estado en los fundamentos de este tipo penal. Por otra parte, se siguen criminalizando los llamados delitos de “**desacato**” con ampliación incluso de los funcionarios protegidos, lo que contradice la Doctrina Internacional, que considera tal forma de “criminalidad” como de poca o ninguna afectación a un bien jurídico relevante, habida cuenta que el funcionario por el mismo desempeño de su actividad se expone a ellos, lo que puede incluso servir para el necesario y conveniente escrutinio en sus funciones. Se modifican tipos penales cerrados que delimitaban perfectamente la conducta a castigar, convirtiéndolos en ambiguos y laxos, violándose con ello garantías esenciales.

Como es el caso por ejemplo del artículo 140 ubicado en el título 1 “De los delitos contra la independencia y la seguridad de la Nación”.

Capítulo 1. “De la traición a la patria y otros delitos contra ésta”. En este tipo se excluyó el requisito esencial para la existencia del mismo, como lo era que la conducta se castigara durante “**tiempo de guerra**”, con lo cual se desnaturaliza totalmente el hecho que se pretende castigar.

Además de eso al ampliarse, la conducta a sancionar que era sólo la de facilitar directa o indirectamente a la Nación enemiga o a sus agentes dinero o provisiones de boca que puedan emplearse en perjuicio de Venezuela, con la extensión que ahora lo complementa: “el venezolano o extranjero residente en el país que facilite directa o indirectamente al país o repúblicas extranjeras, **grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos**, albergue, resguarde, le entregue o **reciba** de ellos suma de dinero, provisiones de alimentos o cualquier tipo de pertrecho que puedan emplearse contra Venezuela o **apara-**

tos tecnológicos que puedan emplearse...”; se está creando un tipo penal sumamente abierto contentivo de conceptos tan genéricos como “**terroristas e insurgentes**” y se están tipificando conductas tan sujetas a cualquier interpretación como esa de recibir aparatos tecnológicos ¿un celular? ¿O cualquier otro creado por la técnica? Este es un tipo paradigmático o modélico que nos enseña como **no** se debe legislar, para respetar el Derecho Penal Garantista. En él se violan abiertamente el principio de legalidad, el principio de Derecho Penal de Acto, el de lesividad y el de culpabilidad. El de legalidad por la amplitud con que se consagran los elementos del tipo, el de lesividad, porque su construcción permite suponer conductas que pudieran castigarse, según dicha norma, sin que pongan en peligro ningún bien jurídico y menos lo destruyan. El principio de Derecho Penal de Acto, puesto que pareciera más bien que se castiga un delito de peligro remotísimo para el bien jurídico, esto último particularmente en el supuesto de **recibir** en tiempo de paz un “**instrumento tecnológico**” que pudiera emplearse en perjuicio de la República, la integridad de su territorio, sus instituciones republicanas, **ciudadanos y ciudadanas** o desestabilicen **el orden social**. Entonces nos luce como delito de peligro remotísimo que vulnera el principio de Acto y el de bien jurídico, inclusive el principio de culpabilidad, pues prácticamente se está castigando por recibir el “instrumento tecnológico” que puede provenir de cualquiera de uno de esos genéricos grupos de sujetos, para una posibilidad, la cual inclusive no puede ser previsible, de perjudicar a cualquier ciudadano. Mayor vaguedad es imposible.

Por último ¿Qué se entiende en este tipo por Orden Social?

Sería prolijo enumerar todos los delitos reformados que se apartan del respeto que merecen los principios derivados de la Constitución, que devienen en lo que debiera de ser un Derecho Penal Garantista o Garantizador de todos los derechos y garantías que ella conlleva. Precisamente por ello vamos ahora a reducir el análisis del contenido de la reforma a tres cuestiones que nos parecen resultan sobresalientes, ellas son: 1.- el tratamiento legal que se le da a la prescripción; 2.- lo referente a los “beneficios procesales” y a las medidas alternativas del cumplimiento de la pena; y 3.- lo atinente a la nueva formulación del delito de secuestro.

5.1 LA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La reforma excluye la pena de presidio al regular la prescripción ordinaria de la acción penal (artículo 108) y la prescripción de la pena (artículo 112). Resulta totalmente inexplicable esta omisión en virtud de varias razones como son:

a) Subsisten tipos penales a los cuales se les asigna la pena de presidio, por ejemplo, los previstos en los artículos 405, 407, 408 referidos respectivamente al homicidio simple, al homicidio agravado y al homicidio concausal. Llama la atención que los homicidios calificados (artículo 406) que contienen los supuestos más graves: cometerlo mediante veneno, incendio, sumersión, con alevosía, parricidio, conyugicidio, magnicidio, entre otros, no se sancionan con pena de presidio sino de prisión.

b) Ambos tipos de penas privativas de la libertad se encuentran reguladas en diversas disposiciones por el Código Penal. Así: el artículo 12 se refiere a la pena de presidio que se cumplirá en las penitenciarías que establezca y reglamente la ley. La ley que señala sus características no es, sino la ley de régimen penitenciario reformada en el año 2000.

El artículo 13 del Código Sustantivo señala las penas accesorias que le corresponde a la de presidio, ellas son: la interdicción civil durante el tiempo de la condena, la inhabilitación política y la sujeción a la vigilancia de la autoridad por un determinado tiempo, una vez terminada la condena. Por su parte el artículo 14 del mismo Código señala que la pena de prisión se cumplirá en las cárceles nacionales o en su defecto puede ordenarse su cumplimiento en las penitenciarías destinadas a la pena de presidio. Por último el artículo 16 establece para la pena de prisión como accesorias, la inhabilitación política durante el tiempo de la condena y sujeción a la vigilancia de la autoridad, por una quinta parte del tiempo de la condena terminada ésta.

Al excluirse de la prescripción de la acción penal los delitos con pena de presidio, cabría preguntarse ¿no prescriben? ¿Qué sucede con los delitos ocurridos con anterioridad a la reforma, que se castigaban con pena de prisión de más de tres años, para los cuales el artículo 108 numeral cuarto disponía un lapso de prescripción de cinco años? La acción penal prescribe así: 4° “por cinco años, así el delito mereciere pena de prisión por más de tres años” (artículo 108 antes de la reforma).

Respecto a la primera cuestión, resulta obvio que los delitos que se mantienen con pena de presidio, su acción penal debe prescribir y ello es así, pues por una parte repugnaría a los valores superiores del ordenamiento jurídico tales como la **libertad, la justicia y la igualdad** que se proclaman en el Estado de Derecho que postula la Constitución, el establecer un régimen desigual de prescripción para esos delitos; y en segundo lugar, se estaría creando una

situación como sería la imprescriptibilidad de la acción penal no prevista en la ley expresamente ni en la Constitución.⁵⁴

Pero además, con tal imprescriptibilidad sin fundamento Constitucional ni legal alguno, también se atentaría contra nuestra Carta Política, pues ésta establece una serie de garantías procesales, tendentes a preservar el debido proceso en un Estado de Derecho Democrático Social y de Justicia, tales como la garantía del juicio previo sin dilaciones indebidas. Tal imprescriptibilidad supone la posibilidad de ser enjuiciado y condenado en cualquier momento después de haberse consumado o haberse intentado o frustrado el hecho. En consecuencia, creemos que en los delitos que mantienen como pena las de presidio, la acción penal sí puede prescribir; y los jueces ante la situación que plantea la reforma, deben ejercer el control difuso de la constitucionalidad (artículo 19 del COOP): “Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República, cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a ella”. En consecuencia, se deberá declarar la prescripción de la acción también para los delitos sancionados con pena de presidio, tomándose para ello en consideración las reglas de cómputo establecidas en el artículo 108 y considerándose que a los efectos de tal declaratoria de prescripción la pena de prisión equivale a la pena de presidio.

En cuanto a la segunda interrogante que se ha formulado, también resulta obvio que al aplicarse el Estado de Derecho Constitucional y tomándose en consideración la garantía del principio de legalidad (artículo 49 ordinal 6 CN) de la irretroactividad de las leyes penales (artículo 24 CN) y lo dispuesto en el Código Penal (artículos 1 y 2) se debe apreciar para los delitos ocurridos antes de la entrada en vigor de la actual Constitución lo dispuesto en el numeral cuarto del artículo 108 del Código vigente para el momento de los hechos.

⁵³ Bricola F. *Teoria generale del reato*. En *Novissimo Digesto Italiano*. XIX 1973, p. 14. y González Rus Juan José. *Bien Jurídico y Constitución*. Madrid, 1983 p. 7 y ss.

⁵⁴ El artículo 271 de la Carta Magna establece “...no prescribirán las acciones dirigidas a sancionar los delitos contra los Derechos Humanos o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes...”. La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado al respecto precisando en primer término que tal imprescriptibilidad deberá aplicarse sólo a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. En el caso específico de los delitos que hubieren afectado el patrimonio público y que se ejecutaron con anterioridad a la nueva Carta Magna se debe aplicar la prescripción señalada en la ya derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y

5.2 *LO REFERENTE A LA EXCLUSIÓN DE LOS “BENEFICIOS PROCESALES” Y A LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PARA ALGUNOS DELITOS*

El carácter especialmente represivo de la reforma se pone de relieve con la eliminación para muchos delitos de los mal llamados “**beneficios procesales**”, pues se trata simplemente de Derechos Humanos que se reconocen al imputado y de las medidas alternativas del cumplimiento de la pena. En este sentido se debe tener en cuenta que el proceso penal, al igual que sucede con el Derecho Penal, constituye el área en la cual el Estado puede desplegar su mayor poder para restringir los derechos fundamentales que la misma Carta Magna reconoce a todos los individuos.

Por ello sólo resulta legítima la limitación de esos derechos durante el proceso cuando razones de estricta necesidad y utilidad lo aconsejen; debiéndose en todo caso proceder con la mayor prudencia y proporcionalidad en la aplicación de esas restricciones. La exclusión de esos derechos fundamentales durante el proceso y para después de que se hubiere sancionado a alguien con una pena, como lo establece la reforma afecta la garantía de presunción de inocencia, (artículo 49 numeral 2 CN) que deriva en el Estado de libertad (artículo 44 CN y 243 del COOP), las limitaciones al momento de decretar la privación judicial de libertad (artículo 245 del COOP), la interpretación restringida de esos derechos y las medidas cautelares (artículo 243 y siguientes); todo ello durante el proceso. Así como la aplicación de sustitutos de la pena, tales como: el destacamento de trabajo, régimen abierto, libertad condicional, reducción de la pena por el trabajo o el estudio, etc.

Tal exclusión constituye un retroceso en materia de Derechos Humanos. En este sentido se debe recordar que para el nuevo Constitucionalismo Garantista, el Derecho Penal no sólo constituye un instrumento del Estado destinado a castigar aquellas conductas que vulneran o ponen en peligro bienes jurídicos, que de acuerdo a una concepción de “**ultima ratio**” son puestos en peligro o ciertamente destruidos por las conductas de los delincuentes; sino que también le corresponde velar por la defensa de los Derechos Humanos del sujeto que se somete a un proceso legal o a quien se le impone una pena y ello es así por constituir la Administración de Justicia el sector de la actividad del Estado donde se puede desplegar los Poderes de mayor coerción de que el mismo dispone.

De manera tal que con la eliminación de esos derechos se está propiciando un Derecho Penal no Democrático que se olvida de la persona y los derechos

que le corresponden por su condición de tal. Lo que resulta contrario por otra parte el carácter de **irrenunciables, indivisibles y progresivos** que la Constitución les asigna. Desconociendo el legislador sustantivo (Poder Público) la obligatoriedad de **garantizarlos y respetarlos** de conformidad a la Constitución, a los tratados sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por la República y en las leyes que los desarrollan (artículo 19 CN) Con ello también se vulnera lo establecido en el artículo 372 Constitucional que ordena: “En todo caso, las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria”. Ante la situación planteada opinamos igualmente que los jueces (Poder Público) están en la obligación de garantizar y hacer respetar esos derechos que han sido conculcados en la reforma, aplicando el control difuso de tal inconstitucionalidad y sobre todo deben hacerlo así por los derechos otorgados a procesados y penados en el COOP con el advenimiento del sistema acusatorio en materia penal y con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, que permiten afirmar que en Venezuela existe un marco Constitucional y legal de mucha amplitud en materia de Derechos Humanos.

5.3 LA NUEVA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO EN LA REFORMA

Se construye un nuevo artículo (460) que regula el delito de secuestro (antiguo 462) y se hace en términos por demás extensos, de la siguiente manera: “El que haya secuestrado a una persona para obtener de ella o de un tercero como precio de su libertad dinero, cosas, títulos o documentos a favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no consiga su intento, será castigado con prisión de veinte años a treinta. Si el secuestro se ejecutare por causar alarma, la pena será de diez a veinte años.

Quien utilice cualquier medio para **planificar, incurrir, colaborar**, amparar, proteger o ejercer **autoría intelectual**, que **permita, faciliten o realicen** el cautiverio, que oculten y mantengan a rehenes, que hagan posible el **secuestro** extorsión y cobro de rescate y que intermedien sin estar autorizados por la autoridad competente.

Parágrafo Primero. Los cooperadores inmediatos y facilitadores serán penalizados de ocho años a catorce años de prisión. Igualmente los actos de acción u omisión que facilite (*SIC*) o permita (*SIC*) estos delitos de secuestros (*SIC*) extorsión y cobro de rescate, y que intermedien sin estar autorizados por la autoridad competente.

Parágrafo Segundo. La pena del delito previsto en este artículo se elevará en un tercio cuando se realice contra niños, niñas, adolescentes, y ancianos, o personas que padezcan enfermedades y sus vidas se vean amenazadas, o cuando la víctima sea sometida a violencia, torturas, maltrato físico y psicológico. Si la persona secuestrada muere durante el cautiverio o a consecuencia de este delito, se le aplicará la **pena máxima**. Si en estos delitos se **involucran** funcionarios públicos, la pena será en su límite máximo.

Parágrafo Tercero. Quienes recurran al delito de secuestro con fines políticos o para exigir liberación o canje de personas condenadas por Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, se le aplicará pena de **doce años a veinticuatro años de prisión**.

Parágrafo Cuarto. Quienes resulten **implicados** en cualquiera de los supuestos anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de la ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena”.

Hemos seleccionado esta disposición como “botón de muestra” del caos jurídico reinante en la reforma; lo que le hará inaplicable.

Efectivamente, en primer lugar se debe destacar que en el “nuevo tipo” se mantiene el llamado por la doctrina “secuestro para causar alarma”, el cual en elemental lógica debería estar colocado en otro título del Código; pues con él no se afecta el bien jurídico de la propiedad, en la reforma no sólo se repite este tipo de delito de secuestro sino que además se le asigna un importante aumento de pena (10 a 20 años). También en el encabezamiento del artículo 460 se castiga el secuestro para cobrar un rescate con pena de 20 a 30 años. Pero es el caso que en el primer aparte de la norma que se comenta, se hace reinar la confusión al señalarse nuevamente, al igual que en el encabezamiento conductas que configuran formas de autoría (ejecutar autoría material, autoría intelectual, dirigir) y formas de participación (propiciar, participar, proteger, facilitar, ocultar) a las que se les asigna una pena diferente (pena no menor de quince años ni mayor de veinticinco años). Mayor confusión y contradicciones emergen del parágrafo que prevé pena de ocho años a catorce años a los **cooperadores inmediatos**, para los facilitadores y para quienes intermedian sin estar autorizados por la autoridad competente.

Al fijarse una pena diferente y menor para el cooperador inmediato respecto al autor material; se está desconociendo de manera totalmente inexplicable en qué consiste la actuación de aquél y la pena que debe merecer, que no es otra que la misma que se le asigne al autor (perpetradores) del hecho (artículo 83 CP). Aclaremos quiénes son cooperadores inmediatos con la cita siguiente: “**Cooperadores inmediatos**”.

Son aquellos que prestan intencionalmente al autor o autores una colaboración de tal magnitud que sin ella no se habría podido cometer el delito en las circunstancias de lugar, tiempo o modo en que se cometió. El cooperador inmediato no realiza los actos productivos característicos del evento punible; sin embargo, concurre con los ejecutores en la actuación delictiva. Esta forma de complicidad supone por lo tanto una participación material eficiente en la ejecución del delito. Puede decirse que el cooperador inmediato realiza su actuación punible en la esfera exclusiva del proceso ejecutivo del delito... La cooperación inmediata constituye una forma de participación en cuanto que necesariamente el que coopera debe obrar conjuntamente con el autor o autores persiguiendo el mismo fin, con lo que queda claro que existe identidad objetiva y subjetiva en la resolución solidaria.

Cooperar significa tanto como obrar conjuntamente. El cooperador es un partícipe, porque toma parte en el delito que otro consuma, ese otro es el autor material. La diferencia esencial entre el autor y el cooperador inmediato viene dada en cuanto a la ejecución, pues en efecto el autor realiza el núcleo del tipo, es decir, aquella conducta que éste describe.⁵⁵ El artículo 83 del Código Penal señala que incurrirán en la misma pena: los perpetradores (autores materiales en sentido estricto que realizan por sí mismo y con “dominio” el hecho típico y antijurídico) y los cooperadores inmediatos (cómplices primarios) igual que el “determinador” del hecho (mal llamado autor intelectual, que no es un autor propiamente dicho sino un partícipe); y el artículo 84 en sus tres ordinales señala que serán castigados con la pena correspondiente al respectivo hecho rebajada por mitad los demás partícipes secundarios (ordinales 1 - 2 - 3). Al cómplice necesario se le castiga también con la misma pena del autor. Por ello resulta incomprensible la inmensa confusión jurídica que establece la norma (460 CP) entre autores y cómplices primarios y cómplices secundarios, al señalarles indistintamente penas diferentes, rompiendo así con la sistematización que en materia de autoría y participación contiene la parte general del Código Penal.

También resulta por lo menos inelegante referirse a la “**pena máxima**” en vez de a “la pena en su **límite máximo**”. Además se tipifica el delito de secuestro con fines políticos que tiene su propia penalidad (pena de doce años a veinticuatro años) conducta ésta que siempre se había considerado como encuadrable en el delito de “secuestro para causar alarma” (caso Di Stefano). En fin, la norma está llena de contradicciones con ella misma y respecto a las disposiciones

para los demás hechos, simplemente lo señalado al respecto en el artículo 108 vigente para el momento de su ocurrencia.

generales del Código Penal, lo que la convierte casi en inaplicable creando tal estado de confusión, que se puede decir que viola los principios esenciales de un Derecho Penal Garantista: principio de legalidad, de taxatividad, de proporcionalidad de la pena, etc.

6. ALGUNAS IDEAS PARA UNA ADECUADA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

La reforma (marzo-abril) peca de haber sido coyuntural y no haberse ocupado de muchos aspectos que deben ser revisados en nuestro viejo Código, con el fin de adaptarlo al nuevo modelo Constitucional; y en general a los nuevos conceptos doctrinarios del Derecho Penal sustantivo, el Derecho de los Derechos Humanos y demás disciplinas que permitan concretar un Derecho Penal verdaderamente Democrático que otorgue plenas garantías para la dignidad de la persona humana.

Esos cambios deben producirse teniendo presente particularmente que la Carta Política de 1999 consagra un nuevo concepto de Estado que permite establecer una serie de principios a partir de los cuales el legislador debe regular las diversas áreas del Derecho. En lo concerniente específicamente al Derecho Penal existe un amplio **bloque de Constitucionalidad**, en el que hemos venido insistiendo durante el transcurso de estas líneas, que debe tenerse como límite de la normatividad penal. En la reforma recién efectuada, no se produjeron los cambios absolutamente indispensables que ameritan nuestro clásico Código Penal,⁵⁶ tanto la parte general como en lo referente a la parte especial. En cuan-

⁵⁵ Cfr: Cárdenas, Ángel E. *La Concurrencia de personas en el delito. Breve estudio de legislación comparada*. Caracas, 1980 pp. 106.

⁵⁶ A la hora de estar concluyendo este trabajo nos enteramos que se ha aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional un nuevo proyecto de reforma, el cual modifica 64 artículos y busca reprimir **la delincuencia organizada** y se caracteriza por una evidente expansión de los tipos penales, con un aumento indiscriminado de las penas, creándose tipos sumamente laxos, con lo que se estaría violando el principio de legalidad, de proporcionalidad de las penas y de taxatividad. Los elementos constitutivos de muchos de esos delitos son realmente “vaporosos”, permitiendo la mayor discrecionalidad en su interpretación y aplicación, no precisándose con exactitud la conducta que se pretende castigar. Una mirada rápida al proyecto permite apreciar que se prevé nuevamente el delito de secuestro con fines políticos o para causar conmoción que ahora se castiga con pena de 12 a 18 años de prisión. Se prevé el delito de terrorismo en términos totalmente ambiguos, castigándose con igual pena a los autores como a los colaboradores con grupos de delincuencia organizada, cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o las instituciones democráticas. Se observa que no se señalan con precisión los “elementos subjetivos” precisos del delito de terrorismo. Se tipifica el delito de conspiración (artículo 8) en términos que prácticamente no difieren del delito de agavillamiento. Por supuesto el estudio pormenorizado de este proyecto

to a la primera estamos convencidos que debe crearse un Título Preliminar referido a las normas rectoras y principios garantistas penales que deben ser seguidos por el legislador en el momento de elaborar las leyes y por los jueces en el de aplicarlas. Asimismo se debe cubrir el vacío existente en el actual Código sobre aspectos relacionados con la eficacia de esos principios, como serían por ejemplo: el aspecto relativo a las formas de culpabilidad (definir el Dolo directo, el Dolo eventual, la Culpa), lo atinente a las causas de irresponsabilidad penal por causa de inculpabilidad: la coacción moral, el error de tipo, el error de prohibición. Se debe regular de manera adecuada conforme a la Doctrina moderna la imputabilidad como elemento de la culpabilidad. Se debe regular con precisión la forma de conducta constituida por la comisión, por omisión, etc. En la parte especial se deben eliminar y diseñar nuevos delitos. Debe desaparecer el delito de adulterio, por ejemplo, y se deben incorporar otros delitos relacionados con la biogenética, delitos financieros y también legislar sobre los delitos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Internacional, el cual fue aprobado por Ley el 13-12-2000.

Entre estos delitos debe estar el genocidio, sobre el cual no se ha legislado, a pesar de haberse aprobado en la Ley Aprobatoria de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, la Convención de Nueva York del 9 de diciembre de 1948.

Igualmente debe legislarse en materia de crímenes de guerra no previstos, a pesar de haber suscrito Venezuela convenios Internacionales referentes al Derecho Internacional Humanitario. Se debe tener en cuenta que el Estatuto de Roma sólo puede aplicarse en forma complementaria (artículo 1), lo que sucedería cuando los países no pueden o no quieren enjuiciar los hechos tipificados en el Estatuto que suceden en su jurisdicción. De allí la importancia para Venezuela de defender y asentar su jurisdicción en esta Justicia Penal Mundial Internacional que se concreta positivamente en el Estatuto de Roma. En fin, lo que queremos destacar es que la reforma se refirió a supuestos, totalmente accesorios e irrelevantes, en relación con la **necesaria y urgente** revisión que debe hacerse de aspectos verdaderamente trascendentales que requiere nuestro Código sustantivo. La reforma que se hizo al contener, como se ha dicho anteriormente, una serie de violaciones de principios y valores propios de un Derecho Penal Garantista que gira en torno al respeto de la persona humana y sus derechos —esto es su dignidad— pareciera constituir más bien, una nueva versión quizás agravada de lo que se ha dado en llamar un “Derecho Penal del Enemigo” fórmula acabada del expansionismo “eficientista” que conlleva a un Derecho Penal endurecido al máximo que marcha al mismo paso de una especie

de “Derecho Penal de Emergencia”⁵⁷ que generalmente termina haciéndose permanente, creándose de tal modo un Derecho Penal en el cual prevalecen las decisiones de política criminal sobre el Derecho Penal, produciéndose de esta manera una inconsistencia y una desestructuración permanente del Derecho, con graves implicaciones no sólo en relación con los Derechos y garantías sino también desde el punto de vista de su propia eficacia o eficiencia.

Contrario al postulado eficientista, una visión **garantista** reconoce que el Poder del Derecho Penal es siempre limitado. Por ello la construcción de un Derecho Penal “**Normal**” pasa “por una interpretación y realización dinámica de las Constituciones de los Estados Sociales de Derecho, por una política global de desarrollo social y protección integral de los Derechos Civiles, Sociales y Económicos, Culturales y de participación política, tal como lo establecen dichas Constituciones.”⁵⁸

Muy de pasada se deben señalar algunos de los aspectos que necesariamente deben ser regulados en una científica y actualizada reforma de nuestro Código; así tenemos que considerar la incorporación de un título referido a los Principios Garantistas, que es de vital importancia para la configuración y aplicación del Sistema de Derecho Penal conforme a la Constitución. Dichos principios constituirán un permanente recordatorio para el legislador y para el juez y permitirán evitar la elaboración de normas contrarias a la Constitución, como las contenidas en la última reforma y que se produzcan sentencias sin una concepción totalmente adecuada al Derecho Penal Democrático.

En este sentido nos parece que el primer principio o norma rectora a que debe referirse el Código Penal es el referente a la **Dignidad Humana**; ello debido a que la Constitución considera como fines esenciales del Estado “...la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad...” en realidad el núcleo de un Derecho Penal con apego a la Constitución gira en torno al reconocimiento de la persona y su dignidad. De aquí provienen todos los demás principios, derechos y garantías de los mismos. De ese epicentro constituido por la digni-

sobrepasa en mucho, el objetivo del presente trabajo, por ello concluimos su referencia diciendo sólo, que él luce como una muestra más del expansionismo penal.

⁵⁷ En el caso de Colombia se buscó la paz, con un derecho de estas características, que perseguía una especie de pacificación eficientista, a partir sobre todo de la expedición del “Estatuto para la Defensa de la Justicia”. Donde se aceptaban graves violaciones de las garantías penales, habiéndose creado los jueces sin rostro y la reserva de la identidad de los testigos, que llegó a ser justificada en razón a las permanentes amenazas a que estaban ellos sometidos.

dad humana deviene el carácter personalista (en un sentido cercano al que le dan Mounier y Teilhard De Chardin) que debe privilegiar al individuo, quien no puede ser utilizado como medio por el Derecho con el fin de alcanzar determinados fines sociales.⁵⁹ Del respeto irrestricto de **la dignidad**, deberán surgir otra serie de principios tales como el de legalidad, que pudiera formularse en los términos que lo sugiere Alberto Arteaga⁶⁰ así: “Nadie podrá ser condenado a pena ni sometido a medida de seguridad por un hecho no previsto expresa e inequívocamente como delito o falta por ley vigente al tiempo de su omisión o sometido a penas o medidas de seguridad que no hayan sido sancionadas por el Poder Legislativo elegido **democráticamente** (negrillas nuestras). También se debe establecer el principio de **lesividad** que Arteaga propone en su ponencia sea redactado, de la manera siguiente: “cuando daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado”. Tal vez este principio podría reforzarse como lo hace el Legislador colombiano, señalándose que la conducta típica lesione o ponga en peligro **efectivamente** el bien jurídicamente tutelado por la ley.⁶¹ Ciertamente en relación a este último principio se hace necesario destacar que el Estado de Derecho Democrático Social y de Justicia proclamado en la Carta Magna exige un cambio cognoscitivo respecto al contenido de lo que se puede castigar con el Derecho Penal, lo que lleva al legislador en el momento de crear la norma a acogerse no sólo al principio de legalidad, como tipicidad objetiva, sino que además debe considerar que los hechos punibles que se consagren deben poseer relación directa con el bien jurídico tutelado. Y con respecto a los jueces, al momento de aplicar la norma penal deben tener presente que no basta la antijuricidad formal; es decir, la contradicción entre el comportamiento y la norma que protege el bien; sino que debe existir verdadera vulneración de éste, bien por lesión o peligro referible a la acción o a la omisión en la conducta del sujeto. Por supuesto este principio está íntimamente ligado a la aceptación exclusiva **de un hecho**, con lo cual se excluye cualquier concepción relativa a un Derecho Penal de autor. Razón por la cual quedan excluidos de la sanción penal los puros pensamientos, las meras sospechas, el modo de ser o las actitudes ante la vida, cuyo castigo configuraría un “Derecho Penal Autoritario” contrario al “Derecho Penal Democrático” que consagra la Constitución.

Otro principio que aflora de la Constitución y del Estado de Derecho, lo es sin duda el principio de culpabilidad. El artículo 12 del Código Penal Colombiano

⁵⁸ Vid. Alejandro Aponte. *Institucionalización de la función penal y superación de una antinomia. Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. Observación de Justicia Constitucional. Bogotá, 1967, p. 67.

vigente lo establece así: “Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”. El Código Colombiano anterior (1980) disponía artículo 5° “Culpabilidad. Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”. Nuestro Código no contempla ninguna norma similar que consagre tan importante principio. El Maestro Alberto Arteaga propone la siguiente redacción: “ninguna persona podrá ser juzgada por un hecho que la ley no prevea expresa e inequívocamente como doloso o culposo”. En este punto manifestamos nuestra discrepancia respecto a la fórmula propuesta por Arteaga, fundamentándonos en que ella pareciera estar más referida al principio de legalidad de los delitos previstos como dolosos o culposos, que a la exigencia subjetiva-normativa de la culpabilidad respecto a los actos.⁶² Por ello preferimos la fórmula colombiana. Por supuesto, al excluirse la responsabilidad objetiva, no deberán castigarse los delitos calificados por el resultado, ni los delitos que no se hayan ejecutado con dolo o culpa; siendo sólo sancionables penalmente los hechos que se realicen con dolo o culpa, por un sujeto imputable que actúa con normalidad volitiva y a quien le sea exigible otra conducta diferente a la que realizó, por el Derecho. Muchos otros principios pueden y deben también señalarse en las normas rectoras como serían: el de la validez espacial, el de la validez temporal, la cosa juzgada, el carácter humanitario de la pena, el principio de igualdad de las personas y el principio de **prescripción de las penas**. Este último lo sugiere Arteaga en forma novedosa: “Todo hecho punible, pena o medida de seguridad prescribe en los términos contenidos en este Código, salvo los delitos de **lesa humanidad, violaciones a los Derechos Humanos y crímenes de guerra**.”⁶³ Esta proposición luce como bastante original, pero quizás debería estar acompañada con una mayor precisión respecto a la definición de cada una de las categorías de delito que se mencionan. (Negrillas nuestras).

Por último, nos parece de primordial importancia precisar algunos conceptos penales fundamentales, que no están regulados expresamente en el actual Código, aunque dogmáticamente se les puede construir. Es así como nuestro Código no define el dolo o la culpa; ni regula el ámbito y consecuencia de las diferentes clases de error (error de tipo y error de prohibición) ni se establecen claramente las causas de inculpabilidad, ni claramente se da un concepto de la imputabilidad como elemento de la culpabilidad.

⁵⁹ El Código Penal Colombiano en su artículo 1° señala: Dignidad Humana “el Derecho Penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”.

El fundamento dogmático del dolo se ha encontrado en el encabezamiento del artículo 61 del Código Penal, al señalar que: “nadie puede ser castigado como reo de delito, no habiendo tenido la **intención** de realizar el hecho...” (negritillas nuestras). Como se sabe, el dolo requiere necesariamente de dos elementos, a saber: a) el elemento intelectual cognoscitivo o representativo (un conocimiento o representación de algo); y b) el elemento emocional o volitivo (una posición de la voluntad del sujeto frente a la representación). Aunque nuestro Código no se refiera al dolo ni lo define, no cabe duda que el fenómeno de la **intención** está integrado por esos dos elementos psicológicos. Ahora bien, el dolo directo, partiendo del concepto de intención, no es otra cosa que tener voluntad de realizar el hecho que el sujeto se representa y efectivamente realizarlo afectándose con la conducta un bien jurídico.

En otras palabras habrá delito doloso cuando el hecho realizado es querido por el sujeto. El Código colombiano hace una buena definición del dolo directo cuando señala en su artículo 22 “la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización...”. Una fórmula similar a ésta podría asumirse en una futura reforma, teniendo ella la virtud que cobijaría tanto la hipótesis del dolo directo que supone una voluntad dirigida hacia un hecho previsto con certeza, cuya realización se quiere directamente; como la hipótesis del dolo de consecuencias necesarias, el cual se presenta cuando el sujeto representa otras consecuencias unidas de manera necesaria a lo querido por él, no dejando por ello de realizar la conducta.

Consideración aparte merece la figura del dolo eventual. De acuerdo al vigente Código Penal, entendiendo el concepto de **intención** en sentido amplio, se puede construir la figura del dolo eventual, el cual surgiría cuando el sujeto se representa un resultado no querido como muy posible, y aun así no deja de actuar, con lo cual puede decirse que ha aceptado dicho resultado.

La doctrina tradicional ha hecho un esfuerzo valiéndose del elemento intelectual y volitivo para distinguir el dolo volitivo **eventual** de la culpa **consciente** o con **representación**, basando principalmente su diferencia en que a pesar que en ambos no se quiere el resultado que se produce, en el caso del dolo eventual el sujeto que actúa se representa ese resultado como muy posible y por lo tanto asume su producción; en cambio en la culpa consciente o con representación confía en que lo evitará, o simplemente que no se producirá.

El artículo 36 del Código colombiano de 1980 disponía que “La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización (dolo directo), **lo mismo cuando lo acepta previéndolo como posible** (dolo eventual)”.

En el actual Código Penal colombiano se modifica esa regulación pues, con razón se considera que de acuerdo a ella la diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación depende de un “**ejercicio metafísico**” imposible de ser constatado en la praxis judicial. Ningún dato de carácter externo está en posibilidad de suministrar al funcionario (Juez o Fiscal) por la vía de la inferencia, herramientas para determinar si el sujeto “aceptó” el resultado previsto como posible, lo cual implica generalmente una extrema discrecionalidad judicial sujeta a la pura especulación probatoria y el proceso de imputación subjetiva quedará en menos del sindicado.

Por ello se acoge la más reciente doctrina que presupone más bien un “reconocimiento de un riesgo tanto no permitido como no controlado. Un riesgo no está controlado cuando durante o después de la acción del autor deban concurrir la suerte o una casualidad, o tuviesen que interponerse éstas en gran parte, para que el tipo penal no se realizara, es decir, cuando el autor realizando una valoración racional no puede confiar o no lo puede hacer en forma que durante o después de su acción peligrosa dominara, de alguna manera, el peligro por un rendimiento propio o ajeno ...El autor debe representar no sólo un peligro concreto, sino también un peligro relevante normativamente y no controlado ...El dolo eventual presupone necesaria y suficientemente que la voluntad del autor se dirija a la creación de un peligro tanto no permitido como no controlado”.⁶⁴

El nuevo texto colombiano refiriéndose al dolo eventual señala acertadamente “...También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se **deja librada al azar**” (CPC artículo 22). Esta doctrina que representa un avance frente a la doctrina tradicional, se fundamenta en el riesgo para el bien jurídico y debiera ser seguida para la regulación del dolo eventual, en la futura reforma de nuestro Código.

Por otra parte se hace necesario regular tanto el **error de tipo** como el **error de prohibición**. En realidad dogmáticamente ambos pueden construirse a partir del encabezamiento del artículo 61, “toda vez que se exige el conocimiento de todos los elementos constitutivos del delito cuando se hace referencia ‘a la intención’ de cometerlo. Consecuentemente, el error sobre cualquier elemento del tipo, sea descriptivo, sea normativo, aniquila el dolo típico...”⁶⁵

⁶⁰ Ponencia presentada a la Asamblea Nacional para la reforma del Código Penal.

⁶¹ Artículo 11 del Código Penal Colombiano.

⁶² Arteaga, Alberto. En ponencia ya citada.

⁶³ Arteaga, Alberto. Ponencia.

Este tipo de error pudiera llevarse en una futura reforma bajo la fórmula siguiente: **cuando se obre con error invencible de que no concurre en la acción u omisión un hecho constitutivo de las exigencias necesarias que corresponden a la descripción típica**. En este caso habría ausencia de responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. En cuanto al error de prohibición como lo han dejado perfectamente asentado en nuestra doctrina entre otros autores, Arteaga, Frías Caballero y Eunici León de Visani, existen fundamentos dogmáticos y teóricos para admitirlo en nuestro país. Así: “al exigir que nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el **hecho que lo constituye**”. El hecho constitutivo de delito no es ni puede ser simplemente el hecho típico, porque un hecho típico **no es todavía un delito**. El hecho típico para ser constitutivo de delito tiene que ser además antijurídico. Cuando el Código exige “intención” conlleva a que el agente que no conoce o ignora la antijuricidad del acto (porque equivocadamente cree actuar en legítima defensa) actúa sin dolo, toda vez que lo hace sin intención.⁶⁴ El error de prohibición tiene además razones teóricas que lo fundamentan que se derivan del principio de culpabilidad, del carácter imperativo de la norma que manda o prohíbe y en el carácter ético y en la esencia de la pena. El vigente Código colombiano contempla una norma muy apropiada que regula de manera sencilla el error de prohibición: no habrá lugar a la responsabilidad penal cuando “se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible, la pena se rebaja en la mitad. **Para estimar cumplida la conciencia de la antijuricidad, basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta**”. Resulta muy acertado el último párrafo, pues con él se busca evitar excesos indebidos en la aplicación de la norma. Al reformarse la ley sustantiva se debe regular expresamente lo referente también “al error de prohibición”.

En materia de Error se propone apartarnos de la vieja y tradicional distinción, entre **error de hecho** y **error de derecho**, tan corriente en nuestra literatura jurídica y que se le sustituye por la más lógica y técnica de: error sobre el tipo y error sobre la antijuricidad (error de prohibición). En efecto modernamente

⁶⁴ Jairo López Morales. *Nuevo Código penal*. Ya citado Tomo I, pp. 27 - 28. Bogotá. Segunda Edición.

⁶⁵ Frías Caballero, Jorge. *Problemas de Culpabilidad...* p. 31.

se considera que error de hecho y de derecho por una parte y error de tipo y de prohibición por la otra, son conceptos diferentes. Es así como existen errores de tipo sobre elementos normativos del hecho, tal como la afinidad de la cosa (en el delito de hurto); y hay errores de hecho que constituyen errores de prohibición como sería el caso sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación. Igualmente en materia de error proponemos eliminar el llamado **error accidental** (artículo 68 del Código Penal vigente), pues los problemas que busca solucionar se pueden resolver de manera más adecuada con las normas que regulen el concurso de hechos punibles, evitando las dificultades que en la actualidad existen cuando se castiga por un solo delito, aquellas situaciones que en realidad han puesto en peligro o afectado ciertamente diversos bienes jurídicos referidos a distintos titulares. Por otra parte consideramos conveniente regular expresamente la “obediencia debida” como causa de inculpabilidad (artículo 65 ordinal 2 del Código Penal vigente), con lo que se le distinguiría de la obediencia **legítima** que es causa de justificación. Siguiendo los criterios que la doctrina expresa respecto a la obediencia **debida** se debería diseñar un artículo, que proponemos la regule en la forma siguiente: no es culpable el que actúa en virtud de obediencia, siempre que concurren los siguientes requisitos a) que la orden emane de autoridad pública competente para expedirla y esté revestida por las formas exigidas por la ley; b) que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expida la orden; y c) que la orden no revista el carácter manifiesto de ser contraria a la Constitución y a las leyes.

En relación con la imputabilidad, el artículo 62 de nuestro Código contempla una fórmula “negativa” que permite extraer el concepto positivo de imputabilidad. El artículo 62 señala “no es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos”. De acuerdo a dicha norma se exige para ser imputable un conjunto de condiciones mixtas de carácter bio-psicológicas para que se considere que ha existido una actuación con conciencia y libertad. En la actualidad los Códigos Penales se refieren a la inimputabilidad como a la actuación carente de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo a esa comprensión. De acuerdo a este criterio en muchas legislaciones se prevé normas referidas a las diferentes posibilidades de ser inimputable al momento de realizar el hecho. Así el Código Penal de Costa Rica ejemplarmente señala: Art. 42 “es inimputable quien en el momento de la acción u omisión no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la

conciencia, sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes”. Una fórmula como ésta pudiera establecerse para nuestro Código Penal. Frías Caballero siguiendo sustancialmente la fórmula del Código Alemán propone la siguiente norma “no actúa en forma culpable, quien en el momento del hecho a causa de defecto de **desarrollo mental, de alteraciones morbosas del psiquismo, profunda perturbación de la conciencia u otra anomalía psíquica**, no hubiera podido comprender la antijuricidad del hecho o actuar conforme a esa comprensión” (negrillas nuestras). La proposición del profesor Frías tiene la virtud de contener una gran flexibilización en las causas de inimputabilidad, tal como se acepta en el Derecho Penal Moderno, al considerarse que la inimputabilidad “no es sólo el territorio de la enfermedad en el campo de la responsabilidad penal; sino el de la ausencia de exigibilidad potencial (estrato del poder) de actuar conforme a los mandatos o prohibiciones del Derecho como consecuencia de las vicisitudes personales psicológicas o psicopatológicas en el momento del hecho”.⁶⁷

También debemos hacer alguna mención a los delitos **de Acción por Omisión**; pues el Código actual carece de una norma general que permita efectuar la equiparación de la omisión con la causación de los hechos penales cuya realización típica se preceptúa mediante una conducta activa.

Para el sentido común resulta obvio que la madre que omite dar alimento al infante, pudiéndoselo suministrar, debe ser castigada por homicidio calificado, aunque su conducta no hubiese sido la propia de un comportamiento activo orientado a producir la muerte; sino que por el contrario, dicho resultado letal se habría producido por la no evitación de la muerte al no actuar dicha madre como debía hacerlo conforme al deber legal que le correspondía. Sin embargo, debe destacarse que al no existir una disposición expresa que permita tal equiparación, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una fórmula dogmática **supralegal** con el fin de llenar el vacío legislativo. Pero tal solución no ha dejado de suscitar algunas dudas referentes a la compatibilidad de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, con el principio de legalidad; pues la equivalencia en la práctica se hace mediante una complementación judicial de la tipicidad, lo que supone necesariamente la utilización de la analogía. Por ello para la vigencia cabal de un Derecho Ga-

⁶⁶ *Ibidem*. Como bien afirman Frías Caballero, Arteaga con cita de Mezger, Bettiol y Córdoba

rantista que exija el pleno respeto de los principios constitucionales que deben ser acatados en el Estado de Derecho Democrático y que se apoya como su eje en la persona humana y su dignidad, es decir, en los derechos humanos del individuo, se hace necesario, por una parte, determinar con claridad los límites del poder punitivo del Estado, por lo cual debe especificarse de la forma más precisa posible las conductas que el legislador valora para ser castigadas; y por la otra salvaguardar el derecho de los ciudadanos a que se les brinde la mayor seguridad jurídica de conocer y distinguir con claridad lo que se prohíbe penalmente y lo que está permitido de conformidad al derecho. De allí que resulta imperativo para el legislador precisar que será responsable con arreglo al Código Penal quien no evite infringiendo un especial deber jurídico, la producción del resultado. Por ello la norma que se cree para regular los delitos de comisión por omisión debe exigir la obligación de llevar a cabo una conducta, estando en posibilidad de hacerlo cuando el agente tuviere el deber jurídico de impedir un resultado típico y no lo hiciere; en cuyo caso quedaría sujeto a la pena del hecho no evitado. La equivalencia de la conducta omisiva al delito realizado por un comportamiento activo supone que se dé la posibilidad de atribuir a aquélla la aparición del resultado. Un amplio sector de la doctrina utiliza el criterio de la causalidad hipotética, pues es obvio que en el sentido de las ciencias de la naturaleza de un **no hacer** no puede surgir resultado alguno (*ex nihilo nihil fit*). Por esa razón precisamente en la dogmática moderna existe consenso en que la relación entre el resultado no evitado y la omisión no es una relación de causalidad, sino de imputación objetiva, motivo por lo cual se debe apreciar si con la omisión 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.⁶⁸

Por otra parte, la no evitación del resultado supone la infracción de un especial **Deber Jurídico** del autor. Esta situación especial en la que se encuentra el autor se conoce con el nombre de “posición de garante”. En realidad existen diversas opciones polític-criminales que restringen o amplían los supuestos de garante. Resultando de ello que una política-criminal que restringiera el ámbito de garantía fomentaría el egoísmo y la falta de solidaridad, mientras que por el contrario, una que ampliara las hipótesis de garante promovería una máxima solidaridad social no impide una gran inseguridad jurídica, al no poder tener los ciudadanos seguridad respecto a los supuestos en los que

Roda. No hay ninguna antinomania con el artículo 60: “La ignorancia de la ley no excusa ningún débito o falta”. Evidentemente otra cosa es el error o la ignorancia de la ley o del derecho positivo que “**no excusa**” y otra muy distinta el error sobre la **antijuricidad**. Se puede conocer la ley y errar, equivocarse, no tener conciencia de la antijuricidad.

⁶⁷ Frías Caballero, Jorge. *Problemas de Culpabilidad...* Cit., p. 64.

⁶⁸ Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. 1989, p. 320.

estarían obligados. Por tales razones debe lograrse un punto de equilibrio entre las diversas opciones.

En general los Códigos Penales no sólo señalan de forma genérica la fuente que origina la obligación como garante del omitente que tuviere el deber jurídico de actuar; sino que también se desarrollan hipótesis específicas en que la persona se encuentra en la posición de garante de un determinado bien jurídico. Así sucede en el artículo 23 del anteproyecto del Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia que establece 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 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 encuentre 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 es cierto que la precitada disposición resulta loable, en el sentido de pretender llenar un grave vacío legislativo, que pudiese atentar contra el Derecho Penal Garantista que se deriva de la Carta Magna, no es menos cierto que el mencionado artículo debe ser mejorado en una futura reforma del Código Penal y por las razones que se expresan a continuación: la norma proyectada (Art. 23) puede dar lugar a confusiones, porque no explica si la

omisión se equipara a la comisión exclusivamente en los supuestos (1, 2, 3 y 4) o si por el contrario dichas fuentes para la posición de garante tienen sólo un carácter enunciativo; ya que el criterio básico para ser garante y responder por la no evitación de un resultado teniendo el deber jurídico de evitarlo y pudiéndolo hacer, está contenido en el supuesto general a que se contrae dicho artículo. De igual forma al referirse el mencionado artículo 23 a que los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se aplicarán en relación con los tipos penales **contra la vida y la integridad personal** se debe observar que el Título II, del libro segundo que se denomina “Delitos contra la vida e integridad personal”, abarca diez capítulos, conteniendo el último de ellos una serie de delitos que no admiten la forma de comisión por omisión por no ser delitos de resultado sino delitos de mera actividad. Asimismo al adoptarse en el anteproyecto la teoría del “deber jurídico”, tal como no los enseña la mejor doctrina, se debió haber sido consecuente y preverse la posibilidad de atenuación con la que en forma unánime se le considera vinculada.

Por otro lado también luce como contradictorio que si el artículo 23 (ordinal 4º) acoge el criterio de la injerencia para fundamentar un delito de comisión por omisión no obstante ello el artículo 249 del propio anteproyecto establece una hipótesis de omisión propiamente dicha para el conductor que hubiera atropellado a alguien con su vehículo, aunque no medie **culpa de su parte**, con lo cual se hace responder al injerente que no presta la ayuda, o no da aviso a la autoridad si no pudiese hacer aquéllo, no por un delito contra la vida o la integridad personal consumado o en grado de tentativa si la lesión del bien jurídico no se produce (homicidio o lesiones), sino que se ordena castigársele con la pena del delito de omisión propia, denominado genéricamente como “omisión de asistencia por el conductor de vehículos automotores”. También el artículo 249 dispone en su última parte lo siguiente: “las penas se elevarán al doble del tiempo señalado 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. De manera tal que cuando el injerente ocasiona **culposamente** el atropello se desprende de la norma que deberá ser castigado también con la pena de la omisión propia (prisión de 6 a 12 meses y multa de 50 a 100 unidades tributarias), pero elevada al doble del tiempo señalado (*SIC*) y con la pena del homicidio o lesiones culposas en que haya incurrido. Respecto a este último punto somos de la opinión que a quien atropelle culposamente a otro y no evite su muerte para ser consecuente con el criterio de injerencia y con el referido a la equivalencia entre omisión y comisión que se expresan en el artículo 23 del anteproyecto, se debería castigar por homicidio intencional si la

persona muere por no prestársele la ayuda oportuna, pudiéndosela prestar. Nos parece que ésta sería la solución correcta puesto que si la misma se debe aplicar en el caso del numeral 4º del artículo 23, que hace referencia a la equivalencia cuando por un mero acto preparatorio se haya creado una situación antijurídica de riesgo próximo e inmediato para el bien jurídico, con mucha más razón debe responder como garante y ser sancionado por homicidio intencional a quien abandona a alguien después de haberlo atropellado culposamente, si la persona muere.

Perspectiva finalista de la autoría y la participación en el Derecho Penal venezolano

Ricardo COLMENARES OLÍVAR*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Responsabilidad penal como fundamento de la participación criminal.**
- 2. Antecedentes legislativos de los artículos 83 y 84 del Código Penal.**
- 3. Concepto extensivo y restrictivo de autor: 3.1 Concepto extensivo de autor. 3.2 Concepto restrictivo de autor. 3.3 Delimitación conceptual de la autoría y la participación. 3.4 Definición de autor y partícipe. 3.5 Clasificación de la autoría según el criterio del dominio de la acción final.**

* **Corte de Apelaciones del Estado Zulia**, Juez Titular. **La Universidad del Zulia**, Doctor en Derecho, Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas, Profesor Titular e Investigador PPI Nivel II; Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas. **Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, Costa Rica, Especialista en Derechos Humanos. **Universidad de Uppsala**, Reino de Suecia, Especialista en Paz y Resolución de Conflictos.

4. **Noción de autor en la legislación venezolana:** 4.1 *Autoría directa.* 4.2 *Coautoría.* 4.3 *La instigación o autoría intelectual.* 4.4 *El cooperador necesario.* 4.5 *La autoría mediata.*
5. **La participación criminal en el derecho penal venezolano:** 5.1 *Elementos esenciales de la participación.* 5.2 *Participación en el delito culposo.* 5.3 *Formas de participación en la legislación venezolana.* 5.4 *Criterios jurisprudenciales en materia de complicidad.*
6. **Principios que rigen en la complicidad como forma de participación:** 6.1 *Principio de la accesoriedad.* 6.2 *Principio de la convergencia subjetiva.* 6.3 *Principio de la comunicabilidad.* 6.4 *Definición de circunstancias.* 6.5 *Circunstancias comunicables.*

Conclusiones y recomendaciones

INTRODUCCIÓN

La expresión “participación” o concurrencia de personas en el delito, tiene dos sentidos diferentes: uno amplio, en la cual se abarca a toda persona que tome parte en el delito, sea cualquiera su carácter, es decir, autor, instigador o cómplice. Existe otro sentido, el restringido, que opera como fenómeno mediante el cual una o varias personas toman parte en un delito ajeno, quedando fuera el concepto de autor.

El Código Penal venezolano rubrica en el sentido amplio “la concurrencia de varias personas en un mismo hecho punible”, en el Título VII, Libro Primero de la parte general (artículos 83 y 84); es decir, abarca a todos los participantes sin distinción óptica. Siendo ésta una regulación legal tan amplia, por cuanto se mezclan las diferentes categorías de autores y formas de participación, se derivan problemas interpretativos y de alcance de cada una de las figuras, que se reflejan tanto en la doctrina como en la jurisprudencia patria. De allí que, para evitar confusiones, debe acogerse el sentido estricto de participación, que encierra sólo aquellos que cooperan en el injusto ajeno, lo que sirve para identificar esta forma de concurrencia distinta de la autoría.

La aclaratoria anterior permite señalar entonces que la distinción entre autor y partícipe, constituye el núcleo fundamental de esta investigación. Tal distinción lleva implícita la gradación de la responsabilidad entre los diferentes intervinientes en un delito, negando así la posición que ha influido en la legislación venezolana a través de la Escuela Clásica Italiana.

Bajo el criterio dominante de la doctrina del *dominio del hecho* o teoría “final-objetiva”, se pretenderá construir una clasificación de la autoría adaptada a

cada una de las categorías existentes en la legislación patria: para el autor directo, se puede aplicar el criterio del “dominio de la acción”; para los casos de coautora y cooperador necesario, el criterio del “dominio funcional” y, para la instigación, el criterio del “dominio de la voluntad”. Esta última figura requerirá de un análisis detenido y extenso, por cuanto es la que ha presentado más dificultades en el orden semántico y la praxis jurisprudencial.

En cuanto a la autoría mediata, se podrá constatar mediante los postulados de la doctrina extranjera, que sólo es aceptable bajo los supuestos de coacción, error e inimputabilidad.

El último capítulo del trabajo está referido a la participación, concretamente a los modos de complicidad previstos en el artículo 84 del Código Penal venezolano, dejándose claro que esta forma de cooperación siempre es secundaria en la realización del hecho. En cuanto a los principios que rigen en la complicidad como forma de participación, se destaca el de la “comunicabilidad de las Circunstancias”, donde debe precisarse cuáles son las circunstancias personales y/o materiales que realmente se comunican. Resulta interesante poner de relieve el aspecto criminológico que representa la llamada complicidad correspondiente, prevista en el artículo 426 del Código Penal venezolano.

Se trata pues, de incluir en forma sistemática y sintetizadora los principios esenciales de la doctrina penal moderna en materia de participación criminal, dentro del ordenamiento jurídico venezolano, para tratar de construir una dogmática racional, sencilla y humana, garantista del derecho penal mínimo.

1. RESPONSABILIDAD PENAL COMO FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

Fue en la época de la Escuela Clásica del Derecho Penal¹ donde se desarrolló la legislación italiana que sirvió de modelo a la venezolana. Entre sus principios se encuentran el de la responsabilidad penal, basada en una responsabilidad moral fundada en el libre albedrío: el sujeto responde por el hecho de escoger

¹ La Escuela Clásica tomó impulso a principios del siglo XIX, especialmente en Italia, tomando lo mejor del iluminismo de la época: su fundamento filosófico fue el derecho natural y su razón práctica, que se proponía una reforma penal y penitenciaria más justa. Entre sus representantes tenemos a Cesare Beccaria (*De los Delitos y de la Penas*), Giandomenico Romagnosi (*La Génesis del Derecho Penal*), Francesco Carrara (*Elementos de Derecho Criminal y Programa de Derecho Criminal*, 1831), a los arbores del nacimiento del código inspirador.

voluntariamente algo que está prohibido por una norma.² Es por ello que esta Escuela considera que en la codeinfluencia existe un único delito con tantas responsabilidades como partícipes hayan intervenido, es decir, “unidad de delito y pluralidad de delincuentes y responsabilidades”, pero están íntimamente ligadas por vía accesoria a la principal.³ A su vez, el resultado de su acción está sometido al principio de causalidad. Decía el mismo Carrara:

Todo hombre responde de su propio hecho. La acción del pretendido autor principal es el acto violador del derecho a cargo del pretendido cómplice porque él es también la consecuencia de su propio acto. Él ha sido causa eficiente de este acto antijurídico, él ha sido la causa voluntaria. Por lo tanto, es justo que responda y no es necesario imaginar una ligadura entre su persona y la persona del pretendido autor principal.⁴

Como lo advierte Arteaga Sánchez, el Código Penal venezolano sigue el modelo de Zanardelli (Código Italiano de 1889), el cual abandonó las distinciones entre autoría y participación y acogió el criterio mediante el cual los partícipes en un hecho punible tienen igual responsabilidad, cuestión que obedece a la postura causalista que rige en la legislación italiana.⁵

Esta posición causalista pregonada por esta escuela, llevó a negar todo tipo de gradación de responsabilidad en casos de concurso de personas en uno o varios delitos cometidos, afirmando que todos –tanto autores como cómplices–, al contribuir de alguna forma en la producción de un resultado criminoso, deberían tener la misma pena.

Como primera premisa de este trabajo, se puede decir que se rechaza la concepción causalista exagerada; la participación no es sólo la contribución objetiva de producir un resultado, sino que puede llevar una contribución subjetiva. Como bien apunta Sebastián Soler, al explicar la influencia de la casualidad en el tema de la participación:

² Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal*. Parte General. 11ª Edic. Bogotá (Colombia), Editorial Temis, S.A. 1987, p. 15.

³ Puig Peña, Federico. *Derecho Penal*. P.G. Tomo II. Vol. II, 5ª Edic. Barcelona (España), Edic. Nauta, C.A. 1959, p. 255.

⁴ Carrara, Francisco. *Programa de Derecho Criminal*. 1ª Ed. P. G. Vol. I. Bogotá (Colombia), Edit. Temis, 1956, p. 6.

⁵ Arteaga Sánchez, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*. Novena Edición. Caracas, McGraw Hill Interamericana de Venezuela, S.A., 2001, p. 372.

El problema de la causación es sólo un fragmento del de la participación y, por tanto, no pueden identificarse. También en este punto son aplicables los principios de la teoría de la acción, con lo que entendemos apartamos de los planteamientos puramente causalistas.⁶

Por otra parte, se rechaza de plano la unidad de la pena en materia de participación, porque no responde a una valoración jurídica de responsabilidad ni a una realidad humana: debe valorarse la importancia del auxilio del cómplice así como también “...la culpabilidad según el resultado que quiso causar”.⁷ Sin embargo, se reconoce que considerar la participación criminal bajo el ángulo causalista excluye la figura del *encubrimiento* como forma de participación, justamente por no constituir una forma de producción y/o contribución –causa– del delito mismo.⁸

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LOS ARTÍCULOS 83 Y 84 DEL CÓDIGO PENAL

El concurso de personas en un hecho punible está regulado en dos disposiciones fundamentales del Código Penal venezolano que data del 15 de Julio de 1926, con una pretendida técnica legislativa acabada que ha devenido de las variadas reformas sufridas, incluyendo la última del 16 de marzo de 2005.⁹ Ellos son los artículos 83 y 84.

ARTÍCULO 83:

Cuando varias personas concurren a la ejecución de un hecho punible, cada uno de los perpetradores y de los cooperadores inmediatos, queda sujeto a la pena correspondiente al hecho perpetrado.

En la misma pena incurre el que ha determinado a otro a cometer un delito.

Chiossone es el único comentarista patrio que refiere como antecedente legislativo el artículo 12 del Código Penal venezolano de 1873, el cual declaraba

⁶ Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires (Argentina), Tipografía Editora Argentina, 1976, p. 240.

⁷ Fontecilla Riquelme, Rafael. *El concurso de delincuentes en un mismo delito y sus principales problemas jurídicos*. En *Revista de Derecho Penal*. 1er. Trimestre. Buenos Aires, EDIAR S.A. Editores, 1945, p. 116.

⁸ Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Op. Cit., p. 239.

⁹ Publicada en *Gaceta Oficial Extraordinario* N° 5.763.

incurso en responsabilidad penal a los autores, cómplices y encubridores. Al comentar este Código, en 1888, Francisco Ochoa puntualiza que en este artículo “...queden comprendidos todos los que de algún modo hayan intervenido en la perpetración de un hecho punible”,¹⁰ sin más distinciones. Como se puede observar, se establece un grado más de participación, cual es el *encubrimiento* y que no ha sido acogido en las sucesivas reformas.

Otros autores venezolanos coinciden en señalar que el antecedente próximo de esta norma es el artículo 63 del Código Penal venezolano de 1897, el cual reprodujo cabalmente las disposiciones respectivas del Código Italiano de Zanardelli de 1890.¹¹ Cabe señalar que según Valdivieso, el único aparte del artículo 83 deviene del artículo 59 del Código Francés de 1810, donde se consagra la figura del instigador.¹² Sin embargo, si se acude directamente al artículo 63 del código italiano de 1889, se lee en su primer aparte lo siguiente: *Alla Stessa pena soggiace colui che ha determinato altri a commettere u reato...* (En la misma pena incurre aquel que ha determinado a otro a cometer un delito). Posteriormente, la misma fórmula general perduró en el artículo 14 del Código Penal de 1904, en el artículo 14 del Código de 1912 y se traspasó al artículo 82 del Código Penal de 1915, que es el que precede al comentado.

Según sostiene Chiossone, la legislación venezolana adoptó el sistema clásico, es decir, se divide a los participantes en la perpetración de un hecho punible en dos situaciones: a) los autores, perpetradores inmediatos y autores psicológicos (instigadores) y, b) la de los cómplices, que comprende a los excitadores, auxiliares y encubridores.¹³

En términos generales, el sistema del código italiano de 1889, partiendo de un supuesto amplio (concurrir a la ejecución del hecho) comprende a “.....ejecuto-

¹⁰ Ochoa, Francisco. *Exposición del Código Penal Venezolano*. Maracaibo (Venezuela), Imprenta López (Buenos Aires). 1957, p. 55.

¹¹ Véase: Valdivieso Montaña, A. *Código Penal Venezolano*. Caracas: C. de T. P., 1962, p. 63 y García, Ibrahim. *Análisis crítico del proyecto de Código Penal Venezolano*. Caracas, Edic. Artes Gráficas Langa y Cía. (Madrid), 1958, p. 299.

¹² Valdivieso Montaña, *Op. Cit.*, p. 62.

¹³ De Angelis, como representante de la teoría clásica, dividió a los coparticipes de un hecho punible en autores y cómplices: “Consilium delinquentibus datur pluribus modis, sic persuadiendo, instigando, inflamando, hortando et instruendo ad delinquendo; nam istorum qui praestant auxilium, et favorem principali malefactori, alii dicuntur socii ipsius principalis, qui principaliter vadunt propter se...” (De Angelis: “*De consilio, persuasione, instigatione, et instructione ad delinquendum*”. Caput XXXI.- De delictis. Pars. 1., citado por Chiossone, Tulio. *Anotaciones al Código Penal Venezolano*. Caracas, Edit. Sur América, 1932, p. 217).

*res y cooperadores inmediatos, la definición separada de la instigación, y el sistema atenuado para los casos de complicidad, salvo la esencial. El Código de Venezuela lo ha seguido literalmente... ”.*¹⁴

ARTÍCULO 84:

Incurren en la pena correspondiente al respectivo hecho punible, rebajada por mitad, los que en él hayan participado de cualquiera de los siguientes modos:

1º Excitando o reforzando la resolución de perpetrado o prometiendo asistencia y ayuda para después del cometido.

2º Dando instrucciones o suministrando medios para realizarlo.

3º Facilitando la perpetración del hecho o prestando asistencia o auxilio para que se realice antes de su ejecución o durante ella.

La disminución de pena prevista en este artículo no tiene lugar, respecto del que se encontrare en algunos de los casos especificados, cuando sin su concurso no se hubiera realizado el hecho.

Se puede afirmar igualmente que este artículo tiene su origen legislativo en el artículo 64 del Código Penal Italiano de 1889, que regula lo relativo a la “*partecipazione secondaria*” o **complicitá**, y que a su vez dio origen al artículo 64 del Código Penal de 1897. No se puede afirmar –como lo hace Chiossone–, que esta disposición tiene como antecedente inicial el artículo 14 del Código venezolano de 1873, pues éste se limita a definir a los cómplices como aquellos que “*...cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos*”, lo que equivale al supuesto contenido en el ordinal 3º del artículo comentado. Por otra parte, el legislador de 1873, equiparó al cómplice necesario con los cooperadores inmediatos.¹⁵

Igualmente se plasmó el mismo texto en los artículos 15, 16 del Código de 1904, así como en los artículos 15, 16 y 17 del Código de 1912 y en el artículo 83 del Código de 1915.

¹⁴ De La Rúa, Jorge. *La codificación penal latinoamericana*. Caracas, Instituto de Cs. Penales y Criminológicas de la UCV, 1983, p. 127.

¹⁵ Véase el ordinal 3º del artículo 13 del Código Penal venezolano de 1873.

3. CONCEPTO EXTENSIVO Y RESTRICTIVO DE AUTOR

Como punto previo, conviene hacer referencia a lo que la doctrina ha llamado concepto *extensivo y restrictivo* de autor, para analizar la esencia y el alcance de la autoría, a la vez que servirá como aproximación al problema del deslinde entre esta figura y la participación.

3.1 CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR

El concepto extensivo de autor, de origen causalista, “...abarca a todo al que pone una causa para la producción del resultado”.¹⁶ Dentro de esta misma posición, Maurach considera al autor en sentido extensivo, señalando a “quien cause el resultado típico”.¹⁷ Es decir, para esta tesis todo agente que de alguna forma contribuya causalmente a la realización del hecho, es autor, sin distinción entre autor principal y quien preste una simple ayuda. Por ello se dice que, según este concepto, la teoría de la participación sería una forma de “*restricción de la punibilidad*”.¹⁸

Las críticas a esta concepción pueden resumirse de la siguiente forma.

- a) No se hace diferencia entre autoría y participación, justamente por considerar la autoría punible a toda causación del resultado prohibido.
- b) No define el concepto de autor: por interpretación en contrario, autor sería el causante no partícipe (concepto **residual**, según la doctrina).
- c) Resulta contrario al principio *nulla poena sine lege* (función garantista de la ley penal), al quedar sin efecto los tipos de la parte especial, en donde se les permite una aplicación de punibilidad a la instigación y a la complicidad.

¹⁶ Zaffaroni, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. P. G. Tomo IV. Buenos Aires (Argentina), Edic. Ediar, 1982, p. 298.

¹⁷ Maurach, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. P.G. Tomo II. Trad. Juan Córdoba. Barcelona (España), Edic. Ediar, 1982, p. 298.

¹⁸ Cfr. Welsel, Hans. *Derecho Penal Alemán*. P. G. Trad. de Juan Bustos y Yáñez. Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1970, p. 144; Zaffaroni, R. *Op. Cit.*, p. 299. Asimismo véase a Batista, Nilo. *Concurso de Agentes*. Río de Janeiro (Brasil), Ed. Liber Juris, 1979, p. 26, quien habla de “limitación de la punibilidad”.

d) Como señala N. Batista, un concepto de autoría que se vincule a la causación de resultado, viola el principio de reserva legal, por cuanto equipara autoría dolosa con la culposa.¹⁹

3.2 CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

Esta concepción adhiere al autor la realización del delito (acción antijurídica), es decir, que el concepto queda vinculado al tipo y no a la voluntad del autor. Para Maurach, es autor quien “...lleve a cabo la acción ejecutora legalmente tipificada”.²⁰ De esta manera la participación (instigación y complicidad) serán formas de extender la punibilidad;²¹ por lo tanto, para esta tesis sí existe diferencia entre autoría y participación.

Por el hecho de relacionar la autoría con la ejecución directa del hecho típico, se le objeta a esta teoría lo siguiente:

- a) No se podría penalizar la “autoría mediata”, cuando se utiliza a un tercero que ejecute el delito sin dolo; por ejemplo, un inimputable.²²
- b) Por otra parte, en legislaciones que penalicen más gravemente la conducta del autor, la aplicación del criterio formal puede conducir a situaciones de injusticia: si es aceptable que la realización del hecho típico exprese autoría, entonces en los casos donde no haya tal realización típica no habrá autoría, llegándose a soluciones insostenibles.²³

Lo que interesa realmente es destacar la importancia político-criminal del concepto “re restrictivo” de autor, por las siguientes razones:

- i) Porque obliga a considerar autor a quien ejecuta por sí mismo el hecho típico, aunque carezca de “voluntad de autor”.
- ii) Porque aceptando el concepto restrictivo de autor no estrictamente objetivo-formal, se hará necesario el reconocimiento de la teoría del “dominio del hecho” para dar explicación tanto a la autoría como a la coautoría.

¹⁹ Batista, Nilo. *Op. Cit.*, p. 27. Confróntese además el tratado de Reinhart Maurach, *Op. Cit.*, p. 303-304; Zaffaroni, R., *Op. Cit.*, pp. 209-300.

²⁰ Maurach, R. *Tratado de Derecho...*, *Op. Cit.*, p. 144.

²¹ Zaffaroni, R., *Op. Cit.*, p. 300.

²² Welzel, Hans. *Derecho Penal...*, *Op. Cit.*, p. 144.

²³ Batista, Nilo. *Concurso de...* *Op. Cit.*, p. 25.

3.3 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

Por razones de sistematización en el desarrollo de este trabajo, se hará simple referencia de las teorías que han surgido en la doctrina para buscar la solución a la diferenciación entre la autoría y la participación, haciendo hincapié sólo en el criterio “**final-objetivo**”, que es el dominante y está aceptado en algunas legislaciones.

3.3.1 Criterio subjetivo

El concepto extensivo de autor inclinó a los estudiosos del tema a buscar la fundamentación de la dicotomía autoría-participación en el llamado “**criterio subjetivo**”, basado en la tesis de la *equivalencia de las condiciones*, mediante la cual, autor sería quien desea el hecho como suyo (*animus auctoris*), mientras que partícipe sería quien desea prestar colaboración a otro en el hecho ajeno (*animus socii*).²⁴

Por ser causalista, este criterio también es duramente criticado:

- a) Identifica autor doloso con el culposo, y al autor con el partícipe, dado que su aporte causal se considera equivalente.
- b) Por otra parte, no basta querer el hecho como propio o ajeno para determinar la condición de autor o partícipe: puede suceder –como lo señala Salazar Marín–, que existan autores que quieran el hecho como ajeno y partícipes que quieran el hecho como propio.²⁵

3.3.2 Criterio objetivo

Los seguidores de este criterio lo han desarrollado desde dos puntos de vista: los que lo sostienen en aspectos meramente formales y los que basan su posición en aspectos materiales, de naturaleza cualitativa.

3.3.2.1 Criterio formal-objetivo

Para este primer criterio, autor es “...*el que realiza personalmente la acción que está descrita en el tipo*”.²⁶ En igual sentido, pero en forma más amplia, Wessels define autor a quien realiza “*por si solo, total parcialmente, la ac-*

²⁴ Zaffaroni, Raúl. *Teoría...*, Op. Cit. p. 301.

²⁵ Salazar Marín, Mario. *Autoría y participación*. Libro Homenaje a Alfonso Reyes E. Bogotá (Colombia), Edit. Temis, S. A., 1987, p. 22.

²⁶ Zaffaroni, R. *Teoría...*, Op. Cit., p. 303.

ción típica de ejecución".²⁷ De tal manera que se dice que es objetiva porque el sujeto tiene que realizar directamente la conducta típica o parte de ella y, formal, porque *únicamente quien llevara a cabo el comportamiento descrito en la ley se consideraba como tal*".²⁸

3.3.2.2 Criterio material-objetivo

Trató de establecer una diferencia cuantitativa entre el aporte del autor y el del partícipe en el plano de la causalidad, es decir, trató de diferenciar entre conducta causal, causa adecuada, causa necesaria, causa positiva (todas como autoría), con la conducta no causal, causa inadecuada, causa no necesaria, causa negativa, que corresponderían a la participación.²⁹

En conclusión, ambos criterios objetivos cayeron en desuso por cuanto no dieron explicación a la figura de la autoría mediata y a ciertas formas de coautoría.³⁰ Como bien puntualiza Zaffaroni, el hecho de haber admitido que en el plano físico no había jerarquías, hizo fracasar a las teorías materiales, pues *"...la estrechez de la objetividad típica aislada y la insuficiencia de la apelación al uso del lenguaje hicieron naufragar la tesis formal; la invocación del animus a nivel típico, como quiebra de la estratificación y como solución peligrosa para los principios jurídicos generales, han hecho fracasar la tesis subjetiva"*.³¹

3.3.3 Criterio del dominio final del hecho

Este criterio puede ser considerado como una posición sintetizadora, por decirlo de alguna manera, ya que no es puramente subjetivo ni puramente objetivo. Se trata del criterio del DOMINIO FINAL SOBRE EL HECHO o teoría "final-objetiva", que fue enunciada por Hans Welsel en 1939.³² Arteaga Sánchez define esta teoría de la siguiente manera:

²⁷ Wessels, Joahannes. *Derecho Penal*. P. G. 6ª Edic. Trad. Conrado Finzi. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1976, p. 153.

²⁸ Salazar Marín, Mario. *Autoría...* Op. Cit., p. 20. Batista, Nilo. Op. Cit., p. 50; Zaffaroni, R., Op. Cit., p. 304.

²⁹ Cfr. Jescheck, Hans H. *Tratado de Derecho Penal*. P.G. Vol. II, 3a. Ed., Trad. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona (España), Edic. Bosch, 1981, p. 893. Batista Nilo. Op. Cit., p. 50, Zaffaroni, R., Op. Cit., p. 304.

³⁰ *Ídem*.

³¹ Zaffaroni, R. *Teorías...*, Op. Cit., p. 305.

³² Algunos de sus seguidores, con ciertas variantes, son: a) En Alemania, Maurach, Stratenwerth, Roxin, Jescheck, Wessels; b) en España: Gimbernat Ordeig; c) en Italia: Latagliata; en Argentina: Bacigalupo, Zaffaroni; en Brasil: Nilo Batista; en Chile: Yáñez-Pérez. En Venezuela, Ricardo Colmenares Olivar (1993) y Alejandro Rodríguez Morales, este último hizo un aporte al criterio de distinción entre la autoría y la participación siguiendo las pautas establecidas por Claus Roxin (Véase: *"El dominio del hecho como criterio de distinción entre autoría y participación"*. En *Estudio de Derecho Penal y Procesal Penal*. Caracas, Ediciones Liber, 2004).

La teoría finalista de la acción..., sostiene que la acción humana es un acontecer final, vidente y no solamente causal o ciego. La acción es una actividad dirigida por la voluntad, conscientemente, hacia un fin y por ello, en definitiva, no puede entenderse ni definirse con prescindencia del fin o de la voluntad finalista, la cual pertenece, por tanto, a la acción. La acción sin contenido final no es acción y tampoco lo es la voluntad; y el ser humano cuando actúa lo hace por un fin, seleccionando los medios y dirigiéndolos hacia un determinado resultado. Lógicamente, para esta teoría, la finalidad de la acción pertenece a su estructura y, por ello, el dolo y la culpa, como contenido de la voluntad, se trasladan de la culpabilidad a la acción.³³

Así tenemos que autores como Jescheck, quien sostiene que este criterio radica en la cohesión existente entre la voluntad que conduce el suceso mismo y la importancia objetiva de cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho criminoso;³⁴ como Maurach, para quien el “*dominio del acto doloso y tener las riendas del acontecimiento típico, esto es: la posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente la configuración del tipo*”.³⁵ En igual sentido, Batista define al autor como aquel que en la concreta realización del tipo, conscientemente domina esa acción mediante el poder de determinar su modo, inclusive con posibilidad de interrumpirla.³⁶

El dominio del hecho, por tanto, conlleva: a) objetivamente, disponibilidad de interrumpir o no la ejecución del hecho; y, b) subjetivamente, conocimiento “doloso” de esa disponibilidad.³⁷ Por el contrario, para esta teoría será partícipe “*quien, sin tener el dominio propio del hecho, causa o de cualquier manera promueve, como figura marginal del suceso real, la comisión del hecho*”³⁸ o como dice Welzel, “*el que, o bien auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incitó a la decisión*”.³⁹

Esta concepción del dominio del hecho se ha ido manifestando en diferentes formas concretas, como son: 1. la del *dominio de la acción*, que se refiere a la realización directa del tipo doloso; 2. la del *dominio funcional del hecho* el cual

³³ Alberto Arteaga Sánchez. *Derecho Penal Venezolano. Op. Cit.*, 2001, p. 157.

³⁴ Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Op. Cit.*, 1981, p. 898.

³⁵ Maurach, R., *Tratado...*, *Op. Cit.*, p. 309.

³⁶ Batista, N. *Concurso...*, *Op. Cit.*, p. 53.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Wessels, J., *Op. Cit.*, p. 154.

³⁹ Welzel, *Op. Cit.*, p. 143.

alude a la de coautor; y, 3. la del *dominio de la voluntad*, que corresponde a la autoría mediata. Por ello, esta investigación debe plegarse a una de estas formas para dar solución a los problemas interpretativos en la legislación venezolana.

Cabe destacar que esta posición del dominio del hecho lleva implícita la voluntad y el conocimiento del agente sobre el acto criminoso: no existe dominio del hecho sin dolo, generando como dificultad, la relativa a la construcción formal de los delitos culposos, como lo ha manifestado Batista en sus críticas.⁴⁰ En igual orientación se observa la posición de Ferreira Delgado, quien señala que si lo que se reprocha no es la acción en sí, sino la finalidad que con ella se persigue, en los delitos por imprudencia o negligencia, el fin alcanzado (la muerte o las lesiones ocasionadas), no han sido deseadas por el agente.⁴¹ Sin embargo, Zaffaroni en defensa de Welzel, identifica esta teoría con el concepto de finalidad, señalando que no debe confundirse este concepto con el de dolo. Para justificar el reproche en los delitos culposos, Weizel argumentó que lo reprochable era la voluntaria infracción de una norma jurídica de orden social; sin embargo, tal justificación no coincidió con su teoría finalista de la acción.⁴²

No obstante los postulados de este criterio finalista, es conveniente recordar que desde el punto de vista moral, el hombre es libre, es decir, es capaz de autodeterminarse en cuanto a la búsqueda o no de su fin; mediante la libertad –como facultad que le permite escoger–, el ser humano puede causar por sí mismo sus propios actos, y de allí deriva su responsabilidad de no sólo *reaccionar* para adaptarse a una situación concreta, sino también la de *accionar* para cambiar la realidad circundante, adaptándola a sus fines, dentro de las limitaciones que esa misma realidad entraña.⁴³

3.4 DEFINICIÓN DE AUTOR Y PARTÍCIPE

De acuerdo con los postulados que se han venido desarrollando y con la posición que se ha aceptado en esta materia, puede definirse como **autor** del hecho punible a quien sea el titular del dominio final de la acción típica y antijurídica ejecutada por sí mismo o por un tercero, el cual se hace reprochable justamente por pertenecerle el fin alcanzado. Tiene un elemento general, cual es el dominio

⁴⁰ Batista, N. *Op. Cit.*, p. 54.

⁴¹ Ferreira Delgado, Francisco. *Teoría General del Delito*. Bogotá (Colombia), Edit. Temis, S.A., 1988, p. 33.

⁴² Zaffaroni, R. *Tratado de Derecho...*, *Op. Cit.*, p. 305.

⁴³ Sosa Chacín, Jorge. *El hombre y el crimen*. Caracas (Venezuela), Publicación conjunta UCV y UCAB., 1986, p. 10.

final de la acción, y eso significa que el autor puede dirigir la totalidad del suceso hacia un fin determinado,⁴⁴ bien por sí mismo o a través de un tercero; de allí que esta posición finalista puede admitir la figura de la autoría mediata. Esto se explica porque desde un punto de vista ontológico, el acto humano procede de un principio intrínseco con conocimiento del fin,⁴⁵ decidido libremente por la voluntad y que rechaza toda coacción exterior o ignorancia que pueda impedir alcanzarlo. La característica esencial de los seres racionales es que conocen y aman el fin y pueden alcanzarlo por sí o por otros medios.

En cuanto a las circunstancias especiales, se puede decir que cuando el tipo penal requiere para la autoría un *elemento especial subjetivo* (por ejemplo, ánimo de lucro en el hurto), será preciso que se tenga este elemento subjetivo, además del dominio del hecho. Lo mismo sucede cuando el autor del delito requiere una determinada calificación jurídica: por ejemplo, ser funcionario.⁴⁶

En sentido contrario, *partícipe* será quien sin ser dueño de la finalidad alcanzada, ejecuta una acción subsidiaria a la finalidad deseada por el autor. En este mismo orden de ideas, Bacigalupo expresa que la participación es punible porque constituye un aporte al hecho ilícito del autor, “...dirigiendo su acción a la lesión del mismo bien jurídico que es agredido por el autor del delito”.⁴⁷ Si se identifica con ese fin, deja de ser partícipe y se convierte en coautor.

Finalmente, se debe decir que ambas definiciones requieren como elemento esencial el dolo; el que obra sin dolo carece de dominio del hecho.⁴⁸ Este requisito responde a la exigencia del principio de **culpabilidad** contenido en el artículo 61 del Código Penal venezolano, mediante el cual “Nadie puede ser castigado como reo del delito no habiendo tenido la **intención** de realizar el hecho que lo constituye...”; es decir, tanto el autor como el partícipe deben tener la conciencia o previsión del hecho y la voluntariedad del mismo, tal como lo ha establecido la doctrina venezolana.⁴⁹

⁴⁴ Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. P. G. Bogotá (Colombia), Edit. Temis, 1989, p. 185.

⁴⁵ Cfr. Sto. Tomás de Aquino: *Summa Theologica*, I-II Q. 6, A 2.

⁴⁶ Bacigalupo, E. *Manual de Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 186.

⁴⁷ Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. 2ª Edic. San José (Costa Rica), Edit. Juriscentro, S. A., 1985, p. 120.

⁴⁸ *Ibidem*: p. 112.

⁴⁹ Cfr. Chiossone, Tulio. *Manual de Derecho Penal Venezolano*. Caracas, Ediciones de la Facultad de Derecho de la UCV, 1972, p. 100; Arteaga Sánchez, A., *Ob. Cit.*, p. 115; Mendoza Troconis, José Rafael. *Curso de Derecho Penal Venezolano*. 9ª Edic. Tomo 1. Caracas, Empresa El Cojo, 1985, p. 221.

3.5 CLASIFICACIÓN DE LA AUTORÍA SEGÚN EL CRITERIO DEL DOMINIO DE LA ACCIÓN FINAL

En virtud del análisis del capítulo anterior, es posible afirmar que en el ordenamiento jurídico penal venezolano –en materia de participación criminal–, puede ser aplicado el criterio del dominio de la acción final.

Como se dijo, el concepto de autor emerge de cada uno de los tipos sancionados en el Código Penal, y se obtiene por aplicación del criterio del “dominio de la acción” (se dice autor del homicidio; autor del hurto, etc.). También admite el “dominio funcional del hecho”, a través de los casos de coautoría (su base legal se halla en la expresión “...*concurrer a la ejecución de un hecho punible*”). Asimismo, puede decirse que admite la tesis del “dominio de la voluntad” cuando refiere “...*el que ha determinado a otra cometer el hecho*” (caso de la instigación). Huelga decir que en todas estas categorías se requiere el **dolo** en el autor; de allí que el problema de la distinción entre autoría y participación sólo se presenta en los casos de delitos dolosos.

De manera pues, que siendo más sistemáticos en esta investigación, podría enunciarse la siguiente CLASIFICACIÓN de AUTORÍA dentro del ordenamiento jurídico penal venezolano, atendiendo a la posición final-objetiva.⁵⁰

1. Autoría directa

→ Perpetradores o ejecutores

2. Coautoría

Cooperadores inmediatos

3. Instigación o autoría intelectual

4. Cooperador Necesario

La fórmula señalada por el Código Penal Tipo para Latinoamérica separa en bloque a: los *autores* (autores propiamente dichos, autores mediatos, instigadores y cooperador necesario: Arts. 33, 34, 35) y a los *cómplices* (entendiendo

⁵⁰ Este esquema se aproxima un tanto al expuesto en el Proyecto del Código Penal presentado por el Instituto de Codificación y Jurisprudencia en 1956. Es acertada la crítica que hace Ibrahim García al Art. 51 del referido proyecto, por cuanto lo cree redundante, ya que del Art. 50 surge en forma clara la noción del autor (García, L, *Análisis Crítico...*, Op. Cit., p. 300).

que son los únicos partícipes: Art. 36). Por su parte, la Comisión venezolana acogió dicha clasificación, incluyendo al instigador como uno de los supuestos de autoría.⁵¹

Por su parte, el Anteproyecto de Código Penal presentado por el Tribunal Supremo de Justicia a la Asamblea Nacional en el 2004, incluyó las siguientes categorías de autores:

Artículo 29.- Concurso de personas. 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 quien ha determinado a otro a cometer la acción.

Artículo 30.- Autores. Son autores quienes por sí mismos o valiéndose de otras personas cometen el delito.

Omissis...

Artículo 31.- Instigadores. Son instigadores 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.

Artículo 32.- Auxiliares necesarios. Son auxiliares necesarios quienes prestan a los autores una asistencia sin la cual el delito no se hubiera ejecutado.

Como se puede observar, el artículo 29 antes citado se refiere en forma acertada a las clases de coautores en un hecho (perpetradores y cooperadores inmediatos). Por su parte, el artículo 30 establece la definición de autores, queriendo incluir la figura del “autor mediato”, sin especificar los supuestos legales necesarios para su procedencia (coacción, error e inimputabilidad), como se verá más adelante.

Por demás, puede apreciarse una infeliz redacción en el artículo 31, aparte de repetir el contenido del único aparte del artículo 29 del referido Anteproyecto, pues, como se verá más adelante, los términos de “determinar” e “instigar”

⁵¹ Véase *Código Penal tipo para Latinoamérica*. Parte General. Tomo I. Santiago (Chile), Edit. Jurídica de Chile, 1973, p. 422 y ss.

tienen la misma connotación. Por último, los llamados “auxiliares necesarios” a los cuales se refiere el artículo 32, corresponden en la doctrina a los denominados “cooperadores o cómplices necesarios”, y que hemos convenido también en incluir como categorías de autores.

4. NOCIÓN DE AUTOR EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

Como se había advertido, el artículo 83 del Código Penal, siguiendo el sistema establecido en el código italiano de 1889, supone la fórmula general “*concurrir a la ejecución del hecho...*”,⁵² que comprende la noción de ejecutores materiales y cooperadores inmediatos, así como la definición separada de la instigación. Como bien lo señala Arteaga Sánchez, en la legislación patria no existe una definición de autor –se habla de coautoría–, ya que el Código Penal “*...define cada delito en vista de la consumación por el autor...*”.⁵³

Para algunos autores venezolanos, y circunscritos a una noción restrictiva de autoría, es autor “*...quien perpetra o realiza el hecho constitutivo de cada tipo delictivo*”.⁵⁴ Para Cárdenas, es autor “*quien ejecuta la acción, es decir, realiza la conducta que conforma el núcleo de cada tipo penal*”.⁵⁵ Sin embargo, restringen el concepto sólo al autor inmediato o directo, excluyendo a los cooperadores necesarios, al llamado autor “intelectual” (instigador) y, por supuesto, al autor mediato.⁵⁶ Por su parte, Grisanti Aveledo –sin hacer una definición de autor–, la refiere al autor material, al intelectual y hace una equiparación entre cooperador inmediato y el cómplice necesario (Único aparte del artículo 84 del CP).⁵⁷ Chiossone interpreta erróneamente la participación, cuando afirma que ésta abarca por un lado, la autoría y, por el otro, la complicidad, la cual a su vez comprende “*...excitadores, auxiliares y encubridores*”.⁵⁸

⁵² Algunas de las fórmulas consagradas en las legislaciones latinoamericanas son las siguientes: “Tomar parte en la ejecución de un hecho” (Argentina, Colombia, Chile); “Concurrir de cualquier modo al crimen” (Brasil); “Ejecutar el hecho directamente” (Bolivia); “Ejecutar el hecho por sí mismo” (Cuba); “Cooperar de modo directo y principal en la violación de la ley penal” (Panamá); “Perpetrar la infracción de una manera directa e inmediata” (Ecuador y Paraguay).

⁵³ Luis Jiménez de Asúa, citado por Arteaga Sánchez, A. *Derecho Penal, Op. Cit.*, p. 365.

⁵⁴ *Ídem*.

⁵⁵ Cárdenas, Ángel Edecio. *Formas de la participación criminal*. Revista *Relación Criminológica*, N° 22. Valencia (Venezuela), Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo. Año 12. 1980, p. 145.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 146.

⁵⁷ Grisanti Aveledo, Hernando. *Lecciones de Derecho Penal*. P.G. 5ª Edic. Caracas (Venezuela), Edit. Mobil Libros, 1987, p. 279.

⁵⁸ Chiossone, T. *Manual de...*, *Op. Cit.*, p. 193.

Por su parte, Mendoza Troconis habla de coautoría (autores materiales), cuando concurren varias personas en la ejecución o deliberación de un delito, y ellos pueden ser: los perpetradores y los cooperadores inmediatos.⁵⁹ Bello Rengifo habla de los grados de participación, incluyendo tanto la coautoría (cooperación inmediata), como la instigación y la complicidad con sus modalidades;⁶⁰ criterio este que puede calificarse confuso por no distinguir –como lo hace la concepción final-objetiva–, las categorías de autoría con las de participación.

Como puede observarse, no existe un acuerdo en la doctrina patria sobre la noción de autor, y las clasificaciones que se hacen no se circunscriben a los supuestos o categorías específicas establecidas en los artículos 83 y 84 del Código Penal venezolano, trayendo como consecuencia algunos problemas de interpretación, especialmente entre cooperadores inmediatos y cómplices necesarios; entre el autor intelectual, el instigador y el autor mediato, como ejemplos. Por el contrario, la jurisprudencia nacional ha sido más explícita en este sentido y ha delimitado la punibilidad de acuerdo a lo establecido en el Código Penal venezolano. Así, Casación Penal ha dicho: *“Para conceptuarse a uno como coautor del delito, es necesario que haya tomado parte en la muerte del occiso, o forzado o inducido a quienes aparecen indirectamente como responsables, o cooperado a su ejecución por un acto sin el cual no se hubiera efectuado”*.⁶¹ Aquí se incluyen las figuras de autor directo, el autor intelectual o instigador, el cooperador inmediato y el cómplice necesario. En otra oportunidad, la Casación Penal expresó que *“Los coautores en un hecho delictuoso son las personas que cooperan con otras a la perpetración del hecho”*.⁶² En reiteradas sentencias ha establecido que el concepto legal de autor está referido a la participación directa en la ejecución del hecho delictuoso.⁶³

De manera que se entenderán como autores, según el Código Penal patrio, a aquellos que realizan las conductas típicas en forma individual (autor directo) o en forma simultánea (coautores), y dentro de estos últimos a todos los ejecutores que realizan una parte de la conducta criminal, sin que ninguno realice la

⁵⁹ Mendoza Troconis, José R. *Curso de Derecho...*, Op. Cit., p. 162.

⁶⁰ Bello Rengifo, Carlos S. *Derecho Penal General* (Casos). Caracas (Venezuela), Universidad Central de Venezuela, 1987, p. 389.

⁶¹ Sentencia del 20-07-1917, *Memoria* 1918, p. 216.

⁶² Sentencia del 03-06-1909, Tomo 1, *Memoria* 1910, p. 224.

⁶³ Véanse a título de ejemplos: Casación, GE la. Etapa, 5-11-1951, T. 9, p. 353; G. F. N° 65. p. 560; JTR. Vol. VI., 1. 1, p. 200.

totalidad –la cual realizan en conjunto–, por lo que su aporte deberá ser indispensable o necesario (cooperador necesario).

4.1 AUTORÍA DIRECTA

En base a un criterio final-objetivo, puede afirmarse que es autor directo el que actuando en forma personal, libre y dolosamente tiene el dominio del hecho mediante el dominio de la acción antijurídica descrita en cada tipo de la norma sustantiva penal, mediante actos objetivos (*físicos* o materiales) tendentes a la consumación del hecho.

A. Cárdenas señala que los proyectistas de la reforma del Código Penal (Sosa Chacín-Tamayo Tamayo) no están de acuerdo con el término “dominio del acto típico”, dada la auténtica característica de los autores de ser cada uno dueño de su acción, es decir, pueden o no hacer cesar el proceso penal; por ello prefieren utilizar la terminología de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Latinoamericano: “*Son quienes individual o conjuntamente, perpetran en forma directa el hecho punible legalmente descrito*”.⁶⁴

Se dice tendentes a la consumación, porque con ello se admiten las formas imperfectas de ejecución del delito, como lo son: la tentativa y el delito frustrado. Todo esto constituye el elemento *general* del autor, enfatizando que debe ser un sujeto imputable, capaz de conocer la ilicitud de lo que pretende hacer y de quererlo como suyo.

Existen algunos elementos *especiales* en la autoría directa, como son:

I. **SUBJETIVOS:** Implican una cualidad determinada en el autor. Ej., el llamado “dolo específico” en algunos delitos: como el de hurto, que sería la voluntad de tener la cosa para aprovecharse de ella; en los denominados delitos de “propia mano” o *delicta carnis* (adulterio, ultraje al pudor y otros contra la honestidad), donde se requiere que el autor haya realizado con su cuerpo la acción típica.

II. **OBJETIVOS:** Están ligados a posiciones especiales de deber, como serían por ejemplo, los funcionarios públicos: el delito de “malversación de fondos públicos” previsto en la Ley contra la Corrupción, que no puede ser cometido sino por un funcionario de la

⁶⁴ Cárdenas, Ángel E. *Formas de la participación...*, Op. Cit., p. 147.

administración pública; existirá responsabilidad por imprudencia médica para los que sean médicos, etc.⁶⁵

4.2 COAUTORÍA

La coautoría es la concurrencia de varias personas en la deliberación o ejecución del delito. Está prevista en el artículo 83 del Código Penal venezolano en los siguientes términos: “*cuando varias personas concurren a la ejecución de un hecho punible, cada uno de los perpetradores y de los cooperadores inmediatos queda sujeto a la pena correspondiente al hecho perpetrado*”.

La doctrina la ha definido de diversas formas: “*Es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente*”.⁶⁶ Por su parte, Soler —equiparando la figura del coautor a la de autor—, refiere que “*...también es autor el que interviene, en igualdad de situación, con otro a la producción de un hecho común. El coautor no es, pues, un autor mediato, sino un autor inmediato*”.⁶⁷

Para Calvo Baca, considera coautor a “*...quien comete un hecho punible, uniéndolo su acción a la de otros autores, manteniendo una cooperación constante y deseada*”,⁶⁸ agregando que es necesario que tome parte en los actos de ejecución del injusto tipo y que esa sea su intención.⁶⁹

Desde el punto de vista de la teoría finalista, puede afirmarse que la coautoría también se basa en el dominio del hecho, porque si bien es cierto que subjetivamente existe una comunidad de ánimo o decisión común, objetivamente existe una comunidad de trabajo o división de tareas en la ejecución del injusto; se da entonces un “dominio funcional del hecho”, como lo ha afirmado Wessels.⁷⁰

La nota esencial del coautor es que teniendo las mismas cualidades del autor, tome parte en la ejecución del delito; por otro lado, no son suficientes el común propósito y el reparto del trabajo, “*...pues si la ayuda objetiva no constituye*

⁶⁵ Cfr. Batista, Nilo. *Concurso de...*, Op. Cit., pp. 58-59. Igualmente, Mendoza T., José R. *Curso de Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 163. Bacigalupo, E. *Lineamientos...*, Op. Cit., p. 113.

⁶⁶ Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. Bogotá (Colombia), Edil Temis, 1984, p. 202.

⁶⁷ Soler, Sebastián. *Derecho Penal...* Tomo II. Op. Cit., p. 251.

⁶⁸ Calvo Baca, Emilio. *Diccionario Venezolano de Derecho Penal*. Vol. I, Caracas; Editorial Centauro, 1982, p. 134.

⁶⁹ *Ídem*.

⁷⁰ Salazar Marín, Mario. *Autoría y participación...* Op. Cit., p. 31.

*un apreciable grado de importancia material y funcional, en la medida en que suprimiéndola mentalmente haría desaparecer el funcionamiento del hecho en el inundo social, sin fórmulas sustitutivas, dadas las circunstancias, no habrá entonces coautoría en la conducta del interviniente”.*⁷¹

Para que exista entonces coautoría, se requieren los siguientes elementos:

- i) Un acuerdo previo de voluntades entre los intervinientes o resolución común. A este respecto, N. Batista opina que ese acuerdo previo puede ser expreso o tácito y que debe existir bilateralidad en ese acuerdo por parte de todos los coautores.⁷² De no existir bilateralidad no habrá coautoría sino autoría colateral.⁷³
- ii) Que además del común acuerdo de voluntades para cometer el hecho, exista una común *realización* en ese hecho: es decir, tomar parte “personalmente” en la ejecución del acto criminoso. En alguna oportunidad la jurisprudencia de los Tribunales opinó contrariamente a este requisito, estableciendo que bastaba la sola unificación de voluntades para que se configurara la coautoría.⁷⁴
- iii) Que se trate de una ayuda con relevancia en el plano objetivo.

4.2.1 Clases de coautores

El artículo 83 del Código Penal expresa en su encabezamiento: “*Cuando varias personas concurren en la ejecución..., cada uno de los perpetradores y de los cooperadores inmediatos...*”. Nótese que se trata pues de una conjunción copulativa que en su caso establece una relación entre dos sustantivos (perpetradores-cooperadores inmediatos), con significaciones distintas. De manera que de la enunciación misma surgen claramente dos modos de coautoría:

4.2.1.1 Perpetradores o ejecutores

Perpetradores o ejecutores son los que toman parte en la ejecución del hecho, o lo que es lo mismo, ejecutan una parte del hecho. Como bien lo dice Zaffaroni,

⁷¹ *Ibidem*, p. 32

⁷² Batista, Nilo. *Concurso de agentes...*, Op. Cit., p. 78.

⁷³ *Ibidem*, p. 80. Existe autoría colateral cuando dos o más sujetos coinciden en perpetrar un hecho pero sin común resolución. Un caso concreto que nos refiere Nilo Batista es cuando dos alumnos deciden envenenar el mismo Profesor pero sin acuerdo común previo. En este caso, ambos alumnos responden como autores del envenenamiento.

⁷⁴ J.T.R., Vol. XVI, 19-09-84.

“...el que toma a su cargo una parte de la ejecución hace un aporte necesario...”.⁷⁵ Ese tomar parte tiene que estar circunscrito a un tiempo y espacio simultáneos y, por otra parte, los ejecutores invaden con sus actos la acción típica prohibida. Si tres personas con acuerdo previo disparan simultáneamente contra un sujeto y luego este último muere sin saber cuál fue el disparo mortal, los tres responderán del homicidio por coautoría, por ser perpetradores o autores materiales del hecho.

Mendoza Troconis los define como *“...los que cooperan directamente en la actividad productora del resultado, por ejemplo, en el homicidio, los que ocasionan las heridas”*.⁷⁶ Así lo ha entendido la jurisprudencia de Casación Penal en un texto diáfano y preciso, donde separa esta figura del concepto del cooperador inmediato:

Ejecutores del delito –sostiene la doctrina dominante–, son aquellos que cooperan a los actos directamente productivos del evento dañoso; esto es, las personas que voluntaria y conscientemente toman parte directa en los actos que concretan los elementos materiales característicos del delito, lo cual no sólo comprende la denominada cooperación simple, en la cual varios individuos realizan la misma acción, sino también la “cooperación compleja”, la cual comprende operaciones diversas del proceso productivo del delito, dirigidas al mismo fin y pertenecientes todas a la directa producción del delito. A diferencia de los cooperadores inmediatos castigados en nuestra Ley con igual pena que los ejecutores o perpetradores–, que no realizan directamente los actos productivos del delito...⁷⁷

En igual sentido, la ex Corte Suprema de Justicia sostuvo: *“Si el que presta su cooperación tiene igual participación en la perpetración del homicidio que el ejecutor principal, él es un coautor...”*.⁷⁸

4.2.1.2 Cooperador inmediato

El mismo Mendoza Troconis, citando a Manzini, define a los cooperadores inmediatos como aquellos que:

...sin ser causantes de los actos preparatorios, concurren al resultado junto con los ejecutores, en el mismo sitio con ellos, tomando

⁷⁵ Zaffaroni, *Op., Cit.*, p. 293

⁷⁶ Mendoza T., J. R. *Curso de Derecho... Op. Cit.*, p. 162.

⁷⁷ G. E. N° 73, del 9-03-1918, p. 860.

⁷⁸ Sentencia del 10-03-1913. *Memoria* 1914, p. 109.

parte en acciones coordinadas, pero distintas, eficaces para la inmediata ejecución del hecho, aunque no representen elementos materiales esenciales, sino un oficio útil para los ejecutores, sin el cual no se hubiera producido el resultado.⁷⁹

La última expresión de su definición (“sin el cual no se hubiera producido el resultado”) lo ha llevado forzosamente a equiparar esta figura con los llamados “cooperadores o cómplices necesarios”.

La jurisprudencia de la ex Corte Suprema, comentada en el punto anterior, refiere que los cooperadores inmediatos no realizan directamente actos productivos del delito, sino que “...coadyuvan a la empresa delictuosa, tomando parte en operaciones distintas que no representan elementos esenciales del hecho imputable, pero resultan eficaces para la inmediata ejecución del delito”.⁸⁰

Desde el punto de vista de la teoría final-objetiva, puede argumentarse lo que sostiene Maurach: “Dominio del acto lo tiene todo cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”.⁸¹

Con criterio diferente se pronuncia Arteaga Sánchez, quien lo cataloga como una especie de **partícipe** y que se equipara al autor sólo en cuanto a la pena: el cooperador inmediato realiza –en concurrencia con los autores del hecho– “...operaciones que son eficaces para la perpetración del hecho, de acuerdo a la forma como fue organizada tal empresa, sin que tales operaciones materialicen los actos productivos característicos del hecho”.⁸² Ahora bien, si su actividad es eficaz en el hecho, también lo ha sido en la producción causal del mismo.

Este criterio que tiende a confundir al cooperador inmediato con el cooperador necesario –el cual es una forma de participación que se equipara en cuanto a la pena al autor–, lo ha asumido recientemente la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en reiteradas decisiones. Así tenemos, por ejemplo, que en sentencia N° 151, de fecha 24 de abril de 2003, la Sala Penal sostuvo que “El cooperador inmediato no es otro que aquél que aportó una condición sin la

⁷⁹ Mendoza Troconis, J. R. *Op. Cit.*, p. 162-163.

⁸⁰ G.F. N° 73, 2ª Etapa, del 9-03-1918, p. 860.

⁸¹ Maurach, R. *Tratado...*, *Op. Cit.*, p. 309.

⁸² Manzini, V. *Tratado di diritto penale*, p. 408, citado por Arteaga Sánchez, A. *Derecho Penal...*, *Op. Cit.*, p. 376.

cual el autor no hubiera realizado el hecho". En la misma sentencia, y siguiendo un criterio finalista de la acción, la Sala Penal enfatizó lo siguiente:

El cooperador inmediato es en criterio de esta Sala **lo que la doctrina ha denominado cooperador necesario** para diferenciarlo del cooperador no necesario o simplemente cómplice (no necesario) en los términos de la distinción que hace nuestro Código Penal al adoptar un método especial en la determinación de las penas, pero que no puede ser autor porque no tiene el dominio del hecho. (Destacado nuestro).

En otra sentencia, la misma Sala de la Casación Penal del Máximo Tribunal de la República, en sentencia N° 105 de fecha 19 de marzo de 2003, sostuvo:

El cooperador inmediato es aquel sin cuyo aporte el hecho no habría podido cometerse. Es decir, la fórmula legal se refiere a que la cooperación es complicidad necesaria en cuanto a la tarea propiamente ejecutiva del tipo penal dentro de los elementos esenciales de la participación: comunidad de hecho y convergencia intencional.

Para resolver esta incongruencia, basta mencionar que el cooperador necesario –bajo la perspectiva de la teoría de dominio final del hecho–, siempre estará presente en la escena del crimen junto al autor o coautores (los perpetradores) del hecho mismo, mientras que el cómplice o cooperador necesario no necesariamente se encuentra presente en el momento de la comisión del hecho, como es el típico caso del cajero del banco que deja las llaves de la bóveda conscientemente en una gaveta de su oficina, para que los ladrones penetren en la noche y se lleven todo el dinero allí depositado.

La jurisprudencia también se ha encargado de equiparar al cooperador inmediato con el coautor: "*Si el enjuiciado prestó su cooperación en la perpetración del homicidio, los sentenciadores cumplieron con considerarlo como cooperador o coautor*".⁸³ Es decir, su ayuda puede ser también a cualquiera de los ejecutores materiales del hecho.

El caso típico de cooperador inmediato sería la persona que sujeta a otro para que un tercero lo lesione;⁸⁴ es decir, el cooperador no traspasa la esfera de la acción típica (lesionar), pero coadyuva para que otro lo invada.

⁸³ Casación: Sent. del 27-06-1906, Tomo 1º, Memoria 1907, p. 429.

⁸⁴ J.T.R., 1ª. Etapa, Vol. 1, 1951, p. 83.

4.3 LA INSTIGACIÓN O AUTORÍA INTELECTUAL

Se dijo en el punto 2 de este mismo trabajo que era coautor toda persona que concurriera en la fase de liberación o de ejecución del delito. Pues bien, el instigador concurre en la primera de las *fases*: la deliberación, la cual ocupa un lugar dentro de la fase interna del *iter criminis*.

Dentro de un proceso cognoscitivo, *deliberar* conlleva que el agente haya verificado el fin, haya previsto el acontecer futuro, pondere el valor de su interés con respecto al ajeno y, mediante un acto libre y racional, elija en definitiva entre el bien y el mal de la acción que se va a efectuar.⁸⁵ Siendo así, se prefiere incluir al instigador como una forma de autoría siguiendo la doctrina dominante en Venezuela, toda vez que servirá para esclarecer puntos esenciales, como se verá posteriormente, aunque contrariando diversos criterios doctrinales y algunas legislaciones que ubican esta figura como forma de participación.⁸⁶

El legislador patrio edificó el concepto de la instigación sobre la base de determinación a cometer el delito, conforme al modelo italiano de 1889 o Código de Zanardelli: “*En la misma pena incurre el que ha determinado a otro a cometer el hecho*” (Único aparte del artículo 83 del Código Penal). Carrara en su doctrina habló del “concurso de voluntades sin concurso de acción” y los llamó “motores del delito”. Algunas legislaciones latinoamericanas, siguiendo el modelo español, hablan en cambio de inducción.⁸⁷

El fundamento histórico-legislativo para considerar la instigación como una forma de autoría deviene de la interpretación exegética reinante en el proceso legislativo penal venezolano. El primer Código Penal de 1873 promulgado durante la presidencia de Guzmán Blanco, fue el único que expresamente estableció en su artículo 13 lo siguiente:

Se consideran autores:

1. Los que inmediatamente toman parte en la ejecución del hecho.
2. Los que fuerzan o inducen a otros directamente ejecutarlo.

⁸⁵ De Miguel Serrano, José Antonio. *El iter criminis*. Vol. XVII. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1957, p. 23.

⁸⁶ De las legislaciones estudiadas, se pueden mencionar las de Alemania, Argentina y Brasil, entre otras.

⁸⁷ Chile, Nicaragua, Honduras, Guatemala y México, entre otras.

3. Los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado.

En el Capítulo Primero de este trabajo, se comentó el antecedente legislativo de la actual disposición donde se contempla la figura del instigador (artículo 83 CP): el artículo 63 del Código Penal venezolano de 1897, que a su vez fue una copia fiel y exacta del artículo 63 del Código Italiano de Zanardelli de 1889. Desde ese entonces, ha perdurado inmutable dicha figura en las subsiguientes reformas legislativas del código penal sustantivo.

En Venezuela la figura de la instigación ha presentado problemas de orden semántico respecto de otros vocablos que pareciera que tienen la misma significación, pero que realmente no son lo mismo. Así se tiene que se confunden los términos “instigador”, “incitador”, “inductor”, “provocador”, “determinador” y “excitador”. Para evitar mayores complicaciones, se deben equiparar los términos “instigación”, “determinador” e “inductor”, por el origen hispano que tiene esta figura. En cambio, los vocablos “excitador”, “incitador” y “provocador”, operan como sinónimos en el lenguaje castellano y se ajustan a los modos de complicidad *a priori*, como se verá más adelante en este trabajo. Según la Real Academia de la Lengua Española, la palabra determinar es “...hacer tomar una resolución”.⁸⁸ Por su parte, Goldstein coincide en señalar que hay determinación al delito “...cuando una persona ha hecho surgir en otra el decidido propósito de cometer dicho delito, suministrando o no todos los motivos de tal resolución, pero sin que ésta existiese ya antes...”.⁸⁹

En la legislación colombiana, en cambio, se diferencia el determinador del instigador o “incitador”, en donde la instigación es una forma de participación y no de autoría. Por el contrario, en otras legislaciones latinoamericanas, como Guatemala (Art. 36 del CP), El Salvador (Art. 46 del CP), Nicaragua (Art. 24 del CP), Honduras (Art. 32 del CP), los instigadores están tratados como autores. La misma consideración se le da en España (Art. 14 del CP).

De lo dicho anteriormente se infieren dos notas esenciales: en primer lugar, la proposición criminal sólo existe y emana del instigador (determinador o inductor) y, en segundo lugar, el instigado (determinado o inducido) deberá ser un

⁸⁸ *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo I, 16ª. Edic. Madrid (España), Editorial Espasa Calpe, S.A., 1939, p. 727.

⁸⁹ Goldstein, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal y criminología*. 2ª Edic. Buenos Aires (Argentina), Edit. Astrea, 1983, p. 360.

sujeto libre y consciente capaz de aceptar esa proposición y tomar una resolución. En otras palabras, el *agente* (instigador, determinador, inductor) logra persuadir al sujeto pasivo para que realice la acción delictiva.

Por último, no se debe confundir la figura de la instigación con el delito autónomo de “**instigación a delinquir**”, previsto y sancionado en los artículos 283 y 284 de Código Penal.⁹⁰ La instigación es una forma de coparticipación en el delito, es decir, implica la existencia de dos o más sujetos en la comisión de un hecho punible; mientras que la instigación a delinquir es un delito autónomo que requiere ser **pública** y se perfecciona con “...*el solo hecho de la instigación*”.

4.3.1 *El concepto de instigación o inducción en la doctrina extranjera*

Conviene revisar los principios establecidos en otras legislaciones acerca de esta institución, para adaptarles a la práctica judicial venezolana en lo que sea pertinente.

La doctrina española define la inducción o instigación como “...*el influjo intencionalmente realizado sobre una persona para determinarla a la comisión de un delito*”,⁹¹ el cual presupone al inductor o “autor intelectual o moral” y al inducido o “autor material”.⁹² Asimismo y partiendo de los principios de la escuela clásica, la doctrina española ha sentado las siguientes pautas en esta materia:

- i) Para que sea punible la inducción, el inducido debe ejecutar la conducta ordenada, aun cuando sólo sean actos que integren una tentativa; es decir, no basta la simple aceptación.
- ii) De consiguiente, el desistimiento voluntario del inducido o ejecutor material libera al instigador o inductor de toda punibilidad.
- iii) Asimismo, para que el inductor o instigador sea castigado, es necesario que el ejecutor realice la acción que fue objeto de la inducción; de lo contrario, se plantearía el problema del *excesus mandatus*.

⁹⁰ Artículo 284: (Instigación directa o específica): “*Cualquiera que instigare, públicamente, a otro a cometer una infracción determinada, por el solo hecho de la instigación...*”

Artículo 286: (Instigación genérica o indirecta): “*El que, públicamente, excitare a la desobediencia de las leyes o al odio de unos habitantes contra otros o hiciere la apología de un hecho que la ley prevé como delito...*”.

⁹¹ Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*. (P.G.) Tomo I. Vol. II 17ª Edic. Barcelona (España), Edit. Bosch, S.A., 1957, p. 647.

⁹² *Ídem*.

iv) Por último, la inducción puede ser revocada por el inductor, siempre y cuando comunique oportunamente esta revocatoria al ejecutor material.⁹³

Por su parte, la reforma penal colombiana del año 1980, con una técnica legislativa de contenido avanzado, ha ubicado la instigación como una forma de participación, conjuntamente con la complicidad, aunque no ha dejado de tener sus confusiones a nivel doctrinal. Para Fernández Carrasquilla, la instigación constituye un modo de participar dolosamente en el hecho punible, determinando a otro a que lo realice pero sin *interferir* en la fase de ejecución: “...El instigador hace nacer en otro la idea criminosa, no se limitó a forzar mediante consejos un propósito ya tomado”.⁹⁴ Por su parte, L. C. Pérez define al determinador como “...el que hace nacer en otro la actividad delictiva, el que carga de energía esa potencia psicológica, el que se impone a otro para que cometa la infracción en calidad de autor”.⁹⁵

4.3.2 La figura del instigador en el derecho penal venezolano

En la doctrina patria, el punto de la instigación es discutido. Se puede afirmar que Arteaga Sánchez es el único autor venezolano que ubica la figura de la instigación dentro de los modos de participación;⁹⁶ sin embargo, al explicar lo que significa la palabra determinar (igual a instigar o inducir), sostiene que debe tratarse de una acción *directa y eficaz*, es decir, su actuación psíquica debe estar dirigida a un hecho en forma directa y, por otro lado, que la acción del instigador consiga realmente que otro (instigado) se convierta en autor del hecho al mover su voluntad.⁹⁷ Pareciera entonces que aceptara que el instigador es propiamente un autor.

Por su parte, Mendoza Troconis, quien califica al instigador como “autor intelectual” o *motoris criminis*, expresa que éste es el sujeto activo principal.⁹⁸ Muy acertadamente este autor capta la diferencia entre el instigador y el excitador, que no es más que un cómplice previsto en el ordinal 1º del artículo 84 del

⁹³ Puig Peña, Federico. *Derecho Penal*. (P.G.) Tomo II. Vol. II. 5ª Edic. Barcelona (España), Edit. Nauta, S.A., 1959, pp. 277-279.

⁹⁴ Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 405.

⁹⁵ Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal*. Tomo II. 2ª Edic. Bogotá (Colombia), Edit. Temis, S.A. 1989, p. 53.

⁹⁶ Arteaga Sánchez, A. *Derecho Penal Venezolano*, Op. Cit., p. 383.

⁹⁷ *Ídem*.

⁹⁸ Mendoza T., J. R. *Curso de Derecho...*, Op. Cit., p. 163. Chiossone lo denomina “autor psicológico” (*Manual de Derecho...* Op. Cit. p. 193).

Código Penal, al expresar que: “*Determinar es hacer tomar una resolución; por tanto, el que instiga delibera el delito y/o hace ejecutar por otro, en quien crea la misma resolución de cometerlo. Si el perpetrador tenía ya la resolución tomada, no habría determinación, sino refuerzo de voluntad y este acto sería de complicidad*”.⁹⁹

Esta exposición coincide con el criterio que se ha aceptado en este trabajo: la doctrina venezolana ha querido entender que el instigador (determinador o inductor) que concurre con otros en la comisión de un hecho punible, es propiamente un autor, pues el *dolo* o intención criminosa que transfiere a otro es producto de un proceso intelectual y, por otra parte, desde que el instigado acepta la proposición de éste y la hace suya, pudiera existir un dominio de voluntad; por tanto, debiera considerarse que el instigador es dueño directo del hecho típico cometido por el inducido, en cuanto que obedece a sus finalidades y espera sus resultados. Así lo ha señalado en reciente publicación V. Mujica Amador al definir los caracteres generales de la instigación: “...*La fuerza utilizada por el instigador debe ser lo suficientemente decisiva como para imponerse a la voluntad del autor directo y determinarlo a realizar los actos de ejecución correspondiente (concurso de voluntad y acción...*”,¹⁰⁰ mediante artificios culpables como lo son: contratos, promesas comisión, etc. También se requiere que tal inducción o determinación sea directa, es decir, que exista una relación causal entre lo deseado por el instigador y la acción que realmente se haya realizado.¹⁰¹ En igual sentido, el jurista Barreto Rodríguez, al comentar la figura del instigador, señala que debe ser eficiente y suficiente: “*La determinación que se haga en una persona para que cometa un delito, debe resultar probada en los autos de manera inequívoca, debiendo localizarse la causalidad adecuada entre los actos de la instigación, el instigado y el producto dañoso resultante de la acción del sujeto inducido*”.¹⁰²

Ahora bien, si la instigación implica hacer que nazca en la mente de un sujeto capaz una idea delictiva que antes no poseía, cabe entonces preguntarse: ¿Es que el inducido carece de voluntad? Se piensa que debería hablarse en todo caso de una **aceptación por convicción** por parte del inducido y no de una ciega

⁹⁹ *Ídem.*

¹⁰⁰ Mujica Amador, Vicente, *La instigación a delinquir*. Revista de la Facultad de Derecho, UCAB, N° 35. Caracas, Editorial Sucre, 1986, p. 93.

¹⁰¹ *Ídem.*

¹⁰² Barreto Rodríguez, Jesús. *Jurisprudencia Penal de Casación*. Caracas. Edit. Barreto, 1963, p. 49.

aceptación a la propuesta del instigador, razón valedera que hace pensar en la instigación como una forma de participación y no de autoría.

La jurisprudencia patria por su parte, también se ha encargado de considerar al instigador como autor; así, la Casación Penal sostuvo que: “...*El legislador venezolano da la calidad de autor a quien sin concurrir a la ejecución del hecho, influye en ánimo de otra persona para que lo perpetre*”.¹⁰³ En el mismo sentido, expresó que el artículo 83 del Código Penal “...*incluye al agente determinante entre los coautores, sin distinguir si en el perpetrador hay capacidad jurídica para delinquir o no la hay... es necesario que el acto determinante a que se refiere la ley conste en forma indubitada*”.¹⁰⁴

Pareciera que mediante la aplicación de un silogismo puramente formal, la doctrina nacional ha tenido la siguiente conclusión: el coautor es una categoría de autor; el instigador es un coautor, ergo, el instigador es un autor.

4.3.3 Medios de actuación del instigador

El instigador –siguiendo la teoría desarrollada por Carrara–, puede actuar sobre el ejecutor material mediante los siguientes mecanismos:

- a) **Orden:** sería la imperativa manifestación de voluntad que un superior jerárquico dirige a su inferior para que realice una determinada conducta.
- b) **Mandato:** llamado *pactum scaeleris*, cuando se impone la ejecución de una prestación mediante un mandato, en beneficio exclusivo del mandante (instigador).
- c) **Coacción:** Cuando hay empleo de violencia (física o moral) por parte del instigador sobre el instigado; sin embargo, este supuesto está subsumido dentro de las formas de manifestación de la autoría mediata, como se verá más adelante.
- d) **Consejo:** Instigación dirigida a otro con el fin de inducirlo a realizar una conducta positiva o negativa, favorable al instigador.¹⁰⁵ Se trata del consejo en sentido amplio, es decir, con sentido persuasivo;

¹⁰³ Casación: G. F., 2ª Etapa, I. 16, 1951, p. 175.

¹⁰⁴ G. F. N° 3, 2ª Etapa, 1954, pp. 507 y 508.

¹⁰⁵ Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal...*, Op. Cit. p. 132.

el sentido restringido se refiere al refuerzo en la resolución ya existente, la cual se estima como un modo de complicidad.

Por último, se debe recordar que para que surja la figura de la instigación es necesario que el instigado ejecute al menos actos de tentativa: de lo contrario, ambos comportamientos serán atípicos, a menos que la acción del instigador constituya en sí mismo una autoría, como por ejemplo, el caso tipificado en el artículo 286 del Código Penal (De la instigación a Delinquir), donde se requiere la publicidad, con prescindencia de que el delito llegue o no a la consumación.

4.4 EL COOPERADOR NECESARIO

Esta figura está contemplada en el único aparte del artículo 84 del Código Penal venezolano: *“La disminución de pena prevista en este artículo no tiene lugar, respecto del que se encontrare en algunos de los casos especificados, cuando sin su concurso no se hubiere realizado el hecho”*. Su ubicación dentro del articulado sustantivo penal es un error de técnica legislativa, pues debió ubicarse dentro de las categorías de autores previstas en el artículo 83 del referido código: así lo contemplaba el artículo 13 del primer Código Penal de 1873.¹⁰⁶

En la doctrina venezolana, se puede decir que esta figura está desubicada: Bello Rengifo la denomina “complicidad necesaria”, mientras que Grisanti Avelledo¹⁰⁷ y Chiossone¹⁰⁸ la equiparan al cooperador inmediato, dándole el carácter de autores, posición esta última que coincide con el proyecto del Código Penal presentado por el Instituto de Codificación y Jurisprudencia en sus artículos 50 y 53, el cual se identifica esta figura con el cooperador inmediato y, a su vez, la asimila a los autores en cuanto a la responsabilidad.¹⁰⁹

Con una noción un tanto extensiva de autor, parte de la doctrina colombiana¹¹⁰ incluye el cómplice o cooperador necesario dentro de la autoría, arguyendo

¹⁰⁶ Artículo 13: *“Se consideran autores: ...3°. Los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiere efectuado”*.

¹⁰⁷ *Lecciones de derecho... Op., Cit.*, p. 280.

¹⁰⁸ *Manual de derecho... Op., Cit.*, p. 194.

¹⁰⁹ Artículo 50: “cuando varias personas concurren a la ejecución de un hecho punible, cada uno de los autores y de los **cooperadores necesarios** e inmediatos, queda sujeto a la pena correspondiente al hecho perpetrado”.

Artículo 53: “Son cooperadores necesarios, los que intervienen en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos al mismo, sin los cuales aquél no se hubiere ejecutado”.

¹¹⁰ F. Estrada Vélez, José Vicente Cocha, entre otros, citados por Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 404.

que si éstos prestan una ayuda o colaboración sin la cual el delito no habría podido cometerse, no cabe duda que realizan una parte del tipo, siendo entonces coautores, por haber tomado parte en la fase ejecutiva del delito.

Desde la perspectiva de la tesis final-objetiva, se puede afirmar que el legislador pensó en el dominio funcional del hecho, pues como dice Roxin “...cuando alguien aporta al hecho una colaboración necesaria, tiene por este medio en sus manos la realización del tipo”.¹¹¹ Gimbernat Ordeig, por su parte, considera que es suficiente que alguien colabore en un hecho con un aporte irremplazable, donde su acción sea capaz de permitir la producción del resultado típico,¹¹² pero todo ello puede coincidir con los supuestos teóricos que operan en la cooperación inmediata y que constituyen el punto más controversial –a nuestro modo de ver– de la práctica jurisprudencial.

Sin embargo, la jurisprudencia venezolana ha considerado en varias oportunidades que esta figura representa una forma de coautoría; así, la Casación Penal ha señalado: “Para conceptuarse a uno como coautor del delito es necesario que haya cooperado a su ejecución por un acto sin el cual no se hubiera efectuado”.¹¹³

Ahora, si bien es cierto que en la legislación patria existe una equiparación punitiva frente a la responsabilidad de autores y cooperadores o cómplices necesarios, ello no significa que exista identidad de figuras, pues ontológica y jurídicamente son dos fenómenos distintos. Lo más sano y recomendable sería eliminar la diferencia entre “complicidad necesaria” y “complicidad no necesario secundaria” como lo hizo el legislador colombiano en el Código Penal de 1980, por razones de orden práctico, disponiendo en una norma expresa la facultad que pueda tener el Juez para graduar la pena, según la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda del cooperador o cómplice (Art. 61 del CP colombiano).

4.5 LA AUTORÍA MEDIATA

El concepto de autoría mediata nace en Alemania como necesidad para llenar los vacíos de la punibilidad que existían en las legislaciones y la dogmática. Es

¹¹¹ Roxin, Claus. *Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal*. Trad. Enrique Bacigalupo, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*. Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Buenos Aires (Argentina), Ediciones Pannedille, 1970, p. 66.

¹¹² Gimbernat, citado por Roxin, Claus... *Op., Cit.*, p. 66.

¹¹³ Casación: Sent. del 20-07-1917, M. 1918, p. 216. Con igual contenido, véase sentencia del 27-06-1906, Memoria 1907. T. 1º. p. 429.

decir, bajo el predominio de la accesoriedad ‘extrema’ o ‘máxima’, no era posible el castigo de la participación (instigación o complicidad) en hechos sin culpabilidad. Asimismo, el concepto restrictivo de autor conlleva a relacionar autoría con el ejecutor inmediato. Pero: ¿Qué pasaba cuando el autor utilizaba –para la ejecución del hecho típico– a un tercero, aun de buena fe?

La doctrina dominante sostiene que la autoría mediata es una forma de autoría directa, mas no de participación, principalmente porque se trata de un dominio de voluntad sobre un sujeto para alcanzar un fin: esto vendría a constituir el fundamento material de la autoría mediata. Sin embargo, no dejan de presentarse dificultades serias en cuanto a sus limitaciones, ya que tanto en la autoría como en la instigación, un tercero es determinado por otro a cometer un delito.¹¹⁴

4.5.1 *La autoría mediata en la doctrina extranjera*

De las doctrinas estudiadas y analizadas en esta investigación, prevén o aceptan la autoría mediata las siguientes legislaciones: la alemana, la argentina, las de Brasil y España, entre otras.

Para Soler, es autor mediato “...*el que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es culpable, o no es imputable, pero es autor*”.¹¹⁵ La legislación argentina sólo reconoce tres formas por las cuales se puede manifestar la voluntad del autor mediato:

- i) *Por medio de la coacción*: llamada *coactus voluit*, en donde la responsabilidad se desplaza hacia el autor de la coacción. Jiménez de Asúa habla de empleo de violencia.
- ii) *Por medio del error*: quien hace realizar una acción delictiva, induciéndole en error sobre alguna circunstancia de hecho. Por ejemplo: El médico, para matar a su paciente, le indica a la enfermera una inyección mortal. En estos casos se deben tener en cuenta las reglas del error vencible e invencible.
- iii) *Utilizando sujetos inimputables*: La causa de inimputabilidad puede preexistir en el sujeto “utilizado” (el menor de edad, el demente) o bien puede sobrevenir por acción del autor mediato, por

¹¹⁴ Batista, Nilo. *Concurso de agentes... Op., Cit.*, p. 99.

¹¹⁵ Soler, S. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 280.

ejemplo, a través del hipnotismo, la utilización de sustancias estupefacientes.¹¹⁶

Por su parte, Zaffaroni con una posición más actualizada dentro de la doctrina argentina, visualiza al autor mediato con fundamento en la figura del determinador, conforme al principio del dominio del hecho bajo la especie del “dominio de la voluntad”.¹¹⁷ En su exposición refiere que únicamente en los tres casos citados por la doctrina argentina (violencia, error e inimputabilidad) se puede dar cumplimiento a la teoría final-objetiva, ya que sólo en tales situaciones el determinado no realiza conducta injusta.¹¹⁸

En la doctrina española, la introducción de la categoría de la autoría mediata trajo consigo la división de opiniones. Antón Oneca opina que la doctrina alemana construyó el concepto de autoría mediata debido a que su legislación no contemplaba ninguna definición de autor.¹¹⁹ En este orden de ideas, Cuello Calón niega la aplicación de esta figura por cuanto el artículo 14 del Código Penal español sólo considera autor a quien ejecuta directamente el hecho.¹²⁰

Sin embargo, como señala Rodríguez Mourullo, el Código Penal español hace posible y necesaria la aplicación del concepto de autor mediato, justamente porque responde a la realidad de que el hombre puede realizar hechos punibles utilizando personas como instrumentos.¹²¹ Así se tiene que para Muñoz Conde, autoría mediata es “...aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza”.¹²²

4.5.2 Campo de aplicación de la autoría mediata

La autoría mediata se da perfectamente en los delitos de resultado; en los delitos de mera conducta se daría siempre y cuando se tenga una posición “causalista”. Evidentemente que en los delitos de “manos propia” no puede

¹¹⁶ *Ibidem*: p. 246. Con contenido similar, véanse: Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. P. G. Tomo II, *Op. Cit.*, p. 434 y ss.; Jiménez de Asúa, Luis. *La ley y el delito*. *Op. Cit.*, pp. 501-502.

¹¹⁷ Zaffaroni, R. *Teoría del delito*. *Op. Cit.*, p. 310.

¹¹⁸ *Ídem*.

¹¹⁹ Antón Oneca, *Derecho Penal*, citado por Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *El autor mediato en el Derecho Penal Español*. En *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*. Buenos Aires (Argentina), Edit. Pannedille, 1970, p. 563.

¹²⁰ Cuello Calón, E. *Derecho Penal*. *Op. Cit.*, p. 623.

¹²¹ Rodríguez Mourullo, *El autor mediato...* *Op. Cit.* p. 568.

¹²² Muñoz Conde, F. *Teoría...*, *Op. Cit.*, p. 201.

admitirse la autoría mediata. Como bien opina Gimbernat, la institución de la autoría mediata sólo es admisible, sin reparos de legalidad, en los delitos de resultado, mas no en los especiales y los de propia mano, pues “...salvo en el primer caso, la acción del autor mediato no es directamente subsumible en el tipo sin un procedimiento de valoración analógica contrario a la reserva de determinación estrictamente legal de los delitos y de las penas”.¹²³

En cuanto a la procedencia de la autoría mediata en los delitos culposos, se debe argumentar lo siguiente: desde el punto de vista de la teoría final-objetiva, se dice que en los hechos imprudentes falta en el autor el dominio del acto, como consecuencia de su error sobre el proceso casual característico de este tipo de comportamiento. Para Welzel, autor en un delito imprudente es aquel que “...a través de una acción infringe la diligencia exigible en el tráfico, causando dolosamente un resultado típico”.¹²⁴ Es por ello que Maurach admite que en los delitos culposos se presupone el concepto extensivo de autor,¹²⁵ el cual implica una concepción causal de la acción. Ahora bien, como el fundamento de la autoría mediata es la relación autor-instrumento, y si esta relación perdura aun en los casos en que el sujeto mediato fracasa respecto a los objetivos que finalmente se persiguen (objetivo dominio del hecho) y provoca un resultado imprudente, entonces puede aceptarse la autoría mediata en los delitos culposos.¹²⁶

4.5.3 Aplicación de la autoría mediata en la legislación venezolana

Se sabe que la autoría mediata no es una categoría específica dentro del ordenamiento jurídico venezolano. El Código Penal habla de *determinador* (instigador), sin señalar si el instigado tiene capacidad jurídica para delinquir o no. Para Arteaga Sánchez la noción de autor mediato no es necesaria por cuanto los supuestos dogmáticos de la autoría mediata pueden ser resueltos a través de las figuras de autor e instigador ya existentes en el artículo 83 del CP venezolano.¹²⁷ Sin embargo, la dogmática penal –que no debe partir en forma irrestricta de la normativa vigente de un país–, puede utilizar principios que la hacen eficaz e inteligible, y utilizar clasificaciones “no reconocidas formalmente” para cumplir con su función esclarecedora dentro del Derecho Penal.

¹²³ Gimbernat Ordeig E., citado por Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho Penal Fundamental*. Vol. II, *Op. Cit.*, p. 402.

¹²⁴ Welzel, Hans. *Derecho Penal...*, *Op. Cit.*, p. 95.

¹²⁵ Maurach, R. *Tratado de Derecho...*, *Op. Cit.*, p. 300.

¹²⁶ Rodríguez M., G. *El autor mediato...*, *Op. Cit.*, p. 587. Puede suponerse, como ejemplo, que A es enemigo de B y, para matarlo, permite que un loco maneje su vehículo para atropellar a B.

¹²⁷ Arteaga Sánchez, A. *Derecho Penal...* *Op. Cit.*, p. 365.

Como se señaló anteriormente, sólo bajo el supuesto de la inimputabilidad, la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas prevé dos casos de aplicación de autoría mediata, a saber:

ARTÍCULO 38:

El que suministre, aplique o facilite las sustancias a que se refiere la presente Ley: 1º A un menor de edad. 2º A una persona que se halle en estado de minusválido por causas mentales o físicas o cualquiera que utilice a dichas personas en la comisión de los delitos previstos en el artículo 31 de esta Ley...

Bello Rengifo sostiene que es la única figura con aplicación “parcial” de los supuestos de autoría mediata dentro del ordenamiento jurídico venezolano, donde es indiferente el conocimiento consciente de la inimputabilidad.¹²⁸ Se trata de un tipo penal donde se agrava la pena “...para quien utilice a menores de edad o personas que se encuentren en estado anormal o por causas mentales o físicas, en la comisión de los delitos tipificados en esta Ley” (Exposición de Motivos); sin embargo, la redacción no es muy feliz por cuanto la disposición comentada alude únicamente a los tipos previstos en el artículo 31 de la Ley. Se ha establecido este agravante porque el “autor mediato” se vale justamente de la anomalía o la inmadurez de un sujeto determinado.

ARTÍCULO 70:

El padre y la madre, en sus casos serán privados de la patria potestad:...

2º Cuando los utilicen para cualesquiera de los delitos previstos en esta Ley...

Esta norma posee fallas técnico-legislativas de gran peso. Se trata de una pena accesoria impuesta a los padres, cuando realmente es un supuesto típico de responsabilidad penal por autoría mediata cuando éstos resulten condenados por algunos de los delitos tipificados en la ley especial al utilizar como instrumento al hijo, y el cual carece de pena agravada. Por otra parte, la norma debió estar dirigida también a aquellas personas que puedan ejercer en un momento determinado la patria potestad de un menor (curador, tutor), quienes responde-

¹²⁸ Bello Rengifo, Carlos S. *Delito inacabado y participación en el Derecho positivo venezolano*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 66. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1987, pp. 210-211.

rían igualmente por autoría mediata. En todo caso la privación y prohibición de ejercer el derecho de la patria potestad sobre los hijos o entredichos, podrían constituir una pena accesoria a una pena principal de prisión.

4.5.4 *Diferencias entre la autoría mediata y la instigación*

De lo expuesto en los dos puntos anteriores, se pueden deducir las siguientes diferencias:

- i) El instigador se dirige a una persona imputable (instigado) que actúa con plena culpabilidad, libre y dolosamente, mientras que el autor mediato utiliza por lo general como “instrumento” a un sujeto inimputable o bien que obre bajo engaño o coaccionado por el autor (inculpable);
- ii) Consecuencialmente, el instigado responde desde el punto de vista penal con el instigador, mientras que en la autoría mediata sólo responde el autor mediato: la conducta del “instrumento” es irrelevante.
- iii) El instigador no tiene dominio del hecho propiamente dicho, en cambio el autor mediato sí lo tiene, ya que posee la voluntad rectora y su ejecutor es un “instrumento no doloso”, el cual no es responsable de su acción.
- iv) La subordinación que existe entre el instigado y el instigador es causal y culpable; por el contrario, en la autoría mediata se da una subordinación objetiva y biológica, justamente porque la voluntad del “instrumento” es ajena a los propósitos del autor.¹²⁹

4.5.5 *Posición final-objetiva respecto a la autoría mediata*

Se puede afirmar que, bajo el criterio final-objetivo asumido en esta investigación, existe un verdadero dominio de voluntad en los casos de la autoría mediata, por cuanto se explica el por qué debe reputarse autor a quien somete la voluntad ajena a la propia y la domina finalmente. Esto explica además el por qué los actos ejecutivos realizados por el inculpable (en sentido amplio) deben reprocharse a quien fue el verdadero director de la acción a título de autor mediato.¹³⁰ De lo dicho, pueden derivarse las siguientes consideraciones:

¹²⁹ Ferrera Delgado, F. *Teoría general...* Op. Cit., p. 156.

¹³⁰ Herrera, Lucio Eduardo. *Autoría y Participación*. Revista de Derecho Penal y criminología N° 1. Enero-Mayo. Buenos Aires (Argentina), Edit. La Ley. 1971, p. 352.

i) En el ordenamiento jurídico venezolano no hay cabida para la figura de la “autoría mediata”: basta la categoría de la autoría simple para que en ella se puedan resolver los casos de autoría mediata reconocida por la doctrina extranjera (error, fuerza, inimputabilidad, salvo los casos previstos en los artículos 34 y 70 de la Ley especial de Drogas); en todo caso, estas circunstancias pueden conseguir agravar la pena correspondiente (Ordinales 6º, 8º y 9º del artículo 77 del Código Penal).

ii) La unificación legal de instigadores y autores mediatos bajo el término de “determinador” es sin duda desafortunada, pues para una visión sistemática crearía confusión de si se trata de autoría o participación. Bajo ninguna condición podría decirse que la autoría intelectual es una forma de determinación, pues el determinado o instigado acepta la proposición del instigador de manera libre y consciente, cuestión que no suceda en los tres supuestos (error, violencia, inimputabilidad) sobre la cual se verifica la autoría mediata.

iii) La noción de “instrumento” que maneja este concepto debe estar siempre referido a una persona humana, cuya conducta es la única que tiene relevancia jurídica. Lógicamente, quien utilice un animal o un “robot”, responde por vía de autoría directa. Por otra parte, en lo que respecta a la capacidad subjetiva del instrumento, éste debe estar bajo una causal de exclusión de culpabilidad, bien por una causal de inimputabilidad –minoría de edad o enajenación mental–, por exclusión del nexo psicológico –error– o porque haya sido sometido por fuerza, ya que en estos tres casos se puede decir con propiedad que existe dominio de la voluntad. En cambio, no es aceptable la hipótesis del instrumento *responsable o doloso*, es decir, cuando la persona que actúa como intermediaria lo hace en forma voluntaria y con pleno conocimiento, por que en estos casos tanto el instrumento como el autor que “está detrás” (la doctrina alemana la denomina “autor detrás del autor”) tienen dominio del hecho y, por tanto, responderán como co-autores.

iv) Por último debe dejarse claro que la autoría mediata no procede en los delitos llamados de propia mano.

5. LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN EL DERECHO PENAL VENEZOLANO

Maurach define la participación como “...la libre y dolosa cooperación en el delito doloso de otro”.¹³¹ Las formas de participación, como lo señala el mismo autor, se caracterizan precisamente por faltarle al cooperador auxiliar el dominio del hecho. Podría decirse, entonces, que el partícipe será quien sin ser dueño de la finalidad alcanzada, ejecuta una acción subsidiaria al fin deseado por el autor. La doctrina venezolana ha exigido dos elementos esenciales en orden a la responsabilidad del partícipe.

En primer lugar, que el hecho típico del cual forma parte haya comenzado a ejecutarse o bien se haya consumado y, en segundo lugar, que exista una contribución causal real en la realización de tal hecho.¹³² De allí que el fundamento en la punibilidad de la participación lo constituye el aporte a la realización del ilícito por el partícipe, justamente porque el contenido de la ilicitud de su acción tiene su asiento en el hecho del autor, pues el partícipe infringe la prohibición de impulsar o apoyar el hecho prohibido del autor, dirigiendo su acción a lesionar el mismo bien jurídico que es agredido por el autor del delito.¹³³ Si se identifica con ese fin deja de ser partícipe y se convierte en coautor.

5.1 ELEMENTOS ESENCIALES DE LA PARTICIPACIÓN

De la definición anteriormente expuesta, se pueden señalar los siguientes elementos:

a) *Existencia de dos o más sujetos activos cola producción del delito:* Por lo menos uno de ellos debe realizar actos con “animus auctoris”; en este caso, sólo se requiere para los participantes la capacidad subjetiva de responder penalmente, vale decir, que los sujetos intervinientes sean imputables, quedando exentos de responsabilidad los que hayan actuado inducidos por error o por engaño o bien bajo coacción física. Si el partícipe es un menor o un mentecato, se estaría en un supuesto de autoría mediata.

b) *Los partícipes deben ejecutar voluntariamente actos encaminados directa o indirectamente a producir el delito:* esto es, como

¹³¹ Maurach, R., *Curso de derecho...*, Op. Cit., p. 350.

¹³² Arteaga Sánchez, A. *Derecho Penal...* Op. Cit., p. 367.

¹³³ Bacigalupo, E. *Lineamientos...*, Op. Cit., p. 120.

señala Cuello Calón, que todos los partícipes “deben actuar en la intención de realizar un determinado delito”,¹³⁴ orientados a la consumación de un hecho típico y no a la simple ejecución de actos inherentes a éste. Asimismo se requiere el elemento subjetivo o psicológico del delito (intención) por parte del partícipe, que puede manifestarse mediante un acuerdo previo o momentáneo, improvisado. Basta que exista “una *voluntad cobarde, no necesariamente preordenada en plan o concierto, pues es susceptible de surgir en el momento de la ejecución y caracterizarse por el mero aprovechamiento circunstancial*”.¹³⁵

c) *La contribución de los partícipes en la realización del hecho injusto debe ser eficaz, aunque no necesaria*: Bien en el orden material como en el psíquico, y no en el plano meramente causal; se debe tener en cuenta, asimismo, que puede existir participación por conducta omisiva.¹³⁶ Lo importante es que esta contribución debe ser anterior o simultánea al hecho, nunca posterior, a menos que exista acuerdo previo entre el partícipe y el autor.

5.2 PARTICIPACIÓN EN EL DELITO CULPOSO

Como se dijo antes, en el concepto de participación también se requiere que el colaborador o cooperador en un delito doloso ajeno lo haga en forma consciente y libre, es decir, debe saber por lo menos que el hecho cometido por el autor es típico y antijurídico, para que pueda responder penalmente. En este sentido, Muñoz Conde expresa: “*La participación sólo es punible en su forma dolosa, es decir, el partícipe debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es el auto*”.¹³⁷

De allí que la doctrina alemana, partiendo de una posición finalista, ha sentado que cuando varias personas cometen en forma conjunta un delito por impru-

¹³⁴ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*. Tomo II. Barcelona (España), Edit. Bosch. 1960, p. 26.

¹³⁵ Quintana Ripolles, A. *Compendio de Derecho Penal*, Vol .I, p. 25, citado por González G., José Trinidad. Tesis Doctoral: *Formas de participación en el delito, con especial referencia al ordenamiento jurídico penal venezolano*. Facultad de Cs. Jurídicas y Políticas de LUZ, Maracaibo (Zulia). 1991.

¹³⁶ El ejemplo dado por José Trinidad González G. en su tesis es claro: el guardián de una casa que, previo acuerdo con los ladrones y teniendo el deber de cerrar las ventanas, las deja abiertas para que cometan el hurto.

¹³⁷ Muñoz Conde, F. *Teoría general... Op. Cit.*, p. 205.

dencia, es difícil determinar a los autores y participantes del hecho, por cuanto falta en todos ellos la previsión del resultado típico y, por lo tanto, no puede hablarse de un dominio del suceso en ninguno de los intervinientes.¹³⁸ Es decir, el grado de vulneración del deber de cuidado no puede ser medido con la teoría del dominio del hecho.¹³⁹

Sin embargo, dentro de la doctrina venezolana, Arteaga Sánchez y Chiossone sostienen la posibilidad de la participación en hechos culposos, sobre la base de la convergencia voluntaria del partícipe en un hecho concreto imprudente o negligente. Expresa Arteaga:

En el delito culposo es posible la participación, por cuanto cabe la posibilidad de un acuerdo en relación a la conducta que materializa la inobservancia de las normas de prudencia y diligencia que se imponen por vivir en sociedad, en lo que existe la esencia de la culpa. Por lo demás, no aceptar este planteamiento que tiene su base lógica y jurídica, podría conducir a la impunidad de ciertas conductas que desde el punto de vista ético y conforme al común sentir exigen la sanción penal.¹⁴⁰

En sentido contrario al argumento anterior, se pronuncia Grisanti Aveledo, quien señala que la complicidad –como forma de participación–, no procede en los delitos culposos, justamente porque el cómplice siempre actúa con dolo.¹⁴¹

Ahora bien, dada la posición final-objetiva que se ha adoptado en este trabajo, se debe negar la posibilidad de admitir la participación en los delitos culposos, por las siguientes razones:

i) La enunciación del artículo 83 del Código Penal venezolano, hace suponer –sin lugar a dudas y por los fundamentos esgrimidos–, que

¹³⁸ Jescheck, H. *Tratado de Derecho Penal*. Vol. II. *Op. Cit.*, p. 900.

¹³⁹ Houed V., Mario y Sánchez R., Cecilia. *Jurisprudencia crítica*. San José (Costa Rica, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. p. 115.

¹⁴⁰ Arteaga Sánchez, A. *Derecho Penal...*, *Op. Cit.*, p. 371. *Cfr.* Asimismo, Chiossone, Tulio. *Derecho vial y delitos culposos en la legislación venezolana*. Caracas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la UCV, 1979, pp. 33-34. En el mismo orden de ideas, en España se encuentra, entre otros: Rodríguez Devesa. José María, *Derecho Penal Español* (PG). 5ª Edic Madrid (España), Edic. Nauta, 1975, p. 761; Puig Peña, F. *Derecho Penal*, V. II, *Op. Cit.*, p. 270. En Italia se en cuenta Terragni, Marco Antonio. *El delito culposo*, Argentina: Reubinzal Culzooi Edit., 1984, p. 1378.

¹⁴¹ Grisanti Aveledo, H. *Lecciones de Derecho Penal*. *Op. Cit.*, p. 282.

es necesario el “dominio del hecho” por parte de todas las formas de autorías expuestas, condición que es ajena a la naturaleza culposa; igualmente, la enunciación del artículo 84 *ejusdem*, favorece la afirmación de que todas esas formas de participación por complicidad, son necesariamente dolosas y también presuponen un hecho doloso.

ii) Participar en un hecho culposo que pueda ser punible, implicaría la realización de un aporte contrario al deber de cuidado, y esto conlleva elementos de autoría.¹⁴²

iii) Adoptar la idea de castigar en hechos culposos como coautor o partícipe a quien no cause en forma personal el resultado típico, puede conllevar a consecuencias nefastas; como bien dice Zaffaroni, “la llamada *participación en el hecho culposo*”, no hace más que cubrir la autoría, a veces dolosa”.¹⁴³ Todo lo anterior no significa que la participación imprudente debe quedar impune, pues mientras se permita la comisión imprudente se podría castigar, en todo caso, como autoría imprudente.

5.3 FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

De acuerdo a lo previsto en el artículo 84 y otras disposiciones del Código Penal sustantivo, tenemos las siguientes formas de participación criminal:

5.3.1 *Complicidad propiamente dicha*

Para Jiménez de Asúa, es cómplice “...el que presta al autor una cooperación secundaria a sabiendas de que favorece la comisión de un delito, pero sin que su auxilio sea necesario”.¹⁴⁴ La doctrina alemana requiere en el concepto de complicidad el conocimiento concreto del acto que se va a favorecer¹⁴⁵ y que exista una vinculación entre el hecho y la acción del cómplice, porque justamente el dolo que exige en la complicidad debe estar dirigido a un hecho individual y determinado,¹⁴⁶ definiéndola como la “...cooperación con otra en la realización de su hecho antijurídico dolosamente cometido”.¹⁴⁷

¹⁴² Houed V., *Jurisprudencia crítica*, Op. Cit., p. 113.

¹⁴³ Zaffaroni, E. R. *Tratado de Derecho...*, Op. Cit., p. 353.

¹⁴⁴ Jiménez de Asúa, Luis. *La ley y el delito*. Buenos Aires (Argentina), Edit. Sudamericana, 1981, p. 509.

¹⁴⁵ Maurach, R. *Tratado de Derecho...*, Op. Cit., p. 381.

¹⁴⁶ Jescheck, Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Op. Cit., p. 962.

¹⁴⁷ *Ídem*.

En Venezuela, Chiossone sostiene que son cómplices:

...Todas aquellas personas que hubieren participado indirectamente en la ejecución de un hecho punible, esto es, de modo secundario, con actos que han tenido su influencia, ora sobre el ánimo del agente o agentes principales, ora sobre el hecho material de la ejecución, pero que sin su concurrencia también se habría realizado tal hecho punible.¹⁴⁸

En igual sentido, Mendoza Troconis establece que los “Cómplices o auxiliares” son los que “...antes o durante la ejecución o posteriormente a ésta, cooperan como participantes accesorios, sin ser causa eficiente del delito cometido”.¹⁴⁹

Por su parte, la jurisprudencia de la Casación Penal venezolana se ha inclinado en varias oportunidades a sostener el criterio antes dicho. A título de ejemplo, se transcribe el siguiente fallo:

Es cómplice el que concurre a la comisión del delito por actos anteriores o simultáneos, pero sin tomar de una manera inmediata parte en la ejecución del hecho, sin forzar o inducir a otros directamente a ejecutarlo ni cooperar a su ejecución por un acto sin el cual no se hubiera efectuado.¹⁵⁰

La definición anterior deviene de una interpretación en contrario del artículo 83 del Código Penal Venezolano y del único aparte del artículo 84 *ejusdem*. En otra oportunidad, la Casación sostuvo: “Es cómplice del delito el que coopera con simples actos auxiliares, ajenos en su índole a los de la especie propia de ejecución, sin cuya intervención, el delito se hubiera igualmente consumado”.¹⁵¹ Claro está, la dificultad interpretativa sí perdura, por cuanto cabría preguntarse cuáles serían esos “actos auxiliares simples” que constituyen la complicidad en un delito. A esto se podría responder que serían aquellos que, haciendo una abstracción de ellos, no impiden la realización del hecho delictivo.

¹⁴⁸ Chiossone, Tulio. *Manual...*, Op. Cit., p. 194.

¹⁴⁹ Mendoza Troconis, J. R. *Curso de derecho...*, Op. Cit., p. 166.

¹⁵⁰ Sentencia del 1-08-1914, p. 194.

¹⁵¹ G. F., 1ª Etapa, T. 9, p. 354.

De los anteriores conceptos se pueden señalar los siguientes elementos:

- a) La complicidad requiere de la existencia de un hecho principal, puesto que los cómplices prestan una ayuda o auxilio, mediante actos no ejecutivos, a un autor en cualquiera de sus categorías (intelectual, perpetrador, etc.), la cual puede ser necesaria o no para la consumación del delito.
- b) El cómplice siempre actúa con intención o dolo, proveniente de un acuerdo previo con el autor principal o bien “...*puede nacer en el mismo acto de la ejecución, ser súbita o improvisada*”.¹⁵²

Con la unión de estos dos elementos esenciales, se descarta la posibilidad de existencia de la llamada *tentativa de complicidad*: el cómplice con su aporte moral o físico incide en el resultado del hecho punible, es decir, lleva implícita la consumación de un delito en vía de ejecución, mientras que la tentativa se relaciona con un propósito criminoso en un proceso inicial de producción que se deja de perpetrar por causas independientes a la voluntad del agente.

5.3.2 Diferentes modos de complicidad

El legislador venezolano acogió el sistema de *responsabilidad relativa* en materia de complicidad, mediante el cual, existiendo unidad de delito, éste debe ser castigado con una pena inferior a la que se aplica al autor principal. El artículo 84 del Código Penal venezolano señala los diferentes modos de participar en un delito, aunque no debe entenderse que son medios limitativos, pues la complicidad es una extensión típica del delito y, por ello, los hechos que la configuran deben ser establecidos por el juzgador.¹⁵³ De allí que algunos autores hablan de complicidad especial en los casos de los delitos de “Agavillamiento” (Art. 286 CP) y “Secuestro” (Art. 460 CP). El primer supuesto, llamado también “asociación para delinquir o criminal”, es un delito autónomo de naturaleza plurisubjetivo, cuyo tratamiento especial responde en virtud de la maléfica gravedad, quedando sustraída del alcance jurídico de las normas relativas a la participación “...*en cuanto a su modalidad permanente de asocia-*

¹⁵² Mendoza T., José R. *Curso de derecho...*, Op. Cit., p. 169.

¹⁵³ Casación: Sent. de fecha 27-05-77, G. F. N° 96, Vol. 11,3-E., p. 1.261. Con criterio diferente Mendoza Troconis, quien considera que esta interpretación es arbitraria, pues vulnera el principio de la legalidad: “En el Derecho Penal Venezolano, que no permite la analogía, las circunstancias constitutivas de complicidad son esencialmente limitativas” (*Curso de derecho...*, T. III, Op. Cit., p. 169).

ción”.¹⁵⁴ En el segundo caso, por ser el secuestro un delito permanente, toda ayuda dolosa prestada al autor se entenderá como complicidad especial.¹⁵⁵

Sin embargo, los modos específicos de complicidad son los establecidos en el artículo 84 del Código Penal, ya que responden a las formas de participación criminal esbozadas por Carrara y que toman en cuenta factores tanto cuantitativos como cualitativos (la calidad, la eficacia, el grado y el tiempo), que influyen en el delito. Así tenemos que:

- El ordinal 1º del artículo 84 del Código Penal, se corresponde al “*Concurso de voluntad sin el concurso de acción*” (participación subjetiva sin participación en la etapa subjetiva).
- El ordinal 2º del artículo 84 del CP, se corresponde al “*Concurso de acción sin concurso de voluntad*” (participación física o material sin participación psíquica o moral).
- El ordinal 3º del artículo 84 del C P, puede corresponder al “*Concurso de voluntad y de acción*” (participación psíquica o moral con participación física o material).¹⁵⁶

5.3.2.1 *Complicidad a priori* (Ordinal 1º): “Excitando o reforzando la resolución de perpetrarlo o prometiendo asistencia y ayuda para después de cometido”.

Se trata de la “complicidad moral”. La conducta del cómplice puede consistir en:

- i) Excitar o reforzar la resolución de perpetrar un hecho. Esta hipótesis presenta, al igual que la instigación, problemas de semántica, pues el vocablo de “excitador” se confunde con los de “incitador” y “provocador”, los cuales operan como sinónimos en el lenguaje castellano y que suponen una resolución previa en el sujeto pasivo; es decir, los tres vocablos constituyen “reforzamientos de la resolución criminosa”, porque logran persuadir al sujeto mediante una acción reiterada, mueven y estimulan el intelecto de la persona, mas no su voluntad, pues en el último caso sería instigación, determinación o inducción.

¹⁵⁴ González G, José T. *Formas de participación...*, Op. Cit., p. 72.

¹⁵⁵ Cfr. De Miguel Pérez, Isidro. *Derecho Penal, Op. Cit.*, p. 396; Grisanti Aveledo, Hernando. *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. 3ª Edic. Caracas (Venezuela), Edit. Mobil Libros, 1991, p. 296.

¹⁵⁶ Véase: Carrara, Francesco. *Programa de derecho criminal*. P. G. Vol. 1. Bogotá (Colombia), Editorial Temis., 1978, pp. 291 y ss.

ii) El cómplice también puede cometer asistencia y ayuda para después de cometido el delito. Estas promesas constituyen actos de provocación, que consisten “...dádivas, recompensas, precio, amenazas, abuso de poder, abuso de autoridad o maquinaciones culpables o fraudulentas con las que el individuo corrobora a un proyecto ya resuelto”.¹⁵⁷

Por otra parte, este supuesto de complicidad no debe confundirse con el delito de “encubrimiento” previsto en el artículo 254 del Código Penal,¹⁵⁸ que es un delito autónomo y de consecuencia contra la administración de justicia. En la complicidad existe una promesa *previa o anterior* de brindar asistencia y ayuda al autor o autores, después de la perpetración del hecho; mientras que en el encubrimiento no hay promesa previa ni relación causal con la ejecución del delito cometido por el autor.¹⁵⁹ Incluir a los encubridores como formas de participación, constituye un quiebre de la racionalidad del derecho penal, porque significa asignarle una “función imposible” a un sujeto, ya que nadie puede tomar parte de una acción que ya pasó.¹⁶⁰

5.3.2.2 Complicidad en relación a los medios (Ordinal 2°): “Dando instrucciones o suministrando medios para realizarlo”.

La primera premisa “dando instrucciones”, es una forma de complicidad que se encuentra dirigida a mover el entendimiento o intelecto del autor, proporcionándole medios idóneos y eficaces para la perpetración del hecho (ayuda moral). El segundo supuesto, “suministrando medios para realizarlo”, consiste en el suministro de instrumentos materiales al autor para que perpetre un delito determinado; por ejemplo, un arma para que se cometa un homicidio, las llaves para hurtar en un apartamento, etc. (ayuda material). Como bien señala Arteaga Sánchez, este auxilio objetivo debe ser, por supuesto, previo a la ejecución, para no confundirse con supuestos de cooperación inmediata.¹⁶¹

¹⁵⁷ Mendoza Troconis, *Op. Cit.*, p. 170.

¹⁵⁸ *Artículo 254*: “Serán castigados con prisión de uno a cinco años los que después de cometido un delito penado con presidio o prisión, sin concierto anterior al delito mismo y sin contribuir a llevarlo a ulteriores efectos, ayuden sin embargo a asegurar su provecho, a eludir las averiguaciones de la autoridad o a que los reos se sustraigan a la persecución de ésta o al cumplimiento de la condena y los que de cualquier modo destruyan o alteren las huellas o indicios de un delito que merezca las antedichas penas”.

¹⁵⁹ Arteaga Sánchez, A. *Derecho Penal...*, *Op. Cit.*, p. 378.

¹⁶⁰ *Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina*. Informe Final del II DH. Septiembre de 1985. p. 110.

¹⁶¹ Arteaga S., A. *Derecho Penal...*, *Op. Cit.*, p. 378.

5.3.2.3 *Complicidad en relación a la ejecución del acto y/o a posterior* (Ordinal 3°): “Facilitando la perpetración del hecho o prestando asistencia o auxilio para que se realice, antes de su ejecución o durante ella”.

Los dos supuestos comprendidos en esta hipótesis están referidos a una cooperación o complicidad en cuanto a los actos, ya en la preparación como en la ejecución del hecho. Un caso típico de este modo de complicidad es el que la doctrina patria ha aceptado, cual es el del “campanero” que se queda en la puerta de una casa para avisar la llegada de la policía, mientras otros sujetos cometen un robo;¹⁶² es decir, se facilita la ejecución de un delito, pero no se traspasa la esfera del tipo delictivo cometido, como sucede en los casos de cooperación inmediata. La misma responsabilidad se da para el cómplice que facilita la perpetración del hecho por actos negativos, como por ejemplo, dejar la bóveda de un banco abierta para que posteriormente otro sujeto penetre al banco y se apodere del dinero de dicha bóveda.¹⁶³

5.4 CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE COMPLICIDAD

Desde el punto de vista de una política criminal tendente a aminorar la responsabilidad en la que incurre el partícipe de un delito, quien no domina el hecho principal, podría acudirse a la jurisprudencia nacional y resaltar, en cada caso, el criterio más amplio y benévolo para éste. Así se encuentra jurisprudencia de instancia que se pronuncia sobre la complicidad como factor de promoción del delito:

...Los cómplices son los que tomando parte en el delito, únicamente alientan a los principales para que persistan en su intención criminal o les prometen su ayuda o cooperación para después de cometido el delito; los que facilitan la ejecución misma prestando al ejecutante toda asistencia o ayuda, antes o durante el hecho sin tomar parte material en la realización del mismo.¹⁶⁴

Este criterio puede resumir muchas hipótesis que son consideradas como inducción o determinación al delito, y no como una autoría, de conformidad con lo establecido en el ordinal 1° del artículo 84 del Código Penal.

¹⁶² Grisanti A., H. *Lecciones de derecho...*, Op. Cit., p. 282.

¹⁶³ Arteaga Sánchez, A. *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 379.

¹⁶⁴ J.T.R., Vol. VI. Tomo 1, p. 200.

En reciente decisión, el Juzgado Superior Quinto en lo Penal del Distrito Federal, en un caso de robo a mano armada, se pronunció contrario a la tesis de considerar al simple acompañante del atracador como coautor, y en su lugar lo declaró cómplice en el delito, cuya participación consistió en presenciar los hechos, motivo por el cual facilitó la perpetración del mismo, de conformidad con el ordinal 3° del artículo 84 del Código Penal. Es recomendable aplicar este sano criterio a todo aquel que preste su apoyo a los perpetradores que aseguren la ejecución.¹⁶⁵

Otro típico caso de complicidad es aquel donde el sujeto facilita la perpetración del hecho al traer a la víctima al sitio donde se ejecutaría el delito,¹⁶⁶ el cual se califica de conformidad con el ordinal 3° del artículo 84 del Código Penal.¹⁶⁷

Asimismo, en sentencia de fecha 24-05-1989, la Casación Penal de la ex Corte Suprema de Justicia consideró que era cómplice y no coautor el co-procesado que se quedó en el vehículo mientras los otros cometían un robo y, en su ejecución, dieron muerte a un sujeto.¹⁶⁸

Ahora bien, no sólo la voluntad de conducción hacia un fin deseado resulta ser lo decisivo para definir al autor de un hecho, sino también el aporte material u objetivo de los intervinientes en un mismo hecho, para calificarlos como autores o partícipes. Esta posición sólo se entiende si se acude a una interpretación sistemática de la Ley, en contraposición a la interpretación exegética de la Escuela Dogmática que conlleva una aplicación mecánica que desnaturaliza el derecho mismo. La Corte Suprema se aproximó hace ya algunos años a este enunciado, apartándose un tanto del formalismo dogmático y dejando a la libre apreciación del Juez la calificación en una participación delictiva cualquiera. En esa ocasión expresó: “El artículo 83 del Código Penal no es de los que dan a los hechos punibles una calificación jurídica determinada, sino una disposición general aplicable por los jueces en todo caso de delitos en cuya perpetración concurren varias personas”.¹⁶⁹ En otra oportunidad de vieja data sostuvo que

¹⁶⁵ Pierre Tapia, Oscar. *Jurisprudencia de los tribunales de última instancia*. N° 3. Año 1. Julio de 1990, p. 402. En sentido distinto opina Mendoza Troconis en su obra citada, p. 163. Asimismo, véase J. T. R. Vol. VII, Tomo 1, p. 559.

¹⁶⁶ G. F. N° 20, del 18-06-58, p. 491.

¹⁶⁷ En el mismo sentido, véase a título de ejemplo las siguientes sentencias de Casación: G.F. N° 2, del 15-06-1949, p. 219; Sentencia del 1-08-1914, M. 1915, p. 194; Sentencia del 7-12-1944, M. 1945, T.II, p. 341.

¹⁶⁸ Pierre Tapia, Oscar. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Mayo de 1989, Año XVI, p. 312.

¹⁶⁹ Sentencia del 3-11 1919, Memoria 1920, p. 487.

la penalidad de los intervinientes en un delito estaba relacionada “...*de acuerdo con una participación en el hecho*”.¹⁷⁰ En definitiva, es el Juez quien debe preguntarse quiénes y por qué han tenido dominio de la acción y por qué otros no lo tienen.

Con estos criterios jurisprudenciales se pueden extraer dos elementos de orden práctico que sirven para definir la complicidad:

- i) La cooperación o auxilio del cómplice es secundaria y contingente en la realización del hecho, es decir, su participación no es indispensable, salvo el caso de la complicidad necesaria a que se contrae el único aparte del artículo 84 del Código Penal venezolano, y que se ha categorizado como autor en esta investigación.
- ii) El cómplice no participa “*materialmente*” en la ejecución del hecho –ya que sólo lo hacen los perpetradores y los cooperadores inmediatos–, sino que presta un auxilio o cooperación que puede ser a través de medios materiales para que éstos puedan ejecutar el acto criminoso que se proponen. En este sentido, Casación ha expresado que los casos de complicidad previstos en el artículo 84 del Código Penal “...*excluyen toda situación en el cual el agente realice actos ejecutivos constitutivos de autoría*”.¹⁷¹

6. PRINCIPIOS QUE RIGEN EN LA COMPLICIDAD COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN

En términos generales, estos principios se aplican a los dos modos de participación reconocidos por la mayoría de las legislaciones investigación que la instigación en la legislación venezolana está considerada como una forma de autoría y no de participación, entonces los principios que se desarrollarán a continuación se aplicarán especialmente a la figura de la complicidad.

6.1 PRINCIPIO DE LA ACCESORIEDAD

Se dice que la complicidad es accesoria porque requiere la existencia de un hecho principal ya consumado, o bien que se haya verificado una tentativa punible o un delito en grado de frustración; de allí que la doctrina nacional

¹⁷⁰ Sentencia del 9-08-1920, Memoria 1921 p. 393.

¹⁷¹ Sent. del 17-01-75; G. F. Año 1987, 3, p. 687.

admite la *complicidad en la tentativa*.¹⁷² De este principio se derivan las siguientes consecuencias:

- i) La complicidad liga los hechos o actos y no a los individuos, de tal suerte que el cómplice se castiga en razón de su actividad y no de la culpabilidad del autor, por ello el cómplice pudiera ser enjuiciado y penado, independientemente de la detención del autor principal.¹⁷³
- ii) Las causas que operan sobre el hecho principal (*in rem*) y lo extinguen, favorecen al cómplice: por ejemplo, la amnistía y la prescripción; en cambio las causas que operan sobre la persona (*in personam*), dejan subsistente la complicidad: por ejemplo, la muerte del autor.¹⁷⁴
- iii) El desistimiento del autor en la ejecución de un hecho punible favorece al partícipe.

6.2 PRINCIPIO DE LA CONVERGENCIA SUBJETIVA

La *convergencia subjetiva*, como bien lo señala Arteaga Sánchez siguiendo a Núñez, significa que en la participación por complicidad “...*debe darse una coincidencia interna de voluntades hacia el hecho común, lo que no necesariamente supone un pacto expreso entre los que intervienen en el hecho, siendo suficiente la conciencia de colaborar para la realización de un hecho común*”.¹⁷⁵ Es decir, esa concurrencia de voluntades lleva implícito el conocimiento de la realización conjunta de un mismo tipo penal.

Sobre la base de ese conocimiento se erige el dolo de la participación por complicidad, que consiste en querer el resultado que afecta al bien jurídico; de no existir, se estaría en presencia de una autoría colateral.

Con respecto a la llamada *convergencia objetiva*, se puede expresar que en ella priva el criterio de la causalidad, “...*en el sentido que no puede considerarse partícipe a quien no haya observado un compromiso relevante desde el punto de vista causal. Es necesario que el partícipe haya contribuido*

¹⁷² Cfr. Arteaga Sánchez, A. *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 368; Mendoza Troconis, J. R. *Curso de Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 169.

¹⁷³ Mendoza T., *Curso de Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 169.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 168.

¹⁷⁵ Arteaga S., Alberto. *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 369.

efectivamente a la perpetración del delito".¹⁷⁶ Ahora, si bien es cierto que este principio ha sido referido en la doctrina nacional por el mencionado autor; sin embargo, no debe aceptarse como principio esencial en los casos de participación por complicidad, ya que los ordinales 1°. (*"Excitando o reforzando la resolución..."*) y 2°. (*"Dando instrucciones..."*) del artículo 84 del Código Penal, se refieren a supuestos "intangibles" que no pueden ser apreciados desde el punto de vista *causal*; por el contrario, puede aceptarse que el "excitado?" converge *subjetivamente* con el autor principal en la planificación de un hecho criminoso.

6.3 PRINCIPIO DE LA COMUNICABILIDAD

Se encuentra consagrado en el artículo 85 del Código Penal vigente, que textualmente reza:

Las circunstancias agravantes o atenuantes inherentes a la persona del delincuente o que consistieren en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran.

Las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o en el de su cooperación para perpetrar el delito.

En esta forma el legislador resuelve lo referente a la comunicabilidad de las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad de los concurrentes en un mismo delito, distinguiendo las circunstancias PERSONALES de las llamadas MATERIALES, OBJETIVAS O REALES.

6.3.1 Antecedentes legislativos del artículo 65 del Código Penal

La formulación del artículo transcrito viene de la legislación española del siglo pasado, la cual quedó plasmada con algunas variantes, en el artículo 60 del Código Penal de 1873. Como refiere Francisco Ochoa en sus comentarios a este código:

Son circunstancias que se refieren a la persona y sólo pueden perjudicar o favorecer a aquél en quien concurren, como que tienden a

¹⁷⁶ Bello Rengifo, C., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 390.

aumentar o disminuir su culpabilidad en la participación del hecho punible. Tales son las relaciones de parentesco con el ofendido, la menor edad, la vagancia, la embriaguez y tantas otras que sin dificultad se encuentran.¹⁷⁷

Aunque Chiossone menciona como antecedente legislativo de esta norma a los artículos 65 y 66 del Código Penal Italiano de 1897, sin embargo, el comentarista Ibrahim García discrepa en este sentido, ya que las disposiciones equivalentes difieren en puntos esenciales,¹⁷⁸ es decir, se entiende que el criterio italiano extendió los agravantes inherentes a la persona del sujeto activo a los otros participantes cuando las hubiesen conocido.

El contenido antes desarrollado quedó plasmado en el artículo 68 del Código Penal de 1904; posteriormente quedó impreso en el artículo 67 del Código Penal de 1912 y, por último, en el artículo 84 del Código de 1915.

6.4 DEFINICIÓN DE CIRCUNSTANCIAS

Para una mejor sistematización de este punto, se seguirá el esquema desarrollado por Reyes Echandía en su trabajo “La Comunicabilidad de Circunstancias en la Coparticipación”.¹⁷⁹

En esta forma amplia, se entiende por circunstancia aquel accidente de tiempo, modo o lugar que se halla unido a la esencia de algún hecho. También se le da el concepto de circunstancia a los aspectos modales, temporales, o especiales con que la conducta típica ha de realizarse; en tales casos, la circunstancia se integra al elemento del cual se predica, como la violencia en relación con el robo, o las maniobras respecto de la estafa.

En sentido jurídico-penal, las circunstancias se oponen al elemento o circunstancia *inherente al tipo*: este último elemento integra la estructura misma de la figura delictiva, es decir, aquella “que el legislador ha querido integrar a la descripción del tipo”¹⁸⁰ y que pertenecen a la **esencia** del delito, las cuales se comunican al partícipe, respondiendo como tal y no como autor. El ejemplo

¹⁷⁷ Ochoa, Francisco. *Exposición del Código...*, Op. Cit., p. 155.

¹⁷⁸ García, Ibrahim. *Análisis crítico...*, Op. Cit., p. 299.

¹⁷⁹ En *Derecho Penal y criminal*. Vol. 1 N° 4. Bogotá (Colombia), Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Noviembre 1978, p. 27-40.

¹⁸⁰ Etcheberry, A., citado por Arteaga Sánchez, A. *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 373.

típico se tiene en los delitos contra el patrimonio público, en los cuales el autor directo necesariamente tiene que ser *funcionario público*: quien coopera con éste en “malversación de fondos”, responderá como cómplice de tal delito. En cambio, las *circunstancias* juegan un papel secundario en cuanto no constituyen parte del delito; su misión es actuar en el campo de la punibilidad para aumentarla, disminuirla o excluirla. Son las que se han llamado del tipo “accesorio” o “subordinado”.

Debe señalarse que el propio Legislador suele indicar la función punitiva que le quiere asignar a una determinada circunstancia, con expresiones tales como “*la pena prevista en el delito ...se agrava o atenúa, cuando el hecho se realiza...*” (Aquí viene la mención de la respectiva circunstancia).

Las circunstancias a que se refieren los artículos 74 y 77 del Código Penal venezolano funcionan como mecanismos accesorios del tipo y sólo tienen influencia al momento del cálculo de la pena.

6.4.1 Clasificación de las circunstancias

Las circunstancias se dividen, según la doctrina, de acuerdo a su *origen*, sus *efectos* y su *campo de acción*.

a) En cuanto a su **ORIGEN**:

De acuerdo a esto, pueden ser *personales o subjetivas* y materiales, reales u objetivas.

a1) Se denominan **PERSONALES**:

Aquellas circunstancias predicables *del sujeto activo de una conducta típica; pueden referirse a calidades o características biosíquicas*, como edad que posea en el momento del hecho o la alteración emotiva con que actúe; a condiciones de naturaleza jurídica, como el ser funcionario público u ostentar la calidad de reincidente; a categorías éticas como la de mujer honesta; o a la naturaleza de la actividad profesional que se ejerza, como la de comerciante.¹⁸¹

¹⁸¹ Reyes Echandía, A. *La comunicabilidad...*, Op. Cit., p. 28.

a.2) Son circunstancias **MATERIALES**:

Aquellos aspectos modales (como la violencia, la clandestinidad o el empleo de armas), temporales (como el actuar de noche) o especiales (como realizar la conducta en despoblado), referibles al hecho típico; también lo son ciertas condiciones o características del sujeto pasivo (como su indefensión, su honestidad o una alteración sicosomática), o del objeto material (como la de semoviente o equipaje); igualmente ha de entenderse como circunstancia material cualquier comportamiento del agente posterior al hecho delictivo que tenga relevancia jurídica en el ámbito de la punibilidad, como el matrimonio realizado con la mujer a quien se ha violentado sexualmente.¹⁸²

b) En cuanto a sus **EFFECTOS**:

De acuerdo a esto, las circunstancias tienen el carácter de *Agravantes, Atenuantes o Excluyentes de Punibilidad* que, combinadas con la primera clasificación, dan origen a las llamadas circunstancias agravantes subjetivas-objetivas y atenuantes subjetivas-objetivas.

b.1) Se consideran *AGRAVANTES* aquellas circunstancias cuya existencia posterior y reconocimiento implican aumento de pena para el responsable del delito en quien concurren. Así por ejemplo se tienen las *Agravantes Subjetivas* cuando el sujeto activo del delito actúa con premeditación (Ord. 5º del Art. 77 del CP) o cuando actúa con abuso de la superioridad del sexo, de las fuerzas, de las armas y de la autoridad capaz de debilitar la defensa del agraviado (Ord. 8º Art. 77 del CP). Además existen las circunstancias “agravantes subjetivas” atinentes a las *relaciones particulares con el ofendido*: por ejemplo, que el agraviado sea cónyuge del ofensor, o su ascendiente, o hermano (véase numeral 17 del Art. 77 del CP). Como “*Agravantes Objetivas*” se pueden mencionar las relativas al lugar donde se cometió el delito (en despoblado o en la morada del ofendido, por ejemplo); al tiempo de comisión del delito (nocturnidad) y, al modo de comisión del delito: mediante precio,

¹⁸² *Ibidem*, p. 29.

recompensa, promesa (Ord. 2º Art. 77 CP); empleando astucia, fraude o disfraz (Ord. 6º Art. 77 CP); mediante escalamiento, fractura u otros medios (Ord. 15 y 16, Art 77 CP).

b.2) Llámense *ATENUANTES* las circunstancias cuyo reconocimiento produce la disminución de pena prevista para el responsable del delito, en quien concurran; una “Atenuante Subjetiva” podría ser la minoría de edad en el autor del hecho o bien que goce de la atenuante prevista en el ordinal 1º. del Art. 74 del CP. Asimismo el caso “de no haber tenido el culpable la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo” (Art. 74, Ord. 2º del CP; y)

Como “*Atenuante Objetiva*” podría citarse la circunstancia prevista en el artículo 484 del CP, relativa al valor de la cosa robada, hurtada o apropiada indebidamente.

b.3) Se denominan *EXCLUYENTES DE PUNIBILIDAD*, en sentido genérico, a las circunstancias cuya aparición determina ausencia de pena a quien ha efectuado el comportamiento descrito en la Ley como delito; tal es el caso de la comprobación de una causa de justificación (“Legítima Defensa”, Art. 65 Ord. 3º del CP y) o de inculpabilidad (error, coacción), o en la presencia de un hecho que produce la no aplicación de pena a pesar de ser la conducta típica, antijurídica y culpable: y, g, las eximentes putativas o causas de impunidad (Ej. Art. 483 del CP).

c) En cuanto a su **CAMPO DE ACCIÓN:**

De acuerdo a tal punto de vista, las circunstancias pueden ser *genéricas o específicas*.

c.1) Se denominan *GENÉRICAS* a aquellas circunstancias aplicables a cualquier hecho punible, como las mencionadas en los artículos 74 y 77 del Código Penal.

c.2) Llámense *ESPECÍFICAS* a aquellas circunstancias que sólo son aplicables a un determinado delito; son ellas las que conforman las llamadas tipos “accesorios o subordinados”, como las contenidas en el artículo 457 del CPV, referidas a las violencias o amenazas del robo.

6.5 CIRCUNSTANCIAS COMUNICABLES

El Código Penal venezolano adopta el principio según el cual al partícipe (cómplice) de un delito sólo se le comunican las siguientes circunstancias: a) las personales del delincuente que agraven o atenúen la pena (Art. 85, encabezamiento), cuando éstas concurren o recaigan sobre aquéllos (partícipes); b) las circunstancias materiales o reales que igualmente agraven o atenúen el hecho, sólo cuando tuviesen conocimiento de ellas “en el momento de la acción o en el de su cooperación para perpetrar el delito” (Art. 85 del CPV, único aparte).

Esto no es más que una derivación lógica del principio de la accesoriedad, ya explicado, que domina la teoría de la complicidad. Por otra parte, como refiere Reyes Echandía:

La exigencia del conocimiento que el cómplice ha de tener de la respectiva circunstancia se explica porque su voluntaria participación en el hecho punible del autor supone conocimiento de los elementos que integran el tipo legal a cuya realización contribuye y de cuya realización contribuye y de las circunstancias que modifican su punibilidad; sería ilógico e injusto cargar a la cuenta de alguien –en este caso del cómplice– un hecho para él desconocido; como cuando el cómplice ignora que ayuda a dar muerte al hermano del autor material del homicidio.¹⁸³

De manera pues, que siguiendo el esquema desarrollado en este punto, se puede afirmar que, de las circunstancias PERSONALES, sólo se comunican las referidas en los puntos: a.1) Personales: b.2) Atenuantes, sólo las objetivas; b.3) Las excluyentes de punibilidad, por vía del principio de la accesoriedad. Las circunstancias agravantes subjetivas, inherentes a la persona del delincuente y/o relaciones particulares de éste con el ofendido, no se comunican a los cómplices; lo mismo sucede con las atenuantes subjetivas. En cuanto a las circunstancias MATERIALES o reales comunicables, pueden señalarse las previstas en el punto a.2) Materiales: Las que consistieren en la ejecución material del hecho o bien, como medios empleados para realizarlo; b.1) Las agravantes objetivas siempre se comunican a los partícipes en el delito.

¹⁸³ Reyes Echandía, A. *La comunicabilidad...*, Op. Cit., p. 30.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La posición aceptada en este trabajo puede construirse sobre los siguientes presupuestos: El criterio final-objetivo, con todas sus modalidades, constituye un avance doctrinal para el estudio de la autoría y participación criminal y, por ende, podría ser aplicable en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, no ha conseguido explicar –en el orden práctico– el por qué el autor tiene el dominio de la acción y el partícipe no. Por ello es conveniente agregar:

- Se debe acoger el concepto “restrictivo” de autor y, por ende, los principios que rigen la participación, serían disposiciones *extensivas de punibilidad*, ya que la actividad del partícipe dentro de la ejecución del delito es distinta a la del autor.
- Puede aceptarse asimismo, la teoría final-objetiva dentro del ordenamiento jurídico penal, tal como lo concibe actualmente la doctrina y la jurisprudencia patrias: para el autor directo, puede regir el criterio del “dominio de la acción”; para las dos figuras de la coautoría y el cooperador necesario, rige el principio del “dominio de la voluntad”. Sin embargo, la categoría del instigador corresponde más a las formas de participación y no de autoría, pues no existe realmente el dominio de la voluntad, ya que el inducido –siendo un sujeto capaz– es libre y responsable de sus actos, a menos que se trate de situaciones donde se le induce por error, coacción o se aprovechan de su situación de incapaz, que en estos casos se puede resolver por las formas de determinación de la autoría mediata.
- La autoría mediata sólo puede ser admitida en la legislación venezolana en los casos previstos en los artículos 38 y 70 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. En los casos actuales donde exista el empleo de coacción, error en el inducido o bien se le utilice como “instrumento” o por su estado de inimputabilidad (menor de edad o enajenado mental), se deben resolver por la vía de la instigación o autoría intelectual, ya que la norma sustantiva (único aparte del artículo 83 del CPV), no hace diferencia de si se trata o no de un sujeto capaz. También pudiera acudir a la figura de la autoría simple, con las agravantes de pena señaladas en esta investigación.
- Para la rebaja que debe corresponderle a los partícipes, es decir, al simple cómplice, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad pe-

nal es individual, y que cada agente responde por el grado de intensidad de su propia acción, la cual depende no sólo de la magnitud objetiva del daño o peligro que ella genera, sino también por la importancia de su contribución al logro del resultado.

– Asimismo, en cuanto a la participación, debe anotarse que, siendo una forma de colaborar dolosamente en el delito de otro, no puede admitirse la participación en los delitos culposos. En cuanto a los diversos modos de complicidad existentes, debe privar un criterio amplio, a sabiendas que el cómplice coopera de manera subsidiaria y contingente en el proceso de un hecho criminoso.

Por todo lo expuesto y tomando en consideración las anotaciones preliminares que se han hecho a cada capítulo, se pueden hacer las siguientes *recomendaciones*:

– Debe existir una norma que abarque todas las categorías de autores, entre ellos: el autor directo, los coautores o perpetradores, los cooperadores inmediatos y/o necesarios.

– Deben equipararse las figuras del “cooperador *inmediato*” y “cooperador necesario”, dándoles el carácter de autores, tal como lo prevén los artículos 50 y 53 del proyecto del Código Penal presentado por el Instituto de Codificación y Jurisprudencia de 1957.

– Se sugiere que la figura del instigador, autor intelectual o “determinador” sea catalogada definitivamente como una categoría de autoría, al igual que la complicidad, quedando su redacción como está prevista actualmente (único aparte del Art. 83 del CPV), pero referida a la inducción de sujetos capaces jurídicamente y con la correspondiente rebaja de pena.

– Se recomienda la introducción de la figura de la autoría mediata en la legislación penal venezolana, limitada sólo a los repuestos de coacción, error e inimputabilidad, tal como lo prevé el artículo 56 del Proyecto de reforma del Código Penal de Tamayo-Sosa.

El interrogatorio y su valor probatorio en el proceso penal

Félix A. CROES VÁSQUEZ*

SUMARIO:

Introducción

1. **El interrogatorio:** 1.1 *Antecedentes históricos:* 1.1.1 En el Derecho Romano. 1.1.2 Antiguo Derecho germánico. 1.1.3 Revolución Francesa. 1.1.4 Legislaciones contemporáneas. 1.2 *Definición.* 1.3 *Tipos de interrogatorios:* 1.3.1 Interrogatorio informal. 1.3.2 Interrogatorio formal.
2. **Técnicas del interrogatorio:** 2.1 *Reglas de moderación en el interrogatorio:* 2.1.1 Autocontrol. 2.1.2 Información. 2.1.3 Velocidad. 2.1.4 Lenguaje. 2.1.5 Modales. 2.1.6 Precisión en la formulación de la pregunta. 2.1.7 Terminación. 2.2 *¿A quién va dirigido el interrogatorio?* 2.3 *Preguntas que se pueden formular:* 2.3.1 Preguntas narrativas 2.3.2 Preguntas abiertas. 2.3.3 Preguntas cerradas. 2.4 *Preguntas prohibidas:*

* Universidad Santa María, Abogado. Universidad Central de Venezuela, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, Despacho 4, Abogado Proyectista.

- 2.4.1 Preguntas capciosas 2.4.2 Preguntas sugestivas. 2.4.3 Preguntas impertinentes. 2.5 *Número de preguntas.* 2.6 *Preguntas para ilustrar el Juez su propio juicio.* 2.7 *Repreguntas.* 2.8 *Interrogatorio a imputados.* 2.9 *Interrogatorio a testigos.* 2.10 *Interrogatorio a expertos o peritos.*
3. **Objetivos del interrogatorio:** 3.1 *Objetivos del interrogatorio directo:* 3.1.1 *Objetivos procedimentales* 3.1.2 *Objetivos substantivos.* 3.2 *Redacción del acta.* 3.3 *Valoración probatoria del interrogatorio.*
4. **El interrogatorio en el Derecho Comparado:** 4.1 *En varios países:* 4.1.1 *EE.UU.* 4.1.2 *Perú.* 4.1.3 *Italia.* 4.2 *Diferencias entre el interrogatorio practicado en el sistema procesal inquisitivo y el sistema procesal acusatorio:* 4.2.1 *Sistema inquisitivo.* 4.2.2 *Sistema acusatorio.*

Conclusión

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo muestra el manejo y la técnica del interrogatorio, dentro del novedoso sistema procesal penal acusatorio.

Explora además, antecedentes históricos donde se refleja la ignorancia y la barbarie de los tiempos antiguos, donde la confesión era arrancada por el tormento y la tortura. Las relaciones de los cuerpos policiales y la administración de Justicia, proponiendo un sistema técnico adecuado que sirva de base para lograr el objetivo principal del interrogatorio: esclarecer el hecho y descubrir la verdad.

El interrogatorio es ante la Ley penal una prueba que ha de tener todo el rigor técnico y científico para poder cumplir su cometido de apoyo a la justicia, tal como lo prevé el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 356; aun cuando tal disposición le concede al Juez Presidente, luego de indagar del testigo sus datos de identidad personal y tomarle el juramento de rigor, pedirle sólo que declare lo que sabe sobre el hecho juzgado, pero no podrá de ninguna manera el Juez, interrogar a los testigos antes que las partes, pues estaría quebrantando su rol de mediador.

El legislador le confiere además de a los Jueces profesionales y a las partes, también a los Escabinos la posibilidad de interrogar a testigos y expertos siempre dentro del principio vital de los hechos objeto del debate propuestos por las partes.

En la Justicia Penal, el interrogatorio es parte fundamental en la comprobación del cuerpo del delito que acredita la materialidad de un hecho y señala al funcionario judicial si realmente las respuestas obtenidas a través del interrogatorio practicado tienen nexo de causalidad con los acontecimientos ocurridos y

que se investiga. De todas las diligencias que el profesional del derecho le toca practicar dentro de las etapas del proceso penal, ninguna le produce y suscita mayor temor que la del interrogatorio o contra interrogatorio, es una razón por la cual muchos abogados prefieren especializarse en otras ramas del derecho, diferente a la penal. Lo cierto es que la eficacia de un interrogatorio dependerá, en gran parte, del conocimiento de los objetivos que se busca lograr. El abogado que ha preparado su caso y evaluado el testigo o los testigos estará capacitado para comparar o considerar hasta dónde le será posible avanzar y obtener éxito en el interrogatorio.

El interrogatorio, como toda prueba, debe procurarse en forma lícita, así lo destaca el artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal, consiste en que sólo serán admisibles como medios de prueba aquellos cuya obtención se haya producido conforme a las reglas establecidas en este Código, la falta o el quebrantamiento de la formalidad exigida produce la ilegalidad de la prueba así obtenida.

1. EL INTERROGATORIO

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Señala Arminio Borjas¹

En la antigüedad se sometía al sufrimiento físico o psicológico a una persona para que confiese la culpabilidad de un hecho punible, o en su defecto contribuya a encontrar las evidencias incriminatorias y al verdadero autor. Con el sistema inquisitivo nació el paradigma de la búsqueda de la verdad para alcanzar una justicia clara y al inquisidor se le dotó de la “tortura” para alcanzarla, mecanismo que muchos cuerpos policiales empleaban y las personas terminaban confesándose culpables o convictos de un delito, que en la mayoría de las veces no habían cometido, tan sólo por poner fin al suplicio al que eran sometidos.

1.1.1 En el derecho romano de los últimos tiempos del Imperio, la declaración surtía los efectos de la confesión y hacía innecesaria toda otra prueba contra el confesante: *Confessus pro judicato est qui quo dammodo sua sententia damnatur*; pero como la confesión espontánea no era frecuente, se la provocó por medio de la fuerza, y el terror era consecuencia inevitable del silencio o de la

¹ *Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano*. pp. 484 y 53. Tomo I. Mobilibros 7 Edición 1992. Caracas - Venezuela, p. 484.

negativa del inculpado. No solía aplicársela sino después de agotados los medios persuasivos que inducían a que se hiciese plena declaratoria de la culpabilidad, pero los jueces podían repetir su aplicación cuando el silencio persistente del reo se mostraba más fuerte que el tormento.

1.1.2 En el antiguo derecho germánico, se procedía igualmente al interrogatorio del inculpado y se pautaban los requisitos de modo, tiempo y forma en que debía hacérsele, a fin de lograr una confesión espontánea, sin que hubiera lugar antes a la tortura que la provocase. En los Estados alemanes, no se podía sentenciar el juicio penal sin que precediese la confesión formal del inculpado, aun cuando por otros medios estuviera comprobada su culpabilidad. En el mismo concepto de la confesión y de su necesidad como prueba se inspiró el Legislador francés de las Ordenanzas; y así se lee en una de éstas que “...los delincuentes, tanto detenidos como citados, deben comparecer en persona para ser diligente y reiteradamente interrogados, para que de los labios del acusado surja, a ser posible, la verdad de los crímenes, de los delitos y de los abusos”.

1.1.3 La Revolución Francesa, aporta luego un nuevo concepto de la declaración del procesado, y la considera como un medio de defensa concedido a éste. Según una Instrucción de septiembre de 1791, el indiciado conducido a presencia del oficial de policía, debe cuanto antes ser interrogado por éste. A más tardar dentro de las veinticuatro horas, y si se destruye la inculpación y se justifica plenamente, deberá ser puesto en libertad enseguida. El Código del 3 de Brumario del año IV reproduce esa misma disposición.

1.1.4 Las legislaciones contemporáneas se han inspirado en los mismos principios, y en casi todas ellas la declaración del indiciado es, a la vez que un medio de investigación de la verdad, que puede constituir una prueba propiamente dicha, un medio de defensa del procesado, que le permite hacer conocer los hechos que le favorezcan y le sirvan de descargo, y establecer la manera de comprobarlos. El interrogatorio, dice la ley alemana, deberá suministrar al encausado la ocasión de refutar las sospechas que sobre él pesan y de hacer valer sus medios de defensa.

Actualmente en nuestro país (Venezuela), con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal surgió una limitación a los abusos cometidos en la búsqueda del dato probatorio, cuando el Legislador prohíbe la valoración de pruebas, que directa o indirectamente fueron obtenidas e incorporadas al proceso al margen de la ley o quebrantándose garantías fundamentales. En consecuencia, está prohibido emplear métodos apartados del régimen probatorio, según prevé el artículo 197 del citado Código, la legalidad de la prueba implica

que sólo los elementos de convicción adquiridos sin menoscabo de derechos fundamentales serán valorados en el proceso penal.

1.2 *SU DEFINICIÓN*

Se entiende por interrogatorio el acto de formular una serie de preguntas a quien deba contestarlas (el interrogado) con las que se pretende esclarecer un hecho, generalmente delictivo. Autores como Julio Romero Soto² le da el nombre también de “*examen directo*” y lo define afirmando que “...es el vehículo que permite al abogado en la audiencia introducir esta prueba al jurado. Desde el punto de vista del investigador el conocimiento del directo examen o interrogatorio es indispensable, porque sin él no puede cumplir su tarea...” y agrega: “...El abogado de la defensa debe estar, por otra parte familiarizado con el interrogatorio en forma tal que pueda objetar la introducción y la prosecución de la evidencia que sea impropia y no aducir cualquier prueba que pueda de cualquier manera lesionar a su cliente...”. Para Jeremías Bentham³ el interrogatorio “...es el instrumento más eficaz para la extracción de la verdad, en cualquier parte que ésta se encuentre; y en los casos dudosos es preciso recurrir a él”.

Constituye entonces, en nuestra opinión un acto de investigación y de defensa que, puede, bajo el cumplimiento de determinadas condiciones, erigirse en un acto de aportación de hechos, más que un acto de prueba. Se le relaciona como regla general con la declaración indagatoria, término muy empleado en el derogado sistema inquisitivo, a través de ésta se procedía a interrogar judicialmente a una persona declarada procesada.

1.3 *TIPOS DE INTERROGATORIO*

1.3.1 *Interrogatorio informal (extrajudicial)*

Como lo indica su nombre, es el interrogatorio realizado fuera de juicio no está sujeto a ninguna formalidad.

² *Técnica Jurídica de Investigación e interrogatorio*. Edición Librería del Profesional 1989. Colombia, p. 52.

³ *Tratados de las Pruebas Judiciales*. Tomo I. Ediciones Nueva Jurídica 2000. Bogotá Colombia, p. 288.

Para Hernando Devis Echandía,⁴

...Esta especie de interrogatorio de las partes se encuentra en algunos ordenamientos legales del proceso civil y es común en los penales a través de la indagatoria del sospechoso. Con él se persigue, principalmente, pero no de manera exclusiva, poner al juez en contacto con las partes para obtener mayor claridad sobre los hechos que interesan al proceso, sin una finalidad específica probatoria, por lo cual excluye necesariamente el juramento del interrogado y tiene ocurrencia antes del período probatorio... Con este interrogatorio no persigue el juez formar su convencimiento sobre la realidad de los hechos, sino procurar un contacto personal con las partes, una mejor intermediación para un adecuado conocimiento de causa, que le permita decidir con equidad y acierto. No se trata de tomar una prueba, ni de recibir una declaración informativa representativa, como sucede en la confesión o el testimonio, sino de precisar la declaración de voluntad de la parte en el planteamiento del litigio"... y además agrega: "Creemos que no se justifica asignarle al interrogatorio informal de las partes un fin exclusivamente aclarativo, no sólo porque es inevitable reconocerle esa indirecta función probatoria, sino también porque es ilógico quitarle a las declaraciones de parte que por ese medio se obtengan el valor de confesión espontánea o de admisión libre de los hechos, cuando favorezcan a la parte contraria; y si el juez tiene testimonio de parte, sujeto a la libre crítica del funcionario, en lo favorable al interrogado..."

1.3.2 Interrogatorio formal (judicial)

El medio para provocar la confesión judicial es el interrogatorio formal. La parte que quiere interrogar al adversario sobre los hechos de la causa debe proponer las preguntas sobre las cuales el testigo responderá, deduciéndolos, por artículos separados y específicos, eso es, formulando con la mayor claridad y precisión las preguntas. Siempre que los hechos articulados sean relevantes, el interrogatorio es siempre admisible. Las preguntas se harán sobre los hechos que las partes concuerdan y que el Juez considere útiles. Podrá el Juez pedir las aclaraciones oportunas sobre respuestas dadas. Aquí la parte interrogada debe responder personalmente, no puede servirse de escritos preparados, pero el

⁴ *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Editorial A B C. 1995. Colombia

juez le puede consentir valerse de notas o apuntes, cuando deba hacer referencias a nombres o cifras, o cuando circunstancias particulares lo aconsejen. El interrogatorio formal a instancia de parte se dirige contra la persona a quien se interroga, en el sentido de que tiende a ponerlo en trance de hacer declaraciones contrarias a su propio interés, el interrogatorio formal tiende a provocar una confesión con eficacia de plena prueba legal.

2. TÉCNICAS DEL INTERROGATORIO

2.1 REGLAS DE MODERACIÓN EN EL INTERROGATORIO

2.1.1 *Autocontrol*

Quien elabora las preguntas en el juicio oral, sea éste Fiscal o Defensor debe saber cómo dominar sus emociones; en situaciones duras o complicadas, no puede dejarse arropar por las mismas. Debe mostrarse y permanecer calmado, natural y objetivo. Si recibe una respuesta adversa o indeseada, debe aceptarla y mantener hábilmente el interrogatorio. Si la parte que interroga, muestra demasiada inquietud al momento de hacer la pregunta, sólo producirá resistencia en el testigo. Debe ser formulado de viva voz por la parte promovente. El interrogador debe tener sus manos libres la mayor parte del tiempo, sus ojos tienen que estar fijos en el testigo.

2.1.2 *Información*

Para elaborar una pregunta, se requiere primeramente, que quien la elabore esté debidamente documentado o instruido sobre el problema litigioso –informado sobre el objeto o los hechos– y con relación a la personalidad de quien va a ser interrogado, información sobre la persona, edad, su profesión y cultura. Esto nos ayudará a delinear un cuadro exacto de los antecedentes y rasgos psicológicos del carácter del testigo. Entiéndase, que no puede resultar lo mismo interrogar a un rústico campesino que a un residente de la ciudad. Se recomienda por anticipado preparar un cuestionario donde queden asentados algunos aspectos importantes y fundamentales, así poder concentrarse durante la realización del interrogatorio.

2.1.3 *Velocidad*

Un interrogatorio eficiente tiene que llevarse a cabo a un ritmo casi implacable, que no le permita al testigo crear o fabricar sus respuestas, pues un testigo que diga menos de la verdad absoluta necesita tiempo para meditar sus respuestas y darles forma.

2.1.4 *Lenguaje*

La palabra, el lenguaje debe tener fluidez. Quien interroga debe expresarse con claridad y precisión, debe saber escoger las palabras y frases adecuadas para lograr su propósito. Todo ello tomando en cuenta el nivel cultural del testigo, como anteriormente se señaló. Si el testigo es un analfabeto, deberá usar palabras claras y un vocabulario sencillo, comprensible al testigo, no emplear palabras o términos rebuscados. Debe tener habilidad para tratar al testigo según su condición social, respetarlo y hablarle correctamente. El interrogador que falle al adherirse al lenguaje del interrogatorio directo hace una invitación a la objeción que le habrá de ser hecha al ejecutar su propósito. Por el contrario, empleando el lenguaje adecuado, el interrogador estará capacitado para controlar la naturaleza del testimonio, previendo las objeciones de la contraparte y conducir una eficaz dirección del interrogatorio.

2.1.5 *Modales*

Quien interroga debe tener cuidado con el vocabulario a emplear, no subestimar o irrespetar al interrogado –y a los presentes en la audiencia oral– usando palabras impropias o vulgares, tal comportamiento desmejora la imagen del profesional del derecho. Por mucho malestar que le produzca el interrogado con su respuesta o actitud negativa, no debe el interrogador enojarse y perder la compostura, de lo contrario pierde vista de su objetivo y concentra sus esfuerzos en humillar al interrogado.

2.1.6 *Precisión en la formulación de la pregunta*

Las preguntas deben ser directas, pertinentes, concretas y útiles, tanto para la investigación del hecho y de su autor, como para evidenciar la inocencia del imputado. Quien lleva a efecto el interrogatorio, le resultará favorable o conveniente el conocer ciertas palabras para resolver el problema con testigos que omiten dar detalles importantes en sus respectivas declaraciones. Esas palabras conocidas son: *Describe, explique, demuestre*. De esa manera podrá obtener la información precisa del informante.

2.1.7 *Terminación*

Un interrogador debe retirarse de la escena en el momento preciso sin insistir, debe saber cómo, cuándo y dónde suspender un interrogatorio.

Sólo el Juez podrá interrumpir a los testigos para corregir cualquier exceso, estará atento para protegerlos contra cualquier maltrato o insulto y hacer efectiva toda la libertad que debe tener para decir la verdad.

2.2 *¿A QUIÉN VA DIRIGIDO EL INTERROGATORIO?*

El interrogatorio va dirigido a todo aquel sujeto o persona que esté en posesión, conocimiento de información respecto a hechos de tipo delictivo acontecidos en determinado momento y que a través de sus testimonios se puede esclarecer cómo ocurrió y sobre quién cae la responsabilidad.

2.3 *PREGUNTAS QUE SE PUEDEN FORMULAR EN EL INTERROGATORIO*

Doctrinariamente se nos ha mostrado los siguientes tipos de preguntas a formular, éstas vienen a ser:

2.3.1 *Preguntas narrativas*

Llamadas así por cuanto buscan que el interrogado dé una respuesta en forma de narración. Se pide la descripción de los hechos percibidos por el testigo, en una forma generalizada, sin entrar a exigirle limitaciones, fechas o términos al acontecimiento. Las preguntas suelen iniciarse interrogándose *¿qué?*, *¿quién?*, *¿dónde?* y *¿por qué?*

Ejemplo de este tipo de pregunta: *¿Qué observó usted, en los sucesos donde perdiera la vida el ciudadano fulano de tal?*

La pregunta anterior refleja, ser una pregunta narrativa, el testigo dependiendo de su calidad y conocimiento puede abundar en detalles; o por el contrario aporta escasos elementos fácticos de importancia.

2.3.2 *Preguntas abiertas*

Es un género de preguntas narrativas, pero referidas a un determinado hecho en particular y no a la generalidad de lo acontecido, por ejemplo: *¿Dónde concretamente se encontraba usted el día que el carnicero le disparó a su mujer?*

Este tipo de pregunta abierta, va a producir respuestas amplias con abundancia de detalles, que acrecentará más credibilidad a la deposición del testigo.

2.3.3 *Preguntas cerradas*

Con ellas se trata de obtener detalles muy específicos de un hecho fáctico, que resulta de suma importancia traer al debate. Ejemplo: *¿Con cuál mano tomó el arma y disparó el acusado?*

2.4 PREGUNTAS PROHIBIDAS

Quien lleve la dirección del interrogatorio debe formular preguntas de una manera sencilla y clara, debe evitar hacer preguntas elaboradas con trampas y expresiones del argot policial, al testigo hay que hablarle con total claridad respecto a la materia sobre la cual se le ha llamado a declarar.

2.4.1 Preguntas capciosas

Son aquellas que por su forma especial de formularse, procuran inducir en error al declarante,⁵ se vale de artificios, engaños o deslealtades. La pregunta gira en torno a una suposición falsa.

Sería ejemplo de pregunta capciosa, dar por establecida una prueba que realmente no exista y preguntarle al indagado: ¿Cómo se explica que la víctima antes de morir, haya alcanzado a manifestar que fue Ud. la persona que le causó las heridas, motivo de su fallecimiento?, cuando realmente el occiso no alcanzó a hablar. Otra sería: ¿Cómo era el hombre que dio los gritos? Cuando ninguno habría gritado.

Asimismo, con estas preguntas se busca conducir y dirigir al testigo a que dé una respuesta que llene las necesidades y perspectivas de quien formula la pregunta. Otras preguntas de este tipo, tenemos las siguientes:

Pregunta: ¿Fue Ud., amenazado por el vigilante de guardia? ¿Es verdad?

Respuesta: Sí señor.

Pregunta: Señor, ¿Ud., es amigo del denunciante, correcto?

Respuesta: Sí señor.

Pregunta: ¿Ud., estaba a unos veinte metros de distancia de él cuando recibió el disparo que le quitó la vida, correcto?

Respuesta: Sí señor.

Pregunta: ¿Ud. No fue quien lanzó el primer golpe, es verdad?

Respuesta: No.

⁵ *Diccionario Jurídico Venelex*. Grupo Editorial DMA. C.A. 2003. Caracas. Venezuela.

Por lo general las preguntas capciosas conducen a las respuestas “sí” o “no”. Mediante el empleo de seis palabras recomendables, que debe emplear quien interroga al comenzar sus preguntas, las cuales son las siguientes: *Quién, qué, dónde, cuándo, cómo y por qué*, la parte que lleve a cabo el interrogatorio podrá estar seguro que el testigo declarará las cosas como él las sabe y no como el abogado cree saberlo. Ejemplo. Pregunta: ¿Cómo describiría el arma que Ud. decomisó al sindicado? Respuesta: Era una navaja mediana con cache de nácar con las iniciales L.M., estaba un poco oxidada.

La regla para prohibir en los interrogatorios las preguntas capciosas, está específicamente designada para contener la habilidad de quien lleva a cabo el interrogatorio a sugerir las respuestas al testigo. Los Tribunales y los Jueces tienen un legítimo interés en mostrar o hacer ver al testigo que sólo deberá declarar sobre lo que sabe y que no se sienta influenciado por quien lo interroga. Cuando una pregunta capciosa es formulada dentro del interrogatorio y una objeción es sostenida, inmediatamente el Juez hará una advertencia a quien interroga para que cambie la forma de su pregunta. Cuando en el debate Oral y Público, quien interroga persiste en su manera de hacer preguntas capciosas, su imagen quedará mal parada, además su estilo no hará más que interrumpir el curso de la declaración del testigo.

En Estados Unidos, la Legislación permite excepciones a la regla que prohíbe el empleo de preguntas capciosas, así encontramos que las preguntas capciosas pueden ser formuladas cuando es necesario desarrollar en una mejor forma la declaración del testigo sin que jamás se pueda insinuar a través de ellas la mentira. Se toma en cuenta, que quien interroga debe convencer al Juez o al Jurado que existe una fuerte razón que permita utilizar las preguntas capciosas. Las circunstancias en que se pueden emplear en el interrogatorio preguntas capciosas son las siguientes:

- a) Para mostrar un material determinado como introducción que no está en disputa.
- b) Para activar la memoria de un testigo cuyos recuerdos no están claros.
- c) Para asistir a un testigo que carece de comprensión, aquí cabría señalar, por ejemplo, un niño, una persona analfabeta o mentalmente deficiente.
- d) Para aminorar la credibilidad de un testigo de la contraparte.

Consideramos que estas posibilidades son más que todo de hecho, mas no de derecho, ya que lo cierto es que el Juez se abstendrá de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencias al momento de dirigirlas al testigo.

2.4.2 Preguntas sugestivas

Se le considera a aquella pregunta que enuncia por adelantado el contenido de la respuesta, o sea, insinúa una respuesta determinada. La objeción que se les hace a estas preguntas es porque obligan al testigo a dar la respuesta que en la misma se le insinúa, evitando que diga la verdad de los hechos que se investigan. Ejemplo: *¿No es cierto que fue usted la persona que robó y mató a su vecina fulana de tal?; ¿Fue cierto, sí o no, que usted vio al acusado cuando disparó su arma en dirección del hoy occiso fulano de tal?* Como se observa este tipo de preguntas sugestivas se hacen de manera que llevan en sí la respuesta o incita a la afirmativa, el interrogador la sugiere al declarante. Igualmente es bueno destacar que este tipo de preguntas no están permitidas en el interrogatorio directo, la parte que lo hace está perjudicando la credibilidad de su propio testigo, al sugerir la respuesta y no dejar que sea el mismo testigo con sus propias palabras quien narre los hechos por los cuales está siendo interrogado.

2.4.3 Preguntas impertinentes

Son las que carecen de nexo con la causa o la que, sea cual sea la respuesta no influye en su decisión, son aquellas tendentes a producir respuestas que no guardan relación con el hecho objeto del debate.⁶

Su relevancia puede surgir de su falta de fundamento, de su carencia de importancia, de su irrelevancia, son el tipo de preguntas que ocasionan después de las sugestivas mayor número de objeciones en el juicio, se dice que por la poca experiencia y del desconocimiento de las técnicas propias del interrogatorio son las razones de su origen. Ejemplo: *¿Botó mucha sangre la víctima?*

2.5 NÚMERO DE PREGUNTAS

El interrogatorio no podrá exceder de veinte preguntas, sin embargo, el Juez podrá adicionarlo con las que estime conveniente para aclarar la exposición

⁶ *Diccionario Jurídico Venelex*. Grupo Editorial DMA. C:A: 2003. Caracas. Venezuela

del interrogado o verificar otros hechos que interesen al proceso. El número de preguntas de veinte es producto de la tradición, no obedece a ningún criterio técnico.

2.6 PREGUNTAS PARA ILUSTRAR EL JUEZ SU PROPIO JUICIO

El Juez podrá hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para instruir y elaborar su propio juicio. El interrogatorio será formulado de viva voz por la parte promovente del testigo o por su apoderado, lo que quiere decir que se eliminan las preguntas por escrito. Además, concluido el interrogatorio la parte contraria o su apoderado podrá repreguntar de palabra al testigo sobre los hechos a que se ha referido el interrogatorio u otros que tiendan a esclarecer, rectificar o invalidar el dicho del testigo.⁷

2.7 REPREGUNTAS

El verdadero control de la prueba de testigo, lo ejerce la contraparte por medio de las repreguntas. Concluido el interrogatorio, la parte contraria o su apoderado, podrá repreguntar de palabra al testigo sobre los hechos a que se ha referido el interrogatorio u otros que tiendan a esclarecer, rectificar o invalidar el dicho del testigo.⁸

Cuando el testigo es común, es decir, presentado tanto por el actor como por el demandado, ambos tienen el derecho de repreguntarlo. Pero sólo para esclarecer, rectificar o ratificar sus dichos. Invalidarlo no tiene objeto si ambas partes creyeron en él. El promovente no puede repreguntar sus propios testigos. El derecho de repregunta sólo nace cuando el testigo ya ha sido examinado por el interrogante. Y ello es lógico, pues es indudable que las repreguntas que se le pueden formular son aquellas que se refieren a las contestaciones que el testigo dé al interrogatorio o que tiendan a esclarecer, rectificar o invalidar su propio dicho.

La repregunta tiene una función eminentemente crítica; con ella se persigue, no sólo la adquisición de nuevas noticias, sino, además y de un modo primordial, investigar el grado de sinceridad y veracidad del testimonio anteriormente rendido.

⁷ *Diccionario Jurídico Venelex*. Grupo Editorial DMA. C:A: 2003. Caracas. Venezuela

⁸ Cabrera Romero Jesús E. *Revista de Derecho Probatorio*. Editorial Jurídico Alba S.R.L. Tomo 3. 1.994. Caracas, Venezuela.

El contenido de las repreguntas es muy variado y dependerá, como es natural, de las características y elementos de los casos concretos. En esta materia como en la elaboración del interrogatorio, no hay recetario; pero sí podemos aproximarnos a un esquema sistemático. Por las repreguntas se exige al testigo:

- a) Que dé nuevos detalles que avalen la calidad de su testimonio o que demuestren su imprecisión.
- b) Que haga expresa mención de circunstancias pasadas por alto o en silencio.
- c) Que justifique racionalmente sus aserciones.
- d) Que se pronuncie sobre alguna cuestión aparentemente baladí, pero ligada al fondo de los hechos, cuya respuesta puede ser indicio de la fidelidad o de la sinceridad del testimonio.

2.8 INTERROGATORIO A IMPUTADOS

Tal como lo señala el Artículo 130 del Código Orgánico Procesal Penal, podrá declarar el imputado durante la investigación ante el Funcionario del Ministerio Público encargado de ella, cuando comparezca espontáneamente y así lo pida, o cuando sea citado por el Ministerio Público “...Durante la etapa intermedia, el imputado declarará si lo solicita y la declaración será recibida en la audiencia preliminar por el Juez... En el Juicio oral, declarará en la oportunidad y formas previstas por este Código...”.

El interrogatorio del imputado goza de las garantías constitucionales y legales siguientes: a) Presencia del defensor. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor; b) Deberá interrogársele, sin ningún género de coacción o violencia física o moral y sin juramento. Deberá responder el interrogado, pues, con entera libertad.

Al imputado antes de declarar, el Tribunal le impondrá del precepto constitucional que lo exime de declarar en causa propia (Artículo 49, ordinal 5°) y a no hacerlo bajo juramento, así mismo le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en caso de acogerse éste al precepto constitucional, el Juez indicará a la Secretaria: “Ciudadana Secretaria sírvase dejar constancia que el ciudadano XX, se acogió al precepto constitucional”.

El interrogatorio al imputado contempla la exigencia de que las preguntas sean directas, claras y precisas y que permitan su exculpación. El artículo 132 del Código Orgánico Procesal Penal, contempla que:

...El imputado podrá declarar lo que estime conveniente sobre el hecho que se le atribuye. Su declaración se hará constar con sus propias palabras... Tanto el Fiscal como el Defensor, podrán dirigir al imputado las preguntas que consideren pertinentes. Las respuestas del imputado serán dadas verbalmente...

De la normativa transcrita se desprende que el imputado en esta oportunidad de declarar tendrá ocasión de defenderse de las imputaciones concretas formuladas en su contra, es un verdadero acto de descargo y defensa. Su declaración será transcrita como lo señaló en la audiencia, aun cuando se exprese de manera indecorosa. A su vez, el artículo 133 del citado Código Adjetivo Penal, establece:

...La declaración del imputado se hará constar en un acta que firmarán todos los que hayan intervenido, previa su lectura. Si el imputado se abstuviere de declarar, total o parcialmente, se hará constar en el acta; si rehusare suscribirla, se expresará el motivo...

Y el artículo 134, expresa: "...En ningún caso se harán al imputado preguntas sugestivas o capciosas..."

En el artículo 347 del Código Orgánico Procesal Penal, se establecen las indicaciones de cómo puede prestar declaración el imputado en el desarrollo del debate.

...Después de las exposiciones de las partes, el Juez presidente recibirá declaración al imputado con las formalidades de este Código. Le explicará con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye, y le advertirá que puede abstenerse de declarar sin que su silencio le perjudique, y que el debate continuará aunque no declare. Permitirá que manifieste libremente cuanto tenga por conveniente sobre la acusación, pudiendo ser interrogado posteriormente. Podrán interrogarlo el Ministerio Público, el querellante, el defensor y el Tribunal, en ese orden. El imputado podrá abstenerse de declarar total o parcialmente.

Si en el interrogatorio, observa el defensor que el Fiscal del Ministerio Público formula preguntas que tienden a confundir al imputado o acusado, éste puede manifestarle al Tribunal que su defendido no va a continuar declarando.

2.9 INTERROGATORIO A TESTIGOS

El interrogatorio de los testigos se realiza fundamentalmente ante el Tribunal que lleva el proceso. Cada testigo debe ser interrogado individualmente y en ausencia del testigo que declare a continuación, así se evitaría la influencia recíproca de los testigos, especialmente por escuchar otras declaraciones. El testigo es inducido de expresar todo lo que sabe sobre el objeto de su declaración relacionada con lo que se investiga. En ello interviene el juez ayudando con preguntas, así como las partes, también tienen un derecho a preguntar. El testigo informa sobre percepciones recibidas en el pasado sobre hechos. El testigo es irremplazable, antes de que el Tribunal ordene la declaración testimonial, está determinado en el proceso quién puede ser testigo. Una de las facultades que tiene el Fiscal del Ministerio Público dentro del proceso penal, es precisamente interrogar al presunto imputado y a los testigos, pero sólo conociendo de antemano parte de los hechos que se investigan, sabrá cuándo y cómo interrogarlos. Los Fiscales que intervienen en el proceso penal, conforme al Código Orgánico Procesal Penal, deben poseer firmes conocimientos de criminalísticas y de técnica policial para dirigir la investigación penal y así poder estimar el resultado del trabajo de los organismos policiales que se le subordinan funcionalmente. Actualmente son los Fiscales quienes tienen la tarea de investigar, es decir, dirigen la investigación de fase preparatoria.

El testigo tiene la obligación de comparecer al Tribunal y de decir la verdad (pudiendo ser prevenido con las penas del delito de falso testimonio), en tanto que el procesado le asiste su derecho al silencio. Una vez que es llamado a declarar el testigo, el Juez Presidente deberá interrogarlo acerca de sus generales, (datos personales y de identificación), así podrá comprobar que se trata de la misma persona que fue propuesta como testigo, de inmediato se le hará saber de su obligación de decir la verdad so pena de incurrir en perjurio, pasando luego a tomarle el juramento que se requiere. Posteriormente, se le concederá la palabra a las partes para hacer las respectivas preguntas y repreguntas, iniciándolo aquel que haya propuesto el testigo. En este sistema procesal acusatorio, el orden para declarar los testigos es: primero les corresponde declarar los testigos de cargo, o sea, los de la acusación, y luego los testigos de descargo, es decir, los de la defensa. El testigo debe declarar oral y personalmente, no se le permite leer ningún papel o escrito para contestar, no obstante, cuando se trate de cantidades o cuestiones difíciles o complicadas, oídas las partes, el Tribunal podrá permitirle al testigo examinar sus notas. Los testigos serán interrogados separadamente, de modo que uno no oiga ni pueda saber lo que el otro ha declarado. Para tal fin, a quienes ya han rendido su declaración, no se

les permitirá que hablen con quienes aún no han declarado. Es bueno destacar, que en muchos juicios penales, a través del interrogatorio a testigos, han aportado algo nuevo que no se había llevado al debate, hechos y circunstancias nuevas que eran necesarias para el establecimiento de los hechos. Otro punto de mucho interés, es, en cuanto al idioma, en caso de no conocerlo el testigo, ordenará el Tribunal se nombre un intérprete conocedor del idioma que conoce y habla el interrogado, dicho intérprete le hará las preguntas y repreguntas que sean pertinentes en su idioma natal.

El artículo 355 del Código Orgánico Procesal Penal, nos señala:

Testigos. Seguidamente, el juez presidente procederá a llamar a los testigos, uno a uno; por los que haya ofrecido el Ministerio Público, continuará por los propuestos por el querellante y concluirá con los del acusado. El juez presidente podrá alterar este orden cuando así lo considere conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos. Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurre en el debate. Después de hacerlo, el juez presidente dispondrá si continúan en la antesala o se retiran. No obstante, el incumplimiento de la incomunicación no impedirá la declaración del testigo, pero el tribunal apreciará esta circunstancia al valorar la prueba.

2.10 INTERROGATORIO A EXPERTOS O PERITOS

El Juez con frecuencia amerita de conocimientos extrajurídicos, para comprobar o juzgar hechos que le resultan complicados o desconocidos, por ser materia de las ciencias médico-forenses y para obtener dichos conocimientos el tribunal puede servirse del perito, quien tiene todo el conocimiento técnico y científico, para poder cumplir su cometido de auxiliar de la justicia. En la justicia penal, el peritazgo médico legal es parte fundamental en la comprobación del cuerpo del delito que acredita la materialidad de un hecho y señala al funcionario judicial la existencia o no del nexo de causalidad entre una lesión infringida y la muerte, o entre unas lesiones y la incapacidad con sus secuelas, además de indicar circunstancias que explican la manera como se produjo el homicidio, unas lesiones personales o un atentado a la libertad sexual. Igualmente se requiere de la tecnología científica de otras ramas para descubrir a través de rastros, huellas etc. De donde proviene la evidencia encontrada. Por esa razón el Perito le trasmite los conocimientos específicos necesarios para tomar una justa decisión. Por esa razón el perito o experto, por sus conocimientos especiales es requerido por el Tribunal. No obstante, es bueno dejar claro que el

tribunal es libre en la elección del experto. En consecuencia los peritos son intercambiables, y pueden ser recusados por los mismos motivos que un juez, siendo por sospecha de parcialidad una razón.

El perito contesta su declaración en forma de un dictamen. De acuerdo al artículo 354 del Código Orgánico Procesal Penal, "...Los expertos responderán directamente a las preguntas que les formulen las partes y el Tribunal. Si resulta conveniente el tribunal podrá disponer que los expertos presencien los actos del debate. Podrán consultar notas y dictámenes sin que pueda reemplazarse la declaración por su lectura. Esta disposición es aplicable, en lo pertinente, a los intérpretes".

Con la declaración de los expertos o peritos en el juicio oral, se podrá verificar a través del interrogatorio directo, si los informes de las experticias practicadas en la fase investigativa, dan fe del contenido plasmado. Y comprobarse la solvencia técnica del experto que la suscribe.

3. OBJETIVO Y FUNCIÓN DEL INTERROGATORIO

El interrogatorio tiene como objetivo lograr que el testigo presente todos los hechos que le constan como los haya percibido, como los recuerde y los pueda reproducir oralmente. Con el interrogatorio se pretende indagar o averiguar los hechos punibles, pero, por otro, se levanta también en un acto de defensa privada, porque, a través del interrogatorio, puede el acusado exculparse de la imputación que sobre él existe. Tiene la posibilidad de ejercer el pleno derecho de defensa, por cuanto transcurre tras haber ilustrado el Juez al acusado de la imputación judicial que sobre él recae, lo que le permite poder contestar con fuerza y eficacia. Por esta razón, porque en ella se garantiza, con plenitud, el contradictorio y el derecho a la defensa y porque media una autoridad imparcial, como lo es el Juez, está llamado el interrogatorio a desplegar efectos probatorios, por supuesto si se cumplen las condiciones para su validez. Por otro lado, con preguntas específicas dentro del interrogatorio, bien sean pertinentes para acreditar todos los hechos, tanto constitutivos, como extintivos o excluyentes de la responsabilidad penal, dentro de estas preguntas se encuentran "las generales de la ley", tendentes a indagar la identificación del imputado, la averiguación de los cargos que se le imputan y de sus derechos de defensa, las preguntas dirigidas a acreditar su situación y las interesadas a determinar ciertas circunstancias modificativas de la culpabilidad, citemos por ejemplo, la edad del imputado; o si es o no reincidente.

3.1 OBJETIVOS DEL INTERROGATORIO DIRECTO

El estudio del interrogatorio directo podría comenzar con la consideración de los siguientes objetivos tanto substanciales como procedimentales.

3.1.1 *Objetivos procedimentales*

- a) Plantear cuestiones o hacer preguntas que puedan ser claramente entendidas por el testigo.
- b) Ajustar preguntas en un modo tal que puedan ser evitadas las objeciones.
- c) Intentar que el testigo dé un testimonio narrativo.
- d) Señalar e identificar todos los documentos presentados como pruebas auténticas.
- e) Plantear una apropiada base para la introducción de la evidencia.
- f) Controlar el curso de un testimonio directo.
- g) Presentar un testimonio con el fin que pueda lograr máximo impacto.

3.1.2 *Objetivos sustantivos*

- a) Introducir la prueba por testimonios o por objetos que tienen el carácter de pruebas creíbles.
- b) Minimizar las debilidades y aumentar la fuerza del testigo y su declaración.
- c) Hacer aparecer al testigo ante el Jurado como digno de credibilidad.
- d) Presentar las preguntas en forma tal que sean claras al interrogado.
- e) Destacar el testimonio en tal forma que pueda ser recordado por el jurado.
- f) Persuadir al jurado que el testimonio es exacto.
- g) Demostrar que la declaración del testigo es un soporte del concepto que del caso tiene el directo examinador o quien lleva a cabo el interrogatorio.

Cuando una de las partes promueve o hace citar a un testigo en la audiencia, es su responsabilidad demostrar que el testigo personalmente conoce del caso. Esto lo realiza formulando una serie de preguntas que le permitirán al testigo o al interrogado, darle una información sobre los hechos acontecidos. Los testigos deberán ser interrogados, inicialmente, por la parte que los propuso, luego por las demás partes y finalmente por los miembros del Tribunal.

3.2 REDACCIÓN DEL ACTA

El acta del interrogatorio cuida el aspecto de los testimonios, las preguntas formuladas y la declaración de los testigos. En dicha acta, se dejará constar por escrito las respuestas que el testigo depuso en el interrogatorio, las repreguntas que le hizo la contraparte, las respuestas que a ésta le dé el testigo, las observaciones de las partes, las preguntas que tenga a bien hacer el Juez, así como los Escabinos. Todo será plasmado por escrito en el acta. El artículo 169 del Código Orgánico Procesal Penal, nos indica:

...Toda acta debe ser fechada con indicación del lugar, año, mes, día y hora en que haya sido redactada, las personas que han intervenido y una relación sucinta de los actos realizados. El acta será suscrita por los funcionarios y demás intervinientes. Si alguno no puede o no quiere firmar, se dejará constancia de ese hecho. La falta u omisión de la fecha acarrea nulidad sólo cuando ella no pueda establecerse con certeza, sobre la base de su contenido o por otro documento que sea conexo...

3.3 VALORACIÓN PROBATORIA DEL INTERROGATORIO

La búsqueda u obtención de la verdad, no podrá alcanzarse a cualquier precio, pues de lograrse a través del daño de un derecho fundamental. Podrá tenerse por seguro su Ilícitud probatoria. El Código Orgánico Procesal Penal⁹ prevé en el artículo 197, el principio de legalidad de las pruebas, nos muestra que sólo serán admisibles como medios probatorios aquellos cuya forma de obtención, y la manera como han sido incorporados al proceso haya sido conforme a las reglas establecidas por el Legislador patrio. En el caso del interrogatorio, relacionado profundamente con el testimonio y los diversos tipos de testimonios, es decir, de testigos, de imputados, de expertos o peritos, y de las víctimas.

⁹ *Gaceta Oficial* N° 5.558 Extraordinario del 14 Noviembre 2001.

Entiéndase entonces, que las respuestas producto del interrogatorio, serán valoradas sólo cuando se han acatado de manera absoluta las reglas que rigen su obtención. Así tenemos, que está prohibido utilizar testimonios o información obtenida mediante tortura, coacción, maltrato o engaño, toda palabra dicha por el interrogado vale, inclusive en su contra.

En esa misma percepción la norma prevista en el ordinal 5° del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece: "...Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma...".

El artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, establece lo siguiente: "Careo. Podrá ordenarse el careo de personas que, en sus declaraciones, hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes, aplicándose las reglas del testimonio".

Del dispositivo transcrito, se desprende que el careo consiste en la confrontación de las personas cuyas declaraciones resultan discrepantes sobre un mismo hecho o se incriminen recíprocamente. Pérez Sarmiento, Eric¹⁰ (2002, p. 252) Refiere que

El careo se practica poniendo a uno frente al otro y conminándolos a enfrentarse de palabra, a fin de comprobar cuál de los dos mantiene con mayor firmeza sus afirmaciones y cuál se arredra ante los planteos del otro... El careo puede practicarse entre imputados, entre imputados y testigos y entre testigos, pero para que pueda carearse al imputado es necesario su consentimiento, pues ello es una extensión o manifestación del derecho a no autoincriminarse...

El careo está regulado en este artículo en forma amplia en cuanto a los sujetos, a pesar de que está situado en la sección referente al testimonio, lo cual es lógico, porque son los testigos los que habitualmente son sometidos a careo. El careo puede solicitarse en el juicio oral por las mismas razones y para los mismos fines que en la fase preparatoria.

¹⁰ *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. Editorial Vadell Hermanos. Caracas - Venezuela 2002, p. 252.

4. EL INTERROGATORIO EN EL DERECHO COMPARADO

4.1 PAÍSES

En cuanto al estudio del tratamiento del interrogatorio en la Legislación comparada, decidimos explorar los establecidos en los países como Estados Unidos de América, Perú e Italia.

4.1.1 *Estados Unidos*, la Constitución requiere que, para poder declarar culpable al acusado, sea quien sea el que determine los hechos relativos a una causa, el jurado o el juez debe concluir que el Fiscal ha demostrado la validez de cada uno de los elementos del delito más allá de una *duda razonable*. Este es el significado de la máxima, tantas veces citada, “al acusado se le presume inocente”. Ambas partes tienen el derecho a ofrecer sus propios testigos y a citar a los testigos que no quieran comparecer voluntariamente.¹¹

Los abogados someten a interrogatorio a sus propios testigos y a contrainterrogatorio a los testigos de la otra parte. El Juez, pero no los miembros del jurado, puede formular preguntas a los testigos, sin embargo, de acuerdo con el procedimiento contencioso estadounidense, los abogados hacen prácticamente todas las preguntas y el juez actúa de árbitro imparcial.

Acogiéndose a la Quinta Enmienda, el testigo puede rehusarse a declarar si cree, con fundamento, que el testimonio podría incriminarlo. El Fiscal tiene la potestad de otorgar inmunidad al testigo y luego exigirle que conteste todas las preguntas. (La defensa no tiene tal facultad). La inmunidad abarca cualquier delito admitido por el testigo, así como cualquier otro delito que los investigadores descubran como resultado del testimonio de inmunidad.

4.1.2 *Perú*,¹² en su legislación, en cuanto al interrogatorio, nos muestra:

Que en caso de que la defensa ofrezca testigos o peritos nuevos, estará obligada a presentar por escrito los interrogatorios. El Presidente ordenará al Relator que los lea; preguntará al Fiscal y a la parte civil si tienen alguna objeción que hacer, o alguna tacha que hacer, o alguna tacha que oponer. Con la respuesta que den, el Tribunal resolverá si deben ser o no oídos. Aceptada

¹¹ *La Justicia Penal en Estados Unidos*. Temas de la Democracia. Julio 2001.

¹² Cordero Franco. *Procedimiento Penal del Perú*. Tomo 2. Editorial Temis, S.A. Santafé de Bogotá, Colombia.

la prueba, se mandará pasar a los testigos y peritos a la Sala especial. El Tribunal sólo podrá negarse a aceptar nuevos testigos cuando los interrogatorios sean impertinentes; pero si sólo hubiere algunas preguntas impertinentes, rechazadas éstas se admitirá el testimonio sobre las demás ...Continuando la audiencia, el Director de Debates dispondrá que se dé lectura a la acusación fiscal a fin de conocer los cargos que formula contra el acusado. Luego invitará al Fiscal para que inicie el interrogatorio, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 244 y siguientes.

Asimismo indica, que las preguntas que dirija el Presidente al acusado, tendrán como base las declaraciones prestadas por éste en la instructiva, y deberán tener como objeto que el acusado explique los hechos en que tomó parte y los que hubiere propuesto para exculparse. Podrá, igualmente, interrogarlo con el objeto de conocer su índole, modo habitual de proceder y los motivos determinantes del delito, y si el acusado guarda silencio, el Presidente se dirigirá al defensor, para que lo exhorte a explicarse o para que indique los motivos a que él atribuye su negativa a contestar. Si el acusado insiste en su actitud, el presidente seguirá con los interrogatorios; pero al concluir cada uno de ellos, preguntará al acusado si tiene algo que decir.

Terminado el Interrogatorio que haga el Presidente al testigo, los demás miembros del Tribunal, el Fiscal, el defensor y el abogado de la parte civil, previo pedido de la palabra del Presidente, pueden también interrogar directamente al testigo. El Presidente está facultado para declarar impertinentes las preguntas, y para suspender el desarrollo de los interrogados.

4.1.3 Italia,¹³ éste se lleva a cabo con las formalidades y según las normas aplicables a los testigos. Sobre el primer punto, el artículo 503 , apartado 1º, remite a los artículos 498 y siguientes. El interrogatorio lo inicia quien lo ha pedido (Ministerio Público o defensor); luego el examinado pasa al interrogatorio de los adversarios, en el orden acostumbrado (acusación, parte civil, responsable civil, civilmente responsable del pago de la pena pecuniaria, coacusado y acusado, Art. 503, párrafo 2º); concluidos los diálogos cruzados, se admiten nuevas preguntas del que interroga y las respuestas nuevas implican eventuales contrainterrogatorios. Sobre preguntas específicas con un objeto de hecho, para que ninguno atente contra la autenticidad de las respuestas, al defensor del examinado y a quien tenga intereses comunes se les prohíben las

¹³ Devis Echandía Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 5ª Edición. Editorial ABC. 1995, Colombia.

preguntas sugestivas. El Presidente vigila, reprime los abusos y puede aceptar que el examinado consulte notas escritas como auxiliar de la memoria. El imputado, que en Italia se le conoce como examinado, lo asiste, participando en el interrogatorio, un defensor eventualmente designado de oficio... Existe también la práctica del careo, para resolver testimonios evidentemente contradictorios, en las declaraciones de dos o más testigos.

4.2 DIFERENCIAS ENTRE EL INTERROGATORIO PRACTICADO EN EL SISTEMA PROCESAL INQUISITIVO Y EL SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO

4.2.1 En el sistema inquisitivo

El examen de los testigos, sean éstos presenciales o de cualquier otro tipo de testigo, se consideraba, pues, como la más importante de las diligencias sumariales, y a su estudio y reglamentación estaba consagrado el Capítulo IV del Código de Enjuiciamiento Criminal, en que vamos sólo a ocuparnos y señalar brevemente la parte relacionada con las declaraciones y testigos como elementos probatorios. No existía el debate oral, ni la ratificación obligatoria en él de los testigos del sumario, no siendo sino ocasionalmente que el juez, por considerarlo indispensable para esclarecer puntos oscuros o dudosos, los llama, durante la relación de la causa, para hacerles las preguntas que juzgue necesarias. El Legislador considera a los testigos como elementos de convicción del sumario, como medio instructorio de que no es posible prescindir, y no como medio probatorio a disposición de las partes para demostrar sus respectivas pretensiones en el juicio. Era en el plenario donde se apreciaban dichas pruebas, la inhabilidad de los testigos, su tacha y su careo.

Para la represión de los delitos y para el logro de tal fin, todos los ciudadanos y cuantas personas vivan al amparo de las leyes de la Nación, tienen la obligación de prestar a los Tribunales de la Justicia punitiva el concurso de los servicios legales que ellos les reclamen. Es uno de estos servicios el de comparecer, previo llamamiento, a declarar como testigos todo lo que supieren en relación con cualquier asunto de carácter penal que se averigüe judicialmente. El interrogatorio se iniciaba en los cuerpos policiales a través de la declaración informativa, tanto el presunto imputado, como los testigos eran interrogados por un funcionario policial. La doctrina la considera una confesión extrajudicial y le daba un valor indiciario. Luego pasado el expediente al Tribunal competente de Primera Instancia, aquí la confesión ya es judicial, a tenor del artículo 247 del Código de Enjuiciamiento Criminal derogado, la cual rinde ante el tribunal en el sumario, antes o después del auto de detención, o en plenario. Esa confe-

sión, siendo plena, haría prueba contra el reo, allí se procedía a practicar el respectivo interrogatorio en lo que se conoció como la “Declaración indagatoria”, este era un acto por el cual el juez instructor convocaba al procesado a que declarará libremente, sin apremio, sin juramento y con las demás formalidades y garantías de que rodea al procedimiento penal; sobre todo cuanto sepa con relación al hecho que se averigua y que se imputa. En el sumario, el indiciado, se acogía o no al precepto constitucional que lo exime de rendir declaración en causa propia. Se le proporcionaba al indiciado, seguridad jurídica a través del asesoramiento de un defensor provisorio, sea público o libremente escogido por el detenido, garantizándosele, el sagrado derecho a la defensa. Estaba prohibido hacérsele preguntas sugestivas ni capciosas. Con la declaración indagatoria, se tuvo muchos problemas, por el retardo, las demoras por problemas de traslados al tribunal de los procesados y la falta de conciencia de algunos administradores de justicia.

4.2.2 *En el sistema acusatorio*

Que se aplica hoy, muy novedoso y activo, por cuanto ofrece el debate oral y público, donde permite a través de los principios de inmediación, concentración y otros de rangos constitucionales, se presenta un diseño procesal que obliga al juez a la búsqueda de la verdad, por lo que no debe conformarse con lo expuesto y aportado por la acusación y defensa. Por eso el legislador le confiere a los jueces profesionales (Art. 355) y a los jueces Escabinos (Art. 165) la posibilidad de interrogar a testigos y expertos, pero sólo después de que las partes lo hayan hecho. El artículo 356 del Código Orgánico Procesal Penal, en materia de interrogatorio prevé lo siguiente:

Interrogatorio. Después de juramentar e interrogar al experto o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para apreciar su informe o declaración, el juez presidente le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba.

Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quién lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el juez presidente considere conveniente, y se procurará que la defensa interroge de último.

Luego, el tribunal podrá interrogar al experto o al testigo.

El juez presidente moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes podrán solicitar la revocación de las decisiones al juez presidente cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen.

Los expertos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.

Nos indica la normativa transcrita, en primer orden referente a la presentación del experto o testigo, luego de la respectiva juramentación, le otorga al Juez Presidente la posibilidad de inquirir conocimiento del testigo, puede proceder a interrogarlo sobre sus generalidades de ley, es decir, su identidad personal, su condición, para comprobar que se trata de la misma persona que ha sido propuesta o promovida. Su profesión, los cuales en este último aspecto es fundamental cuando se trata de un experto. Podrá pedirle el juez que declare lo que sabe sobre el caso juzgado, pero no puede entrar a interrogar a los testigos antes que las partes, pues estaría quebrantando su rol de mediador, de hacerlo se arriesga a que las partes objeten dicha actuación y protesten ejerciendo los recursos de revocación a que hubiere lugar. Incluso cuando el juez al interrogar se aparta de esta regla, y formula preguntas que expresan posturas anticipadas, lo que puede conducir a futura recusaciones sobrevenidas por elaborar preguntas que indican total parcialidad.

CONCLUSIÓN

Al finalizar la presente investigación podemos concluir, que como en el Sistema Procesal Penal Inquisitivo ya desaparecido, en el aplicable actualmente, Sistema Procesal Penal Acusatorio, ha destacado siempre en la práctica el acto de interrogar, el cual exige ciertas reglas técnicas para alcanzar el éxito en su objetivo principal, que es descubrir la verdad de los hechos criminales que acontecen en determinado momento.

Destaca en el presente Sistema Acusatorio el interrogatorio, por la oralidad e inmediación en el debate, que a su vez es público, lo cual permite facilitar y apreciar circunstancia que difícilmente podrían captarse a través de la escritura.

La actitud del interrogador tiene vital importancia, para lograr sacar al interrogado la respuesta precisa, asimismo, se debe usar un lenguaje claro, comprensible. El interrogador debe tener control al formular la pregunta, observar siempre

la humildad, la ética y profesionalismo, respetando las disposiciones normativas que controlan el operativo del interrogatorio.

A través del interrogatorio se obtiene material apreciable, como el testimonio y la confesión que sirven como elementos probatorios para que el Juez los tome en consideración para fundamentar su sentencia.

El objetivo del interrogatorio es esclarecer el hecho, descubrir la verdad y los responsables incriminados en el hecho que se investiga.

Las penas, su ejecución y finalidad en el estatuto de la Corte Penal Internacional

–Perspectivas de un análisis interpretativo desde sus antecedentes y la dogmática jurídico penal–

Mónica FERNÁNDEZ SÁNCHEZ*

SUMARIO:

A manera de introducción

- 1. Antecedentes de la creación de la Corte Penal Internacional**
- 2. ¿Cómo llegar a una pena según el Estatuto de la Corte Penal Internacional?: 2.1 Principio de responsabilidad universal. 2.2 Antecedentes de**

* **Universidad Católica Santa María**, Abogada mención *cum laude*, rango 1/59. **Universidad Católica Andrés Bello**, Licenciada en Educación, Ciencias Sociales, Mención *cum laude*, rango 2/26. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Especialista en Derecho Administrativo (Tesis de Grado calificada con 20 puntos, en vía de publicación), Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas. **Universidad de Salamanca**, Postgrado en Derecho Penal General, **Universidad Central de Venezuela**, Cursante del Doctorado, mención Derecho (presentado el anteproyecto Tesis). **Universidad José María Vargas**, Profesora Asociada con más de diez años de antigüedad. **Organización de las Naciones Unidas**, Ganadora del Premio Mundial Joven Sobresaliente del Mundo 2003 (*The Outstanding Young Person of the World 2003*), Dinamarca Septiembre de 2003. **Juzgado de Primera Instancia Penal del Área Metropolitana de Caracas**, Juez (2000-2005, cuando renunció al cargo). **Foro Penal Venezolano ONG**, Directora Ejecutiva. Autora de varios ensayos divulgados en publicaciones especializadas.

la Corte Penal Internacional: Desde Nüremberg hasta Sierra Leona.

2.3 El Estatuto de Roma.

3. Las penas y su ejecución en el Estatuto de la Corte Penal Internacional:

3.1 *La sentencia condenatoria de la Corte Penal Internacional.* **3.2** *El reconocimiento de culpabilidad antes del juicio.* **3.3** *La sentencia de las salas de apelaciones.* **3.4** *La imposición del fallo condenatorio.*

4. Las penas y su ejecución en el estatuto de la Corte Penal Internacional.

4.1 *Algunas condenas impuestas por los tribunales penales internacionales ad hoc.* **4.2** *¿Qué penas son aplicables según el Estatuto de Roma?*

4.2.1 Principales privativas de libertad: **4.2.1.1** La reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta, inicialmente se pensó en sesenta años, pero el consenso lo dejó en el límite superior que mencionamos. **4.2.1.2** La reclusión a perpetuidad: Esta pena estará sujeta a dos condiciones. **4.3** *Accesorias restrictivas de otros derechos:*

4.3.1 La multa según los criterios de la **regla 146.** **4.3.2** El decomiso: bienes, productos y los haberes que procedan de forma directa o indirecta de dicho crimen. **4.4** *¿Viola el estatuto el principio de la legalidad?*

4.5 *La pena de muerte y la cadena perpetua en las discusiones preliminares del Estatuto.* **4.6** *¿Cómo se ejecutarán las penas previstas en el Estatuto?* **4.6** *¿Cuál es la finalidad de la pena en el Estatuto?*

Conclusión

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

La aprobación del Estatuto que determina la creación de una Corte Penal Internacional, el 1º de julio de 2002, con sentido permanente determinó para toda la comunidad internacional un significativo avance en el compromiso de juzgar los crímenes más atroces contra los derechos humanos, pero al mismo tiempo ha generado gran cantidad de debates y críticas sobre su posibilidad efectiva de aplicación.

No ha sido fácil, y así lo ha evidenciado la literatura, conciliar las visiones que los internacionalistas y los penalistas tienen sobre el referido instrumento, a pesar del consenso en cuanto a su importancia desde el punto de vista de la paz y seguridad de las naciones. Pero el hecho de que algo sea importante no impide que se hagan cuestionamientos y que más allá de ellos se estén estudiando las características de cada una de las instituciones que conforman el llamado Estatuto de Roma a los fines de determinar aquellos aspectos donde en un futuro habrá que determinar normas concretas de aplicabilidad por la vía de la jurisprudencia que llegue a emitir la propia Corte Penal Internacional.

Las bases previas de orden legislativo que antecedieron a este instrumento han sido de gran y significativa importancia, pues no sólo se trató de intentos previos para la constitución de una instancia internacional con amplia competencia territorial, sino porque particularmente los instrumentos que dieron legalidad de actuación a tribunales como en los casos de Nüremberg, Tokio y más recientemente aquellos creados para la antigua ex Yugoslavia y Ruanda, en cuyas bases se inspiró el Estatuto de la Corte Penal Internacional, tomando de ellos algunos de los aspectos positivos, pero es muy meritorio destacar que corrigió mucho de los defectos que se han inculcado a los mismos para lograr el perfeccionamiento del juzgamiento de los individuos responsables por la comisión de los crímenes más graves de trascendencia internacional, entre los que se encuentran los crímenes de guerra, genocidio, lesa humanidad y agresión, juzgamiento que se hará con una instancia de carácter judicial y permanente, con lo cual ya es obvio que se solventa el inconveniente atribuido en los casos de Nüremberg y Tokio, fundamentalmente, con relación a la violación del principio de la retroactividad, el principio del juez natural y demás garantías propias de los derechos humanos de cualquier persona sometida a un proceso judicial reconocidas posteriormente a través de Pactos y Convenios Internacionales de gran trascendencia para la humanidad, y los cuales necesariamente debieron ser tomados en cuenta por la Comisión preparatoria del Estatuto de Roma.

Podemos reconocer que la primera vez que tuvimos acceso al Estatuto desde el punto de vista de nuestra formación como penalistas sentimos un gran desasosiego con relación a su contenido, pues pretender asimilar, entender y criticar sus normas sólo desde la perspectiva de una ley penal dura y atados a la absoluta dogmática jurídico penal preconcebida para el derecho penal interno, era el colmo de las decepciones sobre un instrumento con tanta importancia. De estas críticas constantes que surgían en nuestra mente respecto particularmente a la tipicidad, al principio de la legalidad y a los derechos y garantías del enjuiciado durante el proceso, se generó una gran inquietud para el análisis de algunas normas de derecho internacional que nos llevaran a tolerar aquello que para los penalistas podría ser inadmisibile. Con esto no queremos decir que podemos renunciar a principios fundamentales que en sí mismos constituyen derechos humanos, sino que por el contrario no nos ha quedado duda que para poder llegar a la aplicabilidad del instrumento y su futuro perfeccionamiento es innegable comprender el espíritu, razón y forma en la cual se tuvo que lograr su aprobación.

Resulta difícil en nuestro país, poner de acuerdo a un grupo de penalistas sobre la reforma del Código Penal venezolano como lo hemos visto recientemente. Encontramos diversas comisiones, distintos proyectos, y varias posiciones doctrinarias encontradas que por razones académicas, políticas y otras que no viene al caso mencionar, han impedido la aprobación de un instrumento adecuado a las necesidades de la evolución política criminal de nuestro país, pues si tratamos de extrapolar esta situación, con mucho respecto y el perdón de los valiosos representantes del resto de los países del mundo en la discusión sobre la aprobación del Estatuto de Roma, podremos asimilar con comprensión alguna de las fallas que su redacción provoca desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal.

No pretendemos, porque no estamos en capacidad de hacerlo, llegar a convertirnos con este curso en especialistas en derecho internacional público, pues sería imposible invadir esferas de competencia académica que no nos son propias, pero sí tomamos algunas instituciones teóricas de esta rama del Derecho para complementar las interpretaciones que a lo largo de las próximas páginas haremos respecto al Estatuto de la Corte Penal Internacional, de aquí en adelante Estatuto, particularmente en nuestro punto de interés como lo es las Penas, su ejecución y finalidad, tema cuya justificación e importancia se encuentra dentro del marco de la investigación para la elaboración de la Tesis Doctoral relacionada directamente con las Penas y su Finalidad, con miras a la reformulación de la teoría de la resocialización desde el punto de vista de los postulados del garantismo y que sin duda han contribuido a que expresemos nuestras propias ideas respecto al contenido de la Parte VII De las Penas y la X De la Ejecución de la Pena, donde además será necesario discutir tangencialmente algunos aspectos relativos a la apelación y revisión de las sentencias condenatorias, así como a las formas de cooperación internacional en materia de ejecución de condenas, con las claras referencias a las Reglas de Procedimiento y Pruebas que han complementado el contenido del Estatuto.

Para lograr el desarrollo del tema propuesto hemos dividido nuestra disertación en cuatro capítulos. El primero de ellos orientado a los antecedentes de la creación de la Corte Penal Internacional. Si bien éste es un tema obligado cuando se hace referencia al Estatuto, no es menos cierto que la literatura ha agotado este tema abundantemente, por ello no pretendemos hacer sólo una compilación de lo que aparece en los textos manejados, sino dirigirnos hacia los aspectos que en cada uno de los casos precedentes sentaron una jurisprudencia en materia de penas, destacando así algunas de las impuestas por los Tribunales Militares de la ex Yugoslavia y los Tribunales Militares del Lejano Oriente y las que se han aplicado en el Tribunal Internacional de la ex

Yugoslavia y el de Ruanda. Este Capítulo permitirá determinar las deficiencias que en materia de penas podemos observar, para así comparar el avance que ha podido lograr el Estatuto y qué beneficios provocaría en el futuro su aplicación respecto a las condenas de los crímenes más graves para la comunidad internacional.

Un segundo capítulo estaría dirigido a un análisis previo de cómo se puede llegar al establecimiento de una pena por la Corte Penal Internacional, en adelante CPI, con lo que se hará necesario discutir parte del procedimiento que desarrolla el Estatuto en cuanto a las facultades de los órganos que lo componen, las características del debate, las exigencias para el pronunciamiento de la sentencia, el contenido del fallo condenatorio y sus formas de apelación, además de la especial referencia a la figura del “Procedimiento en caso de declaración de Culpabilidad” previsto en el artículo 65 del Estatuto, similar a la figura de la Admisión de los Hechos que en Venezuela reconoce el Código Orgánico Procesal Penal. Así se dejarán sentadas las formas de llegar a una condena según lo establecido en el propio Estatuto y según sean las circunstancias del enjuiciamiento.

El tercer paso se dirigirá a las Penas en concreto y a toda la discusión que se ha generado en cuanto a la forma genérica como han sido impuestas en el Estatuto. Las críticas de los dogmáticos, su posible incidencia en el principio de la legalidad y las concepciones sobre el derecho penal del enemigo con relación a la forma de punición. Aquí se conjugará el análisis de los artículos contenidos en la Parte VII con la literatura que los penalistas e internacionalistas han realizado respecto a las sanciones penales en contra de los crímenes internacionales más atroces.

El mismo capítulo tres nos llevará a que una vez determinadas las penas, su forma de imposición y la doctrina que las ampara o las adversa desde la perspectiva del Estatuto, analicemos cómo se ejecutarán las penas que llegue a imponer la CPI y cuál es la finalidad de la pena que lleva intrínsecamente contenido el Estatuto y no cabe duda que este aspecto sí se sujetará a las normas de interpretación que el mundo del derecho penal ha encabezado la finalidad de imposición de condenas con una gran particularidad respecto a los crímenes internacionales que creemos será un aporte importante de nuestra parte al avance de la doctrina que se puede crear en el futuro.

Por último y como cuarta disertación llegaremos a algunas conclusiones y por qué no, hasta sugerencias o quizá proyecciones de lo que podría ocurrir en el momento en que la Corte Penal Internacional llegue a establecer una pena

contra alguna persona según las fortalezas, deficiencias o vacíos que se pueden deducir del mismo Estatuto.

La bibliografía consultada no podemos asegurar que sea la única existente, ni mucho menos que con ésta se haya agotado el tema del arqueo bibliográfico, por el contrario, las citas a las cuales remiten los autores manejados es más que valiosa para lograr la elaboración de un tema con más profundidad que la aquí abarcada, pero la consideramos la más adecuada para nuestro objetivo preciso de investigación que no será otro que responder a algunas preguntas entre ellas: ¿Cómo se establecían y se ejecutaban las penas antes de la existencia del Estatuto? ¿Qué fundamenta la imposición de una pena por parte de la CPI? ¿Cómo llegar a la imposición de una pena contra un crimen grave según los extremos del artículo 5 del Estatuto? ¿Cómo se ejecutarán las penas que imponga la COI? ¿Qué papel juegan los Estados partes en la forma de ejecución de las penas impuestas por la CPI? y ¿Cuál es la finalidad de la pena desde el punto de vista del Estatuto, desde el punto de vista del Derecho Penal y del Derecho Internacional?

Las respuestas a las preguntas formuladas serán nuestra aspiración en las próximas páginas y formaron parte de la orientación metodológica de investigación que fue de tipo documental cualitativo con el análisis de la bibliografía, textos y material de algunas páginas Web que se citarán a lo largo del desarrollo.

Consideramos que lo más importante es sentar las bases necesarias para lograr la fusión imprescindible entre el derecho penal internacional y el derecho internacional penal y en palabras de Kai Ambos¹ este análisis preliminar ...muestra que es más que necesario continuar con el desarrollo de un sistema suficientemente concreto y diferenciado de reglas de imputación en derecho penal internacional. Un trabajo de este tipo tiene que partir de una base sólida de derecho penal comparado sin perder de vista el hecho de que los delitos internacionales no siguen los mismos patrones de los delitos nacionales. Las distintas formas de criminalidad nacional e internacional pueden identificarse en el crimen transnacional organizado, de modo que esto puede servir de base para desarrollar reglas que permitan seguir avanzando en la construcción del derecho penal internacional. Y quizá esa pudiera ser, no dentro de mucho, nuestra próxima inspiración literaria.

¹ Kai Ambos. *Temas de Derecho Penal Internacional*. Bogotá. p. 62.

1. ANTECEDENTES DE LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La entrada en vigencia del Estatuto Penal Internacional y la subsiguiente creación del Tribunal Penal Internacional conforman un hecho sumamente relevante de la historia jurídica en la incesante búsqueda de una jurisdicción penal de índole internacional, aspiración que responde a la comunidad internacional contemporánea, quien se ha mostrado preocupada y hasta insistentemente agitada ante la búsqueda de espacios que trasciendan fronteras nacionales para el castigo de los crímenes más atroces contra la humanidad y que afectan no sólo a los nacionales de los sitios donde se han cometido, sino al resto de los miembros de la comunidad internacional.

Es interesante la opinión de Jordi Bonet Pérez² que con respecto a la creación de este Tribunal Penal Internacional expresó:

...La comprensión de que determinadas acciones u omisiones de la persona humana, tipificadas por el Derecho Internacional Público como crímenes internacionales, no pueden ni deben quedar impunes y que todo ser humano es susceptible de incurrir por su comisión en responsabilidad penal internacional. Los antecedentes remotos y próximos de esta nueva jurisdicción, así como la expectación generada por asuntos como el de la solicitud de extradición del antiguo dictador chileno Pinochet, cursada por España, muestran cómo existe en la Comunidad Internacional contemporánea una corriente de opinión muy extendida que demanda, en pro de la justicia y del imperio del Derecho, la represión de conductas que cuando menos se muestran como execrables y como una amenaza para los intereses de la Humanidad.

La construcción de la voluntad que expresa la constitución del Tribunal Penal Internacional no está exenta de problemas que perturban: si desde el plano jurídico internacional la misma debe lidiar con la soberanía de los Estados, que en éste como en otros puntos manifiesta una vis atractiva celosa de que el poder estatal no pierda su identidad y razón también como ordenador de las relaciones sociales, desde el plano jurídico-político es verdad que determinados Estados han mostrado su oposición al proyecto diseñado por el

² Bonet Pérez Gordi, En, *Prólogo del libro. Corte Penal Internacional de Carolina Susana Anello*. pp. 8-9.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional en aras de sus intereses particulares. Sobre esa base y con las contradicciones que ello supone, la andadura del Tribunal Penal Internacional va a estar marcada por la oposición de unos Estados y por las dificultades que otros van a oponer a su funcionamiento...

Así es cierto que no fue fácil la aprobación del Estatuto y tampoco lo será su implementación práctica, pero no queda duda y eso nadie lo puede afirmar que es la consolidación de un esfuerzo que estuvo precedido por la existencia de algunas muestras iniciales de juzgamientos internacionales de crímenes atroces que marcaban la necesidad de que existiera un fuero más allá del interno a donde llevar a los que cometieran los crímenes más atroces y de esos juzgamientos previos tomó experiencia la comisión que redactó el Estatuto y también la misma comunidad internacional en su conjunto, por ello es imposible comenzar a desarrollar el estatuto sino nos referimos a aquellos hechos que dieron marco de justificación para que éste existiera.

2.1 PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD UNIVERSAL

La presentación que citamos y la referencia al Caso Pinochet, como uno de los casos más emblemáticos en los cuales la comunidad internacional ha tratado de mantener control sobre un crimen, nos lleva a citar necesariamente el principio de universalidad que establece un mandato de obligatoriedad para las jurisdicciones internas o nacionales para que sancionen algunas conductas tales como la tortura, la desaparición forzada de personas, las ejecuciones extrajudiciales que se han considerado como crímenes contra la humanidad, por ello la persecución y juzgamiento contra esos crímenes no dependerá en exclusiva al Estado en donde se cometieron, que se conocen como Estado *locus delicti* o estado territorial, sino que pueden conocer aquél al que pertenezca el presunto responsable, es decir, Estado del presunto responsable, o aquél a donde pertenezca la víctima, Estado de la víctima, y esto implica la persecución entre Estados contra un mismo sujeto o grupo de éstos. Persecuciones que se generarán por terceros Estados siempre y cuando el Estado del acto donde se cometió el hecho no esté en la capacidad o no muestre querer estar en ella, de juzgar a quienes han cometido dichos crímenes. Esta es una de las características esenciales que luego aportaremos al Estatuto como lo es la subsidiaridad.

Los crímenes que el Estatuto ha tomado en su establecimiento son el resumen o compilación de una larga intención por sistematizar la tipificación de crímenes más atroces contra la humanidad que empezó con Versalles, pasó por Núremberg, Ruanda, Yugoslavia, todo con la única finalidad de no dejar sin castigo

aquellas violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos ahora con un carácter permanente.

Este principio universal de persecución subsidiaria sería distinto en Roma a los de sus antecesores como Nüremberg, Tokio, ex Yugoslavia y Ruanda que fueron tribunales *ad hoc* creados con posterioridad a la ocurrencia de los crímenes que iban a juzgar, pero dejando claro que existía una responsabilidad penal desde el punto de vista internacional.

Los acontecimientos marcados por las dos Guerras Mundiales y los muchos conflictos armados internos, regionales y hasta internacionales, han sido suficientes como para considerar necesario la sanción de estos crímenes:

El Documento de la ONU sobre Preguntas y Respuestas respecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional manifiesta que en la última mitad del Siglo XX se han presentado más de 250 conflictos en el mundo; han perdido la vida más de 86 millones de civiles y principalmente mujeres y niños, y a más de 170 millones de personas se les han violado sus derechos, su dignidad y su propiedad. La mayor parte de las víctimas son relegadas al olvido y son muy pocas las personas responsables que han respondido por estos hechos ante la injusticia. Debido a esto la Humanidad se ha esforzado por encontrar mecanismos eficaces para prevenir las violaciones más graves de los derechos humanos. De esta manera no sólo ha exigido la responsabilidad del Estado que ha consentido o que no ha evitado en forma eficaz la violación de las normas de carácter internacional sino también la imposición de normas de carácter penal, de aplicación directa a los responsables individuales de haber llevado a cabo conductas desaprobadas en el ámbito internacional y que afectan directamente bienes jurídicos que van más allá de los intereses particulares de cada Estado...³

Se justifica entonces que un sujeto tenga responsabilidad penal desde el punto de vista internacional, pues la actuación subjetiva de una persona puede llevarla a cometer actos que tengan consecuencias internacionales, de donde nos encontramos con el problema de extraer del derecho penal sus figuras propias para ser aplicadas y sobre puestas en el derecho internacional, además de una clara diferenciación entre la responsabilidad penal del individuo como

³ Anello, Carolina. *Corte Penal Internacional*. pp. 19-21.

sujeto particular y la responsabilidad internacional de un Estado con respecto a la comunidad internacional.

Kai Ambos, hace un interesante *introito* al problema de la responsabilidad penal internacional, refiriéndose al juicio que llama “contra los mayores criminales de guerra” donde el Tribunal Militar Internacional en forma clara estableció que la responsabilidad penal individual había sido conocida desde hace tiempo y más aún que suficientemente se ha dicho para demostrar que los individuos pueden ser castigados por violaciones al derecho internacional. Los crímenes contra el derecho internacional, dice Ambos, son cometidos por individuos no por entidades abstractas y sólo castigando a los individuos que cometen tales crímenes las disposiciones del derecho internacional pueden tener vigencia:

...a pesar de que esta opinión no fue justificada en detalle, el TMI, simplemente hizo referencia a la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en *ex Part Quirin* y así infirió podría argumentarse una analogía doméstica ha sido históricamente confirmada en los diversos juicios por crímenes de guerra desde la Segunda Guerra Mundial, el reciente establecimiento de una Corte Penal Internacional Permanente y en particular, la creciente jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del de Ruanda. De allí que no sea una novedad que esta afirmación clásica del TMI fuera citada en la decisión jurisdiccional de la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadic* fijando los fundamentos de la responsabilidad penal individual ...Frente a estos desarrollos es justo concluir que el concepto de responsabilidad penal individual por violaciones a normas humanitarias y de derechos humanos es universalmente conocido... Casi toda la doctrina restante se concentra en el desarrollo histórico y en cuestiones de organización y procedimiento relativas a una corte penal internacional o a los crímenes específicos, pero soslaya el desarrollo y análisis de los elementos de la responsabilidad penal individual. El enfoque más promisorio a semejante tarea es el de retrotraerse a las fuentes primarias del derecho penal supranacional, es decir, la jurisprudencia internacional y nacional sobre crímenes de guerra desde Nüremberg, por un lado y las convenciones de derecho penal supranacional y otras fuentes escritas por el otro...⁴

⁴ Kai Ambos, *Temas de Derecho Penal Internacional*. pp. 65-68.

2.2 ANTECEDENTES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: DESDE NÜREMBERG HASTA SIERRA LEONA

Esos antecedentes a los que hace referencia Kai Ambos, son precisamente los que dieron coherencia al Estatuto de Roma y los primeros antecedentes que se pueden citar con respecto a la construcción de un sistema penal internacional de responsabilidad del individuo por cometer crímenes internacionales, se podrían remontar a casos aislados como el de la Guerra de Secesión en los Estados Unidos de América durante los años 1861-1865 con el juzgamiento del Comandante Henri Wiz, quien fungía como jefe del campo de prisioneros de Andersonville en Georgia y el soldado Cham Fergusum, miembros de las guerrillas de la región de Tennessee, bajo la acusación de malos tratos y muerte a prisioneros, pero que no tuvo ninguna consecuencia trascendente sino una experiencia aislada. Otro ejemplo también aislado es el caso de Gustav Moynier en 1872, quien como fundador de la Cruz Roja Internacional propuso crear una corte penal permanente para juzgar los crímenes de la guerra franco-prusiana, pero tampoco tuvo resultado.

Por las razones anteriores, la literatura comúnmente citada prefiere referirse a los hechos posteriores a la Primera Guerra Mundial, cuando concluido el conflicto armado se firmó el Tratado de Versalles el 19 de junio de 1919, con el propósito de fijar las bases para la convivencia en los años subsiguientes y citamos el contenido del artículo 227 donde se establece que el Kaiser Guillermo I debía ser sometido a pública acusación ante un tribunal, conformado por jueces pertenecientes a las principales potencias:

...Las Potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania de haber cometido una ofensa suprema a la moral internacional y a la sagrada autoridad de los tratados.

Se constituirá un tribunal especial para juzgar al acusado en el que se asegurarán las garantías esenciales para su defensa. El Tribunal estará integrado por cinco magistrados nombrados por los Estados Unidos de Norte América, Gran Bretaña, Francia, Italia y el Japón.

El Tribunal llegará a su decisión sobre la base de los más altos fundamentos de la política internacional, animado por el deseo de asegurar el respeto de las obligaciones solemnes y compromisos internacionales y de la moral internacional. Corresponderá al tribunal determinar la pena que, a su juicio, deberá aplicarse.

Como se puede apreciar nos encontramos en este caso, no sólo ante la primera norma internacional que afirma la responsabilidad internacional de un individuo, sino también ante el primer intento de crear un tribunal penal internacional *ad hoc* a efectos de juzgar a un criminal internacional... no sólo está afirmando la subjetividad internacional del individuo, sino también su capacidad procesal para ser sometido ante un tribunal internacional.⁵(j)

Si bien el intento fracasó, sirvió de base para que en la Conferencia de Paz de París de 1819 se acordara que los Estados beligerantes podían juzgar a los extranjeros que hubiesen violado los principios del derecho de guerra en los conflictos armados internacionales, dejándose sentada la necesidad de crear un tribunal que juzgara a los criminales internacionales, es decir, con una absoluta claridad sobre la existencia de la responsabilidad penal individual internacional por crímenes contra la humanidad.

Un antecedente más claro y sobre el cual no queda duda en la doctrina, es el que nos remite a la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la constitución de los Tribunales de Núremberg y del Lejano Oriente entre 1942 y 1946 donde se creó la jurisdicción penal internacional para juzgar a los grandes criminales de guerra de la Segunda Guerra Mundial por parte de los países vencedores, quienes el 13 de enero de 1942 se reunieron en Londres donde planteaban el castigo necesario para los criminales alemanes. El 05 de enero de 1945 emiten una nueva declaración en Londres más contundente para sancionar los crímenes cometidos en los territorios ocupados por las potencias del eje y suscriben en octubre la Declaración de Moscú, donde se fija la posición política de los países aliados.

Con base a las declaraciones de los países aliados, las Naciones Unidas se pronunció el 22 de febrero de 1944 para la devolución del oro saqueado o retenido por las potencias del eje y el 12 de febrero de 1945 se emite un comu-

⁵ Novak, Fabián. *El Estatuto de Roma y los Principios que lo regulan*. En *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. pp. 22-24.

(j) A Guillermo II se le acusó de violar los tratados de neutralidad existentes en Bélgica y Luxemburgo al ser sus territorios invadidos por Alemania. Cuando huyó a Holanda para refugiarse al considerarse un perseguido político lo acogieron y le dieron el carácter de asilado y no concedió su extradición, por ende nunca quedó claro el tipo de sanción o crimen que le calificarían, tampoco el procedimiento para hacerlo condenar siendo un fracaso el primer intento formal de juzgamiento, mas no la clara disposición de establecer la existencia de una responsabilidad internacional más allá de la que se pudiera producir en el territorio donde se cometieron los crímenes. Sin embargo, el Tribunal Superior de Leipzig ofreció juzgar internamente a los criminales de guerra alemanes de menor rango absolviendo a 886 de los 901 que se acusaron, siendo que los otros trece escaparon o recibieron penas desproporcionadas y hasta inadecuadas.

nicado en Yalta, donde se insistía en la necesidad de no dejar impune a los criminales nazis, que se ratificó como urgente necesidad en la Declaración de Berlín del 05 de junio de 1945. Todos coincidieron que si no había una reacción pronta de la comunidad internacional, los crímenes cometidos luego de la Segunda Guerra Mundial iban a quedar impunes, igual que había sucedido con los de la Primera Guerra y de allí la urgencia de pronunciarse que se concreta el 08 de agosto de 1945 en la ciudad de Londres donde Gran Bretaña, Francia, Estado Unidos de Norte América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas suscriben el Tratado de Londres:

...en virtud del cual tratarían de materializar la responsabilidad internacional de los criminales de guerra nazi y japoneses. Este tratado fue suscrito conjuntamente con el Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al mismo, el cual tuvo 19 países adherentes, entre los que se encontraban Grecia, Dinamarca, Yugoslavia, Holanda, Checoslovaquia, Polonia, Bélgica, Etiopía, Australia, Nueva Zelanda, India, Luxemburgo, Honduras, Noruega, Panamá, Haití, Venezuela, Paraguay y Uruguay.

Este tratado, en sus artículos 1 al 6, siguiendo el modelo establecido en el Tratado de Versalles de 1919, en la Declaración de Moscú de 1943 y en la Capitulación alemana del 08 de mayo de 1945, establecería los procedimientos distintos para el juzgamiento de los criminales internacionales de la Segunda Guerra Mundial, dependiendo de su rango o grado militar...

En este sentido el Tratado de Londres creó el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y el Tribunal Militar Internacional de Tokio para el juzgamiento de las más altas autoridades alemanas y japonesas, respectivamente, acusadas de cometer crímenes internacionales. Al mismo tiempo al tratarse de criminales menores éstos serían juzgados por tribunales internos de los países donde cometieron sus crímenes y cada proceso se desarrollaría de acuerdo con las reglas sustantivas y procesales de cada país.⁶

El Acuerdo de Londres del 08 de agosto de 1945 se definió como aquel que determinaría el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra del Eje Europeo, y correspondió según la Ley número 10 del Consejo de Control

⁶ *Ibidem*, pp. 26-27.

Aliado en Alemania constituir el Tribunal de Nüremberg y la proclama especial del comandante Supremo de las Potencias Aliadas para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente que se adoptó en Tokio el 19 de enero de 1946. Pese a su diferencia organizativa, su finalidad y ley aplicable fue la misma, aun cuando se trataba de crímenes cometidos en distintas culturas y lugares, refiriéndonos al *common law* y las continentales o civiles constituyéndose en las fuentes históricas de mayor autoridad del derecho penal supranacional.

A modo general, el Tribunal de Nüremberg sería un tribunal colegiado compuesto por cinco jueces designados por los países aliados y no había ningún militar en su composición, y el nombre de tribunal militar fija una posición con respecto a la competencia que se le otorgaba, pues se pronunciarían en relación a actos criminales que se habían ejecutado como un plan bélico y durante hostilidades de ese tipo que serían juzgadas por un tribunal con rango internacional, por lo que tendría que aplicar las normas del Derecho Internacional.

Su competencia se extendería al juzgamiento de altos militares alemanes por los delitos de: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, siendo estos delitos, en cuanto a su definición y clasificación, un aporte que se le reconoce al Estatuto de Nüremberg, por cuanto hasta ese momento no existía claridad con respecto a los crímenes internacionales y el contenido de éstos en opinión de Irigoyen.

Las sentencias que dictara ese Tribunal serían inapelables y por ende tendrían un carácter definitivo, teniendo derecho a través de esas sentencias a imponer la pena de muerte o cualquier otra pena que el tribunal considerara justa, asunto especial sobre el que volveremos en el capítulo III, debido al margen amplio de discrecionalidad para la imposición de condenas. Pero más allá de las críticas que efectivamente se le pueden y deben hacer al Tribunal de Nüremberg, permitió ir configurando las bases del juzgamiento internacional que se mejorarían conforme a principios razonables de derechos humanos en los sucesivos instrumentos para el juzgamiento internacional de ese tipo de delitos. Sin olvidar que no respetó ningún principio básico del derecho penal como: el principio de la legalidad, el juez natural, la imparcialidad para el juzgamiento (i)¹.

¹ Inclusive en el artículo 3 del Tratado de Londres se estableció de forma expresa la imposibilidad de recusar a ninguno de los miembros del tribunal, con lo cual quedaba claramente expresado el contenido de lo que se llama en la doctrina penal “Derecho penal del enemigo” cuando los alemanes allí juzgados, perdedores de la Guerra, serían enjuiciados literalmente por sus enemigos de combate ahora vencedores.

Tampoco se respetó el principio de la irretroactividad de la ley, se utilizó la analogía entre los diversos casos para considerarlos delictivos, el principio de la legalidad de la pena, entre muchos otros, aspectos que de una u otra forma se corrigieron en el Estatuto de Roma.

El caso de los Tribunales de Tokio siguió los pasos de Nüremberg, a pesar de que su instalación fue el 19 de enero de 1946, creado a través de una ordenanza del Mando Supremo de las Potencias Aliadas del Extremo Oriente, cuyo proceso se extendió desde el 03 de mayo de 1946 hasta el 12 de noviembre de 1948, cuando se publicó la sentencia.

El Estatuto tenía sesenta artículos divididos en cinco secciones y su competencia se dirigía al juzgamiento de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Se compuso de once jueces y sólo conocería del juzgamiento de los altos grados militares, mientras que los de menor rango seguirían la misma suerte que los de Alemania, es decir, serían juzgados por los tribunales del lugar donde cometieron los crímenes.

La jurisprudencia de los Tribunales de Nüremberg y Tokio no se logró ningún aporte particular en materia de derecho penal, pues no distinguieron entre autores principales y accesorios, sino que más bien estimó cualquier forma de participación en el crimen como elemento suficiente de participación.

Además de las deficiencias que pueden atribuírsele desde el punto de vista del derecho penal se ha dicho que:

Estos tribunales han servido para poner de manifiesto que el derecho internacional dispone de la capacidad de reacción para sancionar aquellas conductas individuales que por su extrema gravedad atentan en contra intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto. Sin embargo, pese a la relevancia de la contribución de los tribunales *ad hoc* al establecimiento de una jurisdicción penal internacional, también han puesto de manifiesto las insuficiencias inherentes a un sistema de justicia penal especial y los riesgos de una aproximación selectiva a la sanción del principio de responsabilidad penal individual del individuo...

A este respecto se han destacado los defectos sustantivos en la composición y normas de procedimiento de estos tribunales. Así aunque estos tribunales podrían ser considerados de carácter internacional, tanto por su método de creación como por el derecho aplicable, existen dos elementos que contradicen esta afirmación: primero

el hecho de que ninguno de los jueces tuviese la nacionalidad de alguno de los Estados vencidos o de un Estado neutral y segundo que no conociesen de los crímenes por individuos de los Estados vencedores... además de la no determinación previa del juez competente, lo que acarrea dudas sobre la finalidad de la designación de los mismos o lo que es aún peor, que éstos se limitaran a imponer justicia de los vencedores sin llegar a conocer de los delitos cometidos por los órganos de los Estados vencedores. Por ello, aunque los tribunales de Nüremberg y Tokio contribuyesen a materializar la idea de la creación de una jurisdicción penal internacional, estas críticas ponen de manifiesto algunas de las debilidades del modelo de la jurisdicción internacional *ad hoc*...⁷

Resulta que a pesar de las severas críticas que se hicieron a los Tribunales de Nüremberg y Tokio, es lógica la afirmación que hace Quintano Ripollés:

...constituida la comisión y firmada la declaración y Proyecto de Estatuto por los solos representantes de cuatro grandes potencias, no hay que olvidar que dieciocho países le prestaron expresa e incondicional adhesión. De otra parte la coetánea Conferencia Interamericana sobre Problemas de Guerra y de la Paz celebrada en Chapultepec el 06 de marzo de 1941, Suaso la coincidencia del continente americano casi íntegro en los principios de la Declaración Tripartita de Moscú de 1943, en el sentido que los culpables, responsables y cómplices de los crímenes de guerra fuesen juzgados y condenados, negando refugio y concediendo la extradición de los acusados por tales hechos. Es gratuito en consecuencia el afirmar la unilateralidad de la justicia penal proyectada, que si bien se hizo como no podía ser por menos, por los vencedores, llevó al asentimiento de la mayor parte de la comunidad internacional, pocas veces tan manifiestamente expresada...⁸

Continuando con los antecedentes que dieron paso al Estatuto de Roma debemos mencionar la creación de los Tribunales Internacionales *ad hoc* para el juzgamiento de los crímenes en la ex Yugoslavia en 1993 y en Ruanda de 1994.

⁷ Lirola Isabel y Martín Magdalena. *La Corte Penal Internacional*. pp. 30-41

⁸ Quintano Ripollés, A. *Tratado de Derecho Penal Internacional e internacional Penal*. T1. p. 405 y en el mismo sentido Lirola y Marín, *Ob. Cit.*, a pesar de las críticas la Organización de las Naciones Unidas legitimó los principios jurídicos aplicados por el Tribunal de Nüremberg mediante Resolución de la Asamblea General número 95 confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias de Nüremberg. Estos principios los formuló la Comisión de Derecho Internacional a pedido de la Asamblea General mediante resolución 177. p. 22

En el año de 1991 se inició en la ex Yugoslavia un conflicto bélico interno para lograr el poder por parte de ciertas etnias y los serbios liderizados por Slobodan Milosevic para formar la Gran Serbia atentaron contra las demás etnias existentes, llamando a su proceso “limpieza étnica”, violando el Derecho Internacional Humanitario y perpetrando actos genocidas, dejando como resultado, luego de más de dos años de conflicto, más de cincuenta mil muertos y dos millones de personas desplazadas. Esto ameritó que el consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el 22 de febrero de 1993, pronunciara la Resolución 808 mediante la cual crea el Tribunal Internacional para el juzgamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario en la ex Yugoslavia y la consecuente aprobación del Estatuto del tribunal mediante Resolución 827 del 25 de mayo de 1993.⁹

De la misma forma lo hace a través de la resolución 955 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el 8 de noviembre de 1994 para el juzgamiento de los crímenes de Ruanda cometidos contra las minorías *tutti y hutu*, tribunal que se constituyó a solicitud del propio Estado Ruanés:

La creación de los Tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, fue precedida en ambos casos de una fase preparatoria en la que la actividad del Consejo de Seguridad puede sistematizarse en torno a un mismo esquema común que se inicia cuando, ante la existencia de un conflicto armado en el que parece haber indicios de que se están cometiendo violaciones determinadas normas de derecho internacional humanitario, el Consejo de Seguridad instó a las partes a que respetasen estrictamente dichas normas. A continuación debido a la persistencia de dichos comportamientos el Consejo de Seguridad procedió a su condena y recordó que las violaciones de las normas de derecho internacional humanitario constituían delitos que entrañaban la responsabilidad penal de los individuos. Ante la magnitud y gravedad de la crisis humanitaria generada por la situación y persistente violación de las normas de derecho humanitario el Consejo de Seguridad calificó dicha situación de amenaza para la paz y la seguridad internacionales y decidió la creación de una comisión de expertos para su investigación y análisis. En una tercera etapa, una vez constatada la existencia de violaciones masivas y sistemáticas de determinadas normas de derecho internacional humanitario, el Consejo de Seguridad procedió a la creación de un tribunal penal internacional, tomando

⁹ *Ibidem*, pp. 41-43.

como punto de referencia para el texto de su Estatuto el presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas...

Pese a su creación como dos órganos independientes, los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda responden a una unidad de enfoque legal y de economía y eficacia de recursos del que se derivan ciertas relaciones en el plano organizativo e institucional... En especial estas relaciones descansan en tres principios: principio de primacía del tribunal internacional; principio de *non bis in idem* y principio de cooperación de los Estados con el Tribunal.¹⁰

Estos tribunales en cuanto a su creación y funcionamiento también han sido sometidos a severas críticas, fundamentalmente por la creación de éstos posterior a la comisión de los hechos, además por la base jurídica y financiera que los sustenta al depender de forma directa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, además que es éste quien coloca los lapsos de temporalidad y vigencia de los mencionados tribunales, con lo cual se puede observar como una actuación política del Consejo de Seguridad.

En fecha más reciente, el mismo consejo de seguridad creó el 14 de agosto de 2000 a través de la Resolución 1315 otro tribunal especial para Sierra Leona, para juzgar los delitos cometidos durante la guerra civil en el territorio de ese país, siendo que fue un producto de un acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona, catalogándose de tribunal *sui generis* en cuanto a su composición mixta y jurisdicción a través de un Tratado.¹¹

2.3 EL ESTATUTO DE ROMA

Si bien es cierto los tribunales internacionales *ad hoc* mencionados tuvieron influencia en el Estatuto de Roma, éste busca una mayor cobertura para los crímenes internacionales objeto de juzgamiento, su permanencia en el tiempo y la territorialidad con la que puede actuar según sus bases de jurisdicción.

¹⁰ *Ídem.*

¹¹ Anello, *Ob. Cit.* p. 30.

Roma no es el único precedente de creación de una Corte Internacional Penal,¹² sino que desde 1950, luego de culminar la Segunda Guerra Mundial, y dentro de las discusiones sobre los estatutos para la constitución de los Tribunales de Nüremberg y Tokio se redactó un proyecto de Estatuto en 1953 que se presentó ante la Asamblea de las Naciones Unidas en 1954, pero no lograron avanzar en su discusión hasta tanto no encontraran un acuerdo sobre la definición del crimen de agresión.

En la década de los 90 se dictó la resolución 47/33 del 25 de noviembre de 1992 donde se encarga a la Comisión de Derecho Internacional la redacción del Estatuto para un Tribunal Penal Internacional por el auge que la criminalidad internacional tenía para ese momento y las consecuencias políticas a la culminación de la Guerra Fría, siendo que en 1994 la comisión finalizó la tarea que se le había asignado y sugirió a la Asamblea de la ONU convocar a una conferencia internacional de plenipotenciarios para que examinara el proyecto:

En diciembre de 1995 y con la finalidad de completar el texto del proyecto de Estatuto preparado por la Comisión de Derecho Internacional para el establecimiento de una Corte Penal Internacional la Asamblea General de la ONU creó un Comité Preparatorio (Precoz) mediante Resolución 50/46. Este comité preparatorio se reunió seis veces desde 1996 a 1998. Como resultado de las primeras dos reuniones de Comité Preparatorio la Asamblea General en su Resolución 51/

¹² Novak *Ob. Cit.*, p. 52: Así entre los proyectos privados se suele citar el Proyecto de Estatuto de la Corte penal Internacional elaborado por el Comité de la Asociación de Derecho Internacional en 1927; el Proyecto de Estatuto para la creación de una Sala Penal de la Corte Internacional de Justicia de La Haya del 16 de enero de 1928 elaborado por el profesor Pella de la Asociación Internacional de Derecho penal. Entre los proyectos elaborados en el ámbito de organizaciones internacionales destaca, en primer lugar, la Resolución emitida por el Comité de Juristas encargado de elaborar el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional del 24 de julio de 1920, en el que se señaló que dicha Corte debía ser competente para juzgar crímenes internacionales que violaran el orden público internacional o el Derecho Universal de las naciones; asimismo la Convención para la creación de una Corte Penal Internacional adoptada por la Sociedad de Naciones en la ciudad de Ginebra el 16 de noviembre de 1937, destinada a convertirse en el ejecutor de la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo. Posteriormente el tema fue introducido en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas en 1948 y en ese mismo año la CDI decidió que era conveniente crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueran de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales... sin embargo, numerosas instituciones privadas se encargarían de elaborar proyectos de estatutos, los mismos que serían de gran utilidad posterior a la Comisión. Así tenemos los proyectos de la Foundation for an International Criminal Court an International Law Comision de 1972, de la International Law Association de 1984, de la Association Internacionales de Droit Penal y del Instituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali elaborados en la misma década.

207 del 17 de diciembre de 1996 decidió celebrar en 1998 una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para dar forma definitiva y adoptar una convención sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. En las siguientes tres reuniones se discutió la definición de los crímenes, los principios generales del derecho penal, temas de procedimiento, la cooperación internacional y las penas a imponerse. Finalmente la sexta reunión se finalizó el Proyecto de Estatuto y se acordó el procedimiento de la Conferencia que se realizaría para el establecimiento de una Corte Penal Internacional.¹³

Llegado el momento de la Conferencia de 1998 en Roma se concentraron los representantes de 160 países entre el 15 y el 17 de julio. Allí también estuvieron presentes 124 Organizaciones No gubernamentales, 17 organizaciones intergubernamentales y en definitiva se aprueba con 120 votos a favor, 20 abstenciones y 7 votos negativos que fueron los de China, Estados Unidos, la India, Turquía, Sri Lanka, Filipinas e Israel.¹⁴

Como vemos, su creación a través de un Tratado Internacional le permite gozar de independencia del Consejo de Seguridad de la ONU con lo que se separa de las críticas que pudieron hacerse a los Tribunales de ex Yugoslavia y Ruanda, aun y cuando tanto el Consejo como la Secretaría tendrán algunas atribuciones y participación dentro del proceso. No obstante ella, el mismo preámbulo establece que no está subordinada a ninguna institución, siendo permanente y complementaria a las jurisdicciones nacionales, con lo cual tiene vocación universal debido a que todos los Estados pueden ser parte del Estatuto siempre y cuando lo acepten en la integridad de sus disposiciones, ya que no admite ninguna reserva según el artículo 120.

La Corte Penal Internacional tiene personalidad jurídica propia de carácter internacional y por ende es capaz de tener derechos y obligaciones, por lo que puede hacer reclamación de ellos en la vía internacional.

Su carácter es complementario de las jurisdicciones nacionales, ya que sólo podrá entrar a conocer de los delitos que el Estatuto refiere, una vez que la jurisdicción nacional no entre a conocer del asunto, bien sea por su imposibilidad o por su negativa a realizar el juzgamiento interno, por ello la Corte tendrá la posibilidad de examinar la actuación de los Estados cuando hayan iniciado el proceso, pero con el objeto de retardarlo para evitar que la persona comparezca, o haya muestras de parcialidad o falta de independencia del tribunal que

¹³ *Ibidem*, 29.

¹⁴ Tomado de www.icrc.org/web/spa/sitespa el 15 de enero de 2005 a las 8:00 p.m.

conoce, o cuando sea evidente que la justicia nacional ha colapsado. De esta forma la Corte Penal Internacional evita erosionar la soberanía interna de los Estados, ya que entrará a funcionar su jurisdicción sólo por la vía subsidiaria.

Su competencia queda determinada claramente en el artículo 5 para juzgar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto relativos a: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión.

La importancia del Estatuto de Roma ha sido resaltada por muchos y las palabras de Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero lo reflejan:

Lo que sucedió en Roma en julio 17 de 1998, fue simplemente una notificación para el mundo, cuya lectura no puede tener más que un sentido, esto es, que la comunidad internacional, la sociedad civil de los pueblos del mundo, no tolera la impunidad, ni está dispuesta a aceptar que aquello que le es máspreciado al ser humano, su humanidad misma, sea objeto de alguna violación.

Por otra parte el Estatuto representa un nuevo paso en la vigencia obligatoria del derecho internacional humanitario ...estas normas que como lo han dicho muchos expertos corresponden al derecho internacional consuetudinario más elaborado, no cuestionan la actitud ni los fundamentos ideológicos de quienes participan de la beligerancia armada a cualquier título, su tarea propiamente dicha está encaminada a salvaguardar la dignidad humana en medio de los conflictos. Su componente internacional, que ahora se ve reforzado con el Estatuto de Roma y con la posibilidad de hacerlo cumplir por medio de la CPI sólo prescribe, que si bien la guerra es un mal evitable, ésta no puede hacerse a cualquier precio ni de cualquier modo, y que por tanto ella no puede aparecer como justificación de la barbarie ...no dejar sin castigo las graves violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos...

El Estatuto enarbola dos grandes principios: la universalidad y la competencia compulsiva, para quienes no son parte del Estatuto, lo que ya de por sí implica un cambio revolucionario en el derecho internacional público...¹⁵

¹⁵ Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. pp. 13-15.

Es la primera vez que la comunidad internacional en su conjunto adopta verdaderos mecanismos coercitivos para realizar el juzgamiento de los crímenes más atroces contra la humanidad, de forma permanente, sistematizada e independiente, garantizando así los principios fundamentales del debido proceso como derecho humano fundamental. Además impulsa a que las legislaciones internas consideren la tipificación de los crímenes contra la humanidad, pues si no cumplen con su obligación frente a la comunidad internacional, ésta se encargará de investigar y sancionar adecuadamente esos crímenes.

Para Eduardo Montealegre Lynett en el Estatuto de Roma se convergen grandes avances y además varias tradiciones normativas:

...por una parte el derecho internacional de los derechos humanos, y el derecho internacional humanitario, por otra el derecho penal y el derecho internacional consuetudinario y adicionalmente el derecho penal doméstico y el derecho penal internacional. Este encuentro de disciplinas jurídicas permite predecir el comienzo de un proceso de integración y articulación de las mismas, que le permitirá a la futura Corte elaborar conceptos jurídicos y criterios de interpretación propios y autónomos, aunque nutridos de aquellas vertientes normativas. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional debe desarrollar entonces una dogmática propia del derecho penal internacional...¹⁶

La búsqueda de la paz y el respeto de los derechos humanos es una lucha de la justicia, pero también de la política internacional, por ello a veces, aunque pareciera que el Estatuto jurídicamente luce incoherente, no podemos olvidar que su importancia también es política, por cuanto fue el resultado de fórmulas mixtas que buscaron conciliar los intereses de más de 160 países con costumbres, leyes, idiosincrasias, religiones y formas de pensar completamente distintas. Así y no obstante ello se aprobó el Estatuto, que sin duda será objeto de múltiples revisiones y regulaciones una vez que su jurisprudencia comience a sentar criterios sobre su aplicabilidad y uno de esos aspectos álgidos y que merecerá de toda la atención es la imposición de las penas y su ejecución, sobre lo cual hay muy poco escrito, pero muchas dudas formuladas, vamos a eso en nuestros próximos capítulos.

¹⁶ Montealegre Lynett, *Presentación*, en Ambos y Guerrero, *Ob. Cit.*, pp. 20-21.

3. ¿CÓMO LLEGARA UNA PENASEGÚN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL?

Para lograr entender el proceso de funcionamiento y estructura de la Corte Penal Internacional, es importante estar al tanto de las normas que se desarrollan dentro de los títulos V, VI y VIII del texto del Estatuto sobre la Fase de Investigación, la fase de enjuiciamiento y la fase de apelación y revisión. Además de conocer quiénes componen organizativamente la estructura y las facultades de los actores. Nuestro objetivo esencial no es desarrollar la estructura de la CPI, pues conocemos que es un objetivo fijado por otros colegas, pero necesariamente para ubicarnos en la posibilidad de aplicación de las penas, es importante realizar una tarea resumida de cómo llegar a la sentencia.

Lo primero que no debemos olvidar y que forma parte del fundamento de la creación de la Corte Penal Internacional es la razón de su existencia y así en el preámbulo notamos cómo se destaca que:

...en este siglo millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad;

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad, y el bienestar de la humanidad;

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que a tal fin hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia;

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes...

Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales...¹⁷

¹⁷ Estatuto de la Corte Penal Internacional. 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 5507 Extraordinario del 13 de diciembre de 2000. Preámbulo

Por lo tanto, no discutiremos sobre la aplicación de cualquier tipo de delitos, sino que hablamos de aquellos crímenes que son más atroces y que al ser más graves tienen gran trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (artículo 5 del Estatuto), y estas características obviamente influirán en la imposición de las condenas de quienes sean sometidos a esta jurisdicción.

La finalidad de la pena ya viene exponiéndose desde este preámbulo y es que se activa toda una jurisdicción internacional para lograr un objetivo muy concreto y es no sólo evitar la impunidad de esos atroces crímenes, sino al mismo tiempo mostrar a la comunidad internacional en su conjunto qué sucedería a aquellos que osaran atentar contra los bienes jurídicos tutelados de mayor trascendencia internacional.

En este sentido la CPI tendrá una difícil misión cuando comience a conocer de los casos sobre los cuales tiene competencia y favorablemente ha previsto una estructura organizativa jurisdiccional que le permitirá desarrollar sus objetivos de una forma adecuada. La Corte está compuesta por 18 magistrados y cuenta con cuatro órganos principales:¹⁸

1. La Presidencia.
2. Sección de Cuestiones Preliminares, Sección de Primera Instancia y Sección de apelaciones.
3. Fiscalía.
4. La Secretaría.

El proceso penal internacional se puede iniciar por la denuncia realizada por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad ante el Fiscal y éste puede realizar la investigación de oficio sobre la base de la información de un crimen que sea competencia de la Corte, solicitando la autorización a la Sala de Cuestiones preliminares.¹⁹ El fiscal debe analizar cuidadosamente la veracidad de la información²⁰ que recibe y por ello sólo puede dirigirse a fuentes fidedignas que considere apropiadas, fundamentalmente de los Estados, órganos de las Naciones Unidas y organizaciones intergubernamentales y si consigue que existe

¹⁸ Artículo 34 Estatuto.

¹⁹ Artículo 15.

²⁰ Artículo 53 Inicio de Investigación y elementos para el enjuiciamiento.

un fundamento serio presentará su solicitud, así será la Sala de Cuestiones Preliminares quien decida si hay o no fundamentos suficientes para iniciar la investigación,²¹ si la rechaza el fiscal puede posteriormente presentar una nueva solicitud con nuevos hechos o pruebas que sustente:

Algo polémico lo constituye la facultad del Consejo de Seguridad de la ONU de pedir a la CPI que se suspenda un proceso debidamente iniciado por un lapso que no puede superar los doce meses, aun y cuando admitiría la prórroga por lo menos por el mismo lapso y siempre por las razones especificadas en la Carta de las Naciones Unidas.

Decidida la admisibilidad la Sala de Cuestiones Preliminares puede dictar una medida de detención contra los enjuiciados para asegurar que la persona comparezca al juicio, siempre recordando lo que ya dejamos sentado en el capítulo anterior sobre la subsidiaridad con la cual actuará la CPI determinando si en un Estado hay o no disposición para actuar en un asunto determinado. Siempre la Sala de Cuestiones Preliminares informará al Estado parte y a otros Estados de interés sobre la admisibilidad de la solicitud fiscal.

El juicio que se lleve a cabo en la CPI debe reunir los requisitos propios del debido proceso que el Estatuto fija, tomando en cuenta los principios generales del derecho penal relativos al proceso y a la tipicidad de las conductas que le corresponde conocer.²² La preparación del enjuiciamiento corresponde de igual forma a la Sala de Cuestiones Preliminares, quien celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento, en esa audiencia el imputado puede impugnar los cargos, impugnar las pruebas y presentar las pruebas para su defensa. Corresponderá a la Sala decidir si confirma los cargos determinando si las pruebas son suficientes, inclusive puede modificar los cargos conforme a una nueva calificación, si considera que de las pruebas presentadas se deduce algún crimen distinto al presentado por el fiscal acusador.²³

²¹ Podríamos decir para mejor comprensión en nuestro país, que el Fiscal de la CPI tiene casi las mismas atribuciones que el Fiscal del Ministerio Público, es decir, es el titular de la acción penal internacional y su investigación previa viene siendo la fase inicial o de investigación de nuestro proceso penal a la vez que la Sala de Cuestiones Preliminares ejercería el control jurisdiccional que según el artículo 282 del COPP corresponde al Juez de Primera Instancia en funciones de Control.

²² Artículos 22 al 33 en cuanto a los principios generales del derecho penal. Artículo 55 Derechos de las personas durante la investigación.

²³ Artículos 60, 61 sobre la confirmación de los cargos por la Sala de Cuestiones Preliminares.

El procedimiento de confirmación está establecido en el artículo 61 y pone fin a la fase investigativa del procedimiento. La Sala de Cuestiones preliminares realizará una audiencia para confirmar los cargos en un tiempo razonable, con posterioridad a la detención o a la comparecencia voluntaria de la persona ante la Corte. Normalmente el Fiscal y el imputado estarán presentes en la audiencia, sin embargo, conforme al párrafo 2, la persona imputada puede renunciar a su derecho a estar presente, también puede realizarse la audiencia cuando la persona ha huido. En estos eventos siempre se requiere la presencia del defensor. El párrafo 3 contempla que la persona debe ser informada antes de la audiencia en un tiempo razonable de los cargos y de las pruebas que el Fiscal presentará en la audiencia. Como ésta es solamente una etapa preliminar el Fiscal puede presentar un resumen material probatorio o pruebas documentales y no hay necesidad de llamar a los testigos que él desea presentar a los mismos efectos en la etapa de juicio.²⁴

Si la Sala de Cuestiones Preliminares confirma los cargos, la Presidencia constituirá una Sala de Primera Instancia que se encargará de la siguiente fase, que es la fase del juicio conforme a las disposiciones de los artículos 62 y siguientes de la parte VI del Estatuto.²⁵ Colocados en esta Instancia que es la de nuestro mayor interés nos formulamos la pregunta que sigue: *¿Cómo llegamos a establecer una sentencia condenatoria según el Estatuto?*

3.1 LA SENTENCIA CONDENATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La regla general es que condena la Sala de Primera Instancia:

Para llegar una condena se deben cumplir los requisitos establecidos en el Artículo 74²⁶ que determinan la inmediación y concentración de todos los Ma-

²⁴ Hans Jorg Behrens. *Investigación, Juicio, apelación. El proceso penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional* (partes V, VI y VII). En: *Ambos y Guerrero, Ob. Cit.*, pp. 323-324.

²⁵ Siguiendo con la comparación con el proceso penal venezolano, la audiencia que celebra la Sala de cuestiones preliminares tiene las mismas características de la audiencia preliminar y las decisiones son de la misma trascendencia, inclusive con casi idénticas atribuciones, pues el proceso penal que asumió la CPI es el europeo con gran influencia de Francia, Alemania y España, que es el mismo que asumimos en Venezuela, con lo que idéntica consecuencia que la admisión de la acusación fiscal en Venezuela produce la admisión de los cargos en la CPI y es el consecuente paso a la fase de juicio.

²⁶ Artículo 74 del Estatuto de Roma Requisitos para el Fallo.

gistrados de la Sala de Primera Instancia quienes habrán realizado sus determinaciones respecto al fallo luego de haber presenciado todo el debate probatorio. Ese fallo será fundado y contendrá la evaluación de todas las pruebas y su valoración, por ello sólo pueden referirse para fundar el fallo a las pruebas presentadas y examinadas durante el juicio y sus deliberaciones serán secretas. El Estatuto insta a la Sala de Primera Instancia a tratar de tomar decisiones unánimes, asunto que es muy lógico tratándose de la trascendencia internacional que tendrán los juicios que ésta conocerá.

Ese fallo condenatorio debe contener los extremos que exige el artículo 76, en complemento con la Regla 139:²⁷

1. Fijará la pena que proceda tomando en cuenta las pruebas practicadas y las presentaciones relativas a la pena.
2. Convocatoria de oficio a una nueva audiencia o a solicitud del Fiscal o el acusado a los fines de determinar la imposición de la pena, no la culpabilidad, pues ya esto lo determinó en el fallo, pero sí para fijar el *quantum* de la pena y la extensión de las penas accesorias, además de la reparación a las víctimas a la que hace referencia el artículo 75 conforme a la regla 94. Esta audiencia ha sido considerada como un avance respecto a la forma de imposición de condenas que utilizaron para la ex Yugoslavia y Ruanda, por ser más garantizadora de los derechos del condenado.
3. Finalizada la audiencia, si ésta se efectuó, o culminado el debate, se anunciará la pena en una audiencia pública y no es obligatorio que esté presente el acusado.

Ahora bien, esta sentencia condenatoria que establece, en principio, la Sala de Primera Instancia, no sólo se pronunciará sobre la pena principal y sus accesorias, sino que además conforme al artículo 76 y la Regla 143 podrá incluir un pronunciamiento sobre la reparación, restitución o indemnización a las víctimas o sus causahabientes. Deberá determinar en su decisión el alcance y magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas y los principios en los que se funda. Para esta determinación debe escuchar al condenado, a las víctimas, a los representantes de otros Estados que tengan intereses y además puede llegar a tomar medidas según el contenido del artículo 90 en el párrafo

²⁷ Regla 139 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional UN, Doc, PCNICC 2001. www1.umn.edu/humanrts. 15 de enero 2001.

primero para garantizar el cumplimiento de la indemnización. Esta disposición al igual que la creación de un Fondo Fiduciario²⁸ muestra una clara disposición del Estatuto a la protección de los derechos de las víctimas de estos graves crímenes que configuran también un considerable avance del Estatuto conforme a las corrientes más modernas de la victimología.

Dijimos que en principio era la Sala de Primera Instancia quien establecía el fallo condenatorio en contra de quien sea hallado culpable de los crímenes previstos en el Estatuto, según los artículos 6, 7 y 8 en concordancia todos ellos con el artículo 5, pero encontramos que hay otras dos formas para lograr establecer una condena conforme al mismo Estatuto.

La primera de ellas evita el largo debate probatorio y está determinada por el procedimiento en caso de declaración de culpabilidad desarrollado en el artículo 65 figura representativa en nuestro país de la admisión de los hechos (hay claras diferencias procesales y conceptuales, pero en definitiva implica la imposición anticipada de la pena). Esto implica que si el acusado quiere reconocer su participación en los hechos por los cuales se le acusa, reconocerá éstos ante la Sala de Primera Instancia y de ésta constatar que se reúnen los requisitos pasará a dictar la sentencia condenatoria, remitiendo así el caso a la fase de ejecución.

La segunda forma de imponer una condena, distinta a la clásica o principal que es aquella que se establece una vez culminado el debate, ante la Sala de Primera Instancia, queda determinada por las facultades de la Sala de Apelación, según el contenido del artículo 81-b, siendo que queda facultada esta Instancia Superior, al conocer de una apelación de sentencia a dictar una nueva condena aumentando o disminuyendo la previamente establecida por la Sala de Primera Instancia. Entre tanto el condenado continuará privado de su libertad, mientras la Corte decide sobre la apelación. Si la condena establecida por la Corte supera el tiempo de detención, será dejado en libertad, y si resulta absuelto, igualmente se ordenará su inmediata libertad.

Podríamos entonces decir que hay tres formas claras en el Estatuto para llegar al establecimiento de una condena:

1. La Regla la condena establecida finalizado el debate por parte de la Sala de Primera Instancia facultada para determinar el fallo condenatorio.

²⁸ Artículo 79 del Estatuto sobre el Fondo Fiduciario a favor de las víctimas de crímenes competencia de la Corte.

2. La posibilidad de declaración de culpabilidad del acusado con la imposición inmediata de la condena por la Sala de Primera Instancia.

3. La imposición de la pena por la Sala o Corte de Apelaciones cuando conoce de la apelación del fallo de la Sala de Primera Instancia.

3.2 EL RECONOCIMIENTO DE CULPABILIDAD ANTES DEL JUICIO

Una forma novedosa de imposición de la pena al autor en los crímenes previstos en el Estatuto los constituye la posibilidad de reconocer su culpabilidad en el hecho que el Fiscal acusador le atribuye, suprimiéndose de esta manera la fase del juicio, siempre y cuando la Sala de Primera Instancia acepte el planteamiento del acusado.

Según el artículo 64, en el momento de atribuirse las funciones a la Sala de Primera Instancia que radican fundamentalmente en la realización del juicio de forma justa y expedita refiere en el número 8 que:²⁹

a) Al comenzar el juicio, la Sala de Primera Instancia dará lectura ante el acusado de los cargos confirmados anteriormente por la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Primera Instancia se cerciorará de que el acusado comprende la naturaleza de los cargos. Dará al acusado la oportunidad de declararse culpable de conformidad con el artículo 65 o de declararse inocente;³⁰

²⁹ Artículo 65, 8-a del Estatuto, *ejusdem codex lex*.

³⁰ Este aspecto de reconocimiento de culpabilidad es posible en Venezuela según el Código Orgánico Procesal Penal denominándose la admisión de los hechos, aun y cuando se dice que con ello no se reconoce culpabilidad o autoría sino sólo participación, hecho que resulta un tanto confuso desde el punto de vista dogmático, pues sea una cosa u otra la consecuencia jurídica es la misma, es decir, que se pasa de inmediato a la imposición de la condena, con lo cual el injusto típico culpable ya estaría configurado.

La semejanza entre ambas instituciones procesales, en cuanto a la supresión de la realización de un juicio, no es suficiente para parangonar por completo estas figuras, por el contrario, existe entre la propuesta de Declaración de Culpabilidad y el Derecho de Admisión de los hechos algunas diferencias importantes de citar, pues están enmarcadas dentro de los objetivos mismos de los tipos delictivos a los cuales se refieren, es decir, que la Declaración de culpabilidad sería frente aquellos crímenes considerados más graves y de mayor trascendencia para la Comunidad Internacional y la Admisión de los hechos para los delitos comunes de una ley interna. Así en primer lugar y como más relevante encontramos que la Declaración de culpabilidad prevista en el Estatuto no implica la disminución de la pena de quien condena, a en cambio en Venezuela está previsto que para quien admite los hechos se produzca una disminución de la pena que llegaría a imponérsele desde un tercio a la mitad. En segundo lugar la admisión de los hechos se produce por regla general (excepciones de flagrancia y otras aplicaciones por control difuso de constitucionalidad en fase de juicio) ante el Juez de Control (sería el asimilable a la Sala de Cuestiones Preliminares) y en el Estatuto se produce ante la misma instancia que llevaría a cabo el Juicio, por cuanto el Juez tiene expresas facultades para rechazar la proposición del acusado si la considera que no es adecuada y seguir así con el juicio, asunto que no ocurre en Venezuela, por cuanto una vez que se admitan los hechos el Juez sin opinar sobre la decisión del acusado pasa de inmediato a la imposición de la condena.

Esta posibilidad queda sujeta a la estricta aceptación de la Sala de Primera Instancia, quien debe tomar en cuenta no sólo el reconocimiento de la culpabilidad, sino que los hechos esenciales que configuran el crimen, así como las pruebas presentadas son cónsonas con este reconocimiento.

Si la Sala observa que las condiciones no se corresponden a las exigidas con los hechos y las pruebas promovidas, pues tendrá la declaración del acusado como si no se hubiese formulado y se seguirá el juicio conforme a las pautas del Estatuto. Esta circunstancia plasmada en el artículo 65-3 y 4 del Estatuto nos resulta un poco complicada de entender desde el punto de vista de la absoluta no contaminación que debe acompañar a un Juez durante el desarrollo del evento procesal que valorará las pruebas. Queremos decir, que es sumamente difícil desprenderse del subjetivismo personal que implica haber escuchado a alguien declarándose culpable de unos hechos y luego tener la posibilidad de valorar hechos a su favor que podrían llevarlo a la inocencia. Entendemos que esta disposición no se hizo bajo ningún concepto para favorecer el reo, pues no queda duda que quien reconoce su culpabilidad en un hecho es porque esto le favorece, no porque haya existido un acto de contrición o arrepentimiento en la autoría, siempre que se reconoce en materia penal algo es porque la condena que se impondrá sería inferior a la que podría llegar a imponerse en caso de desarrollar todo el juicio; por eso deducimos que la Sala de Primera Instancia –presumimos-especulamos– lo que podría observar es que el acusado pretende evitar el juzgamiento por un delito más grave que podría ser el que se revela de la verdadera valoración de las pruebas promovidas y de allí que volvamos a recordar que no se trata de cualquier delito sino de los crímenes más graves contra la humanidad y con trascendencia para la comunidad internacional, de esto que el control por parte de quienes deciden en la CPI debe ser de mayor cautela, sin que se violen, obviamente, los derechos de los acusados.

Si acepta la culpabilidad reconocida por el sujeto, pasa entonces a la imposición de la pena y con ello ya entraríamos en la fase de la ejecución de condenas que veremos más adelante.

3.3 LA SENTENCIA DE LAS SALAS DE APELACIONES

Resulta también importante reconocer que, según el Estatuto, no sólo se puede llegar a la condena una vez finalizado el juicio, o una vez reconocida la culpabilidad, sino que la Sala de Apelaciones como instancia revisora superior tiene facultades para imponer y modificar las condenas que haya podido imponer la Sala de Primera Instancia.

Según el artículo 81 del Estatuto los fallos que dicte la Sala de Primera Instancia serán apelables, respondiendo obviamente al principio de la doble instancia, y

ésta al conocer de la apelación si observa que hay elementos para revocar la condena podrá realizarlo y dictar así una decisión propia que reúna los requisitos del artículo 83, según el cual puede revocar o enmendar el fallo o la pena, inclusive convocando un nuevo juicio.

Esta situación puede también ocurrir de forma favorable o desfavorable al reo, pues si observa que hay una desproporción entre el crimen y la pena, lo puede modificar tomando en cuenta los factores que desarrolla el artículo 78 en cuanto a la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, además de lo previsto en la Regla 145 sobre las agravantes y atenuantes. Decimos esto, porque no se determina que las facultades condenatorias que ejerce la Sala de Apelaciones sean sólo en beneficio del reo, ya que está claro que la desproporción podría ocurrir por exceso o por defecto, asunto éste que más adelante veremos se deriva de la imprecisión con la que se maneja el principio de la legalidad de la pena en el mismo Estatuto al no tener un límite inferior y no establecer escalafones punitivos entre uno y otro delito.

Así podríamos llegar a la fase de ejecución con la condena impuesta por la CPI, cuando ésta se derive de la decisión valoratoria de la Sala de Apelaciones que no ordene un nuevo juicio, sino que se pronuncie de forma directa sobre el *quantum* de la pena a imponer.

3.4 LA IMPOSICIÓN DEL FALLO CONDENATORIO

Las tres formas de imponer condenas son posibles y quedan claramente determinadas en el Estatuto, pero al ser más común aquella que se establece por la Sala de Primera Instancia, no podemos dejar de mencionar aquí cuáles son los requisitos que ese fallo debe contener.

De tal manera que además de respetar algunos principios básicos y generales como la presencia del acusado en el juicio, la presunción de inocencia, el debido proceso previsto en el artículo 62 y siguientes de la Parte VI, sobre el Juicio, está claro sobre qué aspectos debe pronunciarse la Sala y las atribuciones que le corresponden, inclusive a la protección de las víctimas y testigos que participan en sus actuaciones.³¹

³¹ Según el artículo 68 es una facultad expresa de la CPI más aún con lo trascendente que puede resultar un testimonio en estas circunstancias de crímenes más atroces. Además, según el artículo 67, la Sala de Primera Instancia se compromete a velar por un juicio sin dilaciones indebidas, juicio público, oral, determinar el idioma que se utilizará de los oficialmente reconocidos por la CPI, decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de pruebas y en general a asumir las funciones de control y dirección del debate. Es quien evacua las pruebas y las valora como parte de sus obligaciones.

Luego de que culmine la evacuación de las pruebas testimoniales y que se reciban el resto de las pruebas documentales, deben emitir el fallo y para ello debe haber existido el principio de inmediación y también el de concentración, idénticos a los que existen en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano, según los cuales todos los magistrados que componen la Sala deben estar presentes en cada fase del juicio y todas las deliberaciones sobre el mismo. Se prevé también, según el artículo 74-1 que se designen suplentes para cada uno de esos magistrados, para no arriesgarse a la pérdida del juicio por la incomparecencia de alguno de los titulares.

Para emitir una sentencia sólo pueden fundamentarse en la evaluación de las pruebas, asunto que no merece mayor discusión, pues queda claro que un juez que establece una sentencia, de la índole que ésta sea, debe sujetarse a aquello que consta en el expediente y a lo que ha observado a través del principio de la inmediación, de lo contrario se perdería la esencia del juzgamiento.

Es importante resaltar el contenido del número 2 del artículo 74 ya citado sobre los requisitos del fallo, por cuanto insiste en que el fallo se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritos en los cargos o las modificaciones a los cargos. Esto implica que no puede ir más allá de la acusación que le presente el Fiscal acusador y los elementos de defensa que aporte el acusado, sino estaría actuando fuera de su competencia. Resulta esto también básico desde el punto de vista de la valoración del sentenciador, pero no está demás que lo reiteremos.

Ese fallo debería ser por unanimidad según insta el Estatuto y si ésta no se logra, pues sería por mayoría. Es lógico que el establecer una condena o una absolución de casos tan trascendentes requiera la coherencia del convencimiento de todos los que componen la Instancia, pues si no concurren todos y se excede del mecanismo de aprobación mínima quedarían muchas dudas sobre la veracidad del veredicto y la misma comunidad internacional en casos como éstos aspira que haya pronunciamientos inequívocos y contundentes.

Nos interesa, como hemos venido analizando, la condena y así en el artículo 76 se puntualizan los requisitos del fallo así:³²

1. En caso de que se dicte un fallo condenatorio, la Sala de Primera Instancia fijará la pena que proceda imponer, para lo cual tendrá en

³² Artículo 76 del Estatuto en concordancia con la Regla 143 2-3.

cuenta las pruebas practicadas y las presentaciones relativas a la pena que se hayan hecho en el proceso (³³i).

2. Salvo en el caso en que sea aplicable el artículo 65 (reconocimiento de culpabilidad) la Sala de Primera Instancia podrá convocar de oficio a una nueva audiencia y tendrá que hacerlo si lo solicitan el Fiscal o el acusado antes de que concluya la instancia, a fin de practicar diligencias de prueba o escuchar presentaciones adicionales relativas a la pena, de conformidad con las reglas de procedimiento y prueba.

3. En el caso en que sea aplicable el párrafo 2, en la audiencia a que se hace referencia en ese párrafo, o de ser necesario, en una audiencia adicional se escucharán las presentaciones que se hagan en virtud del artículo 75 (reparación de las víctimas).

4. La pena será impuesta en audiencia pública y de ser posible en presencia del acusado. (Aclaratorias entre paréntesis son nuestras, al igual que el llamado de atención).

En nuestra opinión el ensayo de la multiplicidad de audiencias ante la Sala de Primera Instancia y esa facultad a favor de las partes y de la víctima de hacer proposiciones con relación a la imposición de la pena, o la reparación del daño, hacen engorroso el proceso y le otorgan una suerte de paralelismo con la función principal de imposición de condena que le correspondería a la Sala de Primera Instancia. Pensamos que si las penas se hubiesen establecido de forma clara, bajo un sistema de medición proporcional, estas audiencias serían innecesarias y habríamos cubierto la absoluta facultad del juez sentenciador sobre la extensión y duración de la condena o la reparación del daño.³⁴ En nuestra

³³ (i) Esto de las presentaciones relativas a la pena guarda relación con la posibilidad que sean las partes quienes se refieran al *quantum* de pena que podría imponerse, basada nuestra sugerencia en el hecho que como no hay un mínimo y el máximo es igual para todos los delitos, pues suponemos que en la práctica parte del debate también se centrará en que ambas partes sugieran cuánto podría llegar a imponerse según los elementos de culpabilidad o de inocencia que se presenten según el rol de cada uno.

³⁴ Relacionado todo con las Reglas 141, 142, 143 y 144 que en realidad no aportan absolutamente nada en cuanto a qué se refiere el Estatuto con las proposiciones o el porqué de la realización de esas audiencias, además que resultaría contradictorio que valorara las propuestas de las partes cuando a partir de la regla 145 sobre las penas ya le establece un catálogo de circunstancias que debe tomar en cuenta para la imposición de condenas.

opinión esto dilata el proceso y obstaculiza la función verdadera del sentenciador, quien sólo debe atender a sus criterios de valoración sobre los hechos y circunstancias que ya las partes le han impuesto según su rol. Ahora bien, en el caso de la indemnización resulta distinto, pues aquí, si la víctima tiene una carga más particular, como es la que se deduce de la necesidad de demostrar el daño y el valor de ese daño, con lo cual la Sala decidiría en cuánto se fija la reparación dentro de la misma sentencia.

Ese fallo en definitiva debe constar por escrito, incluyendo un sistema adecuado de valoración a través de una exposición fundada y completa de todas las pruebas, concatenadamente con los hechos y los cargos formulados por el Fiscal, fallo que se procederá a leer sucintamente en una audiencia pública que fijará la Sala, según las reglas de prueba, en el menor plazo posible, pero sin decir cuál sería este plazo. Lo ideal sería que fuera de inmediato o al día siguiente de culminado el debate, pero obviamente no podemos olvidar que seguramente estos juicios estarán llenos de una excesiva carga probatoria y que la trascendencia de la sentencia implicará que necesariamente se tome un tiempo considerable la publicación del mismo.

4. LAS PENAS Y SU EJECUCIÓN EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

No basta pensar que la CPI va a imponer una condena y con ello culminaría su actividad jurisdiccional internacional. Por el contrario somos de la opinión que un trabajo arduo y de verdadera finalidad trascendental comienza para ella en el momento que decida imponer una condena por los crímenes previstos en el artículo 5 del Estatuto.

La etapa relativa a la ejecución de la condena nos llevaría inclusive a pasearnos por finalidades mundialmente reconocidas a la pena y que han sido una utopía, como por ejemplo, la resocialización.

Dentro de este capítulo haremos referencia a criterios de orden penológico que necesariamente llenarán las próximas páginas de un alto contenido de derecho penal, tomando en cuenta que la pena como elemento de la teoría general del delito ha sido sumamente analizado por la dogmática del Derecho Penal y más aún hoy en día, bajo los parámetros de las corrientes modernas de esta rama del Derecho liderizadas por Claus Roxin y Günter Jackobs, como veremos y a los cuales haremos referencia desde el punto de vista de sus visiones sobre los fundamentos de la pena.

4.1 *ALGUNAS CONDENAS IMPUESTAS POR LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES AD HOC*

Condenas impuestas por el Tribunal de Nüremberg, como la de los doce jerarcas nazis a la pena de muerte, siete sentencias de encarcelamiento, tres sobreseimientos y la declaratoria de criminales a tres organizaciones, nos indican que inclusive la pena de muerte ha sido utilizada como sanción contra los crímenes más graves, salvando las diferencias con respecto a la finalidad del Tribunal de Nüremberg y los delitos que éste conoció respecto al Estatuto.³⁵

En ese mismo orden el Tribunal de Tokio condenó a pena de muerte a siete jefes militares japoneses y se impusieron penas privativas de libertad a otros dieciocho acusados.

Otros casos más recientes, en el Tribunal para la antigua ex Yugoslavia, determinó penas en el caso Tadic de seis a veinte años de forma concurrente. En el caso Zlatko, la pena fue de prisión de dos años y medio. Para el caso Aleksovski, la pena fue de quince años de prisión y para Munic a siete años de prisión.

En el Tribunal para Ruanda se observaron algunas penas como la de Serushago a quince años de prisión por genocidio y para Akayesu una pena de diez años de prisión y hasta prisión perpetua concurrentemente.

En el caso de las condenas mencionadas se hace la observación sobre la necesidad de valorar las circunstancias individuales del condenado, así como la gravedad del crimen cometido; además de sugerir, en el caso de los Estatutos para los Tribunales de Ruanda y la antigua ex Yugoslavia, que se tome en cuenta la práctica general relativa a las penas en la jurisdicción nacional, como un punto de referencia.

En estos estatutos los factores de imposición de la pena resultan casi idénticos a los que prevé el Estatuto de Roma y no contempla la pena de muerte como sí lo hacían los Tribunales de Nüremberg y Tokio, y esto se debe en gran parte a las críticas que la pena de muerte como sanción ha recibido desde hace ya algunos años, por considerarla contraria a cualquier forma humana de castigo o sanción. Además de ello no hay duda que se ha demostrado que las conde-

³⁵ Raimondo Fabiana. *La individualización de la pena de prisión en las sentencias de los Tribunales penales ad hoc de las Naciones Unidas*. En. www.iccnw.org/espanol/articulos/fabian_1raimondo.pdf. 15 de enero de 2005. 9:00 p.m.

nas a muerte son efectistas, mas no efectivas, es decir, se siguen produciendo los delitos aun y cuando se quite la vida a los delincuentes. Tampoco hay nada que pueda resarcir un crimen tan atroz como un genocidio, por ejemplo, ni siquiera la pena de muerte, si es que estamos hablando de penas retributivas.

Estos ejemplos, que lógicamente no son los únicos, ilustran un tanto la importancia del juzgamiento de estos crímenes a través del establecimiento de condenas altas por parte de los Tribunales Internacionales; con la particularidad que en el caso de los Tribunales de la ex Yugoslavia y Ruanda no se fijaban límites a la imposición de penas, sino que se dejó a un margen de interpretación excesivamente amplio del juzgador, sin máximo ni mínimo de penas, asunto que se ha sugerido como violatorio del principio de legalidad de las penas.³⁶

Estos ejemplos sugieren que la desproporcionalidad de las penas ha sido una constante en la aplicación de las sentencias de los tribunales *ad hoc*, y si bien es cierto no compartimos la imposición de la pena de muerte, resulta poco comprensible una condena a sólo siete años por crímenes más atroces contra la humanidad. En el caso Ruzindana y Kayishema en los Tribunales de Ruanda, la Sala de Apelaciones reconoció que el entusiasmo en la perpetración de crímenes y el sufrimiento causado a las víctimas y sus familiares podrían ser considerados como circunstancias agravantes al imponer una pena.

En los casos de los Estatutos de los Tribunales de Ruanda y la antigua ex Yugoslavia se argumenta la importancia de la imposición de las penas para contribuir a que las violaciones al Derecho Internacional Humanitario cesaran y se restablecieran las situaciones en ambos territorios, según argumenta el preámbulo de la creación de esos estatutos mediante Resolución Consejo de Seguridad número 827 del 22 de febrero de 1993 y el de la Resolución número 955, del mismo Consejo, del 8 de noviembre de 1994.

³⁶ En el caso Tadic el 26 de enero se produjo la sentencia de apelación de la pena, pues fue declarado culpable de nueve cargos, parcialmente de dos y absuelto en veinte. Fue condenado por violaciones a las leyes o costumbres de la guerra, crímenes contra la humanidad en forma de persecución y actos inhumanos.

En el caso Delalic, quien era el coordinador de las fuerzas bosnio-musulmanas y bosnio-croatas de Konjic ente abril y septiembre de 1992, la SPI lo absolvió de doce cargos por infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y violaciones a las leyes o costumbres de la guerra. Mucic fue declarado culpable por infracciones graves de los Convenios de Ginebra, violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, por los crímenes de asesinato, tortura, tratamientos inhumanos, confinamiento ilegal como superior del campo de concentración de Celebici. Mucic fue condenado sólo a siete años de prisión y Delic a quince años de prisión.

En nuestra opinión se maneja la pena con efectos disuasorios o de intimidación general como diría la dogmática, pero para la cámara de apelaciones no eran efectos legítimos en los siguientes términos:³⁷

...la CA consideró la cuestión de los efectos disuasorios de las penas, en tanto que factor a ser valorado al momento de imponer una sentencia, en tres distintos casos: Tadic, Aleksosvski y Delalic. La CA sostuvo que los efectos disuasivos legítimamente pueden ser considerados al momento de pronunciarse una sentencia, pero que al momento de valorarse este factor no debe acordársele indebida preeminencia con el conjunto de la valoración. La CA aceptó la importancia general del aspecto disuasivo que se deriva de la aplicación de una pena, en respuesta a la comisión de crímenes internacionales. También sostuvo que el concepto de retribución, elemento de una política de disuasión criminal, no debería ser entendido de modo tal que se considere a la punición como un deseo de venganza sino más bien como la expresión de la reacción de la comunidad internacional toda contra la comisión de estos crímenes. Por éstas y otras razones la CA concluyó que la SPI interviniente erró en sentenciar al acusado por violaciones a las leyes y las costumbres de la guerra, ultraje a la dignidad personal y tratamiento indebido a prisioneros de guerra, a una pena de prisión de dos años y seis meses solamente, e impuso en su lugar una de siete. A los efectos de fundamentar el recurso del aspecto disuasivo de las penas como factor a valorarse en tales situaciones la CA recordó la Resolución CS 827 al sostener que tal efecto tiene un importante papel en el funcionamiento del TPIY. Además subrayó que enjuiciar a las personas responsables de cometer serias violaciones al DIH significa prevenir la comisión de nuevas violaciones y recordó que este factor no debe vérselo atribuido indebida preeminencia en la valoración de las circunstancias que debe realizarse al momento de individualizar la pena que se impondrá a una persona condenada por el tribunal...

Opiniones éstas sobre las cuales haremos una discusión detallada más adelante.

4.2 ¿QUÉ PENAS SON APLICABLES SEGÚN EL ESTATUTO DE ROMA?

Vistas las formas en las que puede llegar a imponerse la condena y el alcance del fallo inclusive a la orden de reparación o indemnización de las víctimas, debemos entender cuáles son las facultades sancionatorias de la CPI.

³⁷ Raimondo, *ibidem*, p. 6.

Según el contenido del artículo 77 en relación con la RPP 145: las penas previstas se deduce, pueden ser clasificadas en:

4.2.1 Principales privativas de libertad

4.2.1.1 *La reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta, inicialmente se pensó en sesenta años, pero el consenso lo dejó en el límite superior que mencionamos*

Nótese, cómo esto constituye un avance con los Estatutos iniciales de Nüremberg y Tokio, en cuanto a que por lo menos aquí tendríamos un límite superior de la pena, pero aun sin límite inferior.

Pero surge una interrogante que quizá el lector pudiera considerar como punto de reflexión y es la pena máxima en treinta años, cuando se trata de los crímenes más atroces contra la humanidad. Obviamente los garantistas dirían que es excesiva cualquier pena, y para los partidarios de la existencia del Derecho Penal del Enemigo, pues ninguna pena resultaría suficiente, sobre la base del derecho penal de los vencidos.

4.2.1.2 *La reclusión a perpetuidad: Esta pena estará sujeta a dos condiciones:*

a) cuando lo justifique la extrema gravedad del crimen (esta extrema gravedad del crimen no se encuentra fijada en parámetros en ninguna parte del Estatuto y la única forma quizá en la que podríamos encontrar una referencia que evite la subjetivización absoluta de su imposición sería en las Reglas de Procedimiento y Prueba, cuando desarrolla las agravantes y las atenuantes.

b) cuando lo justifique las circunstancias personales del condenado. Tampoco conocemos cuáles serían esas circunstancias personales del condenado.

Aquí hay cierto temor de que estemos volviendo a formas de sanción de las denominadas en dogmática penal como derecho penal de la persona, en la cual por el sujeto es que se fija el criterio de imposición de la pena y no en concreto por el acto. Esto sin duda reviste cierto grado de peligrosidad, pues lo más trascendente en los crímenes desarrollados en el Estatuto, en nuestro concepto, no es quién comete el hecho punible, sino más bien qué y cómo se comete ese hecho de tanta gravedad. Por eso no todo lo que suceda en un territorio puede ser considerado un delito competencia de la Corte Penal Internacional, pues inclusive las vías por medio de las cuales puede el Fiscal Acusador cono-

cer de esos hechos son restringidas, ello con la única finalidad –en nuestra opinión– de limitar el acceso a la CPI de cualquier ciudadano que pretenda activar la intervención subsidiaria internacional ante hechos, que si bien son graves, no son los más trascendentes para la comunidad internacional.

Para el análisis de la pena se complementó con la Regla 145-3 indicando que esas circunstancias respecto al condenado serían puestas de manifiesto según existan una o más de las circunstancias agravantes que la regla 145 anuncia para la determinación del *quantum* de la pena:³⁸

Regla 145 Imposición de la Pena

1. La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78:

- a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal.
- b) Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen;
- c) Además de los factores mencionados en el párrafo 1 del artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios perpetrados para cometer el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y edad, instrucción y condición social y económica del condenado...

Surgen varias interrogantes de la transcripción parcial que hicieramos sobre la regla 143 y se trata de la amplitud con la cual se manejan ciertos conceptos y lo indeterminados que éstos pueden aparecer en el momento en que el Estatuto se aplique. Estamos claros, y hemos insistido en esto, que nuestras disertaciones sobre las penas, sólo podrán tener coherencia y sentido en el momento en que tengamos una primera sentencia a aplicar por parte de la CPI, pero no por ello resulta de ser importante plantearse la necesidad de alguna revisión previa de los conceptos que jurídicamente lucen indeterminados. Entre estos aspectos la

³⁸ *Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional, Ob. Cit.*

referencia a la ponderación de factores pertinentes es totalmente subjetivo, pues ¿qué es lo que puede resultar pertinente? El concepto de pertinencia debe basarse en la legalidad de elementos que la misma norma prevea desde el punto de vista de los medios para la valoración de la prueba, y ello no debe descansar directamente en la pena sino en los medios de prueba que se utilizarán para comprobar el delito que desencadenará la pena.

En segundo lugar tampoco se refiere con especificidad ¿qué significa la índole de la conducta ilícita? Suponemos que debería referirse al crimen cometido, toda vez que seguido a esa afirmación refiere los medios empleados para cometer el crimen, por ende no se trataría de índole de conducta ilícita sino en concreto del crimen cometido y aquí nos encontraremos con otro problema y es que en los artículos que desarrollan los crímenes de Genocidio, lesa humanidad, y crímenes de guerra (artículos 6, 7 y 8 del Estatuto) se describen diversas acciones u omisiones de distinta categoría, pero que configuran el mismo crimen y esto es lo que en la práctica acarreará dificultades de aplicación. Así asumimos que la índole de la conducta ilícita iría dirigida a fijarse en cuál de las acciones u omisiones ha incurrido el agente del delito para cometer el crimen, lo que sin duda, una vez más no deja de ser subjetivo, y por ende peligroso, recordando las características siempre políticas de las decisiones que podrían llegar a tomarse en el seno de la CPI por la influencia precisa, aunque distante normativamente hablando, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Otro elemento que preocupa es lo del “grado de intencionalidad”, pues no hay ninguna norma en el Estatuto que permita la medición de esto, inclusive creemos que la intencionalidad no tendría grados o existe intención o no existe y por ende pasamos a otras formas de perpetración del hecho punible como la culpa o la preterintención, por ejemplo, pero resulta sumamente difícil entender que algunos de los crímenes del Estatuto pueda llegar a cometerse por culpa, debido a las circunstancias que los describen. Hubiese sido preferible que desarrollara en realidad las formas o grados de participación y conforme a ello graduara las penas, dejando de lado el supuesto de la intencionalidad, que inclusive, si lo analizáramos desde el punto de vista de la dogmática más moderna, sugeriría más bien el análisis de las condiciones subjetivas del tipo penal que describe el crimen más grave.

Completando el catálogo de nuestras dudas o reflexiones sobre el contenido de la regla en análisis, la referencia a las circunstancias de tiempo, modo y lugar se unen con una conjunción “y” a las condiciones de edad, instrucción y condición social y económica del condenado, esto pareciera una redacción confusa, aunque verdad de Perogrullo, es importante entender que las circuns-

tancias de modo, tiempo y lugar sólo pueden ser del crimen y esto ya quedaría incluido, desde el punto de vista de la valoración, en la magnitud del daño causado, en los medios empleados para perpetrar el crimen, y en el grado de participación del agente en el hecho punible.

Percibimos que la regla 145 confunde en la letra c, los elementos que son necesarios valorar para considerar como perpetrado un hecho punible, de aquellos que deben ser valorados para imponer una pena, que serían precisamente las circunstancias agravantes y atenuantes que acompañaron al crimen ya demostrado. Así todo aquello que se refiera a los elementos objetivos y subjetivos del tipo, debe ser entendido por el juez en el momento de la comprobación del hecho y luego que considere que el hecho está cometido entrará a considerar la pena según las circunstancias que ya se hayan derivado del crimen cometido y quizá, allí sí de las circunstancias personales que acompañan al agente del delito.

Sobre esta última consideración y en cuanto a las circunstancias del agente del delito hay un alto contenido de imprecisión en cuanto a lo referido a la: instrucción, condición social y económica del condenado, pues que va a valorar quien impone la pena, la mayor o menor instrucción, condición social determinada por cuáles factores (clases alta, baja, media) e inclusive la condición económica sería determinar si es rico o es pobre el agente. Esto sí nos resulta total y categóricamente absurdo, pues entendemos que el Estatuto no se dirigiría a la aplicación de condenas, según estas condiciones, y mucho menos a volverse él mismo un elemento discriminador o justificador de conductas sobre la base de estos elementos que constituyen en sí mismos elementos de discriminación. Si un pobre o un rico, o colocándolo de forma más jurídica y menos sociológica, comete un crimen de lesa humanidad debe ser igualmente culpable y lo único en lo que podría influir su grado de riqueza o pobreza sería en la posibilidad de imposición de la multa que se desarrolla en una regla distinta como lo es la 146.

La edad sí es un factor que puede orientar la imposición de la pena, porque es un elemento que implicaría el análisis de la comprensión sobre el hecho y sus consecuencias, el grado de madurez del autor y la forma en la cuál éste se implicó en el delito o cómo fue utilizado para la perpetración del delito, pero el resto de las circunstancias –por lo menos como lucen allí expuestas– sin ninguna especificación, carecen de sentido. No podemos pretender que la aplicación de las penas se base en factores de discriminación a favor o en perjuicio de nadie. Todo lo contrario, mientras más objetiva sea la aplicación de una pena, ésta será más humana, sobre la base de que lo que interesa es que sea una pena justa, no degradante, independientemente de quién la cometió, a

menos que las circunstancias verdadera y objetivamente consideradas sean determinantes, insistimos, para la comprobación de los elementos subjetivos del tipo penal descrito en la norma.

En cuanto a las circunstancias agravantes y atenuantes son similares a las que acompañan la creación de los Tribunales para el juzgamiento de los hechos de la antigua ex Yugoslavia y los de Ruanda y son más palpables objetivamente hablando.

Sobre el aspecto de los atenuantes y agravantes, resulta curioso destacar que las atenuantes son sólo dos; una de ellas dirigida a un factor excluyente de responsabilidad penal, como lo es la capacidad mental del agente, que en definitiva no debería ser manejada como una atenuante, sino más bien como una eximente real de la responsabilidad penal. La segunda resulta más curiosa aún y se ha manejado ésta en algunas legislaciones en los casos de la responsabilidad penal del adolescente, como en el caso de Venezuela, en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, y trata un poco de algo intangible como podría ser el arrepentimiento y el resarcimiento de las víctimas, asunto que precisamente resultaría lógico en ese ámbito, pero que nos parece un tanto incomprensible en materia de la CPI. Independientemente de si el agente resarce o no a las víctimas (que inclusive sería una de las obligaciones impuestas por la condena) el hecho punible ya se cometió y el daño ya se comprobó y por ende la única conducta válida para ese condenado sería someterse a la jurisdicción, y si no se sometiera entonces sí podría consistir en una causal de incremento de pena, pero no creemos conveniente que la norma favorezca al agente con una atenuante por hacer lo que debe hacer, es una especie de premio por ajustarse a la legalidad y eso sin duda creará reacciones fijadas por falsos y poco creíbles arrepentimientos.

Con esto pareciera que no hay verdaderas atenuantes, a lo que le sumamos que no se entiende para qué destaca las atenuantes si no inciden en forma cuántica en la imposición de la pena, es decir ¿atenuar con respecto a cuántos grados o puntos de la pena a imponer? si en el Estatuto no hay límites inferiores ni términos medios con los cuales jugar para imponer penas más arriba o más debajo de qué? Quizá esa respuesta estaría determinada por lo que piense el sentenciador antes de plasmarlo en la condena, es decir, que pensaría en imponer una pena de diez años y como considera una atenuante la impondrá en ocho o en seis o en cuatro, tendría entonces que determinar qué pena pensó en imponer primero, y la realidad nos dice que esto no suena cónsono con principios objetivos de punibilidad.

Distinto ocurre con las agravantes que son por lo menos seis y que sí son mucho más fáciles de objetivizar y que además influirían en que se considerara el crimen como de extrema gravedad a los fines de la imposición de la condena a perpetuidad, de allí que no hagamos otras consideraciones sobre el asunto.

El tema de la reclusión a perpetuidad generó grandes discusiones en el seno de la comisión preparatoria del Estatuto, al igual que en la sesión final para su aprobación, conjuntamente con el tema de la pena de muerte y sobre ello volveremos en adelante. Esto nos sugiere que la colocación allí de esas atenuaciones es un simple cumplimiento con postulados que han promulgado la pena más humanitaria, pero que realmente no hay convencimiento de que se apliquen.

4.2.1.2 *La Reclusión a perpetuidad: Esta pena estará sujeta a dos condiciones*

4.3 ACCESORIAS RESTRICTIVAS DE OTROS DERECHOS

4.3.1 *La multa según los criterios de la **regla 146***

- a) Consideración si la pena de reclusión es suficiente.
- b) Capacidad financiera del condenado.
- c) Si se ha dictado un decomiso o una indemnización.
- d) Si el crimen estuvo motivado por el afán de lucro personal y en qué medida conforme a la Regla 145.

4.3.2 *El Decomiso: bienes, productos y los haberes que procedan de forma directa o indirecta de dicho crimen*

Vemos nuevamente cómo la letra “a” refiere a la subjetividad, pues qué es lo que determinará si una pena de reclusión es o no suficiente, basta para ello remitirse a las discusiones previas a la fijación de la pena en treinta años y las oposiciones a un límite que muchos consideraban insuficiente, pero que otros consideraban adecuado; o la férrea oposición a la exclusión de la pena de muerte, porque los países mencionados pensaban era lo único suficiente para resarcir el daño causado, es decir, que no es una forma adecuada de medir la imposición de una multa.

Los factores sobre capacidad financiera aquí sí son útiles de comprobación, toda vez que lo que se impondría sería algo medido en dinero, con lo cual sería absurdo imponer pena a un sujeto que no tiene capacidad económica. Al igual que dijimos que para imponer el *quantum* de pena no es útil, afirmamos que

para la multa sí es imprescindible. Asimismo el ánimo de lucro del agente es determinante, pero sin olvidar que no todo se podría llegar a resarcir económicamente hablando.

Pareciera objetivamente lógico el margen del 75% que como cuantía máxima de multa impone la regla, sobre la base de los bienes del condenado y el plazo razonable para el pago. Pero una vez más peligroso resulta el contenido del número cuatro de la regla 146, en relación a la conversión de la multa en días de reclusión, algo así como admitir que hay cárcel por deuda, y esto puede resultar discriminatorio. La multa debe imponerse cuando existe la certeza que ésta se puede cumplir y que hay capacidad para ello, sino es inútil que se proceda a ello.

4.4 ¿VIOLA EL ESTATUTO EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD?

El artículo 78, en concordancia con la Regla 145, indica cómo imponer la pena y aquí han surgido parte de las grandes críticas por parte de la doctrina al considerar que el Estatuto viola el principio de la legalidad respecto a las penas en virtud de la inexistencia de una correlación específica que vincule cada crimen con una pena, así como la indefinición en cuanto a la duración mínima de las penas, que habíamos ya mencionado.

Esto según doctrinarios como Isabel Lirola Delgado, Magdalena Martín,³⁹ Alejandro Ramelli Arteaga,⁴⁰ Milagros Betancourt,⁴¹ entre otros, constituye una violación al principio de la legalidad de donde debería determinarse que para cada delito existiera una pena determinada:

El sistema ideal hubiera sido establecer penas separadas para cada crimen, pero la dificultad para negociar y llegar a un acuerdo entre los diferentes Estados sobre dicha cuestión, hizo que se optara por este sistema general, que deja al arbitrio de los jueces la determinación de la pena para cada caso en concreto.

Sin embargo, en relación con el sistema de penas establecido en los estatutos de los tribunales *ad hoc*, se han producido algunos avan-

³⁹ Isabel Lirola Delgado y Magdalena Martín. *La Corte Penal Internacional, justicia versus impunidad*. Barcelona. p. 237.

⁴⁰ Alejandro Ramelli Arteaga. *La Función de la Pena en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. En: XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Bogotá. p. 182.

⁴¹ Milagros Betancourt. *Las Penas aplicables por la Corte Penal Internacional previstas en el Estatuto de Roma*. En *Crímenes de Lesa Humanidad, un enfoque venezolano*. Caracas. p. 25.

ces en este Estatuto. En aquéllos, al preverse penas de prisión no se establece un *quantum* y al hablar del cumplimiento de las penas, sólo remite su ejecución a la “práctica general de los tribunales de dichos países”. En cambio en el Estatuto de Roma se prevé una graduación de las penas de prisión al establecer un máximo de 30 años y admitir las penas de reclusión a perpetuidad, aunque no determina la pena que corresponde a cada crimen, especificando en forma separada los tipos y las penas genéricamente aplicables...⁴²⁻⁴³

El Estatuto optó por asumir el sistema general de imposición de penas donde se le da el margen al sentenciador de decidir cuál será la pena a imponer si unos límites inferiores precisos y en este sentido:

En la fase preparatoria se había establecido claramente que no era posible definir una pena específica para cada uno de los delitos del Estatuto. En consecuencia la solución consistiría únicamente en establecer un listado de penas aplicables a todos los delitos. La enumeración más importante de las penas está contenida en el artículo 77 e incluye, como la más grave, la pena reclusión perpetua y la prisión por un número específico de años sin exceder de 30. La multa y el decomiso se consideran como penas adicionales, mientras la pena de muerte queda excluida de la clasificación.⁴⁴

Hay quienes indican, además que esta inadecuación se debe a la escasa institucionalización de la sociedad aunado a la falta de un Código Penal Internacional, pero sin duda con el resto de los instrumentos precedentes configura un avance, por cuanto no remite a las penas previstas en las legislaciones internas, sino que fija aunque sea un límite máximo por medio del cual se podrá manejar el juez que condene, pero que sin duda pudo colocarse el

⁴² Anello, *ib idem*, p. 86.

⁴³ En relación con el comentario de Ana Carolina Anello es importante destacar que en los mencionados anteriores estatutos se puede ubicar el tema de la imposición de la pena así: En El estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, artículos 27 y 28. En el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia artículo 24 y en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, artículo 25. Tomado de: [www.derechos.org/nizor/ley/yug.html](http://www.derechos.org/nizkor/ley/yug.html) (15 de enero de 2005 9:00 p.m., (Resolución 827 de 25 de mayo de 1993), www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf (15 de enero de 2005, 9:05 p.m. Resolución 955 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del 08 de noviembre de 1994) .

⁴⁴ Claus Kreb. *Sanciones penales, ejecución penal y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*. pp. 339 y 340.

mínimo para evitar que crímenes atroces sean penados con penas muy bajas o insignificantes.

La imposibilidad de fijar límites inferiores coloca de nuevo el planteamiento sobre el principio de legalidad de la pena, al cual por cierto refiere el artículo 23 del mismo Estatuto:

...el problema principal resulta ser la inadecuación del Estatuto a lo que hemos denominado el aspecto formal del principio de legalidad penal (*nulla poena sine lege*), principio que además de en el Estatuto (Art. 23) está consagrado en la mayoría de los tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos (Art. 15.1 del PIDCP, entre otros). Como ya hemos señalado, esta inadecuación se deriva tanto de la escasa institucionalización de la sociedad internacional como de la falta de un Código Penal Internacional y se traduce en la articulación de la responsabilidad penal individual a través del modelo de aplicación indirecta (*indirect enforcement model*). Recordemos que de conformidad con este modelo, los tratados internacionales tipificadores de los crímenes internacionales remitían a los derechos internos para la fijación de las penas, ordenando a los Estados contratantes la adopción de las medidas legislativas, judiciales y administrativas necesarias para castigar a los culpables, teniendo en cuenta la gravedad y trascendencia internacional de los crímenes cometidos.

La cuestión de las penas que la Corte podría imponer había sido examinada en el contexto de la elaboración de un Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En este marco, se arbitró una fórmula general que pretendía establecer una única pena para todos los crímenes, con un máximo y un mínimo en función de las circunstancias personales del condenado. La CDI aceptó inicialmente esta propuesta, sugiriendo la imposición de la pena de reclusión a perpetuidad para el conjunto de los crímenes internacionales. En determinados casos en particular en los crímenes de guerra, dicha pena se complementaría con otra consistente en la incautación de los bienes que el condenado hubiera sustraído o de los que se hubiera apoderado ilícitamente. Sin embargo, la CDI abandonó su posición inicial a favor de la clásica remisión a los ordenamientos internos para la fijación de las penas aplicables por la comisión de crímenes internacionales. En concreto la duración de la pena privativa de libertad se determinaría de conformidad con el derecho penal de los tres Estados que tuvieran una vinculación especial con el crimen, a

saber: El Estado de la nacionalidad del acusado, el Estado del Territorio y el Estado de la detención.

En nuestra opinión, la actual regulación mejora las anteriores disposiciones, pero continúa sin satisfacer plenamente el principio de la legalidad penal. Para ello hubiera sido preciso determinar no sólo el límite máximo de la duración de las penas privativas de libertad (treinta años salvo los supuestos extremos de reclusión a perpetuidad) sino también el mínimo, porque no tendría sentido castigar la comisión de un crimen internacional con unos pocos meses o años de prisión.⁴⁵⁻⁴⁶

A la condena se le reducirá el tiempo que ha permanecido detenido el enjuiciado y cualquier otro período de detención en relación directa con la conducta constitutiva del delito, lo que no constituye una novedad en comparación con nuestra legislación interna.

Podría ocurrir que dentro de la imposición de condenas se diera el caso de la concurrencia de penas, pues la CPI debe imponer una pena a cada uno de los delitos por los cuales se juzgue y una pena en común que no podrá ser inferior a la más alta de las condenas. Pero tampoco se establece cómo sería la regla de concurrencia en la aplicación de estas penas acumulativas por diversos delitos, así que seguramente en la práctica sería la jurisprudencia la que tendría que determinar este asunto, pues seguro existirán casos de concurrencia debido a la gran relación que existe entre las conductas criminales principales y las consecuencias dañinas que éstas producen.

⁴⁵ Lirola Delgado, Martín Martínez, *ibidem*, pp. 237 y 238.

⁴⁶ Nos resulta interesante pasar a transcribir aquí una remisión que hacen las mismas autoras anteriores a la legislación interna española y por ello las reproducimos aquí: A título orientativo las penas previstas en el derecho interno español para los denominados “delitos contra la Comunidad Internacional” oscilan entre quince y veinte años de prisión para el genocidio, y de diez a quince años para los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Frente a penas previstas en los ordenamientos internos, algunas de las sentencias del TPIY (Erdemovic, Case N° IT-96-22 y Alekowski, case N° IT-95-14-1) evidencian que la imposición de penas menores a acusados de la comisión de crímenes internacionales puede poner en tela de juicio el concepto de crimen internacional, caracterizado entre otras notas por su extrema gravedad y trascendencia internacional. En este orden de cosas, la inexistencia de penas mínimas ha sido considerada en algunos países como Costa Rica un impedimento de naturaleza constitucional que pudiera impedir o cuanto menos retrasar la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

4.5 LA PENA DE MUERTE Y LA CADENA PERPETUA EN LAS DISCUSIONES PRELIMINARES DEL ESTATUTO

Éste fue uno de los aspectos más controvertidos para la aprobación del contenido del Estatuto. La diversidad de opiniones de los representantes de los países que suscribirían el mismo mantuvo en tensión los aspectos relacionados con la pena de muerte que se sugería fuera eliminada del Estatuto. La oposición estuvo determinada por países como Trinidad y Tobago, Singapur y los países árabes que hacían presiones para la incorporación, contrarios a las corrientes generales de abolición de la pena de muerte sustentada en los Pactos y Convenios Internacionales que impulsan su supresión sobre la base de los respetos de los derechos humanos de los condenados.

Un comentario interesante surge de la opinión de Carolina Susana Anello,⁴⁷ quien aseguró que en el momento de la creación de las mesas de discusión en las reuniones preparatorias, aquella a quien le correspondió el tema de las penas y su ejecución, se consideró la de menor importancia, pasando a ser la más conflictiva y donde se requirió de la mediación con la inclusión del artículo 80 mediante el cual con respecto a las penas establecidas en el Estatuto no se entenderán en perjuicio de la aplicación por los Estados partes de las penas prescritas en su legislación interna, ni tampoco las penas que no estén establecidas para esas legislaciones que sí estén contempladas en el Estatuto, como es el caso de la pena a perpetuidad.

Así se negó la inclusión de la pena de muerte y se adoptó la posibilidad de imponer la cadena perpetua excepcionalmente para tampoco entrar en conflicto con países cuyas legislaciones tampoco lo permitieran.⁴⁸⁻⁴⁹

Excluir la pena de muerte del conjunto de penas fue el punto de mayor discusión en las negociaciones de la Parte VII. En realidad, muchas delegaciones, en especial las que representaban a Estados

⁴⁷ Anello. *Ob. Cit.* p. 85.

⁴⁸ En este sentido Anello expresó que las deliberaciones sobre esas cuestiones, la aceptación sobre la exclusión de la pena de muerte se cambió por la pena de reclusión a perpetuidad, en supuestos excepcionales en que la extrema gravedad del crimen (77.1b) y la existencia en la persona del condenado de una o más de las agravantes que así lo justifiquen (145-3) ...también se planteó la discusión sobre la pena a perpetuidad por algunas legislaciones, lo cual se logró solucionar atribuyéndole a los Estados la posibilidad de imponer condiciones en la ejecución de las penas (103.1.b) y por otro, en virtud de la introducción de una cláusula de revisión automática de la pena al cumplimiento de por lo menos veinticinco años de la reclusión.

⁴⁹ Kreb, *ibidem*, pp. 341 y 342.

Árabes y del Caribe, Singapur y Ruanda, expresaron firmemente su punto de vista respecto a que en algunos casos sólo la pena capital estaría a la altura de la gravedad de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional. En particular para estas delegaciones resultaba inaceptable que los responsables de tales delitos pudiesen llegar a ser tratados en forma más benigna por la Corte que por sus respectivas justicias nacionales. El argumento que respaldaba esta posición por supuesto, era bien conocido, desde la intervención de Ruanda en el Consejo de Seguridad durante el debate sobre el Estatuto del Tribunal *ad hoc*. La mayor parte de las delegaciones se oponía con firmeza a esta consideración y lo hacían basadas en un argumento absolutamente claro, según el cual para ellas era inconcebible votar a favor de un Estatuto internacional que consagraba la pena de muerte. Las referencias que sustentaban esta postura eran dos: por una parte, la prohibición constitucional de sus propios ordenamientos y por la otra, las obligaciones de carácter internacional. Frente a esta posición el mismo coordinador Fife se encontró en una situación embarazosa en la medida en que se debía proponer una solución a un problema donde existía una brecha que no podría cerrarse fácilmente por medio de un compromiso sincero de las partes. Además la distancia entre las proposiciones no era de carácter técnico, sino que reflejaba básicamente una profunda división en torno a un problema de valores fundamentales para cada uno de los que debatían. El “paquete” acordado que fue concluido sólo a finales de la Conferencia excluía la pena de muerte del artículo 77, pero aclaraba en el artículo 80 que ello se hacía sin perjuicio de la aplicación de la pena de muerte por un tribunal penal nacional...

Así una forma de lograr el consenso no sólo fue el contenido del artículo 80, sino que respecto a la pena a perpetuidad se estableció sobre la base de la posibilidad de la excepcionalidad y de lograr una revisión de oficio o a solicitud de parte, de la cadena perpetua, una vez que el condenado haya cumplido veinticinco años en la reclusión según el contenido del artículo 110, y la facultad de los países de ejecución de condenas de someter la aceptación de la reclusión del condenado a sus condiciones internas respecto al máximo de duración de la pena.⁵⁰

⁵⁰ En este sentido España en la Ley Orgánica 6/2000 del 4 de octubre de 2000 por medio de la cual se autoriza la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional usó dicho mecanismo donde su condición para la recepción del condenado queda supeditada a que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo previsto en la legislación española.

El manejo de la pena a perpetuidad se apaciguó con la posibilidad de la revisión que la convertía en una pena no irrevocable, por ello no es inhumana, ni degradante y por lo tanto no contradice los derechos humanos.

Las objeciones a la perpetuidad sí fueron de menos países que con respecto a la pena de muerte, y basados siempre en la limitación constitucional de cada país.

Sin la posibilidad de revisión de la pena a perpetuidad, la exclusión de la pena de muerte, pero la factibilidad de que cada país sancionara internamente el crimen como lo considerara según sus normas de derecho interno, destacándose el carácter subsidiario de la CPI fue la única forma de lograr el consenso:⁵¹

A modo de conclusión tanto el proceso de imposición como la determinación de las penas aplicables por la Corte son un claro exponente de las miserias y grandezas de las técnicas negociadoras utilizadas en Roma. En un contexto de búsqueda de consenso y el equilibrio entre intereses diferentes, muchas de las disposiciones del Estatuto contienen acuerdos de compromiso que sin satisfacer a nadie, tuvieron la virtud de evitar sentimientos de victoria o derrota entre las delegaciones estatales. A este espíritu parece obedecer el Art. 80, según el cual la regulación que el Estatuto contiene respecto de las penas en nada afectará a las legislaciones nacionales de los Estados ni a la aplicación de sus respectivas políticas punitivas.

Mediante su formulación, la Conferencia de Roma expresaba una suerte de declaración en clave política. Siguiendo un criterio de interpretación subjetiva, resulta evidente que se pretendía manifestar que el Estatuto no podrá ser utilizado en el futuro como un arma arrojada sobre aquellos Estados que concluyen tratados internacionales en los que no se contempla la pena de muerte; pero que aplican baremos bien distintos en sus legislaciones internas. No obstante, esta declaración en nada obsta para sostener que de conformidad con una interpretación finalista y teleológica, el Estatuto refuerza la tendencia contraria a la pena de muerte que caracteriza al ordenamiento jurídico internacional contemporáneo.

⁵¹ Lirola y Martínez, *ibidem* p. 242.

4.6 ¿CÓMO SE EJECUTARÁN LAS PENAS PREVISTAS EN EL ESTATUTO?

Debemos tomar en cuenta, antes de analizar el cómo, qué significado tiene dentro de un proceso penal la ejecución de la condena. En un sentido estricto la ejecución de condena viene a configurar la forma en la cual se cumple la pena impuesta por una determinada instancia judicial, en este caso cómo se cumplirían las condenas que imponga la CPI. Es decir, que el trabajo jurisdiccional no acaba con la imposición de la pena, sino que luego de ello hay unas consecuencias formales y unas consecuencias materiales. Las formales son precisamente cómo se cumplirá esa condena y las materiales es contestar para qué se impuso una condena, esto último nos llevará un denso análisis, toda vez que es imprescindible analizar cuál es la finalidad de imponer penas según y para el Estatuto de Roma.

En este ámbito desarrollado en la Parte X, “De la Ejecución de la Pena”, se insiste en la principal importancia de la cooperación entre los Estados partes, que si bien no es un tema de nuestra competencia se rozará tangencialmente a los fines de ajustarnos al contenido del Estatuto.

De la lectura de los artículos 103 al 111 no se deduce de forma explícita qué entenderá la CPI por la ejecución de penas, sino los aspectos de índole administrativo que orientarán su cumplimiento según la legislación interna del país elegido para ser el lugar de reclusión del condenado. Esto no es un problema único del Estatuto sino que por lo general con salvas excepciones no se sabe para qué se condena y mucho menos cómo se desarrollará esa condena, sino que efectivamente se deja todo a la discusión de aspectos formales, y el estatuto en esto es un tanto amplio por cuanto concede en materia de ejecución de penas, plena facultad al Estado que se elija para la ejecución para que aplique lo que su legislación interna prevé en materia de cumplimiento de condena.

Así el artículo 103 en complementariedad de la RPP 200.1 desarrolla las funciones o competencias que tendrán los Estados en la ejecución de condenas indicando y serán ellos quienes apliquen su legislación interna a dicho cumplimiento, siendo que la supervisión y control de la forma de cumplimiento será responsabilidad directa de la Presidencia de la CPI.⁵²

En el Estatuto se prevé un sistema en el que son los propios Estados quienes deben hacer efectiva la ejecución de las penas determinadas

⁵² Anello, *ibidem*, p. 87.

por la Corte, reconociéndole el valor de cosa juzgada y aplicándola a través de sus ordenamientos internos. La ejecución de las penas impuestas por la Corte resultaría de imposible cumplimiento si no fuera por la cooperación de los Estados Parte, debido a que son éstos quienes pueden garantizar la efectiva aplicación de los pronunciamientos de la Corte mediante su ordenamiento interno, así como también mediante sus instituciones judiciales y las estructuras penitenciarias de las que la Corte carece (j)

Tal como lo señala Arcos Vargas “en estos casos la estructura penitenciaria del Estado actúa como si se tratase de un órgano o brazo ejecutor de la propia CPI, que es la que determina la condena no modificable por el Estado e incluso la que la supervisa (artículos 105 y 106). Entre paréntesis y llamado de atención son nuestros.

Esto no significa que el Estado de la ejecución tenga ninguna facultad para modificar la pena impuesta por la CPI en caso alguno (105.1) y en relación a ello cualquier apelación, revisión o solicitud debe ser tramitada ante la CPI la única competente para ello (105.2). Esto significa que la CPI en ningún momento ha perdido la jurisdicción con relación a la ejecución de la pena, sino que cede a favor del Estado que coopera la forma de aplicabilidad del régimen penitenciario, que se extendería a las formas en que se cumple la condena, pero no a la vigilancia y control de la ejecución como fase de jurisdiccional de la condena.

En este sentido la Secretaria de la CPI tendrá una lista⁵³ de los Estados que de forma voluntaria hayan indicado que están dispuestos a recibir en sus territorios a los condenados y se excluirán aquellos que no estén de acuerdo con las condiciones que la pena impuso, pues obviamente no se enviará a cumplir una pena de veinte años a un país árabe, que por ese delito hubiese impuesto la

(j) Esta referencia a aquellas estructuras penitenciarias que carezca, se refiere a que la CPI no tiene una penitenciaría en donde los condenados vayan a cumplir sus condenas y por ello uno de los aspectos importantes del Estatuto se centra en la cooperación para el cumplimiento de la condena, así como para la privación de libertad, en donde la CPI se servirá de los otros Estados para contar con la infraestructura carcelaria que le corresponde, y también para tener planes de ejecución adecuados, tales como programas de estudio, trabajo, salud, asistencia penitenciaria integral, entre otros aspectos que son los que desarrollará el Estado cooperador con respecto a la pena y su ejecución.

⁵³ En este mismo sentido se implementó en los Estatutos de los tribunales *ad hoc* en los artículos 27 y 28 del Tribunal Penal para la antigua ex Yugoslavia y el artículo 26 del Tribunal Penal para Ruanda.

pena de muerte, porque se desconfiguraría la naturaleza no sólo de la pena, sino de la misma cooperación internacional.

El Estado de recepción del condenado indicará a la CPI cuáles son sus condiciones y se decidirá si ésta las acepta o no, en caso de no aceptarlas ubicará otro Estado para la remisión del condenado, esto se contempla como cambio de designación conforme al artículo 104 y la RPP 209.

Para designar el Estado de cumplimiento de condena la CPI seguirá las pautas del artículo 103-3a y la RPP 201:

1. Principio de compartir responsabilidad por la ejecución de las penas.
2. La aplicación de normas de tratados internacionales generalmente aceptadas sobre el tratamiento de los reclusos:
 - 2.1 Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en sus Resoluciones 663C (XXI) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.
 - 2.2 Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o Prisión adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 43/173 de diciembre de 1988.
 - 2.3 Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos adoptados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/111 de 14 de diciembre de 1990.
 - 2.4 Demás Pactos y Convenios sobre Derechos Humanos: Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984).
3. La opinión y nacionalidad del condenado: La idea es que como ya se encontrará cumpliendo condena pueda estar en un sitio que sea similar a su cultura, por lo menos donde se conserve similitud en el idioma o en la religión, por ejemplo. Siempre que se condena a alguien, por delitos comunes, se busca que para cumplir los fines de la pena, el condenado esté cerca de un ambiente familiar a su entorno,

es decir, que sea lo menos dramático posible el modo de reclusión conforme a sus características culturales y de origen, por esta razón la CPI sigue esas normas ya adoptadas casi en todas las legislaciones sobre la pertinencia del sitio de reclusión y decidirá oírlo, precisamente para que sea el condenado quien le indique cuál sería para él el lugar menos conflictivo para el cumplimiento de la pena impuesta.

4. Otras circunstancias relativas a las circunstancias del crimen o del condenado: Esto suponemos tiene que ver con la seguridad que debe girar en torno a ciertos sujetos por el grupo político o religioso al que pertenecen, por las facilidades para procurarse la evasión, por el riesgo en cuanto a sus características físicas, así como la magnitud del daño que se verá obviamente reflejado en la pena. De allí que no todo sitio de reclusión sea adecuado para los agentes de crímenes más atroces, por ello la CPI debe estudiar muy cuidadosamente cuáles son las condiciones internas de los centros de detención y de cumplimiento de condena a donde enviará a sus reclusos.

El hecho de que la CPI ejerza la supervisión del cumplimiento de la condena como una reserva expresa, le otorga amplias facultades para reunirse con el recluso, para conocer acerca de las condiciones de su reclusión y recibir de éste las comunicaciones que sean necesarias, que son estrictamente confidenciales (106.3, RPP 221), en este caso privaría como norma superior la de la CPI que es quien ejerce la jurisdicción, pues hay países, como por ejemplo, los Estados Unidos de Norte América, donde las conversaciones y la correspondencia de los reclusos no son privadas, sino que pasan a ser conocidas por los oficiales de custodia antes de llegar a su destino, sobre la base de un criterio de supuesta seguridad interna. Así en casos como éste este orden interno no privaría para el condenado por la CPI en cuanto a la correspondencia que éste sostenga con su juez natural, relativo al cumplimiento de su condena.

Si la CPI considera que las condiciones de reclusión no son adecuadas a sus expectativas puede designar otro sitio de reclusión conforme al artículo 104 y según este mismo artículo también el condenado podrá solicitar el cambio de lugar de reclusión, por las razones que considere oportunas y que sean válidas, por supuesto, para la CPI que será quien en definitiva elija el cambio del país de reclusión.

Existe la posibilidad para los condenados de que la CPI realice reducción de la pena conforme al Artículo 110 y la Regla 223, una vez que escuche al recluso siempre que haya cumplido los dos tercios de la pena impuesta, o veinticinco

años de prisión en el caso de la cadena perpetua que ya dijimos que es revisable y justo sería éste uno de los momentos de la revisión, es decir, cuando cumpla los veinticinco años. Esta revisión procederá siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 110-4 que consisten en:

1. Disposición del recluso desde el principio en colaborar con la corte en las investigaciones y en el enjuiciamiento (conducta y aporte de información).
2. Si ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones de la CPI en los casos de los bienes para las multas y la reparación a la que fue condenado.
3. Otros factores que remiten a la RPP que son las de la Regla 223 en cuanto a la posibilidad de reducción de la pena:
 - a) La conducta del condenado durante su detención que revele una auténtica disociación con el crimen. Esto es un aspecto subjetivo por completo, además casi imposible de palpar a los fines de disponer reducción de condena, un sujeto puede haberse sometido por el exceso de la fuerza empleado, o por alguna forma de coacción indirecta; al mismo tiempo puede suceder que haya mostrado visos de arrepentimiento y una vez en libertad cometa un nuevo hecho punible. Así queremos decir que esto no es un factor muy feliz para tomar en cuenta a los fines de anticipar la libertad del sujeto, o el acortamiento de su condena.
 - b) Las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado: En este aspecto revela la CPI su intención parcial de que el fin de la pena que impone no sería otro que la reinserción del condenado, asunto que está en el tapete de la discusión europea y que obviamente encuentra en América Latina una posibilidad más concreta de rechazo, debido a las condiciones del sistema de justicia que la identifican. Sobre el aspecto de resocialización realizamos algunas consideraciones posteriormente.
 - c) Si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social: Esto depende de lo que se ha llamado alarma pública con el hecho punible cometido. Obviamente la CPI

debe tomar en cuenta la reacción que podría existir con esa liberación, toda vez que es muy difícil encontrar en la sociedad esos sentimientos de perdón que deberían acompañar al ser humano ante cualquier acción punible que se hubiese cometido, quizás pueden olvidar, pero el perdón como expresión de permitir que ese sujeto se incorpore de nuevo a la sociedad resulta un tema muy álgido sobre el cual podríamos discutir. También debemos entender que estamos hablando de personas que resultarían condenadas por los crímenes más atroces que han impactado a toda la comunidad internacional, pero obviamente que al mismo tiempo al no existir la pena de muerte se hace obvio que ese agente de delito en algún momento debe salir de la prisión y para ello también debe hacerse un trabajo social importante que aleje al colectivo del sentimiento de venganza o rechazo mediante acciones violentas.

d) Valorar las medidas que el condenado pudo tomar en beneficio de las víctimas y suponemos que aquí se piensa en el resarcimiento por los daños causados; y al mismo tiempo refiere los posibles efectos que esto pueda tener sobre las víctimas y sus familias. Este último aspecto tiene las mismas características que el desarrollado con anterioridad y se convierte en un punto álgido de la decisión que deberá tomar la Sala de Apelaciones que es a quien corresponde decidir sobre el asunto.

e) De nuevo se valorarían las circunstancias personales del condenado en cuanto a su estado de salud física o mental y la edad avanzada, esto con la finalidad de mejorar sus condiciones de vida y hacerlas menos graves si se encuentra en un estado de salud deteriorado. Ahora bien, vemos que la reacción de la comunidad internacional en el caso de Augusto Pinochet ha sido sumamente dura, pues aun y cuando es un hombre de edad avanzada que ha alegado deterioro de la salud física y mental, se rechazó su reclusión en su hogar, tanto así que se pidió nuevamente regresara al sitio de reclusión, y esto no hay duda en un momento dado influye en las decisiones de los jueces, quienes ante la presión de la opinión pública terminan convencidos de preferir la reclusión, asunto que también deberíamos discutir, cuando realmente el juez se debe a la autonomía de sus decisiones, independientemente de las de la comunidad o de su entorno.

La Sala de Apelaciones es a quien le corresponde decidir luego de que realice una audiencia en donde oír la opinión del Fiscal, del Estado de Ejecución de la condena, de las víctimas y del mismo condenado. Esta Sala comunicará lo antes posible la decisión. Si la rechaza la regla 224 les da la posibilidad de revisar cada tres años la cuestión sobre la reducción de la pena, o en un intervalo más breve que ellos mismos indiquen.

En definitiva la CPI no perderá en ningún momento su jurisdicción sobre la supervisión en el cumplimiento de la condena, pero las normas de ejecución para penados del Estado que se haya elegido para el cumplimiento de la pena serán aplicables de igual forma al penado por la CPI, de forma ni más ni menos favorable. Pero todo aquello que tenga que ver con la excarcelación del condenado corresponde sólo a la CPI:⁵⁴

En este punto la cuestión fundamental que se planteaba era si los Estados estaban en capacidad de proponer en cuanto a su aceptación general algunas condiciones para recibir personas condenadas. Al aumentar la lista de los Estados candidatos dispuestos a ejecutar la pena de prisión que generaba la enorme posibilidad de extender en igual medida la posibilidad de admitir condiciones. Pero como es obvio una solución de este talante no estaba exenta de riesgos, en virtud del principio de uniformidad en el cumplimiento de la pena. Un buen ejemplo sobre este dilema fue expuesto por Francia. Por una parte ésta declaró su disposición a pertenecer a la lista; sin embargo, por razones de orden constitucional la delegación francesa consideraría una futura disposición para aceptar personas condenadas solamente bajo la condición de que la solicitud del indulto pudiese realizarse en Francia ...Al final se logró el siguiente acuerdo: al tiempo de manifestar su disposición a aceptar personas condenadas, un Estado puede expresar condiciones para la aceptación; siempre que sean admitidas por la Corte y sean conformes a lo regulado en la Parte X (Art. 103.1.b). En un caso concreto de ejecución penal, el Estado del cumplimiento de la pena notificará a la Corte la existencia de tales circunstancias, incluidas las relativas al cumplimiento de condiciones que podrían afectar materialmente los términos o duración de la reclusión. La Corte será informada, al menos con cuarenta y cinco días de anticipación de dichas circunstancias o de las que

⁵⁴ Kreb, *ibídem*, p .347

puedan ser previsibles. Durante este período el Estado del cumplimiento de la pena no puede tomar ninguna decisión que perjudique sus obligaciones fundamentales, esto es, no puede ordenar la excarcelación de la persona condenada antes de la expiración de la sentencia impuesta por la Corte (Art. 102.2 en concordancia con el 110.1). Cuando el ejercicio de alguna condición afecte materialmente los términos y duración de la pena, la Corte puede decidir la transferencia del condenado a una prisión de otro Estado (Art. 103.2.b en concordancia con el 104.1).

Esta cita anterior de Claux Kreb nos indica que la solución sobre reducción de la pena o excarcelaciones anticipadas no corresponde al Estado de la ejecución de la condena sino en exclusiva a la CPI.

Una vez que se cumpla la pena la persona condenada que no sea nacional del Estado donde se está cumpliendo la condena, puede ser transferida a un Estado que esté obligado a aceptarla, o a uno que esté dispuesto a hacerlo, siempre escuchando los deseos del condenado, inclusive el Estado de ejecución puede decidir dejarlo en su territorio.

Brevemente mencionamos, que según el artículo 108, en concordancia con la Regla 214 sobre las limitaciones para el enjuiciamiento en otro Estado mediante el cual el condenado que se halle en custodia de un Estado de ejecución no será sometido a enjuiciamiento, sanción o extradición de un tercer Estado por una conducta anterior a su entrega al Estado de ejecución a menos que haya sido la CPI quien lo autorice, esto no es más que la incorporación del principio de la especialidad al Estatuto.

La fase de cooperación en el Estatuto, con relación al Estado de cumplimiento de condena, o Estado de ejecución se basa en el principio de la responsabilidad compartida que se deduce el artículo 103.3.a, que muestra un avance con respecto a los Tribunales *ad hoc*, donde la designación la hacía la presidencia, pero era facultad del Estado designado aceptar o no al condenado, por ello la Regla 201 le permite a la CPI determinar aspectos para la elección, entre ellos la distribución geográfica equitativa, la posibilidad de que cada Estado incluido en la lista tenga la oportunidad de recibir condenados y también el número de condenados que se le han asignado y las condiciones de ejecución de condena internas que interesa que el régimen penitenciario consista en un tratamiento esencial para la reforma y readaptación social del penado, eso según las normas, a ello se refiere el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 10.1 apartado 3, y lo refleja el artículo 110 del Estatuto.

4.7 ¿CUÁL ES LA FINALIDAD DE LA PENA EN EL ESTATUTO?

La finalidad de la pena ha variado a lo largo de la historia. No nos dedicaremos aquí a hacer penología, pero sí podemos mencionar que las penas en cuanto a su finalidad han sucedido algunas etapas claves:⁵⁵ la vindicativa mediante la cual la ley del talión era lo fundamental; luego la expiacionista o retribucionista en la cual el sujeto que comete un delito peca contra la sociedad y por ende debe redimirse a través del arrepentimiento. Luego la etapa o fase correccionista mediante la cual nace la prisión y el régimen penitenciario se corregirá al individuo considerando que su falta era un mal social y por ello había que evitar que el mal se siguiera reproduciendo. La última fase es la resocialización tocada por los principios de progresividad y sentido técnico de ejecución de la pena, donde se supone se castiga para reinsertar al hombre a la sociedad como un hombre bueno, a imagen y semejanza de su sociedad. Fase con la que por cierto no estamos de acuerdo, pues creemos que se trata de una utopía o quizá una falsedad detrás de la cual se esconden los Estados más represivos para justificar la creación de leyes sancionatorias penales.⁵⁶

Pero hay una pregunta que no se puede obviar cuando se estudian los delitos y las penas, más aun cuando uno pretende adentrarse en el estudio de la ejecución de la condena y es: ¿Para qué se condena, cuál es la finalidad de las penas?

La respuesta a esta pregunta no resulta fácil en ningún caso, si siquiera para las legislaciones internas y para la dogmática penal que lleva muchos años discutiendo cuál debe ser la finalidad de la pena que busca un Estado al condenar a un individuo, dividiéndose en distintas posiciones reduccionistas, abolicionistas y las posiciones intermedias.

Lo primero que definiremos es que la pena, es un mal que se causa a una persona en un procedimiento público-general, llevado a cabo por un Estado,

⁵⁵ Mónica Fernández Sánchez. *La Pena, su finalidad y Ejecución: Análisis del Caso venezolano*. p. 275.

⁵⁶ Precisamente este argumento muy sutilmente expresado es el tema de la Tesis Doctoral en donde se desarrollarán todos los elementos del garantismo, del Estado Constitucional y los postulados de la Resocialización para empírica y teóricamente demostrar que la resocialización es una utopía, más, aun cuando en la administración priva como argumento la idea de la sujeción especial del recluso. La fase de resocialización debe ser abandonada a través de la sinceración de la función de la pena, orientada hacia otros caminos que no son los de hacer al hombre a imagen y semejanza de nadie.

formal y querido, en cuando se ha producido una lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a modo de reproche.⁵⁷

Ahora la función de la pena suele distinguir teorías absolutas de la pena y teorías relativas, esta última se reduce hoy día al concepto de teoría preventiva para el mantenimiento del orden jurídico, se dice que es una finalidad pragmática y por ello puede referirse a las lesiones del ordenamiento jurídico pasadas con lo que sería retribución, o a las futuras con lo que sería prevención. Por ello se dividen en teorías de la retribución y teorías de la prevención. Las teorías absolutas se caracterizan porque ellas no otorgan a la sanción jurídico-penal ningún tipo de finalidad, incluso rechazan expresamente la posibilidad de tales finalidades, consideran a la pena desprendida de toda finalidad; desarrolla entre sus postulados la teoría de la expiación y la teoría de la retribución.

Surge con interés la existencia de la “Teoría de la Unión”, mediante la cual se pretende unir los fundamentos de la legitimación y los fines de la pena, es decir, que ésta pretende mediar entre las teorías absolutas y las teorías relativas.⁵⁸

En su configuración principal se dice que la teoría de la unión ha de mediar entre las teorías absolutas y relativas, esto es combinar la retribución de culpabilidad mediante pena con la influencia rehabilitadora, intimidatorio o de aseguramiento en el autor concreto y la influencia rehabilitadora, intimidatorio o de aseguramiento en potenciales autores, de tal modo que en el caso ideal “todos los fines de la pena alcancen una relación equilibrada... sosteniéndose, sin embargo, que la medida de la culpabilidad ha de constituir en todo caso el punto de orientación. Esto a su vez significa que la pena adecuada a la culpabilidad nunca debe ser sobrepasada por razones preventivas y que en virtud de estas mismas razones, por otro lado sólo puede ser fijada una pena moderadamente inferior a la pena adecuada a la culpabilidad, para no dificultar al autor el camino de la reinserción...

Se dice que la retribución de culpabilidad viene condicionada por el problema del libre albedrío y que el propio concepto de culpabilidad está marcado por concesiones frente a necesidades reales o imaginarias de la política criminal, de modo que ello tiene como consecuencia que la retribución es la denominación del modo de tratamiento de conflictos que corresponde a nuestra tradición, pero sin

⁵⁷ Heiko Lesch. *La Función de la Pena*. pp. 16-17.

⁵⁸ Günther Jakobs. Traducción de Manuel Cancio Meliá. *Sobre la Teoría de la Pena*. pp. 10-11.

que ello garantice una conexión interna entre culpabilidad y retribución... No existe prueba de la existencia de un efecto preventivo-individual de la pena...

Jakobs luce muy claro en sus críticas a la teoría de la unión, pues no coincide en las afirmaciones que llevan a la pena a observarse como prevención y retribución, pues la retribución de culpabilidad deslegitima la prevención. Sugiere además que las teorías de la prevención se le olvidan del principio del hecho y su comprensión se centra sólo en la motivación individual, la pena dice Jakobs, marginaliza el significado del hecho en cuanto marginalización de un contraproyecto ejecutado, también la pena debe ser ejecutada porque tiene lugar como violencia. Y su conclusión sobre la cual se pudiera centra la mejor discusión es que: La pena no es lucha contra un enemigo; tampoco sirve para el establecimiento de un orden deseable, sino sólo al mantenimiento de la realidad social.

Lesh al continuar con su análisis sobre las teorías de la pena destaca en las relativas la tesis de la prevención general negativa con orígenes en Feuerbach que toma elementos del Estado de Hobbes, donde el fin del Estado sería sólo la plena seguridad de la libertad recíproca, y la pena sería el instrumento del Estado como amenaza *punitur quia peccatum est* de donde la amenaza de la ley es necesaria como consecuencia jurídica del delito, es una amenaza de la pena con la amenaza de la ley penal, es una especie de contrapeso que le impone el Estado frente a sus impulsos para delinquir.

Luego surge la idea de la prevención general positiva o llamada prevención-integración es una prevención prospectiva del delito, de futuro, por medio de un efecto de aprendizaje motivado de forma pedagógico-social:⁵⁹

...un aprendizaje, pues, que no se transmite y adquiere a través del temor sino mediante un tomar conciencia. La función de la pena es pues el reforzamiento de la conciencia colectiva, de los valores éticos, de la convicción jurídica, o lo que es lo mismo, ejercicio en el reconocimiento de la norma; en el lema de Nietzsche “la pena tiene como fin mejorar a aquel que la impone”, pero ¿en qué se apoya la motivación, el aprendizaje, sino en el efecto de intimidación del ejemplo que a costa del delincuente se estatuye para otros?...

El peligro se tiene que combatir, escondería precisamente su origen en las tendencias criminales de todos los miembros de la sociedad, por lo que según

⁵⁹ Lesh, *Ob. Cit.*, pp. 52-53.

esta propia teoría se podría obviamente preguntar si no sería entonces más adecuado hacer responder precisamente a la sociedad.

Finalmente hay que concluir que la prevención positiva en general, esto es no sólo en su variante psicológica profunda, en realidad sigue el mismo esquema, ya criticado de la prevención negativa: no se compensa mediante pena algo que por ejemplo haya quebrantado el autor, no se restablece un orden perturbado, sino que frente a los estados psíquicos de los otros miembros de la sociedad se estatuyen contraimpulsos que deben impedir que se delinca. Si ese mecanismo de funcionamiento de la pena se debe a puro miedo o al cálculo de que el delito no compensa, puesto que trae consigo un mal mayor, o si es reconducible a un punto de vista ético mayor, si todo esto tiene lugar consciente o inconscientemente, es en definitiva producto de la casualidad y desde luego por lo que se refiere a las consecuencias indiferentes...

La prevención general tiene una contrapartida más aceptada y se trata del concepto de prevención especial, dirigida al propio autor del delito y puede decirse que desarrolla tres aspectos fundamentales:

1. Asegurar a la sociedad mediante la reclusión de los autores y se llama prevención especial negativa.
2. Intimidar al autor para que no vuelva a cometer nuevos delitos.
3. Prevención especial positiva que es la corrección, la resocialización o socialización del delincuente.⁶⁰

...la prevención especial vivió en Alemania un gran apogeo sobre todo en los años sesenta y setenta bajo la rúbrica de resocialización. Punto álgido fue sin duda su acogida como meta por llevar a cabo en la reforma de la ley de ejecución penal en el año 1976. Se trataría de retornar al camino correcto a quien se ha desviado, a aquel que no se ha adaptado correctamente a la sociedad, esto es se trata de un acto de asistencia estatal, pero cómo funciona una educación coactiva estatal con hombres adultos de treinta o de cuarenta años... lo que queda es pura intimidación...

⁶⁰ Lesh, *ibidem*, pp. 57-59.

Hoy en día se puede afirmar con perfecto derecho que la teoría de la prevención especial positiva ha dado pruebas de ser una utopía, ya sea porque faltan los medios necesarios para alcanzar los objetivos que ella predica, ya sea porque no existen hasta hoy criterios efectivos para la resocialización del delincuente, o ya sea precisamente porque la sociedad no está suficientemente madura para la idea de la resocialización...

La CPI asume la finalidad mayoritariamente impuesta de forma teórica a la pena, como lo es la resocialización del condenado que se ha conocido como finalidad de prevención especial de la pena que busca que el condenado no vuelva a incurrir la conducta por la que fue castigado y que en un momento dado vuelva a la sociedad adaptado a las formas de convivencia social aceptadas por las mayorías. Obviamente ésta no fue la finalidad de la pena en Nüremberg ni en Tokio, ya que la pena principal era la condena a muerte.

Según el preámbulo del mismo Estatuto hay una velada intención de prevención general de los hechos atroces contra la humanidad y al retribucionismo, porque destaca que se realiza el Estatuto para que no queden los crímenes sin castigo y someterlos a la acción de la justicia; y también para poner fin a la impunidad de esos crímenes y contribuir a la prevención de nuevos crímenes.

Aquí el hecho de la justificación de la creación de una CPI de estado permanente y amplia competencia como lo es combatir los crímenes más graves contra la humanidad. Así en el derecho internacional la pena ha sido concebida ante todo como un instrumento encaminado al restablecimiento de la paz y seguridad en una determinada región del planeta.⁶¹⁻⁶²

Esta finalidad de la pena de preservar la paz y la reconciliación para no favorecer la impunidad en la dogmática penal ha sido conocida como finalidad de prevención general donde con el castigo de algunos se persigue que otros vean lo que puede suceder si cometen crímenes similares.

⁶¹ Alejandro Ramelli Arteaga. *La función de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*. En *Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. Bogotá. p. 175.

⁶² En este sentido en Sentencia del 04 de septiembre de 1998, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal para Ruanda en el asunto Kambada estableció que se buscaba perseguir y castigar a los autores de las atrocidades cometidas en Ruanda de manera tal que por esta vía se ponga fin a la impunidad y se favorezca la reconciliación nacional y el regreso a la paz.

Ramelli ha dicho que en este orden de ideas los fines de la pena no pueden perder de vista la gravedad y extrema crueldad que revisten el genocidio,⁶³ los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra:

...Incluso durante las negociaciones del Estatuto de Roma, estas características fueron invocadas por algunos Estados que pretendían que aquellos fuesen sancionados con pena de muerte. En otros términos, dadas las particularidades de estos delitos se escuchan frecuentemente voces que apuntan a que la única finalidad imaginable que deben cumplir las penas para éstos es de corte retributivo, expiatorio, más que de prevención general o especial, y mucho menos de resocialización, ya que se entiende que quien comete tales atrocidades jamás podrá volver a vivir en sociedad. No obstante la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* ha puesto de presente que existen otras finalidades que están llamadas a cumplir las penas en el orden internacional, a pesar de la gravedad que revisten los crímenes internacionales.⁶⁴

Consideramos que también influirá en la finalidad de la ejecución de la condena la legislación interna del país donde ésta se cumplirá, pues son las normas que se aplicarán bajo la supervisión de la CPI, pero a pesar de que la finalidad de la pena con carácter retributivo ha sido expulsada de la mente de los penalistas, creemos que aún tiene un auge preponderante en las características bajo las cuales se diseñó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con el grave riesgo de incurrir en el derecho internacional penal o penal internacional en etapas que ya se han superado en el derecho penal interno sobre la base de teorías que humanicen las penas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció una clara relación entre los propósitos perseguidos por el tratado internacional, el principio de dignidad humana y los fines de las penas, en el sentido de que debe buscarse ante todo la resocialización del delincuente antes que un objetivo retributivo o incluso preventivo.⁶⁵

⁶³ *Ibidem*, 178.

⁶⁴ En idéntico sentido la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional de Ruanda en el caso Tutti en 1994 amplió este criterio de Ramelli y aseguró que las penas a imponer a los acusados declarados culpables tienen como finalidad la retribución, disuasión, la rehabilitación y la protección de la sociedad. En lo que respecta a la disuasión ésta tiene por objetivo desestimular para siempre a aquellos que fuesen tentados en el futuro a perpetrar tales atrocidades mostrándoles que la comunidad internacional no está más dispuesta a tolerar violaciones graves al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos.

⁶⁵ Ramelli, *Ob. Cit.*, pp. 173-174.

Los anteriores avances normativos han sido acompañados de importantes desarrollos de las instancias internacionales encargadas de velar por el cumplimiento de los mismos. En tal sentido merece especial atención el asunto Castillo Petruzzi contra Perú fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 30 de mayo de 1999 ...la Convención al tener como objeto el respeto debido a la dignidad humana tiende a inclinarse por la aplicación de la pena rehabilitación y no por la pena castigo... La Corte, sin embargo, enfocó el asunto más desde la óptica de las condiciones de detención que en lo que atañe a los fines mismos de la pena y por tanto recogiendo su jurisprudencia, sentada en los casos Velásquez Rodríguez contra Honduras, Godínez Cruz contra Honduras, Fiaren Garbi y Solí Corrales contra Honduras, señaló que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son por sí mismos tratamientos crueles e inhumanos lesivos de la integridad física y moral de la persona y la dignidad inherente al ser humano...

El sistema universal de protección de derechos humanos, si bien, como se ha visto, no se cuenta con un tratado internacional que *expressis verbis* aborde el tema de los fines de la pena, se cuenta con un texto antiguo conocido como las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos ...que al referirse a los condenados señala: El fin y la justificación de las penas y las medidas privativas de libertad, son en definitiva proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible que el delincuente una vez liberado no sólo quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo...

Pero no es del todo clara la afirmación de una única finalidad de la pena para los delitos cometidos contra la comunidad internacional, citaremos a continuación un extracto de la sentencia Kambanda antiguo primer Ministro Ruandés, del 04 de septiembre de 1998 por la Sala de Primera Instancia y el comentario de Alejandro Ramelli al respecto:⁶⁶

Para determinar la pena la Sala deberá siempre tener presente que este Tribunal fue creado por el Consejo de Seguridad ...y la Resolu-

⁶⁶ Ramelli, *Ibidem*, p. 176.

ción 955 del 08 de noviembre de 1994 adoptada para tales efectos por el Consejo, indica que con la creación del Tribunal se buscaba perseguir y castigar a los autores de las atrocidades cometidas en Ruanda, de manera tal que por esta vía se ponga fin a la impunidad y se favorezca la reconciliación nacional y el regreso a la paz.

Nótese que de manera en este pronunciamiento judicial se evidencia que el fin último de la imposición de una pena en derecho internacional apunta al restablecimiento de la paz en un determinado país, pero además aborda el tema siempre polémico de que la reconciliación en Estados que han padecido un conflicto armado interno de tales proporciones necesariamente pasa por la imposición de penas privativas de libertad ejemplares y especialmente duras a sus principales responsables, es decir, no puede haber paz sin justicia material ...para el Consejo de Seguridad la condenación e imposición de una pena de prisión a tales personas es el punto de partida de una política de disuasión en contra de la continuidad de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos y libertades fundamentales de las personas que caracterizaron aquellos territorios y restablecer así la paz y seguridad internacionales...

Es decir, que se asoma en primer lugar una finalidad muy particular de la pena en materia de Derecho Internacional centrando en ella la posibilidad de reconciliación de los pueblos, pero también las sentencias de los tribunales *ad hoc*, pretenden desconocer ese carácter retributivo que aseguramos tienen las penas, y aplaude la función preventiva y resocializadora de la pena. En el fallo del 21 de mayo de 1999 el Tribunal Penal Internacional de Ruanda en el caso Kayishema y Ruzinanda recogió y sistematizó la finalidad de la pena:

Las penas a imponer a los acusados declarados culpables tienen por finalidad la retribución, la disuasión, la rehabilitación y la protección de la sociedad. En lo que respecta a la disuasión ésta tiene por objetivo desestimular para siempre a aquellos que fuesen tentados en el futuro a perpetrar tales atrocidades mostrándoles que la comunidad internacional no está más dispuesta a tolerar las violaciones graves al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos ...y la posibilidad de rehabilitación al determinar la pena a imponer a Ruzinanda por su relativa juventud...

En nuestra opinión la ausencia de jurisprudencia hasta el momento, y la posibilidad de complementariedad con el Estado de ejecución de condena implicarán

una visión diversa de la finalidad de las penas en el Estatuto, toda vez que si bien es cierto la resocialización ha sido aceptada mayoritariamente como una finalidad de la pena, vemos que lejos de resocializar con el castigo la comunidad internacional más bien ha pretendido ubicar formas de devolverle al agente de delito el dolor que él ha causado en muchas familias y el sentimiento de repudio que sufre a la comunidad internacional.

Si tuviéramos que reflexionar en silencio y nos ubicáramos en cualquiera de esos crímenes atroces que se han juzgado por tribunales internacionales, pues no hay duda que pensaríamos en que toda la pena que se imponga podría ser poca, pero si aun y pensado en que la pena no puede ser retribución, ni mucho menos vindicativa, es sincero afirmar que no se ha impuesto como fin resocializador; es decir, sería deshonesto afirmar que se va a castigar para que el sujeto vuelva luego de unos años de una forma pacífica a convivir dentro de la misma sociedad que quizá él dañó. Más bien nos orientaríamos a asegurar que las penas se colocan como una especie de amenaza contra los posibles futuros autores, y como ya hemos visto Jakobs no duda en afirmar que la pena no es la lucha contra un enemigo y tampoco contribuirá a que los Estados funcionen como cada uno de nosotros quiera.

CONCLUSIÓN

Como hemos visto el Estatuto de Roma hasta el momento sirve para múltiples y variadas interpretaciones, pues la ausencia de jurisprudencia y de pronunciamientos propios de la misma CPI implica la posibilidad de jugar a las suposiciones.

El tema de las penas y la finalidad de éstas en un tema muy álgido para el Derecho Penal, notamos como no todos están de acuerdo en una determinada finalidad de la pena, sino que cada quien tiene una opinión particular según las escuelas que represente, y eso que no quisimos introducir aquí, por ahora, las concepciones de los garantistas y su visión de las penas como instrumento de dominación del Estado policía y otros conceptos europeos como el de Derecho Penal del Enemigo.

La configuración de un catálogo de penas individualizado para cada delitos hubiese sido lo ideal para el Estatuto, pero la forma de asumir una sola pena con un único límite superior en treinta años llenará la aplicación de las penas de muchas discusiones, pues en el momento que no hay límites y existe ausencia de dosimetría punitiva nos vamos a encontrar con la posibilidad de exigir apelaciones y rectificaciones de condenas que se basan en la aplicación de criterios subjetivos.

No dudamos en que el Estatuto respondió a un marco de negociaciones políticas importantes y que por ello, como dijimos al principio, no podemos juzgarlo desde el punto de vista de una dogmática penal pura, pues si es así lo encontraremos destinado al fracaso, pero tampoco podemos permitir que las sugerencias escapen de nuestra finalidad. Así vemos como aún factible que se fijen límites inferiores para cada uno de los delitos y que además se lleven a las Reglas de Procedimiento y Prueba algunos aspectos más objetivos para la imposición de atenuantes y agravantes de las penas, que no afecte el ánimo del juez, sino que sean de una aplicación más pragmática, esto teniendo como única finalidad preservar la equidad en la aplicación de las condenas.

El tema de los delitos y las penas no es un tema sencillo, ni siquiera desde el punto de vista de la legislación interna, debido a las consecuencias sociales que ello implica. La creación de una Corte Penal Internacional ya de por sí estuvo lleno de antecedentes y dificultades, es decir, que el haber concretado su existencia ya es un avance, pero no por ello debe considerarse necesario algunos reajustes en su contenido fundamentalmente en el cumplimiento del principio de legalidad de las penas.

En materia de ejecución de condenas resulta importante observar que hace falta un órgano dentro de la misma CPI que se pueda encargar de la vigilancia y control de la ejecución de la condena, pues las funciones atribuidas a la Secretaría, con todo el trabajo que ésta ya de por sí asume, son excesivas, así que pensamos que un órgano permanente con competencia exclusiva en materia de ejecución descongestionaría el trabajo de la Secretaría y haría más técnico y especializado el trabajo de ejecución de condenas.

La finalidad resocializadora de las penas ha sido altamente criticada en la doctrina, pero aun así sigue siendo utilizada en documentos y sentencias, es en nuestro concepto el querer repetir, sin contrastación empírica, conceptos que fueron asumidos en los años sesenta y setenta, pero que hoy en día están muy lejos, no sólo de la realidad, sino de la posibilidad de ser cumplidos. Si tuviéramos que pensar en cuál tendría que ser el tratamiento resocializador para un militar alemán que cometió el crimen de genocidio, pues nos resultaría muy difícil concebirlo y es que se trata en gran medida del rechazo a situaciones que comprobadamente en la práctica no tienen un sentido real de efectividad.

Nos inclinamos más fácilmente a compartir la finalidad expresada por Alejandro Ramelli de la Universidad Externado de Colombia, sobre la imposición de penas por tribunales internacionales sobre la base de la necesidad de lograr la paz, la reconciliación y la seguridad internacional, pero también sabemos que por más

que existan penas severas, duras, castigadoras, los crímenes se siguen sucediendo, eso sí, no por ello nos vamos a quedar sin penas, y por ello la clave podría estar en la clasificación adecuada de cada una de las conductas delictivas y la proporcionalidad de las penas a imponer.

Nuestra afirmación pareciera desesperanzadora, pero quizá en la desesperanza se puedan buscar soluciones efectivas y es que la práctica ha demostrado que en nada sirve la imposición de penas supuestamente resocializadoras y ejemplarizantes y sino volvamos a nuestro primer capítulo en donde hiciéramos un resumen sobre los antecedentes a la CPI. En los casos de Nüremberg y Tokio se llegó hasta aplicar la condena a muerte, y eso no sirvió de ejemplo alguno limitante a los criminales de la ex Yugoslavia o a los de Ruanda, ni a los de Sierra Leona, es decir, que la existencia de penas, de condenas, no es limitativa de conductas posteriores. Quizá sí debemos afirmar que por lo menos podría existir en quien comete el crimen la posibilidad de representación de lo que le llegará a suceder, pero es que precisamente en esta representación está el punto interesante del análisis: el criminal no desconoce la existencia de la norma, no desconoce que lo que hace es contrario a las normas de convivencia social, tampoco desconoce que hay otros cumpliendo condena por delitos iguales o similares, sabe y conoce que hay tribunales que lo pueden juzgar, pero nada de esto le importa, porque como fin superior está su clara y no renuente disposición a violar la norma en un absoluto desprecio por el bien jurídico que ella tutela. Es decir, no lo para nadie ni nada que esté previamente establecido, quizá muy por el contrario, se perfeccionará mejor en su posibilidad de cometer el crimen para evitar la aplicación de la norma.

En el plano de los delitos previstos en el Estatuto de Roma hay aspectos también importantes y son los de índole político, religioso o económico que llevan a los agentes a cometer el crimen. Esto nos debe colocar inclusive en la posición de analizar que además se obra conforme a una doctrina que se sigue y se quiere. En este sentido citaremos a continuación algunos de los extractos del discurso del Juez Baltasar Garzón en la Universidad de la Plata con ocasión al tema de los crímenes internacionales, sin emitir opinión sobre el fondo del asunto, pero sí resaltando como veladamente se nos pone de manifiesto la finalidad subterránea de las penas en el Estatuto de Roma, veamos:⁶⁷

⁶⁷ José Abad Zuleta Cano y Gloria María Londoño Restrepo. *Justicia Universal en la Corte Penal Internacional*. pp. 18-25.

Decía el premio Nóbel de la Paz, Elli Wiesel, en relación a los horrores de la Segunda Guerra Mundial, que en Auschwitz había muerto el hombre y la idea del hombre. Por su parte el fiscal Richard Gloston, en la inauguración del primer juicio celebrado ante el Tribunal Penal de la ex Yugoslavia en noviembre de 1994, dijo: “Después de la SGM, la comunidad internacional esperaba el inicio de la nueva era. Una era en la que los derechos humanos de todos los ciudadanos de todos los países del mundo serían universalmente respetados. No fue así. La comunidad internacional no había previsto ningún mecanismo para establecer la culpabilidad de los perpetradores y penarla. Los horrores de la Segunda Guerra cualitativamente aumentados han vuelto a mostrar su presencia hasta nuestros días amparados por la impunidad.

Es cierto que una de las grandes conquistas del S. XX ha sido la adquisición frente a las violaciones masivas de derechos más elementales de la conciencia universal de defensa de los derechos humanos y también un claro avance hacia una posición común para la superación de la discriminación entre los seres humanos y para consagrar el respeto a la dignidad de toda persona...

Históricamente han existido intentos de eliminar la realidad cruel que ha vivido el S. XX desde el olvido inducido, es decir, como si no hubiera existido el genocidio, las masacres, las desapariciones forzadas de personas, hasta el olvido ordenado por la ley. El denominador común de todos estos intentos y planteamientos es la inexistencia de un análisis de las causas y el cierre en falso del fenómeno que, so pretexto de garantizar la estabilidad política, lo que persigue es garantizar la impunidad como solución política adecuada.

(...)

El derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a la información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas que permite una forma de reparación en particular en casos de aplicación de leyes de amnistía... el valor de las comisiones de la verdad es que su creación no está basada en la premisa de que no habrá juicios, sino que constituyen un paso en el sentido de la restauración de la verdad y oportunamente de la justicia. La comisión de la verdad no puede ser equivalente a impunidad, porque ello contradiría la propia esencia de dicha comi-

sión. La función judicial debe quedar expresamente reservada. Y es precisamente a través de ésta como se puede restablecer el equilibrio, atendiendo no sólo a las instancias nacionales sino también en forma subsidiaria o complementaria mediante la aplicación del principio de justicia universal a otras instancias judiciales que en ningún caso actuarán en sustitución de la jurisdicción nacional, pero sí cuando la actuación no sea posible por normas que la impidan y sean contrarias al derecho penal internacional...

Frente a este tipo de crímenes contra la humanidad no hay ni puede haber fronteras. Toda la comunidad es víctima de la agresión y por ende cualquiera debe actuar. La justicia penal internacional es una de las garantías más eficaces contra la impunidad...

Todo lo dicho tiene bastante que ver con la justicia penal internacional. Las formas posibles de ésta son conocidas desde la creación de Tribunales penales internacionales *ad hoc*, es decir, para casos concretos; después de los Tribunales de Nüremberg y Tokio los dos únicos ejemplos que hay hasta la fecha son los ya citados de la ex Yugoslavia y Ruanda y una iniciativa interesante de agosto de 2000 sobre Sierra Leona...

Quizá por eso es tan importante la norma que hasta este momento no he citado y es el Estatuto de Roma de 1998 que crea la Corte Penal Internacional permanente... La permanencia del tribunal, el ejercicio independiente e inamovible por parte de sus miembros y componentes de la administración de justicia basado en los principios y artículos establecidos en el Estatuto, es lo que dará la mayor garantía al ciudadano, la seguridad de la sanción (...)

Ningún delito, por graves que sean sus efectos y éstos lo han sido, puede autorizar que un gobierno democrático, en la búsqueda de la reparación debida traspase la delgada línea roja que separa la legalidad y el derecho, de la ilegalidad representada por la violencia ejercida desde el Estado...⁶⁸

Estas palabras anteriores nos aseguran que la importancia y trascendencia de la CPI queda fundamentalmente centrada en su propia existencia y la garantía fundamental que sus pautas de funcionamiento ya están creadas como vigilan-

⁶⁸ El texto completo del discurso en www.iccnw.org/espanol/notas_prensa. 17 de enero de 2005. 6:45 p.m..

tes sobre las acciones de los Estados y de los individuos que como parte de un Estado pretendan atentar contra los bienes jurídicos de mayor tutela para la comunidad internacional, esta circunstancia ya reviste la justificación misma de su existencia y separa momentáneamente las críticas destructivas de quienes han pretendido desacreditar el Estatuto.

El asunto de las penas, y la imperiosa necesidad de que existan límites inferiores en éstas que justifiquen una dosimetría punitiva, no debe escapar de las próximas revisiones del propio Estatuto, pero que serán emprendidas, estamos casi seguros, cuando se aplique en un caso en concreto.

Ojalá y la existencia de factores económicos y políticos no invada el campo de la aplicabilidad objetiva del Estatuto y convierta a la CPI en un lugar para la impunidad, sino que por el contrario exista la garantía que se sancionarán a los perpetradores de los hechos punibles con la pena que merecen, objetiva y proporcionadamente valorando los hechos que han cometido, sobre la base de lo que Jakobs ha mencionado como principio del hecho, olvidándose de las corrientes que han subjetivizado tanto a la pena que la convierten en un factor sólo psicologizante. La pena es un proceso de comunicación y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación. La confianza en la norma o la actitud conforme a Derecho de los ciudadanos tan sólo son derivados de la realidad social que es lo único decisivo, diría el maestro Günther Jakobs:⁶⁹

La prevención general positiva –si es que quiere hacerse uso de este término– no debe denominarse prevención general, porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado no se trata de prevención porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma.

Así lo que realmente interesa a la comunidad internacional y a todos sus miembros es que las normas de la CPI estén vigentes, sean aplicables y que no se favorezca la impunidad de aquellos crímenes que son más atroces y que requieren del repudio de todos los ciudadanos del mundo. La aplicación del Estatuto es la garantía de la existencia de la verdad y si existe la verdad, seguramente existirá la justicia penal internacional.

⁶⁹ Jakobs, *Ob. Cit.*, p. 33.

Legitimidad del derecho penal y legislación efectista

Federico S. FUENMAYOR G.*

*Un derecho penal elaborado dogmáticamente, pero
que concluye en una práctica tópica (porque permite
que el operador elija primero la decisión y luego
busque el fundamento), exhibe el incumplimiento de la
promesa dogmática de previsibilidad*

Zaffaroni

SUMARIO:

Introducción

1. **Notas sobre la legitimidad del derecho penal:** 1.1 *Algo sobre el futuro del Derecho penal y la necesidad del tema de la legitimidad del mismo.*
1.2 *Eje principal de la legitimidad del Derecho Penal: El fin del Dere-*

* Universidad Central de Venezuela, Profesor de la Escuela de Derecho. Ministerio Público. Fiscal (A).

cho Penal. 1.3 Primera aproximación al contenido de esa legitimidad: La persona y sus derechos como base de la legitimidad del Derecho penal, 4. Segunda aproximación: Fin y funciones del Derecho Penal.

- 2. Notas sobre la legislación esencialmente efectista y sus consecuencias:** **2.1** *Legislación efectista, legislación simbólica y legitimidad del Derecho penal. 2.2* *Legislación efectista, descodificación, hiper-inflación y desorden legislativo en materia penal. 2.3* *La legislación meramente efectista en Venezuela.*

INTRODUCCIÓN

No es secreto que uno de los temas más discutidos en el ámbito del Derecho penal ha sido y es el relativo al fundamento y legitimidad del mismo,¹ y tampoco es un secreto que, paradójicamente, aun hoy día pareciera no haber consenso suficiente al respecto, ni en una dimensión teórica, ni mucho menos en una dimensión práctica del asunto. Tal situación (*junto a otros aspectos circunstanciales*), ha determinado y determina muchas veces la cómoda y peligrosa posición de restarle a este punto cardinal del Derecho penal (*el cual está referido, nada más y nada menos, que a su principio o base –fundamento–, y a su conformidad con el Derecho y la Justicia –legitimidad–*) la trascendental importancia que se merece, situación que aconseja, entre otras cosas, apreciarlo cuando menos antes de hacer referencia a ciertos aspectos puntuales que exijan (*aun cuando todos en esta materia lo hacen*) una insoslayable referencia al mismo, tal y como resulta, y pretende hacerse, en las páginas siguientes.

En efecto, a continuación se expondrán algunas notas sobre el fundamento y la legitimidad del Derecho penal, en el cual se ha querido tocar inicialmente el aspecto relativo al futuro del derecho penal (*intentando propender hacia esa “promesa dogmática de previsibilidad”*), para luego abordar el punto de la legitimidad del Derecho penal, y plantear algunos aspectos puntuales, entre los que podemos señalar, el de la necesidad de diferenciar el fin de las funciones del Derecho penal, y las aproximaciones al contenido de tal legitimidad, para luego entrar en una segunda parte, problema central, referida al tema de la legislación efectista y sus consecuencias, aplicado especialmente al ámbito venezolano.

¹ A decir de Bustos, “(...) desde los inicios teóricos del derecho penal a fines del siglo XVIII, uno de los problemas que más preocupó a los autores fue justamente al de la pena (...)” (Bustos, Juan: *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. Bogotá, Temis, 1994, p. 65).

1. NOTAS SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL

Aun cuando se nos muestre tautológica y hasta paradójica la frase de Carrasquilla según la cual “no hay derecho penal sin Derecho”,² y mejor aun, “si algo es penal pero no Derecho, entonces tampoco es Derecho penal”,³ pareciera que hoy día resulta muy pertinente e ilustrativa del estado de cosas y aspiraciones que estamos viviendo. Tal frase no hace sino manifestar la idea de la legitimidad del Derecho penal, su conformidad con el Derecho *–in abstracto–* para que el mismo sea considerado, verdadera, material o sustancialmente, Derecho. En efecto, en ocasiones observamos tanto en nuestro país como fuera de nuestras fronteras, leyes, normas y decisiones penales cuya legitimidad está afectada al punto de no poder ser consideradas “Derecho”, contexto exige el complejo cometido de precisar al máximo, cuáles son los parámetros, circunstancias y niveles de esa legitimidad, para luego abordar el análisis de los supuestos concretos.

Para caracterizar aun más la idea de legitimidad del Derecho penal, valga citar las palabras de Urbano,⁴ quien señala que

...el derecho penal siempre ha estado urgido de una justificación que permita aprehenderlo como un instrumento político y jurídico racional y no como un simple y desnudo acto de poder; de un esfuerzo de racionalización que permita que, no obstante sus niveles de violencia, su despliegue cuente con el asentimiento, con la aceptación de los gobernados. Es decir, el derecho penal, en cualquiera de sus sentidos de expresión, siempre ha estado en la necesidad de legitimarse, de lograr el consentimiento social, de anclarse en unos principios que lo doten de credibilidad, de lograr el reconocimiento y aceptación del entramado social.

Antes de entrar de lleno en el desarrollo de esta primera parte, valga señalar que la misma estará conformada por cuatro puntos centrales: (1) el futuro del Derecho penal y la necesidad del tema de la legitimidad del mismo; (2) el fin y las funciones del Derecho Penal, y (3) y (4) el contenido de esa legitimidad.

² Carrasquilla, Juan: *Derecho Penal Liberal de Hoy*. Introducción a la Dogmática axiológica jurídico, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 34.

³ *Ibidem*, p. 35.

⁴ Urbano, José: *La legitimidad del Derecho Penal. Equilibrio entre funciones y consecuencias*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 43.

1.1 *ALGO SOBRE EL FUTURO DEL DERECHO PENAL Y LA NECESIDAD DEL TEMA DE LA LEGITIMIDAD DEL MISMO*

Hoy por hoy pareciera innegable que, sustancialmente, el Derecho penal –*al menos tal y como se concibe actualmente*– acompañará al hombre por muchas décadas más. Ciertamente se acrecentarán progresivamente los imprescindibles intentos por racionalizarlo, sin embargo, tal como transcurren las cosas, es utópico pensar que la sociedad de este siglo pueda prescindir del mismo, y pareciera más utópico aun, que pueda prescindir de un medio de control social formal (*especialísimo*) para tratar buena parte de los problemas más graves de violencia que tendrán lugar en la misma (*esto último puede avizorarse incluso, más allá de aquella sociedad*).

Continuamente, ante las transformaciones del entorno social y del fenómeno criminal, el avance de la comprensión integral de este último, el progreso en el respeto y armonización de los derechos –humanos–, y el avance hacia una visión cada vez más axiológica, teleológica y racional del Derecho penal (*a la cual me adscribo*), seguramente se irán despenalizando algunas conductas en las que ya no se justifique la intervención del Derecho penal,⁵ a la par de que se comenzarán a criminalizar otras en las que, al parecer, se hace prácticamente indispensable la intervención de aquél (*piénsese en la criminalidad organizada, la internacional y la de los poderosos, las cuales son, a decir de Silva Sánchez, “probablemente las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización”*).⁶

Por otra parte, ante el avance de aquellos factores, junto al sustancial fracaso de la “(re) socialización” –*en general*– como fundamento –*al menos preponderante*– del Derecho penal, y la consolidación de medidas sustantivas, adjetivas y penitenciarias, más eficaces en torno a quien infringe la ley punitiva, se continuarán utilizando las penas privativas de libertad (*y, especialmente la prisión cerrada*) de forma cada vez más racional –*al menos esas son las*

⁵ Lugar en el que mantiene buena parte de vigencia –*teórica y práctica*– la –*relativa*– idea de un Derecho penal mínimo. Sobre tal idea, véase: Ferrajoli, Luigi en: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid, Editorial Trotta, 1997; *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999; *La pena en una sociedad democrática*. En el libro *La pena: Garantismo y Democracia*, Mauricio, Martínez (coautor y compilador), Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez C. Ltda, 1999; y en *El garantismo y el derecho penal*, en el libro *Democracia, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario* –M. Rujana comp.–, Bogotá, Universidad Libre Colombia, Facultad de Filosofía, 2000.

⁶ Silva Sánchez, Jesús-María: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. (2ª ed.), Madrid, Civitas, 2001, pp. 86 y 87.

expectativas en general–, lo cual pasa por una reducción considerable de la misma, por lo poco, en el ámbito de una buena parte de la delincuencia tradicional (*todo ello muy a pesar de funciones demagógicas que algunos han pretendido y pretenden atribuir al Derecho penal*), pero más allá de éstos y otros –importantes– aspectos similares,⁷ seguirá existiendo un conjunto de normas jurídicas dirigidas a tratar de armonizar –con miras a futuro–, de forma particular, los bienes y derechos más importantes de las personas en el ámbito social, y procurar reducir o controlar (*prevenir-proteger*) con ello, los niveles de la más grave violencia social expresada en la idea de “crimen o delito”, a través de los diversos efectos que, en diferentes momentos, niveles y, dependiendo de las circunstancias –generales y concretas–, puede desplegar la pena, el Derecho Penal, el Sistema Penal y, en fin, el Sistema en General, y, en este momento, refiriéndonos fundamentalmente a la pena⁸ (y a la norma penal en general –aspecto esencial–), a través del intento de instauración, recuperación, mantenimiento y/o fortalecimiento de la confianza en el Derecho, de advertencia (intimidación–disuasión) de la imposición de las sanciones más gravosas que puedan concebirse dentro del ordenamiento jurídico, y, dado el caso, de la efectiva y eficaz imposición de la misma, con la activa esperanza de la (re) socialización y, al menos, de la menor disocialización posible, en los casos en que esta sea posible (*todo lo cual desemboca, de una u otra forma, en la idea de un Derecho penal o criminal*).⁹

⁷ Tal vez se opte por denominar al Derecho penal de otra forma (*posiblemente para tratar de librarlo un poco –cuando menos desde la perspectiva terminológica– de la oscura historia que subyace detrás de la idea de la “pena”*).

⁸ Aspecto protagónico y casi únicamente tomado en cuenta –de forma general– a la hora de buscar el fundamento y la legitimidad del Derecho penal –cuestión que debemos analizar, pues, al otro extremo de ésta, teórica, y prácticamente, se encuentra el Sistema en general, el cual ejerce un papel trascendental en el ámbito del Derecho penal, eso sin mencionar los escalones intermedios–, todo lo cual debe ser considerado a tales efectos, al menos en cuanto al trascendental fundamento y legitimación externa y/o material del mismo (*como se sabe, el fundamento formal del Derecho penal radica en su reconocimiento y acepción en la Ley, pero su fundamento material radica en su fin y funciones, teóricas, y esencialmente –aunque a veces no pareciera y no es tomado en cuenta–, en su fin y funciones prácticas –dimensión esencialmente sociológica del Derecho–*).

⁹ No podemos dejar de citar aquí la teoría de la pena sostenida por Roxin: teoría dialéctica, unificadora o de la unión, la cual, aun cuando no considera los otros aspectos antes expuestos, y se centra esencialmente en la pena, no puede dejar de ser reconocida como interesante, innovadora, importante y avanzada, en virtud de que le asigna a la pena diferentes funciones, tomando en cuenta los momentos de la misma, así, este autor señala que “en primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales (...) Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial”. (Roxin, Claus: *Derecho penal. Parte General*. (Trad. D. Luzón et al), Madrid, Civitas, 1997, p. 97).

De esto se puede colegir que una cosa es que siga existiendo el Derecho penal, y otra muy distinta, que siga existiendo en los mismos términos que se ha venido concibiendo. Indudablemente habrán transformaciones en el aspecto fáctico o pragmático del Derecho penal, las cuales, como ha podido apreciar, no siempre irán de la mano con las tendencias científicas que en ese momento puedan catalogarse de influyentes,¹⁰ pero, al final del túnel, cuando menos en actual marco cognitivo, no se vislumbra (n) ninguna (s) alternativa (s) que pueda (n) suplir *–al menos sustancialmente–* al Derecho penal.

Por supuesto, esta situación jamás debe llevarnos a sostener una posición peligrosamente conformista frente a los rumbos que pretendan asignársele, procure arrogarse o asuma esta trascendental vertiente del ordenamiento jurídico, al contrario, esta visión preponderantemente realista del asunto es indispensable para advertirnos sobre las medidas que debemos que tomar para controlar y, mejor aun, racionalizar progresivamente, ese necesario enorme y peligroso poder que subyace detrás y en el Derecho penal, situación que comienza, indispensablemente, por el tratamiento del tema del fundamento del Derecho penal, y, especialmente, el de la legitimidad general del mismo.¹¹⁻¹²

¹⁰ Verbigracia, lo que ha venido sucediendo hoy día en la realidad jurídica-penal de un sector importante de países (*entre los cuales podríamos incluir el nuestro*), respecto de algunas tesis que utilizan como bandera la idea de un derecho penal mínimo o nuclear *–al menos en el ámbito de la criminalidad tradicional–*, con relación al constante, considerable y, en muchas ocasiones, desordenado, aumento de leyes y tipos penales (véase, entre otros autores, Dupuy, María: *Los Tipos Penales en la Legislación Venezolana*. En el libro *Temas de Derecho Penal. Homenaje a Tulio Chiossone*, Colección Libros Homenaje, N° 11, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003).

¹¹ Mientras exista el Derecho penal es insoslayable tratar el asunto de su legitimidad, el cual pasa fijar sus parámetros básicos a través de una comprensión integral y transdisciplinaria del fenómeno criminal.

¹² Con relación a la necesidad del tema de la legitimidad del Derecho penal, valga citar las palabras de Zaffaroni, quien señala que *“no es posible obviar la mención de los discursos legitimantes del poder punitivo por dos razones básicas: a) En primer lugar, porque conservan vigencia, aunque con frecuencia no se formulan ahora en sus formas puras u originarias sino en construcciones eclécticas que los yuxtaponen, o bien los presentan bajo nuevas formas enunciativas... (b) Por otra parte, de su visión conjunta resulta su marcada disparidad, que nunca es de detalle sino de fundamento mismo, por lo cual da lugar a construcciones por completo diferentes e incompatibles. Esto evidencia escasa solidez fundamentadora y crisis permanente en el discurso que, en la práctica, se traduce en una pluralidad de discursos legitimante que permiten racionalizar cualquier decisión con sólo hallar el discurso apropiado entre los que se ofrecen”* (Zaffaroni, Eugenio: *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ediar, 2000).

Hoy día, a pesar de todas las críticas que se le puedan hacer al Derecho penal –y con él, al Sistema Penal– éste sigue manteniendo un considerable nivel de legitimidad que, incluso, ha permitido, frente a una creciente tendencia minimalista del mismo,¹³ que éste se expanda¹⁴⁻¹⁵ –cuando menos parcialmente–¹⁶ a la par del incremento de la complejidad de la sociedad –dentro de la cual parecen haber avances y retrocesos de forma cíclica–.¹⁷

¹³ Entiéndase, Derecho penal mínimo.

¹⁴ Sobre la expansión del Derecho penal, ver Silva Sánchez, Jesús-María: *La expansión del Derecho penal...*

¹⁵ A decir de Velásquez, “Ya en las postrimerías del siglo XX e inicios del siglo XXI, con la aparición del llamado Estado Constitucional (así denominado porque, en medio del pluralismo que lo caracteriza, el imperio de la ley cede su lugar a la primacía de la Carta Fundamental) en el seno de las modernas y complejas sociedades posindustriales o de riesgos, caracterizadas por la globalización –fenómeno que propende por la eliminación de las restricciones a las transacciones y el fomento a la ampliación de los mercados– y la integración supranacional –manifestación que busca conseguir un mercado común de los países, fomentando el tráfico libre de las personas, los capitales, los servicios y las mercancías, con la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas, y otros obstáculos al libre cambio–, el fundamento de la potestad punitiva tampoco aparece del todo claro, a medida que ese poder ya no es monopolio del Estado que ha enajenado su soberanía en organismos supranacionales o en grupos de poder alternativos (campos económico, político, cultural, y religioso). Así las cosas, ello ha imposibilitado que una corriente de pensamiento jurídico penal plantee la necesidad de introducir un derecho penal incondicionado e ilimitado (por ende, máximo) que permita velar por los intereses del conglomerado social para, con base en dicha herramienta, combatir la moderna criminalidad económica que supera las fronteras de los Estados, el terrorismo y, en general, toda la delincuencia organizada; mientras que otra dirección, asentada en las ideas de racionalidad y de certeza, afirma la necesidad de perseverar en un derecho penal mínimo, de garantías, para el logro de tales contenidos”. (Velásquez, Fernando: *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, Temis, 2002, p. 28).

¹⁶ Más allá de una “expansión del Derecho penal” –que entendemos se convierte, hasta cierto punto, en una crítica a la idea del Derecho penal mínimo– lo que viene ocurriendo de forma general, es una adaptación del mismo frente a las nuevas transformaciones sociales, traducidas en una mayor complejidad de las relaciones, las cuales, si bien exigen, por una parte, la minimización de la intervención punitiva –al menos– en ciertos sectores, por otra, reclaman la urgente intervención del mismo, en otros tantos.

¹⁷ En nuestro país, a través de las últimas décadas, la “expansión” del Derecho penal no ha venido, general y lamentablemente, de la mano de una estricta complejización, en términos restringidos, de nuestra sociedad –y muchos menos por razones de la delincuencia de la globalización–, sino de una función meramente simbólica o de una función de satisfacción irracional de necesidades de psicología social, o, en fin, de una función efectista del Derecho penal, por lo cual, parece más atinado hablar, en este ámbito y en líneas generales, de una vulgar –y en muchas ocasiones escasamente reflexiva– inflación o hiperinflación del Derecho penal –tradicional–, que de una expansión del mismo, al menos en los términos de la dogmática penal del continente europeo –especialmente alemana y española–. Sobre la función simbólica y de satisfacción de necesidades de psicología social, véase Silva Sánchez, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona, Bosh, 1992, pp. 304 y ss.

En efecto, en el marco de la racionalidad actual, el Derecho penal sigue considerándose un instrumento válido para tratar de resolver un ámbito particularmente grave de violencia social, el cual, en medio del crecimiento demográfico, del desarrollo científico y tecnológico, de la complejización de las relaciones sociales, y también, de la falta de eficiencia en el control previo de estos factores y sus consecuencias, cada vez se dilata más en ciertos ámbitos (*e, incluso, se estrena en otros tantos, piénsese en la criminalización de conductas vinculadas a la manipulación genética*). Uno de estos últimos aspectos tocados, el de la falta de eficiencia en el control previo de las variables que hacen que el Derecho penal se extienda a espacios que normalmente no debería abarcar, o no, al menos, en la intensidad con la que lo hace o pretende hacerlo, está estrechamente vinculado al tema del fundamento y la legitimidad del mismo, puesto que no se justifica cabalmente hacer uso del poder punitivo, si no se ha hecho buena parte de lo necesario al alcance de la Sociedad y del Estado, para tratar de evitarlo.

Bajo esta percepción de las cosas, pretendemos tratar aquí, preliminarmente, y desde una perspectiva tendencialmente jurídica, el tema del fundamento y legitimidad del Derecho penal, y analizar, desde un enfoque general, la situación del mismo y las dimensiones de su validez y vigencia en nuestro país, para tratar, en fin, de aportar algunos elementos que contribuyan a su progresivo análisis y racionalización en el marco cognitivo actual.

1.2 EJE PRINCIPAL DE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL: EL FIN DEL DERECHO PENAL

A decir de Zaffaroni, “existen dos grandes grupos de modelos legitimantes del poder punitivo, contruidos a partir de funciones manifiestas de la pena: (a) los que pretenden que el valor positivo de la criminalización *actúa sobre los que no han delinquido*, llamadas *teorías de la prevención general* y que se subdividen en *negativas (disuasorias)* y *positivas* (reforzadoras); y (b) los que afirman que *actúa sobre los que han delinquido*, llamadas teorías de la prevención especial y que se subdividen en *negativas* (neutralizantes) y *positivas* (*ideologías re: reproducen un valor positivo en la persona*). Cada una de las teorías abarcadas en estos grupos discursivos debe someterse a crítica desde dos perspectivas: (a) desde lo que indican los datos sociales respecto de la función asignada (*ciencias sociales*); y (b) desde las consecuencias de su legitimación para el estado de derecho (*política*). En cada uno de estos conjuntos teóricos es necesario detenerse en (a) la función manifiesta asignada a la pena y, de ella, deducir sus consecuencias en cuanto a (b) la forma en que conciben la defensa social que postulan –los valores que

quieren realizar socialmente—, (c) la esencia del delito como contradicción con los mismos y (d) la medida de la pena para cada caso.¹⁸

Es lugar común aceptar que la legitimidad, al menos material o sustancial,¹⁹ de la intervención del Derecho penal está indisolublemente vinculada al fin o fines, y función o funciones, que se le atribuyen al mismo, las cuales tienen, a su vez, una triple vertiente: (1) el fin o fines, y función o funciones que el ordenamiento jurídico le asigna (tesis); (2) el fin o fines, y función o funciones que realmente despliega el Derecho penal en la sociedad (antítesis), y, por último, (3) el fin o fines, y función o funciones que realmente debería cumplir el Derecho penal (síntesis).²⁰⁻²¹ Estas tres dimensiones, en las cuales entran en consideración aspectos sociológicos, jurídicos y políticos (cada uno en su medida), se encuentran —o *deben encontrarse*— lógicamente en una constante y dinámica interrelación dialéctica, la cual, dadas las características de la sociedad y, especialmente, el tiempo de respuesta de la misma respecto de sus propios conflictos, —por decir lo menos— difícilmente puede ser perfectamente coincidente en un momento determinado.²² Sin embargo, esto último no obsta para que el Derecho penal en su realidad social, propenda cada vez más (y *con mayor intensidad*) a alcanzar el fin y las funciones que efectivamente debería cumplir (*eje legitimante*), incluso más allá de las aspiraciones que se desprenden del Derecho positivo, para conectarse en fin, con las exigencias de la racionalidad científica y social en general, todo lo cual determina sustancialmente el grado de legitimidad del mismo.

¹⁸ Zaffaroni, Eugenio: *Derecho Penal...*, p. 54.

¹⁹ La legitimidad formal del Derecho penal puede apreciarse en la vigencia que le asigna el Poder Originario a través del Pacto Social plasmado en la Constitución, y reconocido *ex ante* en los instrumentos jurídico-internacionales (*reflejo de la sociedad internacional*), referidos incluso a los derechos humanos. En efecto, desde el plano formal podría decirse que el Derecho penal (*dimensión objetiva y subjetiva*), es legítimo en tanto y en cuanto así lo reconozca la Constitución Nacional y la Comunidad Internacional reflejada en el ordenamiento jurídico-internacional —*legítimo*—.

²⁰ Cfr: Mir Puig: *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Reppetor, 5ª ed., 2002, p. 45.

²¹ Esta posición pareciera ser sostenida también, de una u otra forma, por otros autores. Así, según Bustos, “en la pena hay que distinguir dos aspectos diferentes, uno es el referido a qué es la pena y el otro a la imposición de la pena. En cierto modo uno referido a la razón en sí y otro a la razón práctica”. (Bustos, Juan: *Introducción al Derecho Penal...* p. 88).

²² Como se puede apreciar, tales contextos son el sustento de la propia relación dialéctica entre dogmática penal, sociología, política-criminal y, en fin, entre las ramas del saber que se encuentran alrededor de éstas.

1.3 PRIMERA APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE ESA LEGITIMIDAD: LA PERSONA Y SUS DERECHOS COMO BASE DE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL

Luego del considerable fracaso de las ideas abolicionistas y de aquellas que centraban la legitimidad del Derecho penal esencialmente en la “(re) socialización” (“-re-inserción” y/o “-re-integración”), se ha desarrollado hasta nuestros días (*al menos en el ámbito de la dogmática jurídica-penal*) una tendencia que centra la legitimidad del Derecho penal –*apreciando generalmente la función de la norma penal*– esencialmente en la idea de una prevención general limitada, en la cual prevención y garantías se encuentran en una permanente relación dialéctica: “máxima protección y máximas garantías”.²³⁻²⁴

Como se sabe, ni la prevención general ni la especial se limitan a sí mismas en puridad de términos (*piénsese lo lejos que se puede ir –e incluso se ha ido– únicamente bajo la idea de la prevención general o de la especial*), de allí que haya sido necesario establecer criterios limitadores de la prevención, los cuales han sido ubicados, generalmente, en el modelo de Estado,²⁵ bajo el argumento, según algunos, de que Él sí se limita a sí mismo.²⁶ Sin embargo, disentimos de la concepción del modelo de Estado como criterio limitador –*al menos*– primario, de la prevención, debido, por una parte, a las diversas y antinómicas formas de Estado que pueden existir (*desde el Estado más autoritario hasta el más garantista*), y, por otra, debido a la amplitud e imprecisión que implica o pudiera implicar cada uno de estos modelos de Estado, incluso, el denominado Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia (*artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –CRBV–*). Ante esta situación, hoy día el criterio limitador primario de la prevención debería sustentarse sobre bases más sólidas, universales y precisas, que estén a tono con el ideario político, jurídico y social (*en general*) vigente, y que brinden mayor seguridad y confianza a todas las personas, en tal sentido, consideramos tal criterio debe recaer en la noción de los derechos

²³ Silva... *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*... p. 299.

²⁴ Por supuesto, en el ámbito de esta tendencia el tema de la (re) socialización, (re) inserción y/o de la (re) integración (y, *más sinceramente, el de la menor disocialización*) desempeña y ha de desempeñar un importante papel que hay que considerar.

²⁵ Así Mir Puig: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona, Ariel, 1994; Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999, entre otros.

²⁶ Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*... p. 249.

universalmente considerados, o, en fin, en la noción de los derechos humanos, luego de la cual sí podríamos soportarlo en la concepción de la sociedad, y sólo luego en la del Estado, configurándose así tres niveles, fases o momentos de los principales criterios limitadores de la prevención y/o protección: Derecho –s–, Sociedad y Estado –*estrictamente en ese orden*–.

En efecto, hoy día más allá de la idea del modelo de Estado, el acento principal en cuanto a limitación de la prevención debe colocarse en el modelo de Sociedad, y más allá de ésta, en el concepto de persona²⁷ y derechos humanos. A partir de allí podría adoptarse como criterio limitador secundario o subsidiario de la prevención, ante todo, el modelo de Sociedad, y luego el de Estado imperante de forma general en ámbito internacional, el cual, en la nomenclatura aquí sostenida, podríamos denominar Sociedad y Estado de Derechos, y, en segundo lugar (subordinado a su vez al anterior), el modelo de Sociedad y de Estado imperante en una nación determinada (*en nuestro caso, la idea del Estado democrático, social y constitucional*²⁸ de Derecho y de Justicia, Art. 2 CRBV –pero, ante todo, por supuesto, el sistema de Derechos consagrado en nuestra Constitución–).²⁹

²⁷ Sobre el concepto de persona del que aquí se parte, al menos, en líneas generales, véase Fuenmayor, Federico: *Entre el derecho a morir y el deber del estado de proteger bienes jurídicos. Algunas consideraciones sobre el concepto de persona, los derechos sobre la propia persona y la atipicidad del suicidio*. En el libro *Temas de Derecho Penal. Homenaje a Tulio Chiossone*, Colección Libros Homenaje, N° 11, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia., 2003, pp. 313 y ss.

²⁸ Cfr: Fuenmayor, Federico: Consideraciones generales sobre la reforma legal en materia penal hacia una reforma sustancial del Código Penal en el marco de la Constitución de 1999. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Revista número 125, p. 78.

²⁹ Consideramos interesante exponer aquí el punto de partida que adopta Silva Sánchez, respecto a la relación existente entre las garantías que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación, pues, según él, el punto de partida que adopta “es la directa relación existente entre las garantías que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación”. Este autor estima “posible sostener la idea de que la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tienen una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología. Expresado de otro modo: ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el derecho sancionatorio debe haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas (también en el seno del propio sistema del Derecho penal en sentido estricto)”. (*La expansión del Derecho penal...* p. 151). Sin ánimo de profundizar en esta materia, considero que la consecuencia de la no exigibilidad de las mismas garantías, podría vincularse, más allá de la gravedad de las sanciones, a racionales cuestiones de tipo político-criminal.

1.4 SEGUNDA APROXIMACIÓN: FIN Y FUNCIONES DEL DERECHO PENAL³⁰⁻³¹

Según nuestro criterio, en el ámbito de los discursos legitimantes de la intervención jurídica-penal es conveniente distinguir entre fin o fines y funciones del Derecho penal, o, al menos, entre grados de fin o fines y funciones del mismo, además de distinguir entre fin o fines y funciones de la pena,³² y fin o fines y funciones de la norma jurídica-penal, y del sistema penal en general.

La intimidación (y, *en todo caso, la advertencia*), la motivación o concientización (*esencialmente de conductas externas*), la neutralización, (*re*) socialización o (*re*) integración (y *a lo más, la menor de la disociación posible*), el reestablecimiento de la vigencia de la norma, la protección de bienes jurídicos (*cuyo sustento principal ha de ubicarse necesariamente en los conceptos de persona, sociedad, derechos y Estado*), el control de la violencia social, no son, si no *–a nuestro entender–* funciones que se le han asignado al Derecho Penal, al menos, desde la perspectiva de la cual aquí se parte.

³⁰ Los fines y funciones del Derecho penal trascienden a los fines y funciones de la pena, recuérdese que la norma jurídica-penal no sólo está compuesta por la consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad), sino también, y, ante todo, por el supuesto de hecho, secuencial y lógicamente primer elemento, momento y visión de la norma *–al menos en un claro Estado de Derecho (s)–*, primero se señala la *–indispensable–* expectativa y luego la consecuencia de su defraudación, primero fija la regla, y luego la consecuencia de su trasgresión; el énfasis motivador *–que ha de estar en sintonía con los valores y principios sociales y, sobre todo, esencialmente humanos–* ha de acentuarse en el primer momento, *ratio essendi* del segundo. Piénsese además en todos los cambios que ha introducido la Ley procesal, los cuales inciden en la dinámica ordinaria de la pena (*eso sin mencionar las variables –ideales y reales– que introduce el sistema penal –globalmente considerado– y el sistema en general, en este ámbito*). Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que el núcleo del Derecho en general está determinado por la sanción, así como el núcleo del Derecho penal, su característica esencial y diferenciadora de las demás parcelas del Derecho, está constituida por la pena, ineludible centro de atracción del tema de la legitimidad del mismo, debido a sus peculiares características, especialmente las privativas de libertad, las cuales son las más representativas de esta área del Derecho.

³¹ Según Urbano, “(...) Por variados que hayan sido los esfuerzos históricamente desplegados para atender esa necesidad de legitimación, todos ellos han tropezado con una dificultad fundamental: La pena, es decir, la más grave intervención del Estado en la vida de los ciudadanos (...) Por ello, en contextos en los que la pena cumple con una arbitrariedad tal que degrada y humilla al ser humano y que lo somete en unas condiciones que lo desvinculen de toda pretensión teleológica, emprender un esfuerzo de legitimación del derecho penal implica desplegar un esfuerzo por racionalizar lo irracional”. (Urbano, José: *La legitimidad del Derecho Penal...* pp. 50-51).

³² Específicamente, esta dimensión ya parece advertirla Bustos cuando señala que “(...) de lo que es la pena evidentemente no pueden surgir sus fines, ya que ello no se basta a sí mismo, pero sí surgen funciones”. (Bustos, Juan: *Introducción al Derecho Penal...* p. 88).

Más allá de tales funciones ha de existir *–al menos–* un fin *–general–* de la intervención jurídica-penal, una misión última que nos permita seleccionar cuáles son las funciones que se le deben asignar, y que debe tratar de cumplir el Derecho penal, la cual, podríamos decir, debe traducirse hoy día en el continuo mantenimiento, o, al menos, en el progresivo establecimiento,³³ de un estado de convivencia social mínimo aceptable en el cual todos los individuos³⁴ puedan disfrutar sustancialmente de los derechos que les asisten³⁵⁻³⁶⁻³⁷ de forma individual y colectiva, y, más allá, en un tendencial mantenimiento y/o un progresivo establecimiento de una sociedad y Estado de derechos *–partiendo desde perspectivas individuales –derecho individuales–, hacia la exaltación de lo social –derechos sociales o colectivos–, de la forma más armónica o lo menos inarmónica posible –tratando de reconocer siempre las igualdades, coincidencias o paralelismos generales de los seres humanos, sin dejar de reconocer, las innegables diferencias concretas entre los mismos–. En fin, vemos la misión última del Derecho penal traducida en un tendencial mantenimiento y/o en un progresivo establecimiento de un (E) estado de libertad sustancial, de un (E) estado de bienestar individual y general para todos.*

Tal estado de convivencia ha de devenir (*función –es– del Derecho penal*) del control de la violencia social a través de la permanente búsqueda de una pro-

³³ Estas ideas son más claras, sinceras y apreciables por todos que la de protección o prevención, además estas dos últimas son inadecuadas aquí, puesto que quedan en un nivel funcional *–función–* y no final *–fin–*, siguiendo, al menos, la terminología por nosotros aquí empleada. Con respecto a la idea de prevención *–y de represión–*, valga citar aquí las palabras de Villalba, quien señala lo siguiente: “hace ya mucho tiempo... que los aparatos de prevención y represión, que las formas de ley y de la justicia, han sido rebasadas”. (Villalba, Carlos. *Delito e insurgencia, Reflexiones sobre el crimen en la sociedad actual*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2001, p. 138).

³⁴ Tanto la minoría que ha infringido la ley penal como la mayoría que no lo ha hecho.

³⁵ Por supuesto, en la medida de lo posible *–con lo cual queremos excluir de plano, dimensiones utópicas y desproporcionadas de la cuestión, que sólo tienen cabida en un plano ideal irrealizable–*.

³⁶ “...el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro, según la ley universal de la libertad”. (Kant citado en Boladeras, Margarita: *Bioética*. Madrid, Editorial síntesis, 1999).

³⁷ Según Ferrajoli “el derecho logra minimizar también la violencia de las reacciones a los delitos. En consecuencia, se justifica sí y sólo si logra ser instrumento de paz y de defensa y garantía de todos, de la mayoría no delincuente, pero también de la minoría delincuente; en fin, si está en condición de realizar como derecho penal mínimo una doble finalidad, no sólo la prevención y la minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales a los delitos y la minimización de las penas”. (Ferrajoli, Luigi: *El garantismo y el derecho penal*, en el libro *Democracia, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario* –M. Rujana comp.–, Bogotá, Universidad Libre Colombia, Facultad de Filosofía, p. 181).

gresiva armonización o menor in-armonización de los derechos de todos en el ámbito social,³⁸ y, mejor aun, del mantenimiento eficaz de un nivel tolerable de esa violencia,³⁹⁻⁴⁰ a través de la armonización o, al menos, del eficaz intento de armonización –o menor in-armonización–, de tales derechos en diferentes niveles y dimensiones. Necesariamente pareciera que la referida conjunción de Derechos ha de girar en torno a la tutela (*y sobre todo, luego del momento de la conminación penal, al intento de tutela*)⁴¹ subsidiaria de bienes o valores jurídicos,⁴² y ha de pasar por diferentes dimensiones estrechamente relacionadas entre sí, las cuales parten de la comunicación del mensaje normativo (*indispensable, en tanto el Derecho ha de tratar de regular conductas externas, y, además, ha de ser garantía*), de la orientación, motivación y/o disuasión general (*o, en fin, de su intento*)⁴³ –advertencia o recomendación dirigida a todos– a través del mensaje normativo (*de la prohibición o del imperativo que se desprende de él*), de la pena, e, inevitablemente, de todo lo demás que

³⁸ “El Código Penal protege los bienes jurídicos sin cuyo reconocimiento sería imposible la convivencia en la actualidad según nuestra concepción normativa social y nuestra configuración democrática: las garantías fundamentales de los presupuestos de la dignidad humana, sobre todo la vida, la libertad, la salud, el honor, el patrimonio y las condiciones necesarias de una socialización al mismo tiempo libre y exitosa” (Hassemer, Winfried: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Bogotá, Temis, 1999, p. 111)

³⁹ La cual proviene tanto del delincuente como del Estado, sin olvidar que también puede devenir de las víctimas, e, incluso, de la sociedad.

⁴⁰ Esto da bases para visualizar al Derecho penal como un instrumento administrador (y *co-interventor* –legitimado, en principio–) de violencia social, específicamente, como un instrumento administrador de los sectores o niveles más elevados de tal violencia, la cual está esencialmente plasmada, a su vez, en el ordenamiento jurídico-penal.

⁴¹ “Es imposible prevenir todos los desórdenes en el universal combate de las pasiones humanas” (Beccaria, Cesare: *De los delitos y las penas*. Trad. Joaquín Jordá, Barcelona, Editorial Bruguera, 1983, p. 62). Como lo señala un sector importante de la doctrina, en un primer nivel, en el de la conminación penal, el Derecho penal ha de tutelar bienes jurídicos. Luego de ello (*a través de sus otras dimensiones*), no le queda sino intentar tutelar efectivamente y, al máximo, los mismos, ya que inevitablemente siempre habrán ofensas hacia ellos, en los casos concretos.

⁴² Cfr. Roxin, Claus: *Derecho penal. Parte General...* pp. 51 y ss. Para este autor “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”. *Ibidem*, p. 56.

⁴³ Evidentemente, así como el Derecho penal no siempre protege eficazmente los bienes jurídicos tutelados de todos (*ya que siempre van a presentarse vulneraciones a los mismos, más allá del momento conminativo*), no siempre disuade, ni previene delitos. Sin embargo, como se sabe, su eficacia no ha de tomarse en cuenta en base a los que delinquen, sino a los que no delinquen (*precisamente allí está, y debemos encontrar, el sustento de su función de protección de bienes jurídicos, y de prevención*). El derecho penal sustancialmente orienta y/o disuade y previene la comisión de delitos, y, con ello, protege bienes jurídicos –cuando menos, potencialmente–.

implica el Sistema Penal (*estigmatización, etc.*);⁴⁴ de la efectiva activación del Sistema de Justicia Penal, en caso de una posible trasgresión a la norma penal (*y, por ende, de una posible ofensa a bienes jurídicos tutelados*) con todo lo que ello implica; de la imposición de la pena y su ejecución (*en caso de ser procedente, o, sino, de las demás consecuencias o alternativas que se desprenden del Derecho penal*) a los efectos de confirmar la vigencia de la norma jurídica⁴⁵ y del Derecho en general, y hacer efectivo, con ello, las funciones anteriores; y, por último, –en la medida de lo posible– de la función de disuasión (y mejor aun, de intento de disuasión) de quien delinquiró, para que no vuelva a delinquir, a través de la imposición de la pena o de otras consecuencias que puedan desprenderse de la aplicación del Derecho penal, lo cual implica sanciones o medidas cada vez más eficaces⁴⁶ en el trato del infractor de la Ley penal –y, *en fin, del fenómeno criminal*–.⁴⁷

⁴⁴ Con relación a esto resulta pertinente traer a colación las palabras de Silva Sánchez, quien expone lo siguiente: “suscribo la tesis que sostiene que buena parte de la dimensión preventiva del Derecho penal radica en su significado comunicativo. Pues bien, en contextos en los que la certeza y la propia severidad del castigo pueden hallarse en tela de juicio, la dimensión pública del Derecho penal, la sacralidad que se le asocia, la distancia que generan las formas rígidas (lenguaje, vestuario, escenario) con respecto a la cotidianeidad constituyen un importante factor de prevención. En concreto, un factor que permite el mantenimiento de los niveles tanto de prevención disuasoria, como de contención de reacciones informales como, en fin, de prevención de integración, sin necesidad de aumentar el sufrimiento efectivo de los sujetos afectados por la intervención del Derecho penal”. (Silva Sánchez, Jesús-María: *La expansión del Derecho penal...* pp. 77 y 78).

⁴⁵ Sobre la idea del fin de la pena, fundamentalmente, como confirmación de la identidad normativa de la sociedad, véase Jakobs, Günther: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (Trad. Manuel Cancio y Bernardo Feijoo), Madrid, Civitas, 1996, p. 11 y ss.

⁴⁶ Si realmente se pretende disuadir a quien infringe la ley penal y respetar sus derechos, en la medida en que se le impongan penas que tiendan a la disocialización o a la mayor disocialización (fundamentalmente la prisión), se le deben brindar al mismo condiciones necesarias para enfrentar al máximo los efectos de aquéllas; además, respecto a las otras penas, también es fundamental su progresiva racionalización, y más que su severidad, la certeza de su imposición. Esto último ya era advertido por Beccaria, quien decía que uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad... (*De los delitos...* p. 101). Sobre este aspecto véase, Villalba, Carlos, *Ob. Cit.*, pp. 137 y ss.

⁴⁷ En los casos en que sea remota o prácticamente imposible la disuasión del infractor de la norma penal (*p. ej. enfermos mentales incapaces de recuperación y disuasión*), no queda otro camino sino sostener la idea de la “neutralización” y mejor aun “protección” temporal del mismo –y de la sociedad–, lo cual no excluye su tratamiento adecuado, sino, por el contrario, ha de incluirlo obligatoriamente, ya sea para tratar de brindar alguna recuperación, o simplemente, para tratar de brindar bienestar. En todo caso, pareciera que la idea de neutralización es una idea egoísta e incomprensiva de la situación, una idea represiva sobre lo que no es pasible de justa represión, lo cual la convierte en injusta e inmoral, en todo caso, tendríamos que hablar de medidas de protección, no sólo frente a la sociedad, sino frente al propio inimputable.

2. NOTAS SOBRE LA LEGISLACIÓN ESENCIALMENTE EFECTISTA⁴⁸ Y SUS CONSECUENCIAS

La escasa conciliación entre los objetivos del Estado liberal y el Estado social de Derecho, la comprensión sesgada de la idea del Estado democrático y la falta de armonización entre los derechos –*humanos*–, junto a la complejización de la sociedad y sus crecientes demandas, la limitada comprensión fenómeno delictivo y la ineficiencia en su tratamiento, entre otras variables, han determinado durante las últimas décadas, y en muchos países, entre los que se encuentra el nuestro, el incremento de leyes y normas penales esencialmente efectistas (*y, en general, la propensión de todo un sistema penal tendencialmente efectista*), es decir, de leyes y normas penales cuyos frutos generalmente no trascienden de forma sustancial al mero efecto o impresión en el ánimo de las personas o del colectivo, lo cual determinará en un futuro la progresiva ineficiencia del sistema, y generará con ello una brecha insalvable entre aquellas, y el referido fin y funciones legítimas del Derecho (*y del sistema*) penal.

En efecto, al menos en nuestro país, la escasa, dispersa y, en ocasiones débil capacidad (*cuando no, voluntad*) para asumir seriamente el problema delictivo (*con todo aquello que subyace detrás de él*) frente a las crecientes demandas personales y sociales de protección y seguridad, han dado lugar en este ámbito, aproximadamente, a partir del último tercio del siglo XX, al recurso cada vez más frecuente de la creación legislativa (*instrumento más económico, menos mediato y, en cierto sentido, mucho menos complejo que los demás*),⁴⁹ la cual

⁴⁸ Cuando en la generalidad de este ensayo se hace referencia a la “legislación efectista o simbólica” (*recuérdese que la Ley siempre tendrá una importante dimensión efectista y simbólica*), debe leerse “legislación esencial y/o tendencialmente efectista o simbólica” (*la cual si resulta cuestionable, tal y como se sostendrá a continuación*).

⁴⁹ Valga citar a Dupuy quien señala lo siguiente: “en Venezuela la legislación penal presenta como característica que paralelamente al Código Penal se ha desarrollado una legislación penal colateral a través de la sanción de leyes penales especiales o a través de leyes especiales en las que se incriminan conductas cuya respuesta parte del Estado es la imposición de una pena que afecta la libertad del trasgresor. Las leyes penales especiales cronológicamente se han sancionado en el siguiente orden: 1982 Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público; 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 Delitos Informáticos. En la legislación especial cada día es mayor la tendencia a tipificar conductas y así observamos un enorme catálogo de leyes especiales que contienen un capítulo dedicado a las “Sanciones Penales”. Hemos revisado a la fecha más de 200 textos legales, resultando que al lado del Código Penal y el Código Orgánico de Justicia Militar, existe un gran número de textos legales, siete de ellas leyes penales especiales; 74 leyes especiales que contienen tipos penales; 25 leyes especiales que contienen cláusulas generales que dejan a salvo la responsabilidad penal conforme al Código Penal o a leyes especiales”. (Dupuy, María: *Los Tipos Penales en la Legislación Venezolana...* p. 566).

en muchas ocasiones termina convirtiéndose fundamentalmente, en demagogia o retórica legislativa, al no tener una base real, clara y/o efectiva de aplicación, bien por carecer de una plataforma operativa que la haga viable (*p. ej. suficientes policías, fiscales, defensores, jueces y recursos en general para el Sistema de Justicia*), o bien, por ser escasamente conciliable no sólo con la doctrina y los principios del Derecho *–penal–*, sino también con los principios, derechos y garantías constitucionales (*p. ej. al dar lugar a la responsabilidad objetiva, al crear tipos de sospecha, excesivos tipos abiertos, al tipificar conductas no desvaloradas por la conciencia ético-social, al pretender castigar conductas que no trascienden al ámbito externo de la persona, etc.*), todo ello sin mencionar el resto de aspectos involucrados en el complejo fenómeno delictivo que inciden en el mismo, como por ejemplo, factores económicos, políticos y sociales en general.

2.1 LEGISLACIÓN EFECTISTA, LEGISLACIÓN SIMBÓLICA Y LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL

Este cabalgante incremento de la normativa predominantemente efectista, durante las últimas décadas, constituye hoy día uno de los principales flagelos que más atenta contra la legitimidad del Derecho penal, al imprimirle en muchos de sus ámbitos, una función meramente simbólica,⁵⁰ la cual termina resultando, a mediano plazo (*e incluso antes*), contraproducente a los efectos de la realización de los fines y funciones legítimas del Derecho y del Sistema Penal.⁵¹

Como se sabe, en tanto representaciones sensorialmente perceptibles de una realidad, en virtud de rasgos que se asocian con ésta por una convención socialmente aceptada,⁵² los símbolos (*y, en fin, lo simbólico*) tienen una función trascendental en el ámbito social, y, de forma muy especial, en el entorno

⁵⁰ Como se puede apreciar, es en esos ámbitos, es decir, en buena parte de ese conjunto normativo básicamente efectista, en los que *el Derecho penal acaba teniendo* (bien o mal intencionadamente, o imprudentemente) una función estrictamente simbólica, retórica y/o demagógica. Sobre la función simbólica del Derecho penal, véase, entre otros, Silva Sánchez, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo...*; Urbano, José: *La legitimidad del Derecho Penal...*, y Belisario Flames, Pedro: *Derecho Penal Simbólico*. En *Relación Criminológica*, Valencia, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Penales y Criminológicas, Segunda Etapa, N° 7, 1999.

⁵¹ Valga citar aquí las importantes y vigentes palabras de Beccaria, según las cuales: “La certidumbre de un castigo, aunque sea moderado, causará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible pero unido a la esperanza de la impunidad...” (Beccaria: *De los delitos...* p. 101).

⁵² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

jurídico-normativo.⁵³ En efecto, respecto a esta última función mencionada, debemos decir que los símbolos constituyen los medios de expresión de tales normas,⁵⁴ a través de ellos podemos conocer qué espera la sociedad y el Estado de nuestra conducta externa, y cuáles son las consecuencias que acarrea la no sujeción a tales parámetros.

Sin embargo, ésta es sólo una parte de la función de las normas jurídicas, además de ello es imprescindible que en caso de infracción a las mismas, se apliquen efectivamente las consecuencias que de ellas derivan, a través del procedimiento previamente establecido (*la motivación debe tener como contrapartida la coerción. Es indispensable la existencia de una consecuencia jurídica efectiva que siga a la infracción normativa*).⁵⁵ De lo contrario, es decir, si las normas jurídicas se conforman con ocupar un mero lugar en el papel, al principio (*a decir lo más, a corto plazo*) pudieran cumplir un papel comunicativo (*y tal vez disuasivo –siempre y cuando exista aún cierto grado de credibilidad general en la ley y las instituciones–*), pero luego (*a mediano plazo, e incluso, antes*), al verificarse la no vigencia efectiva u operatividad de las tales normas, terminarán siendo contraproducentes al aumentar o reforzar la pérdida de confianza en el ordenamiento jurídico, las instituciones y el sistema en general, conllevando seguramente, entre otras graves consecuencias vinculadas entre sí, un incremento no sólo de la delincuencia, sino también, de las reacciones informales a la misma, un incremento de la inarmonía en materia de derechos y, en fin, un incremento de la violencia y de la disonancia en el ámbito de las libertades de todos. Tal situación no hace si no desviar al Derecho penal de sus fines y funciones legítimas, y, por tanto, vulnerar la legitimidad, no sólo del mismo sino del Derecho y del sistema social en general.

⁵³ Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo...* pp. 304 y ss.

⁵⁴ En este sentido, Mir Puig define a la norma jurídico-penal, como un mensaje prescriptivo –que prescribe una actuación determinada– expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados (*Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed. Barcelona, Reppertor, 2002, p. 26).

⁵⁵ Ya Kelsen al referirse a los órdenes sociales calificados como derecho, decía que los mismos “son esencialmente órdenes coactivos, es decir, órdenes que intentan provocar una determinada conducta humana y que en el caso de una conducta opuesta, calificada como delito, prescriben una coacción como consecuencia del delito, es decir, como sanción” (Kelsen, Hans: *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* –Trad. Ernesto Garzón Baldés–. 8ª ed. México, D.F., BEFDP, 2001, p. 11).

2.2 LEGISLACIÓN EFECTISTA, DESCODIFICACIÓN, INFLACIÓN Y DESORDEN LEGISLATIVO EN MATERIA PENAL

Además de incrementar la existencia dispersa y desordenada de leyes y normas –penales– disgregadas, incluso, en diversas leyes de carácter no penal,⁵⁶⁻⁵⁷ algunas de ellas con repercusiones meramente efectistas y simbólicas (*junto a todas las espinosas consecuencias que de ello se desprende*), el uso cada vez más frecuente de la legislación como instrumento hegemónico para tratar de paliar el fenómeno delictivo (*lo cual determina buena parte de la irracionalidad disfrazada de aquélla*), y, en fin, la comprensión unidireccional y sesgada de la política-criminal esencialmente como política-legislativa (*traducida en este caso, en una política legislativa meramente efectista –legislar por legislar–*), trae y ha traído como consecuencia, al menos en nuestro país, el progresivo desmontaje del que ha de ser el supremo instrumento legislativo-punitivo, del texto legal más importante o uno de los más importantes luego de la Constitución Nacional: el Código Penal (tanto de su parte especial, como general).⁵⁸

Con respecto a la descodificación (*al menos con relación a la delincuencia tradicional*), no tenemos mayores dudas al afirmar que son más los aspectos negativos que los positivos derivados de la misma, en efecto, podría entenderse como positivo el hecho de que en las leyes que regulen determinadas actividades o, en fin, dirigidas a regular determinadas materias, se establezcan las conductas que en ese ámbito son sancionadas penalmente, puesto que, p. ej., es más factible que un médico conozca el contenido de la ley que regula el ejercicio de la medicina, o que un banquero conozca la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, a que conozcan el Código Penal (*principal ley que por su naturaleza debe al menos co-conocer todo ciudadano, luego de la Constitución Nacional*), sin embargo, frente a esto, ante la mirada poco ilustrada de los profesionales, técnicos y de la población en general con rela-

⁵⁶ Por citar sólo algunas de forma aleatoria, véase por ejemplo, la Ley de Protección a la Fauna Silvestre, Ley de Mercado de Capitales, Ley de Protección al Consumidor, Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, entre otras tantas.

⁵⁷ Eso sin profundizar y entrar a analizar la incriminación de conductas a través de decretos-leyes emanados del Poder Ejecutivo Nacional.

⁵⁸ Sólo por traer a colación algunas leyes penales que contienen disposiciones generales que desaplican parcialmente la Parte General del Código Penal, véase, por ejemplo, la Ley Penal del Ambiente, la Ley sobre el Hurto y Robo de Vehículos, la Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera, La Ley Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, entre otras.

ción al ámbito jurídico, y, especialmente, al entorno jurídico-penal, resulta siempre más conveniente reconducir los tipos penales respectivos al Código Penal, fundamentalmente por su carácter específico, representativo y trascendental –*todo ello sin dejar de reconocer y resaltar su fuerza estigmatizante*–, y por la mayor facilidad de conocimiento de la punición de tales conductas –en un solo texto–, no sólo –*y especialmente*– para toda la población (*posibles víctimas de los respectivos delitos*), sino también para todos los actores del Sistema de Justicia (*lo cual facilita sustancialmente la realización del precitado fin y las funciones legítimas del Derecho penal*).⁵⁹

Respecto de este último tema, valga citar a Ferrajoli, quien al referirse a la que él define como “*cláusula de reserva contra la incertidumbre del derecho generada ahora no sólo por ‘(...) aquella juris prudentia o sabiduría de los jueces desordenados’ de la que hablaba Thomas Hobbes (Leviatán, XXVI) hace tres siglos, sino por la misma legislación, no menos inflacionaria, incoherente y ‘desordenada’*”, señala que esta cláusula “*debería implicar que todas las normas sobre delitos, penas y procedimientos deben estar contenidas en los códigos penal sustantivo y procesal y que no pueden ser introducidas sino mediante una reforma aprobada por procedimiento legislativo calificado. Se trata de una medida indispensable para retornarle credibilidad al derecho penal y para restituirle a su naturaleza de extrema ratio. Por más compleja y voluminosa que fuese una nueva codificación orientada por el principio ‘todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos’*, lo sería mucho menos que el actual cúmulo de leyes especiales; para que por lo menos la prohibición de legislar en materia penal y procesal obligue al legislador a hacerse cargo siempre de la unidad y coherencia del conjunto. Por lo demás, si es cierto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, ello tiene una relevancia cuasi-constitucional, y no sería admisible que se le deje cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y al sobrevenir de cada vez nuevas emergencias”.⁶⁰

⁵⁹ Recuérdese que lamentablemente nunca falta uno de estos últimos que desconozca una parte considerable de la legislación penal colateral –*cuestión que es cada vez más frecuente en la medida que aumenta la descodificación*–, lo que puede conllevar a la impunidad y, por tanto, a imprimirle carácter meramente efectista y simbólico a la Ley.

⁶⁰ Ferrajoli, Luigi: *La pena en una sociedad democrática*. En el libro *La pena: Garantismo y Democracia*. Mauricio, Martínez (coautor y compilador), Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez C. Ltda., 1999, p. 32.

2.3 LA LEGISLACIÓN EFECTISTA EN VENEZUELA

Especialmente desde hace aproximadamente poco más de dos décadas para acá, la política legislativa-penal en nuestro país ha venido abarcando un lugar desmesurado en el marco de la política-criminal general. En efecto, ante la complejidad y complejización del fenómeno delictivo, la falta de una política-criminal integral y efectiva, la escasa armonización entre intereses sociales e individuales,⁶¹ y, especialmente, las crecientes demandas de seguridad de la población, e, incluso, de sectores del propio Estado, el principal y protagónico (*con carácter casi exclusivo*) recurso al que ha apelado aquél para enfrentar esta situación (*al menos para satisfacer primaria, aparente y temporalmente tales requerimientos*), ha sido la creación legislativa, la cual, en gran parte de las ocasiones ha sido innecesaria, ineficaz y hasta contraproducente —*a los efectos de estimular la fidelidad y confianza en el Ordenamiento Jurídico y en el Sistema de Justicia*—, puesto que la satisfacción de aquellos requerimientos de seguridad pasa, ante y sobre todo, por una eficaz y justa aplicación del Ordenamiento Jurídico que se tiene, cuestión que, frente a las innumerables fallas del Sistema (*particular y fundamentalmente operativas*), no sucede cabalmente en nuestro país, y mucho menos si cada vez se crean más leyes, tipos y normas penales de forma irracional, las cuales han vulnerado y vulneran en muchas ocasiones la coherencia y legitimidad que ha de ostentar del Ordenamiento Jurídico-Penal.

En efecto, en las últimas décadas, ante nuestros graves y crecientes problemas delictivos, pareciera que el Estado venezolano ha centrado sus ojos especialmente en la “solución” más sencilla, económica y “práctica”: la creación de leyes penales y la tipificación de conductas en leyes de carácter no penal, las cuales han desmontado en gran medida la sistemática del Código Penal (“descodificación”), y hasta han complicado enormemente la aplicación de la Ley en general (*sólo piénsese en los densos problemas de aplicación que han traído consigo algunas normas de la Ley sobre Hurto y Robo de Vehículos Automotores –2000–, la Ley sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia –1998–, y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, por mencionar sólo algunas*).

Esta aparente, desordenada y en muchas ocasiones demagógica salida al paso al problema delictivo, no sólo ha creado una penosa hiper-inflación y una “hiper-

⁶¹ Fuenmayor, Federico: *Consideraciones Generales Sobre la Reforma Legal en Materia Penal...*

trofia”⁶² legislativa (y/o normativa) en nuestro país, sino que, además, ha incrementado la inseguridad jurídica y la desconfianza en el Derecho como medio de solución de los conflictos sociales. De nada, o de casi nada vale (y, *al contrario, resulta contraproducente, como vimos*), crear y reformar a la ligera tipos penales –mucho menos si se hace de forma irracional– sino existe un Sistema de Justicia lo suficientemente efectivo como para hacerlos valer cabalmente.

Por sólo mencionar algunos aspectos, debemos decir que en el día a día vemos cómo una parte importante de los operadores del Sistema de Justicia venezolano tienen un número muy elevado de casos, de los cuales pareciera advertirse que una parte no consigue solución efectiva y/o expedita, dando paso de esa forma a la impunidad de los mismos y al carácter meramente simbólico de gran cantidad de normas penales (*con todas las consecuencias que de ello se derivan*),⁶³ debido, especialmente, a fallas operativas del sistema, entre las que podemos mencionar la escasez en los presupuestos para los órganos intervinientes en estos procesos, esencialmente el Ministerio Público, el Poder Judicial, y los órganos de investigación, lo cual incide en insuficientes recursos materiales y humanos destinados a la labor en esos ámbitos, en la falta de capacitación del personal, y, por otro lado, la insuficiente organización integral del Estado y, especialmente, de los organismos dirigidos a la prevención y a la represión de conductas desviadas, entre otras variables, a

⁶² A decir de Dupuy, “(...) en Venezuela existe un fenómeno de hipertrofia normativa que repercute negativamente en los destinatarios de la norma penal. En lo que respecta al ciudadano lo puede colocar en una situación de desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta, en lo que respecta al Juez puede cometer errores en caso de desconocer la existencia de la Ley. Por ello, estimamos que todas estas leyes deben ser revisadas por quienes han asumido la importante y difícil tarea de reformar un Código Penal y luego sistematizarlas, buscarles su encaje en el Código Penal, con lo cual se dará mayor seguridad jurídica al ciudadano en cuanto a las conductas que se reputan indeseables y por ello merecedoras de una pena”. (Dupuy, María: *Los Tipos Penales en la Legislación Venezolana...*).

⁶³ “Resulta sumamente lamentable que esta situación siga ocurriendo, y más aun, cuando se sabe que la solución a los problemas de la delincuencia no se encuentra únicamente en la elaboración de leyes (y menos de leyes que adolezcan de serias fallas y desarticulen el sistema haciéndolo engorroso e impidiendo la correcta aplicación del Derecho). Como se sabe, el problema de la delincuencia es realmente complejo, ya que en él que interviene una multiplicidad de factores, y, por tanto, la tipificación de algunas conductas lesivas de bienes jurídicos, es sólo uno de los primeros estadios de solución del problema. Recordemos que las leyes no pueden aplicarse solas, junto a ellas se necesita la intervención de todo el Sistema de Justicia, sin el cual sólo serían letra muerta (si no hay un Poder Judicial –y ahora agrego, Poder Ciudadano y Poder Ejecutivo– eficiente, de nada vale tener las mejores leyes del mundo) (Fuenmayor, Federico: *Consideraciones generales sobre la reforma legal en materia penal...*).

pesar de ello, el Estado ha continuado otorgándole mayor importancia a la creación legislativa-penal, que a estos trascendentales problemas de aplicación de Ley (*en estos momentos hacemos mucho más garantizando la viabilidad de la aplicación de la Ley existente que modificándola –salvo casos estrictamente necesarios–*).

Ante toda esta situación legislativa y operativa, ya es hora que el Estado se sincere y enfrente el problema del delito de forma integral, haciéndole comprender a la sociedad, en su justa medida, las dimensiones e implicaciones del mismo, a los efectos de evitar imprimirle al Derecho penal –y, especialmente, a la creación legislativa– una función desmedida de satisfacción de necesidades de psicología social, y evitar construir una política-criminal (*con exagerado énfasis en lo legislativo*) meramente efectista, que nada o casi nada ayuda a paliar esta situación. De lo contrario, como ha venido ocurriendo desde hace varias décadas atrás, en nuestro país esta rama del Derecho se seguirá desviando sustancialmente de su fin y funciones legítimas –*quitándole con ello niveles básicos de legitimidad al sistema*–, lo cual hará cada vez más difícil el imperio de la Sociedad y Estado Constitucional (o) de Derechos y, en fin, el imperio de una convivencia social cada vez más satisfactoria.

La obligatoriedad de la persecución penal

Ricardo J. KLASS*

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Desde nuestros primeros años como estudiantes en la facultad de derecho, hemos oído y repetido hasta el hartazgo que la acción penal pública es indisponible para los órganos encargados de la persecución penal pública; y que el ejercicio de la acción penal es obligatorio, por lo que deben iniciarse todas las acciones penales, salvo las excepciones expresamente prefijadas.¹

Este principio emerge como una manifestación de la actividad estatal desde que el Estado asumió la administración de la justicia desplazando a los particulares en su obrar directo. Enseña Clariá Olmedo que:

Este origen juega con igual sentido tanto para la justicia penal como para la justicia civil en cuanto haya de referirse a la solución jurisdic-

* **Universidad de Buenos Aires**, Abogado. **Universidad de El Salvador**, *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Profesor Titular. **Superior Tribunal de Justicia**, *Provincia Tierra de Fuego*, Juez Presidente. **Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia**, Presidente. Autor de numerosas publicaciones.

¹ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, tomo II, TEA, 1992, p. 159.

cional de los conflictos privados o públicos. Pero esta estatización de la justicia es más ponderable en el campo penal, pues salvo raras excepciones que aún perduran en las legislaciones vigentes, se extiende en forma directa a la persecución...²

En virtud de esta obligatoriedad, ni los particulares, ni el juez, ni el ministerio público pueden excluir la actividad de los órganos correspondientes en la actuación del derecho penal ante la presencia de su presupuesto lógico: el conocimiento de la comisión de una conducta presuntamente ilícita.

En teoría, este principio responde al interés social y contribuye a que el proceso penal responda al interés público de justicia: todas las manifestaciones ilícitas deben ser reprimidas para restablecer el orden violentado por aquéllas y contribuir, de esta forma, a la paz social.

De esta obligatoriedad derivan distintas reglas,³ entre las cuales se destaca la de la legalidad, que implica prohibir todo criterio discrecional para determinar el ejercicio de la función en el caso concreto. “*Por tanto, excluye todo criterio de oportunidad, y esto hace que el proceso penal sea inevitable en su inicio y en su total desarrollo*”.⁴

Esta regla es también llamada *principio de legalidad* y tiene amplio desarrollo en la doctrina nacional. Sin embargo, esta expresión puede llevar a confusión, pues tiene acepciones de contenidos muy diversos.

En efecto, bajo esa misma denominación se conoce al principio cuya formulación latina acuñada por Feuerbach, *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, es ampliamente conocida. Este principio guarda especial relevancia en el proceso penal y significa que ninguna acción humana externa puede constituir delito si no la define como tal una ley escrita anterior a su ejecución y emanada del órgano competente,⁵ y se yergue como una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa, quedando plasmada en el artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789.⁶

² Jorge A. Clariá Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo I, Ediar, 1960, pp. 467-468.

³ *Obligatoriedad, oficiosidad e improrrogabilidad*, en la clasificación formulada por Clariá Olmedo, *Ob. Cit.*, p. 471 y ss.

⁴ Clariá Olmedo, *Ob. Cit.*, p. 473.

⁵ Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, Marcos Lerner Editora, 1986, pp. 21-22.

⁶ Alberto Bovino, *La víctima*, publicado en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto S.R.L., 1998, p. 72.

Así pues, el ejercicio obligatorio de la acción penal pública es también conocido como principio de oficialidad u oficial⁷ u oficiosidad,⁸ como opuesto al principio de oportunidad, que permite cierta selección en los casos que deben ser perseguidos penalmente.

2. SU ORIGEN NORMATIVO

Siguiendo a Cafferata Nores podemos decir que el principio de oficialidad no encuentra fundamento constitucional alguno:

Salvo los casos de algunos delitos que podríamos denominar constitucionales, como el delito de traición, la Constitución se limita a poner condiciones para el ejercicio del poder penal del Estado: “Nadie puede ser penado sin perjuicio fundado en ley anterior al hecho del proceso...”. Pero en ningún lugar expresa que cada vez que se comete un hecho de los que la ley anterior tipifica como delitos, se deba imponer una pena o deba iniciarse un proceso. Además, aun cuando reconoce expresamente la necesidad de acusación como presupuesto del juicio (acusación, juicio y castigo, es la secuencia prevista por el artículo 60 de la Constitución Nacional), no ordena que aquélla se produzca en todo caso.⁹

Comparto plenamente la opinión transcrita. Ninguna cláusula de la Constitución Nacional impone la obligatoriedad de la persecución penal en casos de delitos de acción e instancia públicas. El artículo 18 fija los principios de *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* y *nulla poena sine iudicio* en su primera parte: “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*”; el principio de juez natural: “*...ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...*”; debido proceso: “*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de*

⁷ Ambos términos son utilizados como sinónimos por Claría Olmedo, *Ob. Cit.*, p. 467.

⁸ José Luis Said, en un muy interesante artículo “Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal”, publicado en la Revista La Ley del 7 de noviembre de 1997.

⁹ José I. Cafferata Nores, *Legalidad u oportunidad*, publicado en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, 1998, pp. 27-28. La primera parte del artículo 60 citado establece que el juicio político llevado adelante con acusación de la Cámara de Diputados no tiene otro objeto que la destitución del imputado. Su segunda parte dice: “Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios”.

orden escrita de autoridad competente"; inviolabilidad de la defensa: "*Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*"; inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados; abolición de la pena de muerte por causas políticas y de los tormentos y azotes; y los fines y condiciones de la ejecución de las penas privativas de la libertad.

Ninguna de éstas importa la imposición de la obligatoriedad de la persecución penal, la que tampoco emerge del texto del preámbulo de la Constitución Nacional: de la expresión "*...afianzar la justicia...*" no puede linealmente extraerse este principio.

La Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur¹⁰ guarda similar esquema aunque, siguiendo las corrientes más modernas, reglamenta con mayor detalle los institutos que trata: el artículo 34 regula las normas del debido proceso, el 35 la defensa en juicio, el 36 los procedimientos judiciales, el 37 las reglas correspondientes a la privación legal de la libertad, el 38 las condiciones de los establecimientos penales, el 39 las condiciones de detención, el 40 las indemnizaciones debidas en virtud de privaciones de libertad por error o con notoria violación de las disposiciones constitucionales, y el 41 la inviolabilidad de domicilio.

De ninguno de los preceptos contenidos en estas normas se desprende la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

Una mención especial merece el artículo 151 de la Constitución provincial, que si bien no impone el principio de oficialidad ni lo excepciona, determina en algunos casos el ejercicio de la acción penal hasta la conclusión del proceso:

La ley asegurará el juzgamiento en instancia única, oral y pública en las causas penales en las que se juzguen delitos para los cuales se encuentre prevista pena privativa de la libertad cuyo máximo supere los seis años, en las que los procesados fueren funcionarios públicos, en las que se investiguen delitos contra el patrimonio, la administración y la fe pública provincial o municipal, cualquiera sea la pena prevista para sancionarlos, y en las demás causas que determine la ley.

¹⁰ Sancionada el 17 de mayo de 1991.

En función de esta norma, el Superior Tribunal de Justicia resolvió que no correspondía omitir el debate¹¹ en procesos en que se investigan delitos en perjuicio de la administración pública.¹² Un interrogante que aún no ha sido tratado es determinar si en los casos previstos por este artículo procede el instituto de la suspensión del juicio a prueba, a través de alguna de las diversas interpretaciones que se han efectuado del artículo 76bis del Código Penal.

Pero, lo que nos queda claro es que ni la Constitución Nacional ni la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego imponen la obligatoriedad de la persecución penal.

Así pues, el principio de oficialidad encuentra fundamento normativo en el artículo 71 del Código Penal: “*Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1º) Las que dependieren de instancia privada. 2º) Las acciones privadas*”. Éstas se encuentran taxativamente enumeradas en los dos artículos siguientes.

No debe confundirse este principio de oficialidad con, por ejemplo, aquellos procedimientos que permiten la finalización del proceso sin llegar al juzgamiento del caso.¹³ En estos supuestos, el ejercicio de la acción se inicia en forma imperativa (por lo que el principio de oficialidad no pierde vigencia), mas las características del caso conducen a una conclusión que evita el juicio sobre la culpabilidad o no del imputado.

En realidad, la controversia constitucional respecto del principio de oficialidad radica en determinar si la regulación del ejercicio de las acciones penales corresponde a las provincias o, por el contrario, fue delegado por éstas a la Nación.

Sin pretender ingresar a este tema, el cual presenta notas y aristas interesantísimas, sólo resta remarcar que la doctrina no se muestra unánime al respecto. Sebastián Soler explica que la reglamentación de la acción es de carácter penal sustantivo por lo que su regulación corresponde al Congreso nacional.¹⁴ Por el

¹¹ Reglado por el artículo 324 del Código Procesal Penal de la Provincia y que, con matices, resulta similar al juicio abreviado previsto en otros códigos de procedimientos.

¹² Superior Tribunal de Justicia, “M. N., L. D. s/ Defraudación a la administración pública a través de abuso de firma en blanco” –expte. Nº 350/99 de la Secretaría de Recursos, sentencia del 23-02-2000 registrada en el Libro VI, folios 41/45–; “S., A. D. s/ Administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública” –expte. Nº 498/02 SR del 12.04.2002, Libro VIII, folios 253/260– y “S., C. S. s/ Estafa” –expte. Nº 593/03 SR del 14.04.2003, Libro IX, folios 154/160–.

¹³ Por ejemplo, el artículo 18 de la ley 23.077 de estupefacientes; o la aplicación de la suspensión del juicio a prueba del artículo 76bis del Código Penal.

¹⁴ Soler, *Ob. Cit.*, pp. 527-529.

Contrario, Zaffaroni sostiene la naturaleza procesal de las acciones, pero su reglamentación escapa de la esfera local por uniformidad (artículo 16 de la Constitución Nacional):

Para hacer efectiva la aplicación del derecho penal sin alterar las jurisdicciones provinciales, en forma que no resulte violatoria del principio de igualdad ante la ley, no puede menos que reconocerse que las provincias han tenido que delegar al Congreso Nacional algunas limitadas facultades procesales, que garanticen una igualdad persecución penal de las conductas penadas.¹⁵

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también parece limitar la regulación de la acción penal al ámbito nacional. En forma reiterada y pacífica ha descalificado normas procesales que establecían el desistimiento de la acción privada por inacción de la parte querellante¹⁶ al considerar que, al constituir una causal de extinción de la acción, su regulación se encuentra vedada a las provincias.¹⁷

3. SOLUCIONES ALTERNATIVAS

Sea cual fuera el órgano competente para reglamentar el ejercicio de la acción penal,¹⁸ es indudable que el principio de oficialidad al que nos referimos se halla en crisis. Siguiendo a Julio J. Maier podemos decir, que si bien en el plano teórico este principio no merece objeciones sustanciales, la discusión cambia

¹⁵ Eugenio R. Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Ediar, 1987, p. 199.

¹⁶ El artículo 393 del Código Procesal Penal de la Provincia de Tierra del Fuego establece el desistimiento tácito del ejercicio de las acciones privadas: “Se tendrá por desistida la acción privada cuando: 1) el querellante o su mandatario no instaren el procedimiento durante sesenta (60) días. 2)...”. El artículo siguiente prevé que el desistimiento tendrá como efecto la extinción de la acción penal. Similar fórmula guardan los artículos 422 y 423 del Código Procesal Penal de la Nación.

¹⁷ C.S., Fallos, 178:31; 219:400; 244:568; 267:468; 276:376; 308:2140; entre otros. En Fallos 244:568, en su carácter de Procurador General, Sebastián Soler fijó su opinión contraria.

¹⁸ Ello escapa al objeto del presente trabajo, aunque no puedo dejar de mencionar la excelente ponencia de Ricardo J. Mendaña, “Sistema acusatorio, ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad”, presentada en el Congreso internacional sobre principio de oportunidad en materia penal realizado en la ciudad de La Plata, los días 5, 6 y 7 de septiembre de 2002. El autor se pronuncia decididamente a favor de la regulación de este instituto por parte de las provincias. Quizás deberíamos reflexionar si no resulta más adecuado a estos tiempos dejar que las provincias fijen sus políticas de persecución penal, toda vez que son éstas las que emplean sus siempre escasos recursos para estructurar los órganos que tendrán a su cargo tan difícil misión. Desde una concepción federal de la República, parecería que constituye una facultad que las Provincias no delegaron a la Nación.

de plano cuando apreciamos el funcionamiento de la administración de justicia desde un punto de vista práctico. “*Mal que nos pese, existen criterios selectivos no institucionalizados que eliminan un sinnúmero de hechos punibles de la persecución penal...*”, siendo éstos producto de la falta de información de los órganos de persecución (la llamada “cifra negra”) o de la imposibilidad de perseguir todos los hechos conocidos (por ejemplo, causas que terminan irremediablemente prescriptas).¹⁹

Es que, en realidad, no hay que ocultar lo evidente: el sistema de administración de la justicia penal tiene capacidad para procesar un determinado número de causas, y por más que teóricamente rija el principio de oficialidad, el número de causas en trámite nunca podrá superar ese techo. Siempre e irremediablemente se producirá una selección, la cual puede ser caótica, esto es, que el sistema ejerza su propia selectividad sin ninguna orientación política (por ejemplo, la prescripción), o esta selección puede derivar de la sistematización de ciertos valores. Esta solución, de contenido político (de política judicial), ya existe en el universo normativo nacional en la institución del *writ of certiorari* que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación otorga a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.²⁰

Actualmente, algunas provincias han incorporado distintos institutos para optimizar la respuesta estatal ante el ilícito.

Ello se alza sobre un pilar fundamental: repensar a la justicia como un acceso a la solución de los conflictos, dejando de lado la idea por la cual el Estado, en una concepción paternalista y autoritaria, pretendía —con escasísimo o nulo éxito— reprimir todas y cada una de las manifestaciones delictivas (lo que, ya sabemos, resulta imposible). Compartimos la opinión de Maier cuando dice que, en su concepción actual,

...Se trata básicamente, de un Derecho autoritario, en el sentido de un derecho de la autoridad, que deja de lado, por regla casi absoluta, toda influencia de la voluntad particular, del bien jurídico protegido, en la administración de la reacción contra el ataque, esto es, se trata, en fin, del derecho a castigar, a infligir un o a desarrollar violencia por

¹⁹ Julio B. Maier, *Derecho procesal penal argentino*, tomo 1b *Fundamentos*, Hammurabi, 1989, p. 161.

²⁰ Conf. Alberto Antonio Spota, según cita Jorge Kent, *El Proceso Penal. Desafíos del Nuevo Milenio*, La Ley, 2001, p. 117. Explica Spota que no puede negarse la coherencia y similitud de este instituto con el principio de oportunidad.

parte del Estado contra una persona, a manera de reacción por aquello que representa, que hizo o que dejó de hacer.²¹

El ejercicio de la acción pública es una expresión de autoritarismo, en donde no se repara tanto en la protección del bien jurídico concretamente lesionado por el delito, sino que se enfatiza en lo que significa como desobediencia (reforzando el principio de autoridad mediante el castigo de la desobediencia). Prueba de ello es la escasa o nula atención que presta a los intereses que pueda tener el principal involucrado por el conflicto penal, que es quien sufre las consecuencias del ilícito, es decir, la víctima, a quien se priva de toda posibilidad de evitar o atemperar el principio de legalidad, aun cuando hacerlo le permitiera proteger mejor sus derechos vulnerados por el delito.²² De esta forma, podemos hablar de una víctima “neutralizada” y en lugar de la compensación y el acuerdo entre el lesionador y lesionado, aparece la acción penal pública. Las posibilidades de intervención de la víctima en el proceso son muy reducidas y su voluntad cede ante la fuerte intervención del Estado. Se pierde, así, la relación entre delincuentes y víctimas, propia del derecho primitivo.²³

La propuesta que se ensaya invita a reubicar de la víctima en el centro de la escena. En efecto, siguiendo el esquema basado en la obligatoriedad de la persecución penal, el Estado se desentiende de la víctima y sus necesidades para volcar –como dijimos, con nulo éxito– su actividad a reprimir al autor del hecho, antes que a componer la situación alterada por el ilícito o resarcir el daño causado.

Ello carece de sentido frente a una realidad que nos muestra que los despachos del ministerio público fiscal y de los juzgados se atestan de expedientes sustanciados en virtud de hechos presuntamente ilícitos que sólo afectan a la víctima, pero sólo algunos de ellos generan cierta inquietud en la comunidad. Una franja importante de conductas antisociales puede ser asumida exitosamente por esquemas alternativos satisfactorios para la víctima y útiles para la reinserción social del victimario.

²¹ Julio B. Maier, *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino*, publicado en la obra editada en homenaje al Doctor David Baigún.

²² Conf. Cafferata Nores, artículo citado, p. 30.

²³ Pedro J. Bertolino, *La situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina*, publicado en *La víctima en el proceso penal. Su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Depalma, 1997, pp. 1-68, especialmente, pp. 1-6. En igual sentido, Bovino, artículo citado.

¿Por qué no otorgar a la víctima una intervención protagónica en el proceso penal en aquellos casos? ¿Por qué no puede ella delimitar, de acuerdo a su interés, el accionar del Estado?

En palabras de Mendaña,

...la víctima es más que un denunciante o que un testigo; es ante todo una persona que ha soportado un daño en su persona o en sus derechos; es una persona que “siente” la acción del delincuente y también la de los órganos de la justicia penal; es una persona que tiene derechos y alimenta expectativas.²⁴

En su artículo *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*, Claus Roxin se pregunta sobre la reparación del daño como tercera vía del derecho penal.²⁵ Y brinda una respuesta favorable al considerar que la misma atiende de mejor modo los intereses de la víctima que con una pena privativa de la libertad o una multa que, justamente, con frecuencia hace fracasar la reparación del daño.

Según esta concepción, la reparación del daño no es ya una cuestión puramente de derecho civil, sino que realiza un aporte esencial también para el logro de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser vivenciado por él –con frecuencia más que la pena– como justo y necesario, y de este modo, fomentar el reconocimiento de las normas. Finalmente, la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre el autor y la víctima, y mediante esto, facilitar notablemente la reincorporación de aquel que ha cometido el hecho punible. Además, la reparación del daño es muy útil a la prevención de integración, al realizar un aporte significativo a la recuperación de la paz jurídica. Pues sólo cuando el daño ha sido reparado, la víctima y la generalidad considerarán superada la perturbación social generada por el hecho –en muchos casos, incluso, independientemente de una punición.

²⁴ Ricardo J. Mendaña, artículo citado.

²⁵ Claus Roxin, *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*, publicado en *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, 1993, pp. 15-49, especialmente pp. 48-49 y sus citas.

Bajo este prisma, una de las nuevas soluciones que va dando a luz consiste en la mediación en materia penal.

En sí, la mediación no es un instituto novedoso en nuestro derecho procesal. Actualmente resulta un trámite obligatorio del proceso civil en el ámbito nacional. Su práctica en el ámbito penal no presentaría mayores diferencias y se encontraría basada en la reparación del daño causado y un arrepentimiento que se juzgue sincero. Siguiendo a Alberto I. Ballardini, podemos decir que

el mediador identifica el verdadero conflicto y las cuestiones que lo generan, hace que las partes descubran sus disputas en forma satisfactoria para todos los que intervienen en el proceso. Entre sus características, figuran que se trata de un procedimiento no adversarial, cooperativo, confidencial, de autocomposición del conflicto: las partes conservan el poder de decisión y participan activamente en la búsqueda de su propia solución.²⁶

Tanto la mediación penal como la civil, se apoyan en la intervención voluntaria de las partes, lo que proyecta a la víctima a un rol protagónico y repotencia la responsabilidad social. El sentido de este instituto es crear en la víctima confianza en que la sociedad comprenda su sufrimiento y contribuya a recomponer el perjuicio ocasionado.

Ya no se trata de un Estado desinteresado en su protección o sus necesidades; antes bien, el Estado, o mejor dicho la comunidad, le brinda las herramientas necesarias para resarcir el daño sufrido y restaurar la situación previa a la comisión del ilícito.

Balladini expresa que el propósito de la mediación es el de proveer un procedimiento de resolución de conflicto que se perciba como justo tanto por parte de la víctima como del autor del hecho; proveer la oportunidad de discutir la ofensa, obtener respuestas y expresar sentimientos; y proveer la oportunidad de negociar un plan de reparación mutuamente aceptable. Esta “Justicia restaurativa” guarda como punto central la reparación del daño, el que puede darse directamente a favor de la víctima o bajo la forma de servicio comunitario.

La noción de Justicia Restaurativa sostiene que cuando se ha cometido un crimen, el ofensor incurre en la obligación de regresar a la

²⁶ Alberto I. Ballardini, *Justicia restaurativa y derecho penal. Opciones al sistema criminal. Resolución alternativa de disputas y conflictos penales*. Trabajo inédito.

víctima, y por extensión a la comunidad, al estado previo existente a la ofensa; sin descuidar el equilibrio entre la seguridad, la adecuada rendición de cuentas y la posterior reinserción del victimario. Hay una relación entre comunidad, víctima y victimario alentándose la democratización del poder.²⁷

Ello no debe verse como un intento de “privatizar” la justicia penal; antes bien, se trata de brindar primacía a la voluntad de las partes y al consenso, como forma de resolver conflictos.²⁸

Muy interesante resulta el texto del artículo 37 del anteproyecto de Código Procesal Penal para la provincia de Neuquén:²⁹

Los fiscales tendrán la obligación de ejercer la acción pública en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, podrán solicitar al juez la autorización para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en los casos siguientes:

- 1) Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia no afecte gravemente el interés público, o cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia, excepto que la acción atribuida tenga prevista una pena máxima que exceda los seis años de pena privativa de libertad. No corresponderá si el delito fue cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él;
- 2) En los delitos culposos cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena;
- 3) Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideraciones a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos;

²⁷ Balladini, artículo citado. Recordemos que a través de esta solución la acción penal se extingue por lo que se evita la estigmatización del imputado, circunstancia que invariablemente dificultará su reinserción social.

²⁸ Mariel V. Schneider, *Mediación penal y leyes criminales especiales*, publicado en el suplemento de resolución de conflictos de la revista *La Ley* del 20.03.2000, según Kent, *Ob. Cit.*, p. 57 nota al pie N° 100.

²⁹ Conf. Kent, *Ob. Cit.*, p. 114.

4) Cuando exista conciliación entre las partes y el imputado haya reparado el perjuicio causado, en los delitos con contenido patrimonial sin grave violencia o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos.

Según el autor, se introduce decididamente en principio de oportunidad, ya que el artículo siguiente expresa que

la decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad, permitirá declarar extinguida la acción pública con relación al participante en cuyo favor se decide.

Únicamente el inciso cuarto contempla la conciliación entre las partes, como una forma de concluir anticipadamente el proceso limitado a los delitos de contenido patrimonial sin grave violencia o intimidación sobre las personas. En los restantes casos, se prescinde de la voluntad de la víctima, por lo cual el artículo 38 señala que, en éstos, la extinción de la acción pública

No impedirá la persecución del hecho por medio de la acción privada, salvo que la víctima haya dado su consentimiento para la aplicación del criterio de oportunidad”.³⁰

Recientemente, la Provincia de Río Negro dio un paso decisivo en igual sentido al aprobar un amplio proyecto de reforma al Código Procesal Penal.³¹ De acuerdo a esta reforma, la investigación preliminar del fiscal puede concluir en la formulación de un requerimiento de instrucción; en la desestimación de la denuncia; en la aplicación de un criterio de oportunidad; o en la convocatoria a una audiencia de conciliación (artículo 173). El artículo 180 *ter*, establece los criterios de oportunidad aplicables. Los primeros cuatro supuestos son: cuando se trate de un hecho que por su insignificancia no afecte gravemente el interés público;³² cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia; en los delitos culposos, cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño

³⁰ Kent, *Ob. Cit.*, p. 115. Líneas más abajo, el autor se pronuncia a favor de la regulación de la acción penal pública por parte del Congreso Nacional.

³¹ Proyecto N° 654/02 aprobado por la Legislatura Provincial en sesión del 27 de noviembre de 2003.

³² Cabe recordar que el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego acogió la aplicación de la denominada teoría de la insignificancia en los autos “Guardería Tortugueta s/ Daño - Imputado: G. G., J.” –expte. N° 53/95 SR del 14-12-95, Libro I, folios 153/162–, entre otros. Sobre este tema puede verse: Javier Llobet Rodríguez y Alfredo Chirino Sánchez, *Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada*, Ediciones Jurídicas Areté, Costa Rica, 2000.

físico o moral que torne innecesaria y desproporcionada o superflua la aplicación de una pena; o cuando la pena que pueda imponerse por el hecho cuya persecución se prescinde carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos. Los tres últimos supuestos se vinculan estrechamente al contenido que se viene desarrollando en este trabajo: “5) Cuando exista conciliación entre las partes y el imputado haya reparado en la medida de lo posible el perjuicio causado, en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos. 6) En los demás delitos dependientes de instancia privada o cuya pena máxima sea de prisión o reclusión de hasta quince (15) años, que tengan una sola víctima, cuando haya existido un proceso de mediación exitoso concluido con el avenimiento de las partes y aquella conforme expresamente la extinción de la acción penal o en el caso de víctimas múltiples si todas las víctimas o sus derechohabientes expresaren tal conformidad. 7) En los casos de lesiones leves, cuando haya existido conciliación o la víctima exprese desinterés en la persecución penal, retractándose la ‘instancia privada previa’, salvo cuando esté comprometido el interés de menores de edad”. Finalmente, la norma prohíbe la aplicación de un criterio de oportunidad si el delito fue cometido por un funcionario público, en el ejercicio de su cargo o por razón de él.

Indiscutiblemente, se buscan soluciones que tiendan a resolver los conflictos otorgando relevancia a la voluntad de la víctima, ya sea a través de un proceso de conciliación o mediación,³³ quedando excluidos aquellos casos en que el interés de la comunidad derive de la intervención en el hecho de un funcionario público.

El artículo 180 *quater* determina que la aplicación de alguno de los criterios de oportunidad producirá la extinción de la acción pública con relación al autor o partícipe en cuyo favor de decida. Esta resolución será dictada por el juez a solicitud del ministerio público fiscal, “*pudiendo consultar al Fiscal de Cámara, cuya decisión será obligatoria*”. Finalmente, y siguiendo un esquema en que la instrucción se halla a cargo de la fiscalía, establece que la víctima podrá solicitar al Fiscal de Cámara la revisión de la desestimación, el archivo o la aplicación de un criterio de oportunidad efectuada por el fiscal interviniente de acuerdo con el artículo 173. La decisión que aquél tome será fundada e irrecurrible (artículo 180 *quinto*).

³³ Que alcanza, incluso, a ilícitos de indiscutible gravedad al aprehender delitos cuya pena máxima se eleve hasta quince años de prisión o reclusión.

Se trata, en definitiva, de buscar que el conflicto tenga soluciones más razonables –y, por qué no, menos costosas, como sostiene Mendaña– que la coerción estatal pensada únicamente en hacer valer las normas generales sin recabar en las características particulares del caso que –a mi juicio– marcarán las condiciones concretas para el restablecimiento del equilibrio quebrado por el ilícito.

No debemos perder de vista que la búsqueda de posiciones que tiendan a solucionar los conflictos sin recurrir a la coerción penal es, en esencia, colocar en su justo lugar al ámbito penal del servicio de administración de justicia. Tal fue uno de los conceptos desarrollados por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego al pronunciarse a favor de la aplicación de la suspensión del juicio a prueba a los delitos en que la pena máxima prevista por la ley exceda los tres años de prisión o reclusión.³⁴

Recordemos que

...La protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Penal sólo es, incluso, la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.–. Por ello se denomina a la pena como la “última ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos.³⁵

³⁴ S.T.J., “M., R. E. s/ Pedido de suspensión del juicio a prueba” –expte. N° 617/03 SR del 29.10.2003, Libro IX, folios 378/391–. Si bien la Corte Suprema no se pronunció en forma categórica sobre el alcance del 76bis del Código Penal, el Procurador General de la Nación fijó su criterio en el sentido antes indicado (resolución N° 39/97).

³⁵ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, traducción a cargo de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 65.

Presencia del garantismo en la nueva reforma del Código Penal venezolano: Algunas consideraciones

Jorge Nilson MORALES MANZUR*
María Alejandra FERNÁNDEZ G**

SUMARIO:

Introducción

1. **Nociones fundamentales del garantismo:** 1.1 *El garantismo como un modelo normativo de Derecho.* 1.2 *El garantismo como una teoría jurídica de la validez y efectividad.* 1.3 *El garantismo como filosofía política.*

* **La Universidad del Zulia**, Abogado, Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas, Doctor en Derecho. Profesor Titular e investigador. **CONICIT**, Investigador acreditado ante el Sistema de Promoción del Investigador (PPI) Nivel I. **La Universidad del Zulia**, Secretario Científico del Instituto de Criminología Dra. Lolita Aniyar de Castro de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

** **La Universidad del Zulia**, Politóloga y Abogada. Maestrante en Ciencias Penales y Criminológicas. **CONICIT**, Investigadora acreditada ante el Sistema de Promoción del Investigador (PPI) de Nivel Candidato. **La Universidad del Zulia**, Asistente de Investigación del Instituto de Criminología Dra. Lolita Aniyar de Castro de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

2. La realidad venezolana y la reforma del Código Penal: 2.1 *Presupuestos a considerar en toda reforma penal.* **2.2** *Necesidad de un nuevo Código Penal venezolano.*

3. Presencia del garantismo en la reforma del Código Penal venezolano de marzo 2005.

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Como es sabido la evolución social, política económica y generacional que transforma a un país con el transcurso del tiempo, conlleva a su vez, necesariamente al avance de las normas que rigen la conducta de los ciudadanos que forman parte de una sociedad.

Bajo esta realidad, Venezuela no constituye la excepción debido a que dicho fenómeno transformador también ha echado raíces dentro del territorio venezolano y el movimiento social existente en el país exige que sus normas se adecuen a un sinnúmero de situaciones que en tiempos pasados no podrían preverse, y otras más que surgen como consecuencia de los compromisos adquiridos por el Estado venezolano y que son posteriores a la vigencia de tales normas.

Por otra parte, esta tarea debe ser iniciativa del Estado y no de la Sociedad Civil, en virtud de que es finalidad del Estado garantizar a sus ciudadanos los derechos que le corresponden y no de imponerse ante la conducta de los mismos.

En el caso venezolano, el Código Penal data del año 1915 y aunque ha sufrido algunas reformas posteriores, el mismo parece en la actualidad no adecuarse a la realidad social de los venezolanos, si se parte del hecho de que la sociedad que a principios del pasado siglo acogió esta normativa penal ha crecido a pasos agigantados desde aquel entonces. Hoy, a más de 80 años de su entrada en vigencia continúa aplicándose lo que evidencia que el Estado venezolano está en deuda con sus nacionales y también con la Comunidad Internacional, con la cual ha celebrado acuerdos que hasta ahora no se han cristalizado en tierras venezolanas, tal es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito por Venezuela, pero que aun no encuentra asidero dentro del ordenamiento positivo interno venezolano.

Aunado a ello, hay que destacar que el progresivo establecimiento real de un Estado social y democrático de Derecho y de justicia dispone que el Código penal contenga en lo atinente a la materia que éste regula, las diversas garan-

tías penales, al igual que los diversos mecanismos de protección de los Derechos Humanos consagrados en la Constitución Nacional de 1999.

Por otra parte, la propia Exposición de Motivos de la reforma parcial del Código Penal, señala que el Derecho Penal y su legislación dependiente, deben sujetarse al modelo de Derecho Penal propio de un Estado democrático y social de Derecho y justicia, la cual supone que dicha legislación debe consagrar los principios garantistas del Derecho Penal Contemporáneo.

Además, hay que tomar en cuenta la mora en la que se encontraban los legisladores venezolanos debido a la necesidad de regular numerosas situaciones que en ocasiones pueden desestabilizar al país; como en efecto sucedió años atrás y para evitar que suceda de nuevo, Venezuela se ve obligada a modificar su ley sustantiva penal que después de una larga discusión en la Asamblea Nacional se logró aprobar en el pasado mes de marzo de 2005.

Por ello, resulta pertinente realizar un análisis sobre las garantías que brinda esta nueva reforma de la legislación penal sustantiva, tomando en cuenta los principios y garantías establecidos por la Constitución Nacional de 1999 y también los principios y criterios de materia penal que inspiraron dicha reforma.

Es por todo lo antes expresado que el presente papel de trabajo busca abordar de manera somera cuáles han sido los aportes del garantismo que se encuentran presentes en la reforma del Código Penal venezolano actual. En tal sentido, se analizarán los aportes que la reforma parcial del Código Penal realizada en el 2005, trajo consigo en relación al garantismo, como técnica de tutela de los derechos fundamentales.

2. NOCIONES FUNDAMENTALES DEL GARANTISMO

La Teoría del Garantismo Penal, es aquella parte de la doctrina que se encarga de establecer los criterios y principios que protegen principalmente los Derechos Humanos de todas las personas sin importar su condición, además de sus bienes; y también de establecer el criterio a seguir para que la reforma sea la más ajustada a la situación presentada, garantizándose el Estado de Derecho que debe prevalecer en cualquier sistema democrático.

Así resaltan entre los principios y criterios: el Principio de Legalidad, las nociones de criminalización y descriminalización de conductas delictivas, los criterios de la reducción de lo penal, los principios de limitación formal como el de legalidad, taxatividad, irretroactividad; y los principios de limitación funcional como el de la repuesta no contingente, proporcionalidad abstracta, humani-

dad, *ultima ratio* y proporcionalidad concreta o adecuación del costo social, convirtiéndose éstos en los presupuestos jurídicos criminológicos a considerar para la reforma.

El garantismo no sólo constituye un modelo normativo de Derecho (el modelo de estricta legalidad) sino además una teoría jurídica que propugna la validez y la efectividad, operando como doctrina de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna del Derecho Penal y por fin, una filosofía política basada en la primacía del individuo.

El garantismo se basa en la doctrina hetero-proyéctica del Estado Medio (Hobbes, Locke), a la que se contrapone la auto-proyéctica del Estado-fin (Hegel, Luhmann). Mientas que la primera ve al poder como malo (por su tendencial falta de límites) y la sociedad como buena, la cultura autoritaria ve al poder como bueno y a la sociedad como mala. (Ferrajoli, 1997).

Es sabido, que el garantismo busca alcanzar una transformación social, lo cual logrará siempre que cuente con dos trabajos excepcionales, que deben provenir, uno del Estado y otro de la comunidad de individuos que habitan en ese Estado. Es decir, que la garantía política de la fidelidad de los poderes públicos y la garantía social de la permanente vigilancia de los ciudadanos; constituyen una forma de democracia directa, que cuando se ejerce conjuntamente se erige como una contrafuerza social externa al sistema político, que no es excluyente, sino que, complementa a la democracia representativa.

En este orden de ideas, podría decirse, en opinión de Ferrajoli (1997) que “*no hay pena sin crimen, ni crimen sin ley, ni ley penal sin necesidad, ni necesidad sin ofensa, ni ofensa sin acción, ni acción sin culpabilidad, ni culpabilidad sin juicio, ni juicio sin acusación, ni acusación sin prueba, ni prueba sin defensa*”.

Por lo tanto, el grado de garantismo no es algo que se obtiene desde el principio con la sola lectura de las normas de que se trate, sino que se obtiene a posteriori, pues la caracterización de un sistema como garantista no viene bajo ninguna circunstancia dada de antemano, sino sólo después de la confrontación con el modelo.

2.1 EL GARANTISMO COMO UN MODELO NORMATIVO DE DERECHO

En el Derecho penal también conocido como de estricta legalidad que se caracteriza en el campo político, como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar las libertades y jurídicamente como un sistema de víncu-

los impuestos a la potestad punitiva del Estado garantizando los derechos de los ciudadanos.

Entonces, es garantista para esta concepción, todo sistema penal que se ajuste normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva, en el sentido de que una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y el Derecho que establece y, sin embargo, no pasa de un simple papel si carece de técnicas coercitivas, es decir, de garantías que permitan el control del poder.

2.2 *EL GARANTISMO COMO UNA TEORÍA JURÍDICA DE LA VALIDEZ Y EFECTIVIDAD*

La palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separado el ser y deber ser en el Derecho. La teoría que contribuye a fundamentar es la de la divergencia entre normatividad y realidad, entre Derecho válido y efectivo.

En consecuencia, lo desarrollado aquí es una teoría garantista del Derecho Penal, normativista y realista al mismo tiempo, referido al funcionamiento efectivo del ordenamiento, tal y como se expresa en sus niveles más bajos, sirve para revelar sus rasgos de validez y sobre todo de invalidez.

El garantismo, por lo tanto, opera como una doctrina jurídica de legitimación interna del Derecho Penal que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes, a causa del doble punto de vista que la aproximación metodológica aquí diseñada implica, tanto en su aplicación como en su desarrollo; el punto de vista normativo o prescriptivo del Derecho válido y el punto de vista fáctico o descriptivo del Derecho efectivo.

2.3 *EL GARANTISMO COMO FILOSOFÍA POLÍTICA*

Esta concepción impone al Derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el Garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre el Derecho y la Moral, entre la validez y la justicia, entre punto de vista interno y externo, en la valoración del ordenamiento y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-político del Derecho y Estado.

Ahora bien, estas tres acepciones delimitan, efectivamente los elementos de una teoría general del Garantismo, el carácter vinculado al Poder Público en el Estado de Derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los

desniveles de las normas y un cierto grado irreducible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre el punto de vista externo y interno, estos elementos no valen sólo en el Derecho Penal, sino también en los otros sectores del ordenamiento.

Aunado a ello, el principal presupuesto metodológico de una teoría general del Garantismo está en la separación entre el Derecho y la Moral, y más en general entre el ser y el deber ser; esta separación elaborada en los orígenes del Estado de Derecho por el pensamiento ilustrado, deber ser considerado en todo su alcance por esta teoría como objeto privilegiado de la investigación en los diversos planos del análisis jurídico.

3. LA REALIDAD VENEZOLANA Y LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Antes de adentrarse en los aportes que presenta el garantismo en la reforma del Código Penal venezolano de marzo de 2005, resulta necesario ahondar un poco en torno al momento histórico, político, social y económico que está atravesando Venezuela en la actualidad, debido a que tales realidades influyen de forma clara y directa en el comportamiento del hombre en la sociedad, del grado de reproche de una determinada conducta para una parte de la sociedad o para otra, así como la intolerancia del Estado ante cierto tipo de conductas.

Hoy por hoy, Venezuela se ve aquejada por problemas graves de criminalidad, ante los cuales las autoridades correspondientes se han visto imposibilitadas de actuar eficazmente y se ha evidenciado su equivocación en el camino de la prevención y el combate a la criminalidad.

Como consecuencia de ello, los medios de comunicación en ejercicio de sus funciones, transmiten a la población y con todos sus detalles los crímenes suscitados en diversas latitudes, detalles que en algunas oportunidades ni siquiera son palpables en expedientes llevados por los órganos investigativos, aunado a que, estas notas informativas van acompañadas a menudo por el reclamo y la afrenta a la autoridad del por qué no se impone un freno o coto a la delincuencia.

El escenario planteado en los párrafos anteriores, conduce a que resulte necesaria la puesta en práctica de un nuevo esquema que permita combatir la criminalidad y el desarrollo de los procesos penales, que rigurosamente se haga justicia, es decir, era necesario y urgente una reforma al Código Penal.

Ahora bien, la gran interrogante o el problema que se plantea es, si la reforma debía ser total o parcial, o si aunado a la reforma se requiere también que exista

un cambio de paradigma, entendido éste como la transformación total del modelo que hasta los actuales momentos ha regulado las conductas tipificadas como delitos, lo que conduciría inevitablemente a la creación de un nuevo Código Penal.

Para dar respuesta a la interrogante antes planteada, resulta conveniente realizar algunas consideraciones, entre ellas, hay que recordar que el Código Penal venezolano data del 30 de junio de 1915 y su última reforma (si se obvia la del 2005) fue en el año 2000. Este código, fue copiado casi en su totalidad del llamado “Código de Zanardelli”, denominado así porque fue ideado por Giuseppe Zanardelli el Ministro de Justicia italiano en 1889, bajo el reinado de Humberto I de Saboya, Rey de Italia.

El Código de Zanardelli, se basó en los postulados de la llamada Escuela Clásica, y también se observa en él una gran influencia liberal debido a que contenía normas, garantías y principios muy avanzados para su época, influenciados a su vez por el liberalismo y el humanismo plasmado en la célebre obra del maestro Beccaria *De los delitos y de las penas*.

Este Código reproducía a su vez, el modelo napoleónico del Código Penal de 1810, en lo que respecta a los valores fundamentales del Estado Imperial, la patria y los privilegios oficiales, por lo que protegía bienes jurídicos propios de su reino y no de una república democrática. Estas características evidentemente lo hacían y lo hacen distar mucho de lo que es la realidad venezolana.

Ahora bien, en el Código de Zanardelli, el primer sujeto de protección es el Estado, sus gobernantes y autoridades (*lesa maiestatis*) y de manera subordinada o secundaria, los seres humanos y sus derechos fundamentales. Esta situación, es contraria al estilo en que modernamente se legisla en orbe, debido a que la tendencia actual es coloca en primer lugar a los seres humanos y sus derechos fundamentales.

Por otra parte, también es sabido que luego de la Constitución, que es la norma fundamental de todo Estado, las leyes más importantes son los Códigos y en este sentido la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (CRBV) en su *Artículo 202* le otorga a los códigos la naturaleza de leyes sistemáticas sobre una materia jurídica determinada.

La Ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las Leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a una determinada materia se podrán denominar códigos.

La más alta jerarquía se le debe atribuir, especialmente a los códigos penales tanto al sustantivo como al procedimental, debido a que ellos regulan indirectamente el comportamiento pacífico y de no transgresión de los hombres que viven en sociedad.

Esta es la razón, por la cual las constituciones modernas dedican un largo capítulo a las garantías penales, concebidas como parte esencial de los derechos humanos y civiles.

...Venezuela tiene hoy, tanto una Constitución como un sistema penal de avanzada (con excepción de un arcaico Código Penal, cuya reforma está siendo elaborada en estos momentos). Este sistema está basado en el debido proceso y el respeto a los Derechos humanos... (Aniyar de Castro, 2003:51).

Partiendo de la anterior premisa, se puede afirmar entonces, que el Código Penal es un instrumento jurídico que deviene de un mandato constitucional, de tipo sistemático que debe desarrollar y tutelar los derechos humanos, como tema fundamental dentro del concepto de Estado Constitucional de Derecho, aunque se evidencia que no sólo constituye una garantía en cuanto al ejercicio de ciertos derechos frente al Estado, sino también frente a cualquier persona, sea o no agente del Estado.

En tal sentido, y tomando en cuenta que es función del Derecho Penal mantener la cohesión social preservando los derechos de la persona humana de cualquier ataque que pueda ponerlo en peligro y tomando en cuenta igualmente, la característica de dinamismo que esta nueva categoría de derecho presenta (derecho a los Derechos Humanos) y que constituye el objeto principal de tutela del Derecho Penal, es necesario que este último vaya a la par del primero, debido a que de lo contrario se originaría un desorden en el equilibrio social y jurídico que debe estar presente en toda la sociedad.

Sin embargo, hay que hacer la acotación de que hoy en día no se está muy alejado de ese desorden, en razón de que el énfasis político jurídico se centra en combatir por todos los medios disponibles la delincuencia y proveer seguridad a la ciudadanía, sacrificando de esta forma los derechos humanos y las garantías individuales.

En opinión de Arteaga Sánchez, (2004:118) *“el Código Penal venezolano aparece así como desfasado 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”*.

En otro orden de ideas, al observar la normativa penal (sustantiva) existente en el ordenamiento jurídico venezolano es posible darse cuenta de que la misma no se encuentra condensada en su totalidad en el Código Penal. Este gran número de leyes penales descodificadas conlleva al grave problema del no ejercicio de una libertad plena por parte del ciudadano común, debido a que éste es libre sólo cuando conoce con exactitud lo que está prohibido por las leyes.

...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. (Arteaga Sánchez, 2004:118).

Por su parte, Fernández (2004:275) afirma que Venezuela se encuentra sumergida en un “*círculo vicioso*” que se inicia con la inflación legislativa ocasionada por la descodificación penal, la cual a su vez, conlleva a la inseguridad jurídica y ésta a su vez conduce a la impunidad y como consecuencia, se dictan nuevas leyes penales que aumentan la inflación legislativa bajo la consigna de que se requieren 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 del deterioro del Estado de Derecho. (Fernández, 2004:275).

Al respecto, es conveniente darle sentido a uno de los conceptos que puede tener la libertad en el Derecho Penal. Ser libre es hacer lo permitido con plena certeza de que no habrá sanción alguna. Cuando ello se ignora, es imposible ejercitar la libertad sin miedos o aprensiones y este fenómeno es ineludible al tener leyes dispersas que se derogan y se sustituyen por otras con exagerada frecuencia, lo cual imposibilita el acceso total hasta por los propios profesionales del Derecho del conocimiento de todos los instrumentos legales que rigen la materia.

Ahora bien, es necesario aclarar que estas mismas situaciones han llevado a tres reformas parciales del texto (1926, 1964 y 2000) que no han sido sustanciales y en consecuencia no resuelven el problema y, a través de una actividad que no ha sido más que un ensayo y error parece no haberse aprendido ni palpado que además del evidente anacronismo, el Código de Zanardelli, es

opuesto por las características antes mencionadas a la Constitución Nacional promulgada en 1999 y a los valores de un Estado Constitucional, Democrático, Social de Derecho y de Justicia, tal y como se declara la República Bolivariana Venezolana a tenor de lo dispuesto en el **Artículo N° 2** de la Carta Fundamental de 1999, que a la letra señala lo siguiente:

...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 ideológico. (Constitución Nacional, 1999).

Como se puede observar, este artículo evidencia la importancia que tienen los derechos humanos en el modelo de Estado venezolano, debido a que los mismos son preeminentes y dentro de los mismos el sitio de honor corresponde a la vida en razón de que sin ella, los demás bienes jurídicos tutelados serían imposibles.

En consecuencia, al adoptar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la doctrina de preeminencia de los derechos humanos y convertirla en derecho positivo, generó un cambio jurídico de gran significación para el país, quien deberá desarrollarla en todo proyecto de legislación. Aunado a ello y debido a que todos tenemos todos los derechos, cuando se generen tensiones o conflictos de derechos, estas contrariedades deberán solucionarse a través de la fórmula de la progresividad, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos que consagra la Carta Fundamental venezolana. (Fernández, 2004:280).

3.1 PRESUPUESTOS A CONSIDERAR EN TODA REFORMA PENAL

– Criterio de la reducción de lo Penal

Consiste en términos generales en extraer de los catálogos penales las conductas que han dejado de considerarse como hechos punibles por la actividad del Estado a través de los órganos judiciales, es conocido doctrinariamente como la descriminalización de Derecho en donde no se trata de descriminalizar delitos graves como, homicidio, robo, hurto, violación, secuestro, entre otros; sino aquellos considerados menores y cuyo daño ocasionado pueda ser reparado.

- Derechos humanos como limitación de la actividad criminalizadora

En este sentido el autor Zaffaroni (1986:151) en el proyecto sobre Derechos Humanos y Sistemas Penales Latinoamericanos sugiere lo siguiente:

...Cuidar la redacción de las leyes penales en blanco que puedan remitir la tipificación sustancial penal a decisiones administrativas o a actividades informales; seleccionar un vocablo explícito y definido para la redacción de los tipos penales, con especial atención del verbo típico, evitando las ambigüedades, los elementos subjetivos, ticos o jurídicos, no bien definidos, las tipificaciones enunciativas y las abiertas; reducir los tipos omisivos no escritos al mínimo, interpretándose restrictivamente las fuentes de la posición de garante; reducir la interpretación de presunción de dolo; eliminar los delitos de opinión; afirmar el principio *nullum crimen sinne conducta*; eliminar los delitos que afectan bienes jurídicos...

- Criterio del bien jurídico como protección de Derechos Humanos

En lo que a este criterio respecta, el autor italiano Alessandro Baratta (1985:81) establece que:

El concepto de derechos humanos cumple en este caso una doble función, en primer lugar, una función negativa concerniente a los límites de la intervención penal. En segundo lugar, una función positiva concerniente a la definición del objeto posible, pero no necesario, de la tutela a través del Derecho Penal. Entre ambas funciones, un concepto histórico-social de los Derechos Humanos vinculado al concepto de necesidades reales fundamentales ofrece el instrumento más adecuado para una política de máxima contención de la violencia punitiva.

El mismo autor señala que para la protección de los derechos humanos se deben seguir diversos principios como lo son la de limitación formal, el de legalidad, taxatividad, irretroactividad; y los principios de limitación funcional, como el de la repuesta no contingente, proporcionalidad abstracta, humanidad, *ultima ratio* y proporcionalidad concreta o adecuación del costo social.

3.2 NECESIDAD DE UN NUEVO CÓDIGO PENAL VENEZOLANO

Es sabido, que en Venezuela el sistema penal en general ha tenido como característica natural la de ser reproductor del fenómeno criminal, lo cual conlleva a

la necesidad de su reformulación, previo establecimiento de cuáles son las estructuras del mismo que están fallando en el proceso de protección de los bienes jurídicos tutelados por el Estado.

Son diversos los factores conducentes a la complejidad del sistema penal venezolano y de su situación actual reflejada en el evidente aumento de los índices de criminalidad, en elevadas cifras negras delictivas, en la percepción del ciudadano común de la inoperancia de la justicia y en la dificultad y en algunos casos imposibilidad de aplicar sanciones adecuadas al contexto histórico, político, social y económico que vive el país, es imprescindible constatar los efectos del vacío legal ocasionado por la falta de una legislación penal adaptada al surgimiento de nuevas figuras delictivas y de las innovaciones aportadas por los estudios criminológicos.

Ante esta realidad, tanto los juristas, como los operadores de la justicia penal, al igual que el ciudadano común, deben colaborar con el legislador venezolano aportando sus puntos de vista sobre cuáles deben ser las directrices de un proyecto de reforma integral de una de las columnas fundamentales del sistema Penal, como lo es el Código Penal Sustantivo.

Ahora bien, el fenómeno de criminalizar nuevas conductas se origina como consecuencia de la normal y obligada evolución social, hecho que debe necesariamente reflejarse en el ordenamiento jurídico penal, ya que el legislador penal venezolano no ha realizado una reforma del texto sustantivo, sino que ha ido aprobando consecutivamente una serie de leyes sustantivas especiales en la materia que han ocasionado un fenómeno de hiperinflación penal. Esta situación ha conducido a la dispersión penal. Puede observarse que el elevado número de textos sustantivos especiales, contentivo de conductas consideradas como antijurídicas y a las que se les asigna sanciones penales, proyectan muchas veces incongruencia e incoherencia entre sí, dificultando su estudio y comprensión no sólo para los juristas sino para el ciudadano común.

Por otra parte, no se puede dejar de lado, que los procesos de creación de las leyes penales en Venezuela, han obedecido siempre directa e indirectamente a factores políticos y económicos. Han mantenido muchas veces una posición acrítica y por lo tanto, aliada y legitimadora del control y de la dominación de los intereses políticos y económicos de los altos estratos sociales.

La ley penal en el proceso de criminalización primaria, es decir, en el proceso de producción de las normas jurídicas, selecciona los bienes jurídicos que deben ser tutelados penalmente de acuerdo a las prioridades de un grupo

muy reducido de personas, generalmente de quienes detenta el poder y buscan para sí la impunidad por la comisión de conductas antijurídicas gracias a los senderos, incongruencia y lagunas legales, resultados del proceso de criminalización primaria.

Esta realidad, también envuelve el proceso de criminalización secundario, en donde, puede observarse la desjudicialización de hecho de determinadas conductas por el estatus socioeconómico y político de los sujetos activos.

Estas apreciaciones constituyen objeto de estudio de la criminología crítica y gracias a ésta es posible realizar un análisis de las leyes penales producto de una estructura jurídica que no puede desvincularse de la influencia de factores sociales, económicos, políticos y culturales, lo cual va a permitir levantar el velo mistificador del discurso normativo positivo vigente en Venezuela.

Por otra parte, hay que tener en cuenta, tal y como lo afirma Arteaga Sánchez (2004) que hasta en los tiempos actuales, todos los intentos que se han sucedido para 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”* como se puede observar, *“se han realizado sólo reformas parciales al Código Penal de 1926 (que han sido un tanto improvisadas) en años 1964 y 2000, obedecieron a circunstancias del momento, en la 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”*. (Arteaga Sánchez, 2004:119).

Por otra parte, es conveniente que toda reforma del Código Penal sea el resultado de una reflexión seria por parte de especialistas en la materia y que éstos a su vez se encuentren despojados de perjuicios y acéfalos en lo que a los intereses políticos se refiere. Debe a su vez ser el resultado de un proceso de consulta tanto a la sociedad civil como a los diversos operadores que intervienen en el proceso de administración de justicia penal.

Aunado a ello, Venezuela requiere de un nuevo Código Penal en el que se realice un cambio sustancial de paradigma que permita modificar en 180 grados la legislación penal sustantiva de Venezuela y que se base en nuevos bienes jurídicos tutelados de forma permanente.

...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... 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 dignidad humana, la presunción de inocencia en el marco de la protección integral de los Derechos Humanos... (Fernández, 2004:273-274).

4. PRESENCIA DEL GARANTISMO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL VENEZOLANO DE MARZO 2005

En la última reforma realizada al Código Penal venezolano en marzo de 2005 se observa una elevación extremada de las penas, la violación de los derechos humanos y las garantías procesales a los imputados y que en el campo forense se traduce en el aumento de los efectivos policiales, el ejercicio de militares en tareas que constitucionalmente no le han sido asignadas, entre otras situaciones anormales, con las cuales se verifica una política criminal mal encausada que se enfoca en la aplicación del derecho penal con látigos y grilletes como remedio exclusivo para la prevención y combate de la delincuencia.

Si se entiende al garantismo como un neologismo para referirse a la técnica de tutela de los derechos fundamentales y partiendo de la premisa de que la teoría del garantismo penal requiere de un sistema de gobierno democrático, que ponga en el eje de sus acciones al ciudadano y respete sus derechos, un gobierno que reconozca y realice los mandamientos constitucionales y de los ordenamientos internacionales que se han comprometido observar; es decir, que requiere de un verdadero Estado constitucional de Derecho.

Por otra parte, es fácil observar que esta teoría no ha tenido participación significativa en la actual reforma del instrumento penal sustantivo venezolano. Dicho en otras palabras y por las observaciones que se realizarán en los párrafos siguientes, esta última reforma del Código Penal se ha hecho con una total inobservancia de la Teoría del Garantismo.

Ahora bien, uno de los puntos neurálgicos es la eliminación de los beneficios procesales de ley y la no aplicación de medidas alternativas al cumplimiento de la pena, es inminente y se repite a lo largo de la mayoría de las normas reformadas, así están los artículos 5, 6, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 29, 30, 31, 32, 33 a los cuales se les agregó el párrafo que contiene tal especificación.

Esta situación merece especial atención y más aun cuando se recuerda que este aspecto constituyó una de las principales razones por las que el Ejecutivo rechazara la reforma del Código Penal aprobada por la Asamblea Nacional en diciembre de 2004, al afirma que tal conducta generaría una crisis carcelaria ocasionada por el aumento de la población reclusa.

En consecuencia, con la eliminación de los beneficios procesales se violan disposiciones consagradas en la Constitución Nacional de 1999, en los tratados internacionales suscritos por Venezuela en materia de Derechos Humanos y también del Código Orgánico Procesal penal que prevé el juicio en libertad y el debido proceso y con esta disposición del Código Penal reformado, pareciera que se tratara de reimplantar el sistema inquisitivo del derogado Código de enjuiciamiento criminal, olvidando que desde la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal venezolano en 1999, la libertad es la regla, y por consiguiente las diversas opciones de cumplimiento de la pena fuera del recinto penitenciario no constituyen regalos del Estado, sino verdaderos derechos.

Evidentemente el artículo 110 del derogado código, calificaba al sujeto que presuntamente cometió la falta o delito como reo, sin que haya sido sentenciado por un tribunal, en vista de esta utilización inadecuada de la terminología, la nueva reforma en base al principio del Debido Proceso establecido en el Artículo N° 49 de la Constitución Nacional de 1999, específicamente en su Ordinal. 2° que establece:

Artículo 49: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:...

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario...,

Por lo tanto y cambiando el término utilizado por el de “imputado”, siendo éste el más idóneo en el sentido que del contenido de la norma se observa que el Tribunal no ha pronunciado su sentencia siendo la única que puede condenar a prisión o presidio al sujeto y es desde ese momento que se le denomina Reo, garantizándose de esta manera el debido proceso y la consiguiente, la presunción de inocencia.

En lo que respecta a la reforma del Artículo 128, se puede observar que el legislador toma en cuenta la realidad social y regula la aparición de nuevos males en la humanidad como grupo o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos criminalizando sus actividades cuando conspiren en contra de la república o sus habitantes.

Artículo 128. Cualquiera que, de acuerdo con país o república extranjera, enemigos exteriores, grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos, conspire contra la integridad del territorio de la patria o contra sus instituciones republicanas, o las hostilice por cualquier medio para alguno de estos fines, será castigado con la pena de prisión de veinte a treinta años.

Parágrafo Único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.

Esta innovación crea la posibilidad de castigar a todos los miembros de una organización de este tipo sin la necesidad de comprobar si un sujeto en particular actuó o no en la comisión del delito, basta con demostrar su vinculación con dicha organización; garantizándose de esta manera los Derechos Humanos y Garantías que la Constitución establece a todas las personas que habitan en ella e incluso busca proteger al Estado como institución.

Además, en esta nueva reforma del Código Penal, se cambia la figura de la pena Presidio por la de Prisión, de lo que se deduce que el legislador eliminó la posibilidad de que el reo sentenciado por este delito pueda realizar trabajos forzados fuera del respectivo establecimiento penitenciario, asegurándose además de que las penas sean cumplidas en Penitenciarías Nacionales.

Otra innovación de la mencionada disposición es, el parágrafo único que, lejos de garantizar algo, es violatorio de los principios de humanidad, ya que cierra la posibilidad de que el reo se regenere en un tiempo menor al estipulado en la condena y pueda salir del encierro por medio de las medidas alternativas del cumplimiento de la pena (las estipuladas en los Arts. 494, 501, 503 del COPP), desvalorizando la capacidad de las instituciones carcelarias de reinsertar al individuo regenerado a la sociedad; y en consecuencia, hay una discriminación del reo ya regenerado, violándose de esta manera uno de los Derechos y Garantías fundamentales establecidos en la Constitución Nacional en su artículo 21, que establece:

Artículo 21: Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia...

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce

o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan...

La reforma del Artículo 140 es muy descriptiva y amplia en cuanto a los sujetos y acciones de éstos, catalogándolos como delitos, tomando en cuenta el bien jurídico como protección de los Derechos Humanos; pero cuando el articulado hace mención a la pena se observa que hubo un excesivo aumento de la misma, lo cual, lejos de garantizar que el sujeto sea reinsertado a la sociedad, lo que busca es que el mismo permanezca más tiempo encerrado implicando ésta un aumento del gasto público.

El Artículo 140 del Código Penal luego de la reforma de marzo de 2005 a la letra reza lo siguiente:

El venezolano o extranjero residente en el país, que facilite directa o indirectamente a país o república extranjera grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos, albergue, resguarde, le entregue o reciba de ellos sumas de dinero, provisiones de alimentos o cualquier tipo de apoyo logístico, o pertrechos de guerra, o aparatos tecnológicos que puedan emplearse en perjuicio de la República Bolivariana de Venezuela, la integridad de su territorio, sus instituciones republicanas, ciudadanos y ciudadanas o desestabilice el orden social será castigado con prisión de diez a quince años.

El haber suprimido el artículo 143 garantiza que el sujeto que incurra en esta conducta ya no será sancionado, en esta oportunidad el legislador toma en cuenta el criterio de la reducción penal descriminalizando una conducta que ya estaba tipificada como delito, dejando de ser un hecho punible, quizás por considerarlo como menores, es decir, que no constituye el núcleo del sistema penal por no afectar intereses esenciales a la vida y a la integridad de todos los hombre, más bien por significar una deshonra al Estado venezolano, notándose con esto que el garantismo en esta oportunidad se circunscribe en que el sujeto que comete este hecho no sea encerrado, lo cual implica una descarga al gasto público.

En lo que se refiere a la reforma de los artículos 148 (luego de la reforma artículo 147) y 149 (luego de la reforma Artículo 148), no se observa ningún tipo de aporte de la teoría del garantismo, por cuanto atiende sólo a la reestructuración de los sujetos víctimas del delito al consagrar que:

Artículo 147: Quien ofendiere de palabra o por escrito, o de cualquier otra manera irrespetare al Presidente de la República o a quien esté haciendo sus veces, será castigado con prisión de seis a treinta meses si la ofensa fuere grave, y con la mitad de ésta si fuere leve. La pena se aumentará en una tercera parte si la ofensa se hubiere hecho públicamente.

Al realizar una somera lectura de este artículo se observa que con la expresión “*o de cualquier manera*” le otorga un exagerado poder al juez para interpretar la conducta del supuesto ofensor y en consecuencia será el real saber y entender del juez el que determinará si las expresiones o quizás esos gestos, constituyen una ofensa o no al Presidente de la República, o si la ofensa es grave o es leve, debido a que la valoración del juez es estrictamente subjetiva e irrefutable, lo cual evidentemente, violenta el principio de legalidad de los delitos en razón de que las conductas calificadas como delictivas deben estar claramente tipificadas en la ley.

Aunado a ello, el contenido de dicho artículo resulta violatorio de la libertad de expresión y del derecho a la información en razón de lo dispuesto en el artículo 11 de la Declaración de Principios sobre la libertad de expresión aprobada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en octubre del año 2000 que establece lo siguiente:

Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como leyes de desacato atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

Por lo tanto, si se aplica una visión objetiva (sin parcialidad alguna) hay que acotar que el problema no es que se sancione por ejemplo un comentario sobre el honor del Presidente de la República, porque tal sanción podría realizarse utilizando otros medios, que no son precisamente la imposición de una pena corporal.

El verdadero problema radica en que cuando se encuentra en el Código Penal una norma genérica y abstracta, que no sólo vulnera el derecho a la libertad de expresión, sino que además viola el principio de legalidad, dejando a la discreción del juez la consideración de ciertas circunstancias (cuando puede consi-

derarse la ofensa, y cuando es leve o grave), lo cual la convierte, o las convierte, porque son varias las normas de esta naturaleza, en preceptos totalmente inaceptables.

En este mismo orden de ideas, hay que señalar que el **Artículo 148** del reformado Código Penal señala que:

Artículo 148: Cuando los hechos especificados en el artículo precedente se efectuaren contra la persona del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de alguno de los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, de un Ministro del Despacho, de un Gobernador de Estado, de un Diputado o Diputada de la Asamblea Nacional, del Alcalde Metropolitano, de algún Rector o Rectora del Consejo Nacional Electoral, o de algún miembro del Alto Mando Militar, o del Defensor del Pueblo, o del Procurador General, o del Fiscal General o del Contralor General de la República, la pena indicada en dicho artículo se reducirá a su mitad, y a su tercera parte si se trata de los Alcaldes de los Municipios.

Como se puede observar, con la implementación de estas normas se mantiene la tendencia punitiva en tutela de los delitos de lesa majestad y de represión de la libertad de expresión, en los que se fortalecen los privilegios del Estado y los funcionarios, con lo que se aumenta el margen de arbitrariedad, en perjuicio de personas y sectores en particular.

Por lo tanto, con esto se refleja lo que se había mencionado sobre el imperialismo del Código de Zanardelli, en cuanto a la preeminencia del Estado y el príncipe, opuesto a un régimen republicano y democrático, centrado en los Derechos Humanos, tal y como está consagrado en la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, según lo establecido en su Artículo 19 que a la letra establece lo siguiente:

...El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los Derechos Humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre Derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen. (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En el contenido del Artículo 215 se observa que la norma es mucho más amplia en el sentido que amplía los sujetos victimarios del delito buscando proteger o garantizar también los principios establecidos en la Constitución Nacional a los familiares de los funcionarios públicos. Este artículo a la letra reza lo siguiente:

Artículo 215: El que amenace a un funcionario público o a uno de sus parientes cercanos, con el fin de intimidarlo para hacer o dejar de hacer algo propio de sus funciones, será castigado con prisión de uno a tres años. Si el hecho se ejecutare con violencia la pena será de dos a cuatro años.

Cuando los hechos descritos en el aparte anterior fuesen ejecutados en perjuicio de un alto funcionario de los previstos en el numeral 3 del artículo 266 de la Constitución, la pena será de dos a cinco años.

Si la amenaza o acto de violencia se realizare en el domicilio o residencia del funcionario público, las penas se incrementarán en una tercera parte.

Si el autor del delito fuere un funcionario público, la pena correspondiente se incrementará en dos terceras partes.

En la modificación observada en el Artículo 285 se puede notar que hubo un aumento de la pena bastante adecuado, ya que el mismo puede ocasionarle graves daños a las instituciones y personas; en el sentido de que la norma derogada establecía una pena muy reducida restándole importancia al hecho tipificado, porque es posible que a veces el proceso penal que condena al acusado de cometer este delito, se extiende por más del tiempo que durará la pena.

La inclusión del nuevo Artículo 297-A constituye otra de las innovaciones de la reforma por la aparición de nuevos avances tecnológicos y la sorprendente influencia que los mismos pueden ocasionar a la población, estableciendo responsabilidades penales al que incurre en estos hechos; entonces aquí observamos una criminalización de hechos novísimos que antes no eran regulados por el poco avance del sector telecomunicaciones, y que son posibles de generar graves daños a las instituciones públicas e incluso violaciones de los derechos y garantías establecidos en la Carta Magna. Este nuevo artículo quedó redactado de la siguiente manera a saber:

Artículo 297-A: Todo individuo que por medio de informaciones falsas difundidas por cualquier medio impreso, radial, televisivo, te-

lefónico, correos electrónicos o escritos panfletarios, cause pánico en la colectividad o la mantenga en zozobra, será castigado con prisión de dos a cinco años.

Si los hechos descritos en el aparte anterior fueren cometidos por un funcionario público, valiéndose del anonimato o usando para tal fin el nombre ajeno, la pena se incrementará en una tercera parte.

Este artículo será aplicado sin perjuicio a lo establecido en la legislación especial sobre los delitos informáticos, telecomunicaciones, impresos y transmisión de mensajes de datos.

La eliminación del artículo 393 se hace a favor de la víctima de delito donde el estado garantizará a través de sus órganos que se le aplique el mismo castigo al imputado sin que pueda atenuarse su pena por la actividad a la cual se dedique la víctima (Prostitución, aunque éste implique una práctica inmoral no es motivo para despenalizar un delito imputado al sujeto que actúe en contra de la víctima).

Algo relevante observado en el análisis es que el legislador en una oportunidad reduce la pena tipificada por el anterior código establecido en el Ord. 1 del Art. 406 del Código Penal, situación esta que no se entiende, primero porque no se conocen los alegatos que utilizó el legislador para medir la gravedad del delito y rebaje la pena como en efecto lo hizo; y segundo que lo único que garantiza es que como el sujeto permanecerá menos tiempo encerrado le generará menos gastos al Estado; situación esta no compatible con la directrices que el legislador venía utilizando hasta el momento para la reforma establecida en el Código, que era la de penalizar más los delitos.

Se observa a la reforma del artículo 462 ahora 460, que el legislador fue mucho más amplio incluyendo nuevas conductas y sujetos que intervienen, criminalizando además las actuaciones de los colaboradores y otros intermediarios de los autores materiales del mismo, esto por la proliferación de este tipo de actividades delictivas y por la cantidad de sujetos que pueden intervenir en la misma, aumentando además su pena por los motivos ya señalados. Este artículo establece que:

Artículo 460: Quien haya secuestrado a una persona para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos a favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no consiga su intento, será castigado con prisión de

veinte años a treinta años. Si el secuestro se ejecutare por causar alarma, la pena será de diez años a veinte años de prisión.

Quienes utilicen cualquier medio para planificar, incurrir, propiciar, participar, dirigir, ejecutar, colaborar, amparar, proteger o ejercer autoría intelectual, autoría material, que permita, faciliten o realicen el cautiverio, que oculten y mantengan a rehenes, que hagan posible el secuestro, extorsión y cobro de rescate, que obtengan un enriquecimiento producto del secuestro de personas, por el canje de éstas por bienes u objetos materiales, sufrirán pena de prisión no menor de quince años ni mayor de veinticinco años, aun no consumado el hecho.

Parágrafo Primero: Los cooperadores inmediatos y facilitadores serán penalizados de ocho años a catorce años de prisión. Igualmente, los actos de acción u omisión que facilite o permita estos delitos de secuestros, extorsión y cobro de rescate, y que intermedien sin estar autorizado por la autoridad competente.

Parágrafo Segundo: La pena del delito previsto en este artículo se elevará en un tercio cuando se realice contra niños, niñas, adolescentes y ancianos, o personas que padezcan enfermedades y sus vidas se vean amenazadas, o cuando la víctima sea sometida a violencia, torturas, maltrato físico y psicológico. Si la persona secuestrada muere durante el cautiverio o a consecuencia de este delito, se le aplicará la pena máxima. Si en estos delitos se involucraran funcionarios públicos, la aplicación de la pena será en su límite máximo.

Parágrafo Tercero: Quienes recurran al delito de secuestro con fines políticos o para exigir liberación o canje de personas condenadas por Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, se les aplicará pena de doce años a veinticuatro años de prisión.

Parágrafo Cuarto: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de la ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.

Otra de las innovaciones es la inclusión del Artículo 471-A, que tipifica o criminaliza una conducta que no es nueva, pero en estos últimos tiempos están ocurriendo con mucha frecuencia, violentándose el Derecho a la Propiedad Privada de muchas personas, en donde el Estado para garantizar estos dere-

chos fundamentales y por ser el único con el poder de castigar tipificando la conducta como delito, evitando así un descontento en la sociedad ante la presencia de estos hechos notorios, ya que, si no lo hace el Estado, las personas tomarán la justicia por sus manos, buscando proteger sus bienes; garantizando con esta innovación la paz social y seguridad jurídica que debe reinar en todo Estado de Derecho.

El Artículo 471-A del reformado Código Penal venezolano establece lo siguiente:

Quien con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno, inmueble o bienhechuría, ajenos, incurrirá en prisión de cinco años a diez años y multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a doscientas unidades tributarias (200 U.T.). El solo hecho de invadir, sin que se obtenga provecho, acarreará la pena anterior rebajada a criterio del Juez hasta en una sexta parte.

La pena establecida en el inciso anterior se aplicará aumentada hasta la mitad para el promotor, organizador o director de la invasión.

Se incrementará la pena a la mitad de la pena aplicable cuando la invasión se produzca sobre terrenos ubicados en zona rural.

Las penas señaladas en los incisos precedentes se rebajarán hasta en las dos terceras partes, cuando antes de pronunciarse sentencia de primera o única instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de los terrenos y edificaciones que hubieren sido invadidos. Será eximente de responsabilidad penal, además de haber desalojado el inmueble, que el invasor o invasores comprueben haber indemnizado los daños causados a entera satisfacción de la víctima.

De todo lo expresado en párrafos anteriores, resulta claro que con esta reforma se soslaya o se deja de lado el principio de proporcionalidad de las penas, y hay que recordar que la práctica forense ha demostrado que no es con un aumento exagerado de las penas como se conseguirá bajar los índices delictivos ni prevenir la comisión de hechos punibles.

Aunado a ello, hay que acotar que en los artículos reformados desaparece la pena de presidio. En principio, esta conversión de presidio a prisión en las penas a imponer constituye un gran avance, ya que es sabido que la pena de presidio contempla ciertas restricciones a diferencia de la pena de prisión, y, a pesar de que tal diferencia es poco respetada en el sistema judicial venezolano,

hasta tal punto que en la práctica es casi inexistente, era beneficioso este aporte que el garantismo como modelo jurídico penal entabla en esta reforma.

Sin embargo, es preocupante el hecho de que la eliminación de la pena de presidio sólo se da en los artículos reformados. Por ejemplo, este es el caso del homicidio calificado, pero la dejaron en el homicidio simple y en muchos otros artículos cuyos tipos penales son castigados con esta pena, incluso continúa apareciendo en el artículo 9 como un tipo o modalidad de las penas restrictivas de la libertad.

También, hay que señalar que en la reforma penal omitieron regular la prescripción de los hechos punibles castigados con esta sanción, debido a que el sistema judicial venezolano debe demandar normas claras, precisas, sin lagunas ni ambigüedades.

De esta forma, se puede observar cómo dicha reforma no es lo suficientemente profunda para estar en concordancia con las exigencias del pueblo venezolano y con la grave crisis, tanto económica como política y social que atraviesa actualmente el sistema político venezolano y en donde el sistema penal juega un importante papel como estabilizador del mismo.

La importancia de un Código Penal radica en que su articulado debe ser totalmente cónsono con la realidad histórica, política, social, económica, cultural y moral del territorio en el cual se pretende aplicar y para ello, debe constituirse en un instrumento disuasivo y controlador social por excelencia, dando cumplimiento así, al denominado contrato social que permita lograr de tal manera (en la más pura e ingenua expresión) la convivencia social.

En consecuencia, es lamentable que el poder legislativo venezolano haya perdido la oportunidad de adecuar la legislación penal sustantiva (caracterizada por su atraso) y que no sólo era una oportunidad hipotética, sino que desde hace dos años se venía trabajando en una comisión pagada por el Estado venezolano en sus distintos poderes públicos, cuyo fin era el de crear un nuevo Código Penal que se sustentara en un nuevo paradigma en el que se basan todas las legislaciones penales modernas como lo es el garantismo, pero un garantismo auténtico y no un garantismo donde al parecer se pueden esconder intereses sectarios.

CONCLUSIONES

La defensa y protección de los derechos humanos de todos los destinatarios de la ley penal comienza por el respeto de la calidad de ser humano de cada

individuo. Es importante recalcar que los principios fundamentales de todo sistema garantista se encuentra consagrado en la norma suprema.

Una vez analizados los aspectos generales de lo que significa el garantismo en materia penal y aplicado al análisis hecho sobre la reforma del Código Penal, se puede afirmar que sus modificaciones se centran más que todo en el aumento de las penas, eliminado también beneficios para el imputado o reo, a la cual no es muy compatible con algunos de los principios del garantismo, como por ejemplo: el principio de proporcionalidad concreta o adecuación del costo social, según ésta no se puede seguir aplicando la pena privativa de libertad como sanción para todos los delitos, en donde la tendencia del legislador pareciera ser la de aplicar la misma sanción para todos los tipos delictivos, debido a la falsa creencia que hay que encerrar al sujeto para ser rehabilitado, cuando en la realidad es sabido que esas instituciones son escuelas de perfeccionamiento de crímenes, y que además implica gastos económicos enormes al Estado, entonces cómo la finalidad es rehabilitación.

Por otra parte, al eliminarle al reo derechos que antes tenía como las medidas alternativas a la pena privativa de libertad se le discrimina, ya que está asumiendo el Estado que es imposible que el reo se rehabilite antes del tiempo por el cual fue sentenciado.

También se observa en la reforma del código cambios en la terminología utilizada en el anterior, convirtiéndolo en una codificación más comprensible, para personas no especializadas en la materia, garantizando que éstos puedan tener conocimientos sobre la protección que le brinda el Estado, a ellas como personas y a los bienes de su propiedad.

Para garantizar los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución del 1999, se incluyen nuevas situaciones o se amplían las ya existentes, tipificándolas como delitos, producto del acelerado y desproporcionado desarrollo social con respecto a la economía.

Es de notar también que el legislador moderno no tomó en cuenta el Principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, que establece: que no se trata de castigar por castigar, se trata sin lugar a dudas, de saber quiénes serán los destinatarios directos de las normas y sanciones; de considerar que el sistema penal representa altos costos desde el punto de vista económico para el Estado, de entender que la clara determinación de las conductas antijurídicas, la buena técnica legislativa significa una facilitación de la labor de todos los órganos procesales para que la justicia venezolana sea rápida y oportuna.

Visto todo lo anterior, es importante resaltar que no existen seres perfectos y por tanto sus obras nunca lo serán, pero esta reforma indudablemente constituye, en primer lugar, un avance por incluir situaciones nuevas o ya existentes, pero no reguladas; y, en segundo lugar, punto de discusión por eliminar Derechos y Garantías ya establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, existe un hecho cierto que el legislador venezolano no puede obviar y es que el Código Penal es ya vetusto y anacrónico. Por lo tanto, debe adecuarse a la realidad venezolana, pero ello no se soluciona con unas pequeñas reformas parciales.

Para adecuar el Código Penal a nuestra realidad, es necesario elaborar un nuevo Código Penal que se adecue a la realidad política, social y económica que vive el país, que permita incluir dentro del mismo a las más de 70 leyes que en materia penal se encuentran dispersas. Dispersas porque en la actualidad no están contenidas en el Código Penal y, que además este nuevo texto penal sustantivo sea capaz de adecuarse a las exigencias de la comunidad internacional en virtud de la suscripción por parte de Venezuela del llamado Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual tiene en nuestro país rango constitucional en virtud de lo consagrado al respecto en la Carta Magna venezolana de 1999.

Aunado a ello, la legislación penal venezolana debe adecuarse a los múltiples acuerdos internacionales que Venezuela ha suscrito, especialmente la situación del Estatuto de Roma, con el cual, a la luz de esta reforma el Estado venezolano continúa en mora.

El Código Penal venezolano requiere de una revisión a fondo que permita adecuarlo a la realidad actual y al dinamismo social y no de meras modificaciones que no contribuyen a fortalecer el Estado de Derecho en el país, sino que simplemente responden a las exigencias de un determinado grupo de poder en una determinada coyuntura política económica o social.

Notas históricas sobre la protección de testigos

Tulia PEÑAALEMÁN*

Los problemas político-criminales configuran el contenido propio de la teoría general del delito. El principio *nullum crimen*, además de dar directrices de conducta debe cumplir su función liberal de protección.¹

La protección de la prueba judicial debe realizarse con humanidad y justicia, y el Estado como garante de la persecución penal tiene la obligación de reforzar la seguridad jurídica de todos los ciudadanos que colaboren con la administración de justicia en la práctica de pruebas que conduzcan al esclarecimiento de los hechos punibles.

Para los fines del derecho procesal penal: la verdad debe surgir de cualquier medio probatorio y en múltiples casos el testigo es un medio de prueba insustituible, razón por la cual el testimonio adquiere gran importancia como medio para el ejercicio de la función jurisdiccional.

* La Universidad del Zulia, Abogada. *Magister Scientiarum* en Ciencias Penales y Criminológicas. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, Abogado Auxiliar adscrita al Despacho del Magistrado doctor Alejandro Angulo Fontiveros.

¹ Roxin Claus, 2000. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Civitas, p. 43.

El testigo es una persona física, ajena al proceso, citada por el órgano jurisdiccional a fin de que preste declaración de ciencia sobre los hechos pasados, relevantes para el proceso penal, en orden a la prueba y constancia en la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, adquiriendo un *status* procesal propio.²

La importancia del testigo, según Couture, radica en que: la observación directa por el propio juez no es posible, porque los hechos desaparecieron y sólo queda de ellos el recuerdo, cosa que sucede frecuentemente, se hace necesario, en la mayoría de los casos, acudir a su representación o reconstrucción, lo cual sólo es posible mediante los documentos y los relatos de las personas.³

Al respecto, Dellepiane señala que: “la fe en el testimonio humano desempeña un enorme papel en la ciencia y en toda la vida humana”.⁴

Al testigo se le escucha porque a través de su deposición se obtiene algún dato útil para descubrir la verdad, es decir, idóneo para proporcionar conocimiento sobre los hechos investigados y lograr su reconstrucción conceptual. Esta finalidad probatoria es característica primordial del testigo, el cual no perderá su condición por el hecho de que no aporte ningún dato de interés, pues su declaración fue recibida con dicho propósito.

El deber de toda persona de concurrir y deponer sobre el objeto de la investigación alrededor del tema de la protección de los testigos adquiere gran trascendencia como garantía de la seguridad jurídica y de la protección de los Derechos Humanos.

En un principio, el empleo de las testimoniales como medio procesal para el descubrimiento de la verdad se debía a la existencia de las primeras sociedades humanas y fue reconocido en las legislaciones como el primero y más importante medio de investigar los delitos. Así, se evidencia entre los Hebreos, conforme a las Leyes Mosaicas, según el Libro del Deuteronomio, Capítulo 19-15: *in ore duorum vel trium testium stabit omne verbum*. La eficacia procesal para

² Gimeno Sendra Vicente, Moreno Cantena y otro (2001). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Primera Edición. Editorial COLEX. Madrid, p. 377.

³ Couture Eduardo, 1949. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Editorial Ediar, Buenos Aires. Tomo II, p. 187.

⁴ Dellepiane, 1961. *Nueva Teoría General de la Prueba*. Editorial Temis, Bogotá, p. 152.

develar lo ocultado fue descrita en los textos tradicionales: “testigos son *homes ó mugeres...* que aducen las partes en juicio para probar las cosas negadas o dudosas: *et nasce grant pro dellos porque se sabe la verdat* por su testimonio, que en otra manera sería muchas veces escondida”.⁵

En la historia de Egipto, narrada por Heródoto, el testimonio mediato o vica-rio atendió específicamente a testimonios egipcios tal como los habían oído. Esta forma testimonial, más allá de que era prueba de otra prueba, lo cual disminuyó en principio su eficacia demostrativa, apareció como un medio supletorio de utilidad, siempre que no fuera desvirtuado por otros elementos de juicio para determinar los hechos muy antiguos, respecto de los cuales ya no fue posible encontrar un testigo directo por el fallecimiento de todos en virtud de su antigüedad, quedando sólo las narraciones efectuadas acerca de ellos.

De manera que, en líneas generales, atestiguar es ir de frente, dar la cara o entendimiento acerca de lo escuchado, como los testigos de Lisias o de lo visto, como el testigo de Aquiles, con la pretensión de que la narración sea valorada como algo sólido, como lo es la tierra o el mundo exterior.

La Ley de las Tablas permitió su conocimiento público, con lo cual este testi-monio aportó el valor de la seguridad jurídica a los miembros de la sociedad. Llama la atención, cómo el dios-testigo utilizaba un lenguaje jurídico para ex-pressar su relación con el Dios salvador del Éxodo, que hizo su alianza con Israel y prometió protegerlos para siempre. De ahí que, Moisés en la alianza sinaítica, que consagra el Libro del Deuteronomio (4:25-26) estableció como testigos al cielo y a la tierra: “...cuando hayas engendrado hijos o nietos y hayáis enveje-cido en el país, si hacéis lo malo a los ojos de Yahveh, tu Dios, hasta irritarle pongo hoy por testigos contra vosotros al cielo y a la tierra...”.

En el régimen de los testimonios personales del antiguo y del moderno derecho procesal hay una aplicación ancestral de la categoría del dios-testigo, que se traduce en lo siguiente:

...La manera de cómo debe jurar el testigo ante el juzgador es ésta: debe poner las manos sobre los santos evangelios et jurar que diga verdat de lo que sopiere en razon del pleyto sobre que es aducho, también por la una parte como por la otra, et que deciéndola non

⁵ Partida III, Título XVI, Ley I.

mezclará hi ninguna falsedat, et que por amor, nin por desamor, nin por miedo, nin por ruego, nin por cosa quel sea dada ó prometida, nin por daño nin por pro que él atiende ende haber, non dexará de decir la verdat nin la ecobrirá, et que toda cosa que sopiere de aquel pleyto sobre que es aducho por testigo que la dirá maguer non gela pregunte el judgador: et aun debe jurar que non descubrirá á ninguna de las partes lo que dixo dando su testimonio fasta quel juez lo haya publicado: et todas estas cosas debe jurar por Dios, et por los santos et por aquellas palabras que son escriptas en los evangelios...⁶

Cabe decir, además, que los testimonios fueron exigidos para la solución de las causas, la pena del falso era la retribución del Talión, definida en los artículos 3 y 4 del Código de Hamurabi de la manera siguiente:

...Si uno en un proceso ha dado testimonio de cargo y no ha probado la palabra que dijo, si este proceso es por un crimen que podría acarrear la muerte, este hombre es pasible de muerte. Si ha prestado un testimonio semejante en un proceso de trigo y plata, recibirá la pena de muerte de este proceso...

En el proceso penal romano, no se acordaba valor alguno a los testigos singulares tal como se evidencia en el texto siguiente:

tetimonium unius no recipitur in criminalibus, pero los jueces debían atender, para apreciarlos, más a la calidad que al número de los testigos: *testibus se, non testimoniis crediturum*. Aunque los testigos deponían oralmente enseguida de prestar juramento solían admitirse, pero con muy escaso valor probatorio, declaraciones escritas de antemano y llevadas al juicio. A los jueces correspondía el derecho de fijar para cada causa, según su naturaleza e importancia, el número de testigos que debían ser presentados, y en el Digesto, se lee con referencia al número suficiente de testigos, lo siguiente: *judices moderentur, et eum solum numerum testium, quem necessarium esse putaverint evocari patiantur...*⁷

⁶ Partida III, Título XVI, Ley XXIV.

⁷ Ley I, inc. 2, XXII, 5.

Durante la República, las testimoniales fueron orales hasta la llegada del Imperio cuando, por haberse introducido en los juicios el uso de las escrituras, de toda deposición testifical se levantaba un acta escrita, introduciéndose así un nuevo elemento de instrucción en la fase preliminar del procedimiento criminal.

Con la caída del feudalismo y el afianzamiento de las monarquías, la Iglesia logró restablecer el juicio escrito y el examen de los testigos volvió a ser escrito por medio de las actas. En general, las declaraciones se tomaban sin juramento, porque este requisito se reservaba para la deposición oral.

Ahora bien: en relación al testigo anónimo, el antecedente más remoto se encuentra en las “Instrucciones del *Officio de la Sancta Inquisición*”, cuyo texto expresa lo siguiente:

...Que determinaron (los Señores Inquisidores) que consta de información verídica que de la publicación de los nombres y personas de los testigos que declaran sobre el delito de herejía podrían derivarse riesgos y daños para las personas y bienes de éstos, porque la experiencia muestra que algunos han sido muertos, heridos o maltratados por parte de los herejes, que los hay en gran número en los Reinos de Castilla y Aragón; por lo que, en razón de tales daños y peligros, los inquisidores pueden no publicar los nombres o personas de los testigos que declararen contra dichos herejes. Pero una vez evacuada la prueba, puede hacerse la publicación de los dichos y declaraciones de éstos omitiendo los nombres y circunstancias por las cuales pueda el acusado tener conocimiento de la persona del testigo...⁸

Por su parte, el Código de Torquemada, cuyo origen fue la Asamblea General de Inquisidores efectuada en Sevilla, el 29 de octubre de 1484 su objeto era reprimir la herejía, en la violenta y cruenta ofensiva católica contra el judaísmo, para ello creó cuatro tribunales: Sevilla, Córdoba, Jaén y ciudad Real, los cuales introdujeron prácticas para los interrogatorios y la imposición de penas crueles, por jueces escondidos, encapuchados, acudiendo a testigos secretos pagados o premiados. La arbitrariedad era ejercida de tal forma que al acusado se le detenía y condenaba tras juicio sumario, sin debate probatorio ni defensa. Igualmente, no todos los crímenes llegaban a estos tribunales, el inquisidor Torquemada los seleccionaba.⁹

⁸ Pallares, 1951. *El Procedimiento Inquisitorial*. Imprenta Universitaria, México, p. 110.

⁹ Tedeschi, 1984. *Organización y Procedimientos Penales de la Inquisición Romana*. Editorial Ariel, Barcelona, p. 185.

Empero, dicha estipulación no era propia de la Inquisición Española, tal como lo refiere Tedeschi, durante la época romana el secreto del testimonio se manifestaba de la forma siguiente:

No quiere ello decir que los inquisidores trabajaran en público; ni mucho menos. Cada inquisidor hacía solemne voto de secreto, llevaba los interrogatorios en estricta reserva y guardaba celosamente los registros de las etapas del proceso. Varias razones motivaban tal conducta. Los testigos de todo el proceso eran anónimos, ya que había que protegerlos de las posibles represalias de los familiares o amigos de los reos. Más aún, si el acusado mencionaba cómplices, el Santo Officio tenía que actuar rápidamente para ponerlos bajo custodia, ya que su efectividad quedaría comprometida en caso de filtrárseles rumores de su implicación antes de poder ser apresados. Finalmente, un motivo que quizás resulte inesperado: había que proteger la reputación de los acusados.¹⁰⁻¹¹

De igual forma, en la obra de Kraemer & Sprenger, *Malleus Maleficarum*, cuya traducción al castellano fue realizada por Miguel Jiménez Monteserin, *El Martillo de las Brujas*, se lee:

...Si la acusada pide defensa, ¿cómo se las concederemos si se ha de ocultar de todo punto el nombre de los testigos? Para contestar conviene añadir que la defensa consiste en tres cosas: primera, que se designe a un abogado para el asunto; segundo, que no se diga a este abogado el nombre de los testigos, pero que se le informe de todo cuanto contiene el proceso; tercero, que en tanto sea posible se interprete en la mejor parte la causa de la persona denunciada, es decir, que no se haga escándalo de la fe ni daño de la justicia, como se mostrará...¹²

En contrario, la filosofía jurídica de la ilustración europea reaccionó contra el secreto de la prueba testimonial, Beccaria y Montesquieu fueron ejemplo de ese rechazo al secreto y anonimato del testimonio, los cuales fueron

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Sobre la cuestión del secreto del testimonio en el proceso criminal de la inquisición véase, además, A.C. Sahnnon *The Secrecy of Witnesses in Inquisitorial Tribunals and in Contemporary secular Trials*, en Jhon H. Mundy, ed., *Essays in Medieval Life and Thought Presented in Honor of Ustin Patterson Evans*, New York, 1955.

¹² Kramer & Sprenger, 1976. *Malleus Maleficarum*. Trad: Miguel Jiménez. Ediciones Felmar, Madrid.

eliminados de la legislación procesal debido a su influencia en los cambios políticos originados por la Revolución Francesa de 1789. Dicha influencia se prolongó durante el pensamiento jurídico de los siglos XIX y XX, en las leyes codificadoras.

Así, la prueba testimonial representa uno de los medios de prueba judiciales esenciales en el proceso penal; sin embargo, en la actualidad este medio probatorio está en crisis por existir una especial situación de vulnerabilidad que recae sobre las personas llamadas por la autoridad judicial a rendir declaración, a razón del peligro de riesgo y en los fundados temores de los testigos en colaborar con la investigación aunado a la ausencia de un programa serio y profesional de protección.

En el derecho moderno las primeras restricciones a la prueba testimonial se realizaron en Italia, con el Estatuto de Bolonia y de Milán, en razón del valor de las obligaciones.

En 1966, el presidente de los Estados Unidos, Lindón B. Jhonson, creó una comisión para que formulara políticas y recomendaciones contra el crimen organizado, fue el comienzo del sistema americano de protección de testigos. Cuyas medidas primigenias eran las residencias que sirvieron para alojar testigos de juicios, además se crearon procedimientos para la reubicación de éstos en zonas seguras que facilitaran el empleo y el anonimato.

El Servicio “Marshals” de los Estados Unidos: es el programa de seguridad para testigos creado en 1970, mediante acta del referido año, Ley publicada con el N° 91-452, la cual fue enmendada en 1984 (18 U.S.C. 3521-3528).

El Servicio Marshals de los Estados Unidos y su programa WITSEC, cumple con un objetivo principal que consiste en proveer la seguridad y bienestar a los testigos del gobierno, quienes a raíz del resultado de sus testimonios ponen en peligro sus vidas ante el crimen organizado. También acoge casos de delitos considerados de gran entidad.

La determinación final para que un testigo sea admitido al Programa de Protección la realiza el Fiscal General de la Nación con base en las recomendaciones efectuadas por los abogados designados por dicho Estado y que han actuado en casos federales mayores, por conducto de la Nación. En ciertos casos, la Corte del Estado recibe la petición de un Fiscal del Estado mediante la Oficina del Fiscal General.

Ejecutora de Operaciones (OEO) en la división criminal del Departamento de Justicia.

Para el año 1990, el servicio de *Marshals* proporcionó protección y apoyo económico a miles de testigos y a sus familias que se encontraban bajo la protección del programa.

En Europa, uno de los primeros países en legislar sobre la materia fue Italia. El programa de protección está orientado y administrado por el Servicio Central de Protección, creado en el Departamento de Seguridad Pública, por decreto del Ministerio del Interior de acuerdo con el Ministerio del Tesoro. Su objetivo es atacar la criminalidad organizada o mafiosa.

Este programa en su procedimiento indica la relación de la colaboración del testigo y el peligro consecuente, el cual debe ser actual.

Propone a su vez, una protección temporal y aislada, la cual se califica como medidas de tutela, las cuales *a posteriori* pueden dar lugar a crearse a su favor un programa especial de protección que comprende, además, medidas de asistencia.

Dichas medidas de protección y asistencia, los criterios de operatividad y formulaciones acerca del Programa y la modalidad, son establecidos por medio de decreto del Ministerio del Interior de común acuerdo con el Ministro de Gracia y Justicia y del Comité Nacional del Orden y de la Seguridad Pública.

A mediados de 1980, en Alemania se estableció el concepto de protección para testigos con el objeto de reglamentar la materia, por ello fueron creadas unidades protectoras adscritas al Ministerio de Justicia y del Interior, las cuales ejercían las funciones siguientes: a) brindar protección a las personas amenazadas durante el período de vigencia del peligro; b) asegurar el desarrollo normal del proceso penal; y c) intimidar a las organizaciones delictivas.¹³

Las medidas adoptadas por las unidades protectoras dependen del grado de riesgo personal y de las circunstancias que rodean al testigo, a fin de evaluar el

¹³ Johan Meter Wilhelm Hilger. *Former Head of Division of Judicial System, Federal Ministry of Justice, Germany.*

¹⁴ Edgar Ortiz, 1999. *La Protección del Testigo*. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Santafé de Bogotá, p. 105.

tipo y gravedad del delito; la peligrosidad del delincuente; la importancia que reviste la declaración para el juicio; el estado del proceso penal y el conocimiento cierto de las amenazas o represalias.

Este programa de protección es considerado en Alemania como altamente positivo. En los últimos años se han incluido un promedio anual de doscientos (200) testigos.¹⁴

Ahora bien: el sistema de protección de testigos para el año de 1990, carecía de antecedentes distintos, países que ante el auge de la delincuencia organizada requirieron con prontitud tomar medidas de protección, tal es el caso de Colombia.

La institución del “*testigo con reserva de identidad*” surgió en Colombia, por decreto N° 1.191 de 1990, basado en la legislación del estado de sitio bajo la Constitución Política de 1886, que surgió en la pretensión de contrarrestar la violenta arremetida de la criminalidad que originó terrorismo indiscriminado, selectivo y la eliminación física de funcionarios judiciales y testigos de cargo. Después, la reserva de identidad se extendió a los fiscales, jueces, magistrados, policía judicial, testigos, peritos, etc. Posteriormente, con la reforma constitucional de 1991 dicha figura se mantuvo en el Código de Procedimiento Penal del mismo año.

Para el año 1992, el Presidente de la República de Colombia mediante Decreto N° 1834 creó el Programa de Protección a Testigos, Víctimas e intervinientes en el proceso penal ante las acciones terroristas de las organizaciones guerrilleras y de la delincuencia organizada que hicieron necesario fortalecer la acción de los organismos judiciales en su función de investigar, acusar y juzgar; proteger a los funcionarios judiciales, así como a los testigos.

En la Exposición de Motivos del referido decreto se expone:

...que es indispensable establecer mecanismos que permitan garantizar la vida e integridad de los ciudadanos que colaboren con la administración de justicia, en la práctica de pruebas que conduzcan al esclarecimiento de los hechos punibles de competencia de los jueces regionales...¹⁵

¹⁵ Humberto de la Calle Lombana, 1992. *Decreto N° 1834 del 13 de noviembre*. Santafé de Bogotá D.C.

El funcionario judicial que conozca del respectivo proceso, de oficio o a solicitud del interesado, elevará la petición a la Oficina de Protección y Asistencia de Víctimas y Testigos, para que esta última realice la evaluación correspondiente y, si es el caso, la someta a la aprobación del Fiscal General de la Nación o del Jefe de la Oficina referida, cuando el Fiscal General de la Nación así lo disponga.

Los ciudadanos amparados por el programa tienen protección física, asistencia social, cambio de identidad, domicilio y demás garantías que requieran según el caso. Todas las entidades públicas o privadas están obligadas a prestar la colaboración que les solicite la Fiscalía General de la Nación y quienes tengan conocimiento de los datos y documentos relacionados con la protección y asistencia deben guardar confidencialidad sobre los mismos, so pena de sanciones disciplinarias y penales.

Con posterioridad, el Fiscal General de la Nación mediante Resolución N° 0-000208 adoptó el procedimiento regulador de la función legal de “velar por la protección a víctimas y testigos”, que contempla un programa de asistencia en el cual la Fiscalía, bajo la dirección de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos constituye en favor del testigo, quien a causa de su intervención procesal corre riesgo de sufrir agresión.¹⁶

El Fiscal que lleve la investigación constituirá una protección en coordinación con la Policía Judicial, aceptada la solicitud de protección se firmará un acuerdo con la persona a proteger, el cual al ser incumplido en todo o en parte hará que termine el compromiso del Estado con el ciudadano.

La asistencia culmina cuando el protegido decide no continuar con la protección que el Estado le ha proporcionado, no obstante la Oficina de Protección podrá finalizarlo por las causas siguientes: a) por incumplimiento del protegido de lo pactado en el acuerdo; b) cuando se exteriorice la no veracidad en la información que sirviere de base a los acuerdos; y c) cuando previa consideración de la Oficina hubieren cesado las causas que originaron la protección.

¹⁶ Gustavo de Greiff Restrepo, 1992. *Resolución N° 0-000208 del 6 de noviembre*. Santafé de Bogotá D.C.

¹⁷ Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, página web: www.echr.coe.int/echr

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Resolución N° 827 de 25 de mayo de 1993, estableció la protección de testigos en el marco de discusión de los casos concernientes a la antigua Yugoslavia.¹⁷

En el año 1994, España promulgó la Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, a consecuencia de las dificultades de los ciudadanos en participar en las causas penales, debido al temor a sufrir represalias por colaborar con la policía judicial y con la administración de justicia.

El sistema de protección español confiere al juez la apreciación del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección consideradas como necesarias previa ponderación del proceso y de los bienes jurídicos protegidos, es decir, observará el peligro grave para la persona, libertad o bienes, incluyendo a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

También la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y consagró la protección de los testigos que prestan testimonio contra los grupos delictivos, suscrita durante la asamblea realizada en Palermo, Italia, en diciembre de 2000.

La referida organización al repasar los problemas mundiales de cara al tercer milenio sostuvo que el tráfico ilícito de estupefacientes se ha vuelto complejo, porque cuenta con la participación del delito organizado en una serie de actividades ilegales, incluidas la conspiración, el soborno, la intimidación y corrupción de funcionarios públicos, los delitos de violencia y terrorismo, entre otros. Así los problemas relacionados con el consumo de drogas afectan directamente a la estabilidad social y a la seguridad pública y están asociados con la desintegración social. Una medida importante adoptada por la comunidad internacional a este respecto ha sido la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas donde se tratan las medidas de protección adecuadas del testigo y su familia.¹⁸

A propósito de la jurisdicción sin rostro, en el ámbito Latinoamericano se presenta el dualismo de la legislación de emergencia en la forma de estados de

¹⁸ Naciones Unidas, 2000. *Perspectivas socioeconómicas generales de la economía mundial*, p. 274.

¹⁹ Vásquez Alfredo, 1998. *Las Formas Sociales y Políticas del Terrorismo*. Ponencia presentada en: Primer Seminario Internacional sobre Terrorismo. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Colombia.

de alerta o de sitio y el derecho penal (elaborado en el siglo XIX con las enseñanzas de Beccaria y Bentham) la primera, abarca las medidas prácticas dictadas por la abundancia de los estratos perversos y, la segunda, como una teoría sin efecto, especie de catecismo de respeto de la persona humana.¹⁹

Nunca se insistirá lo suficiente en la necesidad de proteger al ciudadano que colabora con la administración de justicia. Hay que resistirse a la idea de que Estado de Derecho implique “reino de delincuentes peligrosos”. La protección de testigos restringe la publicidad del proceso penal, lo cual resulta muy delicado pero si verdaderamente se quiere que haya participación ciudadana en los juicios públicos, deben instrumentarse los mecanismos de protección al testigo. A manera de ejemplo, no es necesario recordar las películas americanas de los “gángsters” tratando de matar al testigo que acude al juicio para darse cuenta del problema; todo el mundo pudo ver por la televisión el auto calcinado de un testigo vasco que acudió a la Audiencia Nacional Española para declarar contra la ETA, fue la advertencia de la banda a todo el que se atreva a repetirlo, por ello es fundamental la implementación de un programa de protección a testigos.

En países como Venezuela, Colombia y Ecuador se desvirtúa cualquier germen democrático que pueda tener el proceso penal, por medio de la farsa del establecimiento de muy tristes remedos de sistema acusatorio, para encubrir el retorno vergonzoso a sistemas inquisitivos puros, que en este sector del tercer mundo consisten en entregar la investigación criminal y las propias medidas cautelares contra las personas a la policía judicial, bajo el control de fiscales que asumen el rol de jueces, y que son más funcionarios de la administración que representantes de un verdadero poder judicial, con la singularidad en el primer caso, de que las diligencias que se practiquen tienen pleno valor probatorio judicial, tanto en el sumario como en el simulacro de juicio que subsigue.²⁰

El problema se profundiza en la realidad venezolana con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, el 1° de julio de 1999, en el cual se instauró el sistema acusatorio inspirado en la Ordenanza Procesal Penal Alemana, porque los ciudadanos no quieren declarar en juicio ante el temor a las represalias, ya que existen condicionantes externos e internos que inciden en el proceso penal.

²⁰ Fernández Carrasquilla Juan, 1992. *Derecho Penal y Criminología*. En: *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Vol. XIV, Mayo-Diciembre, Colombia, p. 45.

Si la finalidad del proceso penal es el establecimiento de la verdad de los hechos y la justicia en la aplicación de la ley penal, la protección de testigos que colaboraron en la administración de justicia penal permitirá concretar tal fin.

Un antecedente jurisprudencial reciente establecido por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en una solicitud de radicación del juicio estableció en sentencia N° 264 del 3 de agosto de 2004, que:

...La forma de brindar seguridad y protección a los testigos está debidamente establecida en el Código Orgánico Procesal Penal y corresponde a un Juez de Control ofrecerla con el apoyo de los cuerpos de seguridad policial y esto con el fin, entre otras razones, de que testimonios importantes no sean influidos por alguna causa de extorsión; pero para ello existe la posibilidad de efectuar una prueba anticipada con aquellos individuos de quienes surja el temor de que se les imposibilitaría asistir al debate probatorio...

Empero, la experiencia diaria venezolana demuestra en algunos casos las inhibiciones de los ciudadanos llamados por un tribunal a colaborar con la administración de justicia en determinadas causas ante el temor a sufrir represalias, en su persona, familia o bienes por parte de los integrantes de las organizaciones criminales.

Frecuentemente, ello conlleva que la justicia penal carezca de un importante medio de prueba y se vea facilitada la impunidad.

Ante tal situación, el Estado como garante de los derechos constitucionales, y en especial, los derechos a la vida e integridad física y a la seguridad personal de los ciudadanos debe garantizar la administración de justicia, a través de una política criminal que permita fortalecer el proceso penal alrededor del tema de la protección de testigos, en el cual están expresados altos intereses sociales que en muchos casos resultan soslayados por la delincuencia.

Dicha política propenderá a la búsqueda de los medios jurídicos eficaces para fortalecer la acción contra la criminalidad, pues la idoneidad de éstos no debe ir en detrimento de la plena vigencia de principios, derechos y garantías constitucionales. Por tal motivo, resulta impretermitible establecer un sistema de

²¹ Quintero Jesús Ramón, 1998. *Testigos Anónimos y Testigos Secretos en los Procedimientos Penales*. Ponencia presentada en: XV Congreso de Derecho Comparado. Inglaterra. Biblioteca de la Academia de las Ciencias Políticas y Sociales, pp. 363-372.

un sistema de protección de testigos como garantía judicial de la seguridad jurídica y de protección de los derechos humanos en un Estado social y de Derecho.

Cuando se recurre al testigo anónimo y al testimonio secreto, se evade con facilidad la responsabilidad institucional del Estado de proporcionar protección a los testigos conforme a un programa serio de protección que debería atender a la naturaleza del hecho punible y a sus circunstancias y ser independiente del proceso judicial y, en cualquier caso, mantener incólume las formas procesales esenciales que caracterizan el Estado democrático y social de Derecho.²¹

Al respecto, la Sala Penal del Máximo Tribunal del país en sentencia N° 406 del 2 de noviembre de 2004, estableció lo siguiente:

...en los casos en que excepcionalmente se admita en un juicio una prueba anticipada de declaración de testigo por existir el obstáculo difícil de superar, el juzgador de juicio debe motivar el por qué admite tal elemento probatorio y el obstáculo que impide al testigo presentarse a declarar en el correspondiente juicio oral; y ello debe ser así porque tal prueba es una excepción al principio de inmediación, establecido en el artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal...

Para concluir: el Estado tiene el deber de protección estatal contra los riesgos para afianzar la seguridad jurídica, proveer la defensa y consolidar la paz interna. La existencia del peligro queda a la apreciación del juez, siguiendo las reglas de valoración de la prueba según la sana crítica, la libre convicción y la prudencia para determinar las circunstancias en tiempo y lugar del testigo.

La protección de testigos constituye un pilar fundamental de la seguridad jurídica que garantiza el debido proceso en juicio, pues protege la eficacia de la prueba testimonial en situación de riesgo y el Estado realiza el objeto del proceso penal, que es la búsqueda de la verdad real.

El delito de captación indebida

María Inmaculada PÉREZ DUPUY*

SUMARIO:

1. Antecedentes.
2. Derecho comparado.
3. Bien jurídico tutelado.
4. Examen de las descripciones típicas: 4.1 *Tipo objetivo*: 4.1.1 La conducta: 4.1.1.1 Practicar la intermediación financiera. 4.1.1.2 Practicar la actividad crediticia. 4.1.1.3 Practicar la actividad cambiaria. 4.1.1.4 Captación habitual de recursos. 4.1.1.5 Realizar cualquiera de las actividades expresamente reservadas a las personas sometidas al control de la SUDEBAN. 4.1.2 Objeto material. 4.1.3 Sujetos de la relación típica: 4.1.3.1 Sujeto activo. 4.1.3.2 Sujeto pasivo. 4.1.4 Elemento normativo. 4.1.5 Tipo subjetivo.
5. Concurso

* **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.

1. ANTECEDENTES

El delito de captación indebida, también denominado “intermediación financiera ilícita”, se encuentra descrito en el artículo 430 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (LGBYOIF) de la siguiente manera:

Captación Indebida

Artículo 430. Serán sancionados con prisión de ocho (8) a diez (10) años, quienes sin estar autorizados, practiquen la intermediación financiera, crediticia o la actividad cambiaria, capten recursos del público de manera habitual, o realicen cualesquiera de las actividades expresamente reservadas a las personas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

En la legislación venezolana la intermediación financiera no autorizada o ilícita se criminaliza en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras que entró en vigencia el 1° de enero de 1994. La Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito en el artículo 194 sancionaba administrativamente la realización de actividades financieras sin estar autorizado de la siguiente manera:

Quienes reciban depósitos de dinero con carácter de habitualidad, sin estar autorizados para ello o violen cualquiera de las disposiciones contenidas en los artículos 1°, 2°, 3° y 4 de esta Ley, o usen en su firma, razón social o denominación comercial las palabras “Banco”, “Sociedad Financiera”, “Sociedad de Capitalización”, “Casa de Cambio” “Instituto de Crédito”, “Arrendamiento Financiero” o términos derivados de dichas palabras o afines a ellas, sin haber obtenido autorización previa del Ejecutivo Nacional de acuerdo a los términos de esta Ley, serán penados administrativamente con multas de veinte mil bolívares (Bs. 20.000,00) a un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00), sin perjuicio de las medidas que adopte el Ejecutivo Nacional para evitar dichas infracciones o de que se le impongan nuevas multas a los reincidentes. En último caso la multa podrá elevarse hasta dos millones de bolívares (Bs. 2.000.000,00).

La anterior norma tuvo vigencia desde el año 1988 hasta el 31 de diciembre de 1993, fecha en la que fue derogada por la Ley General de Bancos. El carácter administrativo de la sanción hizo permisible la proliferación de este tipo de actividades que desencadenaron en grandes estafas, como señala Olinto Méndez Cuevas: “Aún se recuerdan las sonadas estafas perpetradas en los Esta-

Estados Bolívar y Mérida, mediante las centrifugas que operaban bajo los nombres de Gumi y Solidez, respectivamente, en las cuales con el incentivo de elevados intereses sedujeron desde pequeños ahorristas incautos hasta “empresarios” y “grandes inversionistas”, que la ambición les hizo perder el sentido de la realidad, ocurrieron otros casos, quizá de menor dimensión en Caracas, Maracay, Valencia, Maracaibo. Fue una gran lucha la que debió librarse desde la Superintendencia de Bancos para combatir este flagelo, el cual regularmente resurge en épocas de bajas tasas de interés. La vehemencia de la supervisión obtuvo al menos la inclusión en la Ley de Bancos de 1994 del delito de captación no autorizada de recursos del público o intermediación financiera ilícita, sin embargo, tal parece que la verdadera banca paralela se ocultaba en las mesas de dinero y en las unidades de fideicomiso y mandato de las instituciones bancarias”.¹

En la LGBYOIF de 1994 en el artículo 288: se castigaba con prisión de dos (2) a seis (6) años a quienes sin estar autorizados, practicaran la intermediación financiera o captaran recursos del público de manera habitual. La vigente LGBYOIF amplió la conducta típica a la realización de operaciones cambiarias, sobre lo que nos referiremos en párrafos posteriores.

En otras leyes que regulan actividades vinculadas con el orden económico vamos a encontrar descripciones relacionadas con ciertas actividades que realizan determinadas empresas del sector financiero que están sujetas a la inspección, vigilancia y supervisión de un organismo del Estado exigiéndose para su funcionamiento la autorización correspondiente previo cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en la Ley que regula la materia en concreto. Así tenemos descripciones similares en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (2001) en su artículo. 288, en la Ley de Mercado de Capitales (1998) en su artículo 138 ordinal 8, en la Ley que Regula el Subsistema de Salud (1999) en su artículo 118 ordinal 2° y en la Ley que Regula el Subsistema de Pensiones (1999) en su artículo 174 ordinal 2°.

2. DERECHO COMPARADO

Este mala práctica no sólo ha aquejado a Venezuela, diferentes legislaciones de otros países se han preocupado por sancionar la práctica de la actividad financiera sin la autorización de la autoridad competente, bien estableciendo sanciones administrativas; penales o ambas. Así tenemos que en Colombia

¹ Méndez Cuevas, Olinto, 1996, *Emergencia Financiera y Crisis Jurídica*. Caracas. p. 61.

primero estuvo sancionada administrativamente a través de varios Decretos. Posteriormente este país sufrió una crisis financiera similar a la vivida por Venezuela y en 1982 se sanciona penalmente esta figura en el Decreto 1920 a través del cual se dictan normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero colombiano. Posteriormente se profiere el Decreto 1.730 de 1991 conocido como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, reformado en 1993 y que tipifica esta conducta de manera similar a nuestro artículo 288 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 1994. En el vigente Código Penal se tipifica dentro de los delitos contra el sistema financiero en el artículo 316 la “Captación masiva y habitual de dineros”, castigándose con pena privativa de libertad y multa a quien capte dineros del público, en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente.

En el Perú en los delitos contra el orden económico se incluyen en los delitos contra el orden financiero y monetario al denominado delito de “Instituciones Financieras Ilegales”, criminalizándose con pena privativa de libertad y multa a quien por cuenta propia o ajena, se dedica directa o indirectamente a la captación habitual de recursos del público, bajo la forma de depósito, mutuo o cualquier modalidad, sin contar con permiso de la autoridad competente. Se establece como forma agravada el uso de los medios de comunicación social.

En Panamá se le denomina delito de “Banca Paralela” y se castiga la captación habitual de dinero por parte del público en forma de Depósito sin estar debidamente autorizado para ello por la entidad correspondiente. El Decreto ley 9 del 26 de febrero de 1998, establece que el negocio de banco sólo podrá ser ejercido por personas que hayan obtenido la licencia respectiva. El artículo N° 2 del Decreto-Ley N° 9 del 26 de febrero de 1998, preceptúa que “Sólo las personas que hayan obtenido la licencia respectiva podrán ejercer el Negocio de Banca en o desde Panamá. Igualmente, podrán ejercer el Negocio de Banca en Panamá las personas de derecho público a las cuales las leyes autoricen para ello” y en el artículo 3 se señala que “Sólo las personas que hayan obtenido la licencia respectiva podrán ejercer el Negocio de Banca en o desde Panamá. Igualmente, podrán ejercer el Negocio de Banca en Panamá las personas de derecho público a las cuales las leyes autoricen para ello”. En el ámbito bursátil se denomina el delito como intermediación financiera ilegal, preceptuándose que “El que no cuenta autorización de la Comisión Nacional de Valores para desempeñarse como agente de intermediación y realiza actividades propias de aquéllos”. El artículo 23 del Decreto de Ley N° 1 del 8 de julio de 1999, establece la obligatoriedad de licencia expedida por la Comi-

sión Nacional de Valores para ejercer el negocio de Casa de Valores y Asesores de Inversiones y sólo podrán ejercer el negocio de casa de valores o de asesor de inversiones, en la República de Panamá, o desde ésta, las personas que hayan obtenido la correspondiente licencia expedida por la Comisión, independiente de que dichas personas presten servicios en relación con valores que estén registrados en la Comisión o no.

En la República de El Salvador, en un principio las operaciones de la banca de hecho estaban sancionadas administrativamente con multa, ejerciendo la Superintendencia Bancaria un control similar al ejercido en Venezuela por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Desde el punto de vista de la sanción penal el hecho era punible sólo cuando el público sufre un perjuicio patrimonial subsumiéndose la conducta por mandato de la Ley en el delito de estafa. Con posterioridad en la Ley de Bancos de la República de El Salvador Decreto 697, se tipifica el delito de “Captación Ilegal de Fondos del Público”, prohibiéndose en el artículo 184 toda captación de fondos del público con publicidad o sin ella, en forma habitual, bajo cualquier modalidad, a quienes no estén autorizados de conformidad con la Ley. A las personas o entidades que tengan conocimiento de tal práctica se les impone legalmente la obligación de denunciar el hecho ante la Superintendencia o ante la Fiscalía General de la República, para la deducción de las responsabilidades a que hubiere lugar en el campo de su respectiva competencia. Igual obligación se impone a los directores, administradores, contadores y auditores internos y externos de las entidades que incurran en tal conducta. En caso de omisión de la denuncia se impone igualmente pena.

Cuando la Superintendencia tenga conocimiento o indicios de la práctica de tal conducta queda revestida de las mismas facultades de inspección y fiscalización que si se trata de un Banco. Si se impidiera a la Superintendencia el ejercicio de su facultad de fiscalización, incluyendo la realización de la inspección que ordene el Superintendente, puede acudir a la fuerza pública. En caso de negarse el acceso a la Superintendencia, o de no proporcionársele la información requerida, los responsables de tales actos cometerán el delito de desacato. Queda facultado el Superintendente para ordenar la suspensión de las operaciones de captación de fondos y pedir a un Juez de lo Mercantil, como medida cautelar, el congelamiento de todos los fondos que el presunto infractor tenga depositados en las instituciones integrantes del sistema financiero, así como el secuestro de todos sus bienes, por un plazo de hasta ciento ochenta días. Si quien realiza la captación de fondos es una persona jurídica podrán solicitarse tales medidas tanto para los fondos y bienes de la sociedad, como

Directores o Gerentes, todo hasta por el monto de la captación determinada en ese momento.

La Ley de Bancos y Entidades Financieras de Bolivia, Título Séptimo, Capítulo I, prohíbe de manera expresa el ejercicio de la actividad bancaria, sin la debida autorización de las entidades competentes. Así, en el artículo 91, se precisa que ninguna persona natural o jurídica podrá realizar en forma habitual operaciones propias de los bancos y entidades financieras no bancarias, sin autorización previa de la Superintendencia.

En la legislación Bancaria Chilena, ninguna persona natural o jurídica que no hubiere sido autorizada para ello por la ley, podrá dedicarse a giro que correspondan a las empresas bancarias y, en especial, a captar o recibir en forma habitual dinero del público, ya sea en depósito, mutuo o cualquier otra forma. Por igual, ninguna persona natural o jurídica que no hubiere sido autorizada por la ley, podrá dedicarse por cuenta propia o ajena a la correduría de dinero o de créditos representados por valores mobiliarios o efectos de comercio, o cualquier otro título de crédito. Tampoco podrá poner en su local u oficina plancha o aviso que contenga, en cualquier idioma, expresiones que indiquen que se trata de un banco, de una empresa bancaria, o de una sociedad financiera, ni podrá hacer uso de membretes, carteles, títulos, formularios, recibos, circulares o cualquier otro papel que contenga nombres u otras palabras que indiquen que los negocios a que se dedica dicha persona son de giro bancario o de intermediación financiera. Le estará, asimismo, prohibido efectuar propaganda por la prensa u otro cualquier medio de publicidad en que se haga uso de tales expresiones. En todo caso, si a consecuencia de estas actividades ilegales, el público recibiere pérdida de cualquier naturaleza, los responsables se castigan como autores del delito de estafa.

En la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero del Ecuador, encontramos en el Título X, “De las limitaciones, Prohibiciones y Sanciones”, la tipificación como infracción administrativa del ejercicio de la actividad financiera sin contar con la previa autorización de la entidad estatal correspondiente. En el artículo 124 se establece que ninguna persona natural o jurídica que no esté autorizada por Ley podrá efectuar operaciones de intermediación financiera propias de las instituciones del sistema financiero, ni podrá hacer uso de avisos, carteles, recibos, membretes, título o cualquier otro medio que indique que el negocio de dicha persona es del giro financiero. Tampoco podrá hacer propaganda que utilice esas expresiones. La Superintendencia está facultada para ordenar la suspensión de tales operaciones financieras. Además de la sanción pecuniaria está previsto que los responsables sean juzgados por el

responsables sean juzgados por el delito de estafa. El incumplimiento de la orden de suspensión de las operaciones o la reincidencia se considerarán como delitos de estafa.

En Italia en el artículo 96 de la Ley Bancaria, se penaliza la “recolección (“raccolta”) abusiva del ahorro”, cuando ella se realiza sin la autorización de la entidad encargada de la vigilancia del sector financiero, que consiste en un visto bueno sobre la solidez financiera, capacidad técnica, características operativas y estructura idónea de la sociedad bancaria que pretende el ejercicio de esta actividad.

Tanto la legislación francesa como la alemana prescriben también sanciones para quienes ejerzan indebidamente la actividad financiera.

3. BIEN JURÍDICO TUTELADO

El delito de captación indebida o intermediación financiera ilícita ha sido catalogado como delito bancario o delito financiero. Puede obedecer tal denominación por estar previsto en una ley especial que regula las actividades de las instituciones financieras. A diario escuchamos y utilizamos esta expresión de delito bancario para referirnos a los delitos cometidos por un sujeto activo que es director, administrador o empleado de un banco, y los cometidos en agravio de un sujeto pasivo calificado como lo es un banco o institución financiera.² Desde este punto de vista no podemos afirmar que se trate de un delito bancario, pues este carácter queda excluido al no exigir el tipo el carácter de funcionario bancario ni que el agraviado sea un banco.

En la doctrina se utiliza más comúnmente la noción de delito económico, en vez de la de delito bancario, que pareciera una noción nuestra surgida a raíz de la crisis financiera sufrida en los últimos años, crisis que ha quedado revelada ante el colectivo como consecuencia de la comisión de delitos por los ex-administradores de las instituciones financieras que fueron objeto de medi-

² La expresión “delito bancario” se introdujo en Venezuela a raíz de la crisis bancaria ocurrida a partir del año 1994 y que motivó la creación de Tribunales con competencia especializada para conocer los delitos cometidos en los Bancos e Instituciones Financieras. A tales Tribunales se les denominó “Tribunales Bancarios” y para referirse a la materia de su competencia se indicaba “delitos bancarios”.

³ Martínez Campo, Tadeo, 2002. *Los delitos bancarios. Notas sobre su inconstitucionalidad. Análisis Típico*. En: *Lextra*. Revista del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas. p. 222.

medidas que conllevaron a su intervención o estatización. Jesús Ramón Quintero denomina a los delitos descritos en la LGBYIF como delitos bancarios. Martínez Campo y Vera Mariana utilizan la expresión delito bancario para precisar que forman parte de un grupo mayor que serían los delitos económicos.³

Para Bello Rengifo la definición del delito económico está en relación con el bien objeto de tutela, y así señala que en el Derecho Penal Económico, ese bien jurídico se puede denominar “orden público económico”, en el entendido que existen actividades económicas que tienen por fin la satisfacción de necesidades individuales como tales y que son ejecutadas fundamentalmente por particulares, mientras que hay otras que están dirigidas a la colectividad como tal, habiendo delito económico cuando se transgrede la normativa del Estado destinada a regular la interrelación económica de los particulares, bien sea planificándola o bien sea permitiendo su libre juego, prohibiendo toda obstrucción al mismo y tal transgresión sea de la gravedad necesaria como para considerarla acreedora de sanción penal.⁴

Bajo Fernández distingue un orden económico en sentido estricto y en sentido amplio. Por el primero entiende la infracción jurídico penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país. En sentido amplio, es el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.⁵ Para el autor, aunque el orden económico es el objeto de protección jurídica, considera que en su sentido amplio nunca se presenta como un bien jurídico protegido de forma directa ni en sentido técnico, por lo que afirma no se presenta como elemento del tipo del injusto, con la consecuencia de que no puede ser abarcado por el dolo del autor, ni se precisa su lesión o puesta en peligro para la consumación del delito. Por el contrario, cuando se trata del orden económico en sentido estricto, se mantiene su condición de bien jurídico en sentido técnico.⁶

⁴ Bello Rengifo, Carlos Simón, 1988. *Ilícitud Penal Colateral*. Caracas. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. p. 158.

⁵ Bajo Fernández, Miguel, 2002. *Concepto y Contenido de Derecho Penal Económico*. En: *Estudios de Derecho Penal Económico*. p. 7. Livrosca. Caracas

⁶ Bajo Fernández, Miguel. *Ob. Cit.*, p. 9.

Para Tiedemann, citado por Bello, el delito económico comprende la ofensa penal contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la Economía; las transgresiones a los bienes jurídicos supraindividuales o sociales, y los hechos penales clásicos, sin perjuicio de las nuevas formas de ataque.

Martínez Campo y Vera Mariana, consideran que los delitos bancarios tutelan un bien jurídico distinto al orden público económico, lo que sustentan en base al tratamiento Constitucional, admitiendo tal categoría de delitos sólo por razones de sistematización. Los autores distinguen un orden público bancario, por el que entiende “el debido y correcto funcionamiento del sistema bancario nacional”, el cual interesa a todos, de manera directa como depositantes, de manera indirecta como agentes del proceso económicos.⁷

Quintero Prieto, delimita más aún el bien jurídico en este delito, precisando que directamente lo es “el ahorro público entendido como poder adquisitivo generalizado en el ámbito de la economía monetaria y la función que le es propia en el mercado financiero”. De manera mediata el autor precisa que “se garantiza la adecuada afectación de los recursos financieros provenientes del ahorro colectivo, mediante la transferencia de ese poder adquisitivo de los titulares del ahorro a los inversionistas nacionales, tomadores del crédito o beneficiarios de la inversión, por la intermediación financiera”.⁸

Hechas las anteriores consideraciones doctrinales, observamos que las actividades del sector financiero están sujetas a la intervención del Estado venezolano, la cual se ejerce a través del Presidente de la República, quien puede ser autorizado para dictar leyes en esta materia por parte de la Asamblea Nacional. La intervención del Estado en las actividades del sector financiero se hace por medio de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras quien actúa bajo la dirección y responsabilidad de un Superintendente, el cual es designado por el Presidente de la República.

La inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control de los bancos y otras instituciones regidas por la LGBYIF está a cargo de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras que comprende entre otros aspectos asegurar que los bancos y otras instituciones financieras tengan procedimientos adecuados para vigilar y controlar sus actividades a escala nacional e internacional, si fuere el caso.

⁷ Martínez Campo, Tadeo, 2002 *Ob. Cit.*, pp. 224-225.

⁸ Quintero Prieto, Jesús Ramón, 1997. *Delitos Bancarios*. Paredes Editores. Caracas. Venezuela p. 144.

La LGBYIF tipifica conductas que lesionan el orden económico social y por ello pueden ser reconocidos como delitos económicos.

Siguiendo las ideas antes expuestas y lo que se entiende por delito económico, el delito de captación indebida, previsto en el artículo 430 de la LGBYOIF, es un delito que puede ser catalogado como delito económico, pues pone en peligro la actividad interventora y reguladora del Estado en el sector financiero, al ser realizada la intermediación financiera por personas que no están autorizadas por la Superintendencia de Bancos.

En efecto, la función de intermediación financiera constituye el objeto y razón fundamental del sector financiero y esa gestión se desnaturaliza por la presencia en el mercado de individuos y personas jurídicas que sin una infraestructura adecuada, carentes de solidez económica, y desde luego, sin contar con la autorización de la Superintendencia de Bancos se dedican a captar del público sumas de dinero y practicar la intermediación financiera, actividad que es regulada por un Estado altamente intervencionista en este aspecto.

Quintero Prieto, al fijar el bien jurídico tutelado por el delito, precisa que “por medio de los mecanismos de derecho público bancario, que regulan la actividad de los intermediarios financieros, se asegura la continuidad de los flujos financieros de uno a otro sector de la economía, estimulando tanto el ahorro como la inversión”.⁹

4. EXAMEN DE LAS DESCRIPCIONES TÍPICAS

Establece el artículo 430 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras:

Artículo 430. Serán sancionados con prisión de ocho (8) a diez (10) años, quienes sin estar autorizados, practiquen la intermediación financiera, crediticia o la actividad cambiaria, capten recursos del público de manera habitual, o realicen cualesquiera de las actividades expresamente reservadas a las personas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

⁹ Quintero Prieto, Jesús Ramón. *Ob. Cit.* p. 144.

¹⁰ Pinzón, Jorge, 1985. *Sector Financiero y Delincuencia Económica*. Santafé de Bogotá . Colombia. Editorial Temis.

Al tipificarse esta conducta como punible se sanciona un fenómeno que en Italia es calificado con la expresión “Banco de hecho” (Banche di fatto), con la cual, según observa Antolisei, citado por Pinzón “...se suele designar a quien desenvuelve una típica actividad bancaria sin haber obtenido la autorización requerida...”.¹⁰

De acuerdo con la intensidad del menoscabo del bien jurídico, este tipo delictivo es de los denominados por la doctrina como delitos de peligro. Por peligro debe entenderse un anormal estado antijurídico en el que, para un juicio conforme a la experiencia, la producción de un daño aparece como probable según las concretas circunstancias existentes, y la posibilidad del mismo, resulta obvia. Se requiere diferenciar los delitos de peligro concreto de los de peligro abstracto, estos últimos constituyen respecto de los primeros, un estadio anterior, cuyo merecimiento de pena viene dado ya por la peligrosidad general de una acción para determinados bienes jurídicos. La creación de propio peligro no pertenece al tipo, porque el correspondiente comportamiento “conlleva típicamente la producción de un peligro concreto, por lo que los indicios de peligrosidad se encuentran recogidos en forma vinculante en la misma ley”.¹¹

Sin duda la tipificación de la conducta descrita en el artículo 430 de la LGB-YOIF tiende a prevenir que se cometan otros delitos que tutelan el orden económico y el patrimonio de las personas.

Procedamos a efectuar el análisis de la norma en cuanto al tipo objetivo (parte externa del delito, en el que se describen la acción, el objeto de la acción, el resultado, en su caso, circunstancias externas del hecho, cualidades de los sujetos).

4.1 TIPO OBJETIVO

Conducta Típica: Se integra de los dos componentes necesarios de todo comportamiento: su parte objetiva y su parte subjetiva que debe encajarse en la parte objetiva y subjetiva del tipo para que concurra una conducta típica.¹²

4.1.1 La conducta

¹¹ Jescheck, Hans-Heinrich, 1993. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Cuarta Edición. Granada. Editorial Comares. p. 238.

¹² Mir Puig, Santiago, 1998. *Derecho Penal Parte General*. Reppetor. S.L. Barcelona España. p. 196.

En cuanto a las modalidades de la acción el delito descrito en el artículo 430 de la LGYIF, denominado legalmente captación indebida, se trata de un tipo de acción. Las conductas típicas son:

1. Practicar la intermediación financiera;
2. Practicar la actividad crediticia;
3. Practicar la actividad cambiaria;
4. Captar recursos del público de manera habitual; o
5. Realizar cualquiera de las actividades expresamente reservadas a las personas sometidas al control de la SUDEBAN.

El tipo contiene elementos normativos de carácter jurídico referidos a la acción típica, por lo que se requiere precisar qué se entiende por cada una de tales expresiones:

4.1.1.1 *Practicar la intermediación financiera*

Por definición legal la actividad de intermediación financiera consiste en la captación de recursos, incluidas las operaciones de mesa de dinero, con la finalidad de otorgar créditos o financiamientos, e inversiones en valores, actividad que queda reservada a los bancos y otras instituciones reguladas por la LGYIF. En cuanto a los bancos la ley regula las operaciones de los universales, comerciales, hipotecarios, de inversión, de desarrollo, de segundo piso. Las demás instituciones serían las arrendadoras financieras, fondos del mercado monetario, entidades de ahorro y préstamo, casas de cambio, grupos financieros, operadores cambiarios fronterizos, los Institutos Municipales de Crédito, las empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito, así como las sociedades de garantías recíprocas y los fondos nacionales de garantías recíprocas. Por disposición expresa de la ley quedan sometidas a su imperio en cuanto les sean aplicables, las operaciones de carácter financiero que realicen los almacenes generales de depósitos.

Las anteriores instituciones están sujetas a la inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras; a los reglamentos que dicte el Ejecutivo Nacional; a la normativa prudencial que establezca la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras; y a las Resoluciones y normativa prudencial del Banco Central de Venezuela.

Para que los bancos y las entidades de ahorro y préstamo puedan realizar las actividades de intermediación financiera se requiere la autorización de funcionamiento exigida en la LGBYIF.

Entre las operaciones pasivas realizables se encuentran la captación de recursos del público, emitiéndose diferentes instrumentos de captación, entre las activas pueden efectuarse colocaciones a terceros bien sean naturales o jurídicas que se traducen en verdaderas operaciones de crédito.

Las actividades de intermediación financiera realizadas por personas no autorizadas, entra en este supuesto de la conducta típica.

Jesús Ramón Quintero plantea con concepto restringido por lo que para el autor, por práctica de intermediación financiera ha de entenderse “la captación habitual de recursos con la finalidad de otorgar créditos o financiamientos”, y “la captación habitual de recursos con el objeto de realizar inversiones. El concepto de financiamiento incluye algo más que el crédito mismo, como por ejemplo, la inversión permanente o temporal, la especulación monetaria y las garantías del crédito. En síntesis, la intermediación crediticia en sentido estricto, la captación de recursos del público con la finalidad de invertirlos o de realizar colocaciones temporales, sin estar debidamente autorizado conforme a la Ley y la simple captación habitual de recursos de público, constituyen la acción típica.¹³ Para Antonio Cancino captar dineros del público significa incorporar, coger, recibir caudales provenientes de un conglomerado de ciudadanos.

La intermediación financiera a que se refiere el artículo 430 de la LGBYOIF supone que pueda atribuirse al sujeto activo tanto la realización de las operaciones pasivas de captación, como las activas de colocación o inversión.

4.1.1.2 *Practicar la actividad crediticia*

Existen ciertas actividades que no requieren autorización, tales como las realizadas por las personas naturales o jurídicas que se dediquen regular o habitualmente al otorgamiento de créditos, o a efectuar descuentos o inversiones con sus propios fondos, sin embargo, están obligadas a proporcionar a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras SUDEBAN los datos estadísticos, estados financieros y demás informaciones periódicas y ocasionales que se les solicite, así como dar libre acceso a funcionarios adscri-

¹³ Quintero Prieto, Jesús Ramón. *Ob. Cit.* p. 14.1.

tos a la SUDEBAN para la revisión de libros, documentos y equipos tecnológicos de tecnología de información en los que pueda reposar datos o información.

Corresponde a LA SUDEBAN calificar la naturaleza de las operaciones que realice una empresa o entidad cualquiera, cuando éstas resuelven dudosas y así decidir si tales operaciones han de quedar sometidas al régimen establecido en LGBYIF. En estos casos ante la presunción de que las operaciones sean realizadas por personas naturales o jurídicas, distintas a los bancos u otras instituciones financieras, cuya naturaleza sea manifiestamente incompatible con la actividad desarrollada por ellas, o que impliquen riesgo en materia de legitimación de capitales, la SUDEBAN, debe realizar los actos necesarios para resguardar los intereses del público en general, por lo que del Superintendente de Bancos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la LGBYIF, podrá tomar cualesquiera de las siguientes medidas:

1. Suspensión de la publicidad.
2. Suspensión de las actividades.
3. Aseguramiento de los recursos obtenidos por dicha actividad.
4. Aseguramiento de los bienes, objetos y demás elementos utilizados para realizar dichas operaciones.
5. Clausura de los establecimientos.
6. Solicitar a las autoridades competentes que se acuerden las medidas de inmovilización de cualquier tipo de cuenta, colocación o transacción financiera, así como la prohibición de enajenar y gravar bienes de las personas naturales, de las personas jurídicas y de los representantes, directores o accionistas de dichas personas jurídicas involucrados en esa actividad. Igualmente podrá solicitar a las autoridades competentes que se acuerde la medida de prohibición de salida del país de las personas naturales y representantes, directivos y accionistas de las personas jurídicas involucradas en dicha actividad.
7. Adoptar cualquier otra medida que estime necesaria, con el propósito de evitar las actividades descritas en el presente artículo.

Las medidas cautelares deben ejecutarse inmediatamente y notificarse al presunto infractor debiendo efectuarse publicación en la *Gaceta Oficial* y se impone igualmente la obligación de informar al Fiscal General de la República. Queda facultada la SUDEBAN para publicar su decisión en un diario de mayor circulación a nivel nacional, así como colocar en un lugar visible del local donde la persona natural o jurídica ejerce su actividad, un cartel donde se especifique la medida de resguardo tomada y el motivo de la misma. Para la ejecución de las medidas, se podrá requerir el auxilio de la fuerza pública cuando hubiere impedimento u obstaculización por parte de cualquier persona y ello fuere necesario.

4.1.1.3 *Practicar la actividad cambiaria*

Entre los aspectos novedosos de la reforma de la LGPLIF está el haber ampliado las instituciones que quedan sujetas al imperio de sus dispositivos, cabiendo destacar las inclusiones de una institución no financiera como la Casa de Cambio, precisándose en el artículo 139 que estas instituciones tienen como objeto realizar operaciones de compra y venta de billetes extranjeros, de cheques de viajeros, así como las operaciones de cambio vinculadas al servicio de encomienda electrónica y las demás operaciones cambiarias compatibles con su naturaleza, que hayan sido autorizadas por el Banco Central de Venezuela, con las limitaciones que este organismo establezca. Para que las Casas de Cambio puedan operar se requiere autorización de la SUDEBAN, según las previsiones del artículo 144 de la ley especial, requisito indispensable para que los Notarios o Registradores puedan efectuar la inscripción de los documentos constitutivos estatutarios de las casas de cambio. Los bancos universales, los bancos comerciales, las entidades de ahorro y préstamo y las casas de cambio podrán dedicarse a realizar operaciones de corretaje o intermediación en el mercado de divisas y anunciar esta actividad.

Regula la LGPLIF a los operadores cambiarios fronterizos quienes tienen por objeto la realización de operaciones de compra y venta de divisas en efectivo y otras operaciones cambiarias compatibles con su naturaleza, autorizadas por el Banco Central de Venezuela en las zonas fronterizas terrestres. Tales actividades no pueden realizarse en las regiones insulares. El Banco Central de Venezuela, asigna el cupo para actuar como operadores cambiarios fronterizos en cada localidad de las zonas fronterizas. La autorización de funcionamiento como operadores cambiarios fronterizos la expide el Banco Central de Venezuela, previa evaluación de las solicitudes y documentación y opinión de la SUDEBAN.

La práctica de las actividades propias de las Casas de Cambio o de los Operadores cambiarios sin estar autorizados constituye esta modalidad de conducta.

4.1.1.4 *Captación habitual de recursos*

Para Antonio Cancino captar dineros del público significa incorporar, coger, recibir caudales provenientes de un conglomerado de ciudadanos. En la captación de recursos (operaciones pasivas) la habitualidad es exigida como elemento del tipo. La ley no señala qué debe entenderse por habitualidad ni cuántos actos harían habitual la captación, sin embargo, por habitualidad debe entenderse “costumbre”, “regla”, “práctica”.

En la legislación colombiana se utilizaba la expresión masiva y habitual en el Decreto 2920 de 1982 al establecer en el artículo 20: “Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente incurrirá en prisión de 2 a 6 años” En Colombia se definió la habitualidad y forma masiva a través del Decreto 3227 de 1982, de fecha el 12 de noviembre de 1982, al establecer:

Artículo 1º.- Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones contraídas con más de 20 personas, diferentes de las señaladas en el párrafo de este artículo, o por más de 50 obligaciones, siempre y cuando se presente una cualquiera de las siguientes condiciones:

1. Que el valor total de dichas obligaciones, en uno u otro caso, sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona.
2. Que estas situaciones de endeudamiento hayan sido resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

Parágrafo. Por pasivo con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquier otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios. No se computarán dentro de tal monto los dineros recibidos de los socios, sean personas jurídicas o naturales, o del cónyuge o los parientes hasta el 4º grado de consanguinidad, 2º de afinidad y único civil o de las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982.

Esta fórmula aparentemente no dio resultado en Colombia, pues refieren los autores que se ingeniaron nuevos mecanismos para evadir las limitaciones legales, tal como acudir a la interpuesta persona o a la figura del mandato. Para Hernández Quintero el señalar una cantidad de operaciones como límite para la concreción del hecho punible, la norma seguirá siendo antitécnica y permitirá que se burlen sus controles a través de sofisticados mecanismos que a diario ingenian quienes buscan utilizar el sector financiero como medio de enriquecimiento. Estima el autor que sería más afortunado utilizar la fórmula de sancionar a quienes ejerzan, sin autorización legal la actividad financiera, teniendo a su vez el hecho como delito de estafa, cuando de dicha gestión irregular, se derive perjuicio para el Estado o los particulares.¹⁴

La anterior ha sido la fórmula adoptada por el legislador venezolano dejando a criterio del Juez el establecer cuántos actos configurarían la habitualidad. En la práctica esto no ha presentado mayores dificultades, pues efectuadas las experticias financieras en las que se ha ordenado determinar la composición de la cartera pasiva y activa se observa el volumen de las operaciones, lo cual se adminicula con las declaraciones de las personas que colocaron dineros y permite al juzgador llegar a la conclusión que efectivamente era una práctica captar.

4.1.1.5 *Realizar cualquiera de las actividades expresamente reservadas a las personas sometidas al control de la SUDEBAN*

Encajan en este supuesto la realización de cualquiera de las actividades que corresponde a las arrendadoras financieras o a cualquiera de las personas que nos referimos al hablar de la intermediación financiera.

Ahora bien, escapa al control de SUDEBAN las operaciones realizadas por las empresas reguladas por la Ley de Mercado de Capitales; Ley de Caja de Valores; Ley de Entidades de Inversión Colectiva. Quedan comprendidas dentro de este supuesto las operaciones realizadas por las sociedades de corretaje reguladas por la Ley de Mercado de Capitales y sometidas al control por parte de la Comisión Nacional de Valores, organismo competente para dictar las normas relativas a la inscripción en el registro nacional de valores de la Sociedades o Casas de Corretaje de Títulos Valores y a las actividades de las mismas

¹⁴ Hernández Quintero, Hernando, 1996. *Los Delitos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*. Santafé de Bogotá. Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Las sociedades de corretaje podrán realizar todas aquellas operaciones de intermediación con títulos valores y actividades conexas, que correspondan a las personas naturales o sociedades en nombre colectivo autorizados para actuar como corredores públicos de títulos valores que les faculta la Ley de Mercado de Capitales, mas no podrán realizar otras de especie distinta según la prohibición contenida en el artículo 30 de las referidas normas.

No obstante la prohibición anterior, las sociedades de corretaje ofrecen al público la venta de títulos emitidos o avalados por la Nación y acciones las que se adquiere por montos mínimos que suponen no la venta de esos títulos sino de participaciones de los mismos, lo cual podría equivaler a una captación de recursos de los pequeños ahorristas a través de estas sociedades de corretaje.

A través de las operaciones de administración de carteras de inversión se observan ciertas prácticas que pudieran ser constitutivas de una operación financiera que está reservada a los Bancos de Inversión como es la venta de participaciones. En efecto el artículo 10, numeral 9 de las Normas Relativas a la Inscripción en el Registro Nacional de Valores de las Sociedades o Casas de Corretaje de Títulos Valores y las actividades de las mismas se establece que los servicios de Administración de Cartera podrán tener por objeto participaciones en algún título de renta fija identificado de manera pormenorizada con vencimiento o redención de un plazo no mayor de un año, siempre cuando dichos títulos correspondan a una de las categorías enumeradas en el citado artículo.

Lo previsto en la citada norma ha sido entendido por algunos que las sociedades de corretaje puedan emitir participaciones, operación que es propia de los Fondos de Mercado Monetario, lo cual no es permisible y por ello podría ser constitutivo del delito de intermediación financiera ilícita, pues los Bancos de Inversión son Instituciones Financieras que tienen por objeto vender al público títulos o valores, así como los derechos y participaciones sobre los mismos.

A través de los contratos de administración de cartera de inversiones se pueden realizar operaciones de captación de fondos que serían constitutivas del delito de captación de recursos de manera habitual sin estar autorizados en el caso que se logre demostrar que no es la típica administración de cartera de inversión.

Los bancos, entidades de ahorro y préstamo e instituciones financieras con capital extranjero, así como las sucursales de bancos e instituciones financieras extranjeros establecidos en el país, están sometidos a las mismas normas

previstas en la LGBYIF para los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras nacionales y para realizar operaciones como condición indispensable deben estar autorizados por la SUDEBAN, oída la opinión del Banco Central de Venezuela.

Los bancos e instituciones financieras extranjeros no domiciliados en el país, únicamente podrán actuar a través de bancos y demás instituciones financieras establecidos o domiciliados en Venezuela, o por intermedio de las oficinas de representación que no podrán recibir ni directa ni indirectamente por cuenta propia o ajena, depósitos de ninguna clase, ni intervenir en la realización de operaciones pasivas que impliquen captación de recursos del público, a cuyo efecto deberán abstenerse de proporcionar información o de efectuar gestión o trámite alguno relacionado con este tipo de operaciones. El incurrir en este tipo de operaciones será considerado como falta grave, conforme a lo previsto en el artículo 420 de la LGBYIF, y constituye además el delito en estudio.

Sólo las empresas autorizadas conforme a la LGBYIF ninguna persona natural o jurídica podrá utilizar en su denominación, lemas comerciales, marcas o documentación ordinaria o comercial, las palabras “Banco”, “Banco Comercial”, “Banco Hipotecario”, “Banco Universal”, “Banco Múltiple”, “Banco de Inversión”, “Banco de Desarrollo”, “Banco de Segundo Piso”, “Institución o Sociedad Financiera”, “Entidad de Ahorro y Préstamo”, “Grupo o Consorcio Financiero”, “Arrendadora Financiera”, “Fondo de Participaciones”, “Casa de Cambio”, “Operador Cambiario Fronterizo”, “Instituto de Crédito”, “Emisora de Tarjeta de Crédito” o términos afines o derivados de dichas palabras, o abreviaturas, o equivalentes en su traducción a otros idiomas distintos al castellano.

Como se aprecia en la norma en estudio se describen varias acciones típicas cuya denominación *iure* abarca una sola de ellas. En cuanto a los medios de comisión se trata de un delito de medios resultativos. Algunos autores no consideran a la publicidad y otros medios para la captación de clientes como medios de comisión sino como actos preparatorios, no atribuyendo el carácter de actos ejecutivos por ubicarlo como tipo penal de mera conducta en cuanto a las modalidades de la acción.¹⁵ Del examen anterior podemos precisar que serían actos constitutivos del delito descrito en el artículo 430 de la LGBYIF los siguientes:

¹⁵ Martínez Campo, Tadeo, 2002. *Ob. Cit.* p. 243.

- Realizar las operaciones propias de los Bancos y Otras Instituciones Financieras, sin estar autorizado por la SIBYOIF;
- Realizar operaciones de crédito que escapen a los supuestos del artículo 4 de la LGBYIF.
- Realizar las operaciones que corresponden a las Casas de Cambios y a los operadores cambiarios fronterizos sin cumplir con las formalidades establecidas en la LGBYIF.
- Realizar operaciones de mesa de dinero sin estar autorizado por la SIBYOIF;
- Captar recursos de manera habitual sin estar autorizado por la SIBYOIF;
- Realizar operaciones propias de las instituciones reguladas por la LGBYIF sin estar autorizado por la SIBYOIF;
- Realizar operaciones de préstamo de manera regular o habitual con recursos que no son propios;
- Realizar las sociedades de corretaje operaciones que no les están facultadas en la Ley de Mercado de Capitales que impliquen captación de recursos.

En cuanto a las operaciones crediticias efectuadas por las Cajas de Ahorros de Trabajadores y otras Cooperativas, siempre que la captación se efectúe de sus asociados y los préstamos se otorguen a éstos, no queda configurado el delito.

4.1.2 *Objeto material*

En este delito el objeto material de la acción típica, cuando se trata de la modalidad de “captación” es de carácter real y corresponde al dinero que se capta sin estar autorizado por la autoridad competente.¹⁶

4.1.3 *Sujetos de la relación típica*

4.1.3.1 *Sujeto activo*

¹⁶ Martínez Campo y Vera Mariana sostienen que en este delito no hay objeto material por tratarse de un delito de mera conducta o formal, en el sentido que la conducta no implica una lesión al objeto jurídico, por ponerlo solamente en peligro. *Ob. Cit.* p. 242.

Cualquier persona, sea natural o jurídica, en este caso sus representantes legales, administradores o accionistas que efectivamente desarrollen la conducta a la cual se refiere la norma. En efecto, se trata de un delito que puede ser cometido por cualquier persona (practiquen la intermediación financiera o capten recursos). En cuanto al número de personas que se requiere participen en el hecho, puede ser una sola porque el delito es de carácter monosubjetivo. Cuando la captación se hace en nombre de una persona jurídica los sujetos activos del delito son todas aquellas personas naturales cuya actuación en este sentido imputable a aquélla, de acuerdo a criterios objetivos.

También puede ser sujeto activo de este delito los representantes, directores o administradores de las sociedades de corretaje cuando capten recursos para fines distintos a los que están autorizados.

En la práctica las personas jurídicas que realizan la actividad de intermediación financiera ilícita señalan en su documento constitutivo estatutario un objeto social muy amplio y algunos llegan a indicar la expresión “intermediación financiera” y aunque no lo señalen expresamente la SUDEBAN tiene facultad para calificar estas operaciones.

En el artículo 413 de la LGBYIF se establece como falta contra la confianza pública, el uso y aprovechamiento de las denominaciones y operaciones de intermediación financiera, que se sanciona con multa desde el cero coma uno por ciento (0,1%) hasta el cero coma cinco por ciento (0,5%) del capital mínimo exigido a los bancos universales, a quienes:

1. Quienes usen en su firma, razón social, marca, lema o denominación comercial las palabras “Banco”, “Banco Comercial”, “Banco Hipotecario”, “Banco Universal”, “Banco Múltiple”, “Banco de Inversión”, “Banco de Desarrollo”, “Banco de Segundo Piso”, “Sociedad o Institución Financiera”, “Grupo o Consorcio Financiero”, “Sociedad de Capitalización”, “Arrendadora Financiera”, “Fondo del Mercado Monetario”, “Fondos de Participación”, “Fondo de Activos Líquidos”, “Entidad de Ahorro y Préstamo”, “Casa de Cambio”, “Instituto de Crédito”, “Emisora de Tarjeta de Crédito”, y “Operadores Cambiarios Fronterizos”, o términos afines o derivados de dichas palabras, o abreviaturas o equivalentes en su traducción a otros idiomas distintos al castellano, sin estar autorizados para ello de acuerdo con la LGBYIF, sin perjuicio que se tomen las medidas que sean procedentes.

2. Los que sin utilizar los nombres mencionados anteriormente induzcan al público, por medios directos o indirectos, a considerarlos como intermediarios financieros.
3. Quienes realicen operaciones de intermediación, sin tener el permiso para ello, sin perjuicio de otras acciones legales que correspondan.
4. Los que utilicen información privilegiada en su propio provecho o de terceros.

Las Notarías y las distintas oficinas de Registros Subalternos, Mercantiles y de la Propiedad Industrial, se abstendrán de autenticar o registrar cualquier nombre, marca, lema comercial o logotipo que contenga alguna de las expresiones antes señaladas, salvo que la solicitud provenga de alguna de las instituciones o empresas debidamente autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

En caso de duda acerca de la naturaleza de las operaciones que realice cualquier empresa o institución financiera, es potestad de la Superintendencia de Bancos decidir si dichas operaciones están sometidas al régimen de la Ley o si tales operaciones son compatibles con la naturaleza u objeto de la entidad que las realiza. En caso de incompatibilidad con la naturaleza del objeto puede suspender las operaciones y además puede adoptar las medidas que sean necesarias para el resguardo de los intereses del público y del sistema financiero en general.

En cuanto a si las personas que acuden a colocar sus recursos en una institución que practica ilícitamente la intermediación financiera, participa en el delito. Jorge Pinzón y Fernando Carrillo, en su trabajo *Sector financiero y delincuencia económica*, al respecto señalan:

En relación con el auge del mercado extrabancario, hay que insistir en la importancia que tiene la actitud complaciente del público en general. Estrictamente hablando, en la segunda hipótesis del decreto reglamentario, no se pueden “captar” dineros del público sin que la oferta prevista en el Art. 1º del Decreto 3227 de 1982 haya sido aceptada por un tercero que, consecuentemente, haga entrega de su dinero. Así las cosas, el carácter de cómplice (CP, Art. 24) de quienes acuden al mercado extrabancario es indiscutible, pues es indudable su contribución necesaria en la realización de un hecho punible imposible de ejecutar sin su acción. Que no se diga que quien confía

sus dineros a uno de esos sujetos que antes llamaban “usureros” y que hoy son mirados hasta con cierta simpatía, es una “víctima”; en los casos en los cuales resulta defraudado ello puede deberse a la comisión de otro tipo de delitos (estafas, etc.), pero por lo general obedece a la consumación del riesgo que se corre al buscar afanosamente rendimientos excesivamente elevados. No puede olvidarse que el sujeto pasivo de esta clase de delitos es la sociedad entera y que el bien jurídico tutelado a través de la protección penal de la confianza en el sistema financiero es el orden económico social, el cual resulta seriamente lesionado cuando se sustraen de los canales regularizados a través de disposiciones sobre inversiones forzosas, encajes, etc., ingentes sumas de dinero que podrían cumplir con una función social a la vez que suministrar un rendimiento a sus dueños, en vez de servir únicamente para satisfacer afanes especulativos propios de una sociedad consumista. Naturalmente que lo dicho en buena parte queda convertido en una especie de admonición moral, pues dado el carácter doloso de esta clase de ilícitos, es sumamente difícil la comprobación plena de la culpabilidad a título de dolo en una de esas respetables personas que viven de colocar sus herencias y pensiones en el mercado extrabancario, dificultad técnica que se presenta en un ambiente social que por muy variadas razones resulta favorable a la realización de tales prácticas.¹⁷

Compartimos parcialmente el criterio expuesto en cuanto a que se requiere la conducta del cliente que acude a la mesa de dinero ilícita a colocar. Ahora bien, estas personas son quienes resultan directamente afectadas en su patrimonio al no estar amparadas esas captaciones por el Fondo de Garantías y Depósitos Bancarios y puede entrar en algunos casos en concurso real con el delito de estafa, estimamos que se trataría en estos casos más de una especie delictiva de encuentro que una forma de coparticipación en el delito.

4.1.3.2 *Sujeto pasivo*

Partiendo del bien jurídico tutelado en este delito en el que se lesiona el orden económico el sujeto pasivo es el Estado en el entendido que éste es el

¹⁷ Pinzón Jorge, 1985. *Sector Financiero y Delincuencia Económica*. Santafé de Bogotá . Colombia. Editorial Temis. pp. 249-250.

¹⁸ Martínez Campo, Tadeo, 2002, *Ob. Cit.* p. 242.

titular del bien jurídico que se pretende tutelar. Se sanciona el ejercicio ilegal de la actividad financiera para evitar que personas no autorizadas intervengan en el negocio de la intermediación financiera, pudiendo realizar operaciones que no están sujetas al control, vigilancia, inspección y supervisión de la Superintendencia de Bancos a los fines de evitar la concentración crediticia y controlar la situación patrimonial del captador y por la otra en lo que respecta a las operaciones pasivas no están amparadas por FOGADE. Martínez y Vera señalan que el sujeto pasivo es la comunidad lo que derivan del carácter colectivo y genérico del bien jurídico.¹⁸

Entre nosotros no existe antecedente jurisprudencial en el que se haya señalado de manera expresa que el sujeto pasivo en este delito es el Estado. Cuando se emitieron los pronunciamientos durante la crisis bancaria de 1994, se ha omitió la expresión que es utilizada en forma sacramental por los Tribunales en “agravio o perjuicio de...”. Tal omisión obedece a la duda que nace en mente del juzgador de quien es el verdadero agraviado, que no lo es la institución financiera en sí, cuando su infraestructura fue utilizada para realizar operaciones de mesa de dinero o de la banca *off shore* que le resulta vinculada, que sí lo es el ahorrista que colocó sus dineros y no le fueron devueltos y no resultó protegido por FOGADE, pero que no lo es el ahorrista que fue honrado, y, sin embargo, subsiste el delito.

Sobre este particular Hernández Quintero cita sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 5 de mayo de 1993 en la que señala, “Por sujeto pasivo debe entenderse el titular del bien jurídico ofendido, esto no quiere decir que puedan identificarse el sujeto pasivo de un delito con el perjudicado por ese delito. Se puede ser ofendido sin ser perjudicado”. Finalmente el autor concluye, que si el permiso y el posterior control de la Superintendencia Bancaria tiene por objeto preservar el sistema financiero y darle seguridad a los ahorradores, lógico es que cuando se infringe el mandato, es el Estado el sujeto pasivo de la infracción; y cuando ese comportamiento ilegal, causa baja patrimonial a los particulares, son ellos los perjudicados y por ende, tienen derecho al resarcimiento. Conclusión a la que se llega incluso, siguiendo un elemental principio de equidad y de justicia.¹⁹

4.1.4 Elemento normativo

¹⁹ Hernández Quintero, Hernando, 1996. *Los Delitos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*. Santafé de Bogotá. Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. pp. 133-134.

El tipo contiene otro elemento normativo referido también a la acción, relativo a la autorización expedida por la autoridad competente.

El otro elemento esencial del tipo, está dado por la ausencia de autorización para realizar actividades de intermediación financiera. En el delito de intermediación financiera ilícita la falta de autorización es un elemento típico formulado negativamente, porque naturalmente el ejercicio autorizado de la intermediación financiera no da lugar a tipo delictivo alguno y esa autorización sirve para controlar una conducta generalmente adecuada. La autoridad competente para conceder dichas autorización es la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras a tenor de lo previsto en diversas disposiciones de la LGBYOIF, según el tipo de banco o institución financieras de que se trate y por eso se entiende que hay intermediación financiera ilícita si se desarrollan operaciones activas y pasivas sin que medie esta autorización.

La intermediación financiera sólo puede ser realizada por las instituciones que hayan sido previamente autorizados por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SIBYOIF), tal limitación tiende a restringir y controlar la expansión de un mercado extrabancario no regido por la LGBYOIF ni sometido al control, vigilancia y supervisión de la SIBYOIF.

El elemento de prueba básico a los efectos de la comprobación de la materialidad delictiva es la ausencia de existencia de un Acto Administrativo emanado de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras que autorice la realización de operaciones de intermediación financiera. En los casos de las Casas de Cambio y Operadores Cambiarios Fronterizos se requiere además la ausencia de la autorización que le corresponde emitir al Banco Central de Venezuela. Debe comprobarse también la realización de las operaciones pasivas como de las operaciones activas.

4.1.5 *Tipo subjetivo*

En cuanto al tipo subjetivo²⁰ el delito de captación indebida constituye un tipo eminentemente doloso, por ello la acción típica castigada es la que se realiza a sabiendas que la actividad está reservada a los bancos, instituciones

²⁰ El tipo subjetivo es el conjunto de circunstancias internas o subjetivas. El tipo objetivo es el objeto en que se proyecta el tipo subjetivo, o bien es la representación externa y anticipada del dolo e imprudencia. Ej. En el 407 del CP la acción típica castigada no es matar, sino matar a otro intencionalmente.

²¹ Quintero, Jesús Ramón. *Ob. Cit.* p. 21.

financieras u otras empresas reguladas por la LGBYIF y sometidas a la inspección, vigilancia y supervisión de LA SUDEBAN y que esas actividades se realizan sin la autorización de la autoridad competente.

Serían demostrativas de la configuración del tipo subjetivo la realización de actividades de administración, dirección y gestión de la empresa, fijar las políticas crediticias o de tasas de cambio, aprobar los instrumentos de captación a ofrecer, fijar sus tasas, fijar la política crediticia, intervenir en las operaciones crediticias o cambiarias, en fin, cualquier otra circunstancia que demuestre el despliegue de la conducta típica a que se refiere el artículo 430 de la LGBYIF.

Para Jesús Ramón Quintero, la responsabilidad penal queda comprometida, en este tipo delictivo en todos los casos que el sujeto participe en la captación habitual de recursos con la finalidad de otorgar créditos o financiamiento o con el objeto de realizar inversiones, salvo que su realización se encuentre autorizada de conformidad con la ley, y aun en el caso de simple captación habitual de recursos del público.²¹ (1996:21).

5. CONCURSO

El delito de intermediación financiera ilícita puede concurrir con los siguientes delitos:

1. Falsedad documental cuando el captador falsifica la autorización de funcionamiento que expide la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras o la que le corresponde al Banco Central de Venezuela.
2. Uso de documento falso si el captador se limita a usar la autorización de funcionamiento y no ha participado en la falsificación.
3. Estafa, si el ahorrista entrega el dinero inducido por el supuesto permiso, o por otras acciones que lo llevan al error o a mantenerse en él.

El delito de estafa no queda excluido cuando se configura el de intermediación financiera ilícita, pues este delito protege la actividad financiera dentro de los marcos establecidos por el Estado, mientras que la estafa guarda relación con la protección al patrimonio del individuo del cual es desposeído a través de la inducción o la permanencia engañosa en el error al que lo lleva el beneficiario de tal menoscabo de la propiedad.²²

4. Las mesas de dinero no autorizadas pueden ser utilizadas como vehículo para realizar las llamadas operaciones de maquillaje de balances que configurarían el tipo descrito en el artículo 435 de la LGBYOIF.

5. Puede concurrir el delito en estudio con el delito de APROVECHAMIENTO O DISTRACCIÓN FRAUDULENTE DE FONDOS PÚBLICOS previsto y sancionado en el artículo 74 de la Ley Contra la Corrupción cuando se celebra un

²¹ Hernández Quintero, Hernando. *Op. Cit.* p. 145.

²² Hernández Quintero, Hernando. *Op. Cit.* p. 145.

Situación actual de los delitos de naturaleza sexual en la legislación penal venezolana

Jesús Enrique RINCÓN RINCÓN*

Sumario:

Introducción: Consideraciones preliminares

- 1. Diferentes denominaciones y tratamiento que se le han dado a estos delitos en el Derecho Comparado (20 países): Alemania, Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, España, Holanda, Italia, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Puerto Rico y Uruguay.**

* **La Universidad del Zulia**, Abogado, Doctor en Derecho, Mención Máxima Calificación, Mención Publicación de 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 (hasta 2001). **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.

2. **La situación en Venezuela: El Código Penal. Las leyes especiales. La Constitución de 1999.**
3. **Bienes jurídicos tutelados. La libertad sexual. La indemnidad sexual. Los casos donde las víctimas son niñas, niños o adolescentes.**
4. **Sujetos activos y pasivos.**
5. **Tendencias actuales.**

Recomendaciones y conclusiones

INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El Código Penal venezolano vigente,¹ por ser, como afirman los catedráticos Tulio Chiossone, José Rafael Mendoza Troconis, Hernando Grisanti Aveledo y Alberto Arteaga Sánchez, un Código Penal de marcado corte clásico e inspirado en concepciones liberales,² contiene a los delitos de naturaleza sexual enmarcados en el Título VIII, con la tradicional denominación de “*Delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias*”. Los Códigos Penales promulgados en las últimas décadas han estado cambiando y modernizando esta denominación, lo que no necesariamente significa que no haya que tomar en cuenta y proteger a “las buenas costumbres” y al “buen orden de las familias”, especialmente en el caso venezolano, cuya avanzada y moderna Constitución de 1999 hace algunas menciones de estos valores, como es el caso del artículo 59 (relativo a la libertad de religión y de cultos), donde se señala la siguiente limitante a dicha libertad: “siempre que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público”.³ El Profesor Zaffaroni, en una exposición realizada el 23 de

¹ Recientemente reformado parcialmente, según *Gaceta Oficial N° 5.763 Extraordinario*, de fecha 16 de marzo de 2005. El texto íntegro de dicha Reforma tuvo que ser reimpreso en fecha 13 de abril de 2005, en la *Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario*, para subsanar errores materiales que se detectaron, especialmente en relación con las remisiones a otros artículos. Lógicamente, será a este último texto al que me referiré.

² Chiossone, Tulio. *Manual de Derecho Penal Venezolano*. Imprenta Universitaria. UCV. Caracas. 1972. pp. 29-32. Mendoza, José Rafael. *Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General*. Tomo I. 4ª ed., Empresas El Cojo. Caracas. 1963. p. 132. Grisanti Aveledo, Hernando. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Vadell Hnos. Ed. Valencia, 1999, pp. 9-13. Arteaga Sánchez, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*. 9ª Ed. McGraw Hill. Caracas. 2001. p. 14. Los Profesores Doctores Tulio Chiossone y José Rafael Mendoza Troconis ya fallecieron, el primero el 26-12-01 y el segundo el 24-01-77.

³ *Gaceta Oficial N° 36.860* del 30 de diciembre de 1999. El maestro Chiossone considera que no existe relación entre el Derecho Penal y la moral, pero admite que sí la hay con la ética, afirmando que “la ley no es otra cosa que la consagración de un principio ético acogido por la sociedad para su convivencia”. *Ob. Cit.* p. 22. Por otro lado, el Código Orgánico Procesal Penal permite que el juicio oral no sea público cuando se afecte o perturbe el “pudor” o las “buenas costumbres” (Art. 333).

febrero de 1999 en México, nos recordaba lo importante que es el rescatar las virtudes ciudadanas y familiares, el mantener el orden y el respeto entre las personas, el incentivar la educación, el respetar la proporcionalidad de las penas, el impedir la proliferación de los vicios y, sobre todo, el retornar a las buenas costumbres de antaño, específicamente mencionó lo siguiente:

La proporción no siempre es respetada por las leyes romanas y se penan con la muerte la mayoría de los delitos expiados. Este desorden nació con la corrupción de las costumbres y del Estado. En los días mejores de Roma se guardaba más exactamente la proporción de las penas, pero habiéndose perdido la virtud, extinguido el amor al bien público, descuidado la educación pública y, por ende, corrompido las costumbres, crecieron los delitos que se multiplicaron siempre en razón de los vicios. Las penas que contenían en un tiempo a los ciudadanos virtuosos no podían por cierto contener a los hombres corruptos. No se ofrecía entonces otro remedio para los desórdenes públicos que aumentar las penas, puesto que no se podía o no se quería adoptar el verdadero remedio, que era el restablecimiento del antiguo sistema y la vuelta a las buenas costumbres. Por ende, la sangre que expiaba en un tiempo los delitos más atroces se vertió para punir las faltas menos graves.⁴

Por otro lado, 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 violación, es decir, que no estén subsumidas dentro de ese delito. En el actual Código Penal (Art. 379), 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 hubiese 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

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal*, en *NDP Nueva Doctrina Penal*. Ed. del Puerto. Buenos Aires. 1999. p. III.

autoridad tutelar o de funciones públicas”. 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 (física, psicológica, moral, 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,⁵ 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 aun más con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) de 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”. Por otro 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 aquella 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,⁶ facilitan-

⁵ 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.

⁶ Artículo 25 del COPP. Promulgado en 1998, modificado en el 2000 y en el 2001 (G.O. 5558 del 14-11-01)

do de esta manera la persecución penal. En otros países, como el caso de Perú, se ha avanzado incluso más, 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*.⁷ Igual hizo Colombia, cuyo artículo 35 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 del 2000) no incluye a estos delitos como de acción privada (querrela de parte) sino que los considera *perseguidos de oficio* (de acción pública). Es necesario, a mi juicio, que se 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 sea de acción pública para unos y de instancia privada para otros, a veces por una diferencia de un día en la edad, violándose así el principio de la igualdad ante la ley, ya que ciertos delitos, como la violación, deben ser de acción pública para todos, sean o no menores de edad las víctimas. Lamentablemente se perdió una buena oportunidad para hacerlo dentro de la reforma del Código Penal del 16-03-2005.

Los delitos de naturaleza sexual muchas veces comienzan con simples faltas de respeto y de consideración, especialmente hacia los derechos de las mujeres, de los niños y de los menores, generalmente permitidos y alentados por concepciones machistas. En ocasiones son utilizados estos delitos como formas de intimidar y aterrorizar a comunidades enteras de personas, para dominarlas, hacerlas obedecer y hasta esclavizar, sobre todo durante los conflictos bélicos. Por ello, algunas de esas conductas han sido incluidas como delitos por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.⁸ Por otra parte, estos delitos casi no son denunciados, la cifra “negra” es una de las más altas, si es que no es la mayor, las estadísticas más serias estiman que, a lo sumo, sólo se denun-

⁷ *Compendio de Legislación Penal. Código Penal (y otros). Jurisprudencia*. Ed. Normas Legales. Trujillo (Perú). 2001. 633 páginas.

⁸ El Estatuto de Roma, suscrito y ratificado por Venezuela, tipifica en el apartado g) del párrafo 1 del artículo 7° como “*Crímenes de Lesa Humanidad*”, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, a “los delitos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”. Estos mismos actos están tipificados como “Crímenes de Guerra” en el apartado b) número xxii del párrafo 2 del artículo 8°, “cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”. Ambos, Kai y otros. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999. 512 páginas. Ver igualmente los Informes sobre esta materia presentados a la Comisión Mixta por el Doctor Fernando M. Fernández.

cian alrededor del 10% de los casos que realmente ocurren ¿las razones de ello? Una es que estos delitos son perpetrados generalmente en sitios cerrados, aislados o solitarios, fuera de la vista de otras personas, es decir, sin testigos, y, en ocasiones, sin dejar la más mínima huella en el cuerpo de la víctima. Además, estos delitos son cometidos con todas las circunstancias a favor del delincuente, entre ellas: el elemento sorpresa acompañado del uso de violencia física, verbal, psicológica y moral, así como de la amenaza de causarle males aún mayores a la desvalida víctima, incluso la muerte. Con todos los elementos favorables al agresor y todas las circunstancias en contra de la víctima, es muy difícil que ésta se anime a denunciar el hecho. Por otra parte, la vergüenza natural que siente la víctima por haber resultado agredida en este tipo de delito, la humillación adicional a que va a ser sometida la persona agraviada por parte de las autoridades, especialmente de las policiales, sobre todo durante los interrogatorios y los exámenes de las partes íntimas de que son objeto, que a veces, al ser torpemente realizados, casi se convierten en otra violación, desaniman a las víctimas. También influyen negativamente la incertidumbre y el temor que tiene la víctima de que no le crean, de que se burlen e irrespeten o de que la señalen, lo que le agregaría aun mayor ignominia al ya de por sí repugnante hecho. Desaniman también las trabas burocráticas y procedimentales que entorpecen la investigación y la persecución del delito, las escasas posibilidades de conseguir demostrar y probar el hecho punible y, en consecuencia, de lograr una sanción para el agresor, aunado a la poca confianza que se tiene del sistema policial y judicial, todo lo cual ocasiona un sentimiento de impotencia en la víctima y en sus familiares, sumado al hecho de que muchas personas les recomienden dejar eso así, no “empeorar las cosas”, cuidar su buen nombre y reputación, ya que nada van a lograr ocurriendo a la justicia y divulgando aún más el hecho. Por otro lado, estos delitos son cometidos en una gran proporción por familiares, allegados, amigos o conocidos de la víctima,⁹ algunas de ellas de insospechable conducta y trayectoria, sin antecedentes conocidos, lo que hace más difícil y traumática tanto la denuncia como la realización de un proceso, y aún más la obtención de una condena. Ejemplo de ello son los cada vez más numerosos casos, de sacerdotes e integrantes de órdenes religiosas imputados y condenados como autores de estos delitos.

⁹ Los índices cambian de un país a otro, pero oscilan entre un 60 y un 80% de los casos en que el agresor es un familiar o un allegado de la víctima.

Por otra parte, es necesario implementar medidas para atender inmediata y adecuadamente a la víctima, desde el primer momento en que se tenga conocimiento del hecho, con unos funcionarios policiales y unos Fiscales del Ministerio Público debidamente entrenados y preparados para tratar este tipo de delitos, preferiblemente a través de departamentos integrados primordialmente por personal femenino, que puedan comprender a la víctima y crear una atmósfera más adecuada, un ambiente lo más propicio posible para sacarle el mayor provecho tanto a los exámenes rutinarios que haya que hacerle a la víctima (de la vestimenta, físico general, del himen, de la vagina, del ano, de la boca, etc.), como a las entrevistas e interrogatorios a que haya que someterla, sobre todo cuando se trate de niños, para poder obtener los elementos de convicción y las pruebas necesarias que garanticen la merecida condena de los autores y partícipes del hecho punible, antes de que desaparezca la evidencia. Todo ello ayudaría a incrementar las posibilidades de que se realice el proceso, triunfe la justicia y se evite la altísima impunidad que actualmente existe en relación con estos delitos. Mención especial y reconocimiento general en este sentido merece la iniciativa de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, al crear en octubre de 2002 la *Fundación para la Protección a las Víctimas de la Criminalidad Común (Fundaprovic)*, institución civil sin fines de lucro que brinda ayuda gratuita a las víctimas de la criminalidad común, pero muy especialmente a las mujeres violadas y a los niños huérfanos cuyos padres hayan muerto por causa de tal criminalidad. La ayuda es primordialmente en los ámbitos psicológico, legal y médico, y es prestada por personal voluntario ajeno al Máximo Tribunal, sin intervención alguna en los procesos judiciales que se sigan por esos delitos.¹⁰ Se cumple así, al menos en parte, con lo dispuesto en el último aparte del artículo 30 de la Constitución Nacional de 1999.

Los delitos sexuales pueden traer otras graves consecuencias que afecten aun más a la víctima y a sus familias, como son el embarazo no deseado, las enfermedades graves de transmisión sexual (incluyendo el sida), los trastornos psíquicos y psicológicos, e incluso la muerte, en ocasiones en forma intencional, o como consecuencia de las lesiones recibidas durante el cometimiento del mismo. Los delitos sexuales, y en especial la violación, constituyen manifestaciones intolerables de la agresividad humana, especialmente cuando se trata de abusos contra los niños. Aunque en la mayoría de los casos las víctimas son del sexo femenino, la proporción varía mucho de acuerdo con la edad, así vemos que de los dos a los diez años la proporción entre niñas y niños agredidos

¹⁰ El promotor de esta loable iniciativa fue, el en ese entonces, Presidente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros.

sexualmente es similar (alrededor de un 50% cada uno), la diferencia se acentúa de los once a los veintidós años, donde el 91% de las víctimas son mujeres y el 9% son varones, y de los 23 a los 45 años, cuando el 95% de las víctimas son mujeres y el 5% son hombres.¹¹ Por lo general, el agresor es del sexo masculino.

A nivel mundial y durante los últimos 10 años, la criminalidad en general ha aumentado hasta llegar a incrementarse en un 50%, dependiendo del país de que se trate. Sin embargo, en relación a los delitos sexuales la incidencia ha sido muy superior, de alrededor del 80%. La situación es tan grave, que, de acuerdo con un Informe de 1995 del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, un quinto de las mujeres estadounidenses había sido agredida sexualmente antes de los 21 años, y 44% había sido violada o sufrido un intento de violación durante el curso de su vida.¹²

1. DIFERENTES DENOMINACIONES Y TRATAMIENTO QUE SE LE HAN DADO A ESTOS DELITOS EN EL DERECHO COMPARADO¹³

1.1 ALEMANIA: “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL”

A partir del borrador gubernamental de Código Penal (de tono conservador) presentado en 1962 y del proyecto alternativo elaborado por catorce catedráticos de Derecho Penal, que finalmente se impuso, durante el lapso de 1969 a 1998 han sido promulgadas numerosas leyes de reforma del Código Penal (StGB).¹⁴ En relación con los llamados delitos sexuales la Ley de Reforma del

¹¹ Este estudio fue realizado en Córdoba, Argentina, en 1998, sobre 298 casos. Tomado de la obra *Los Delitos Sexuales*, de Leo Julio Lencioni. Ed. Trillas. México. 2002. p. 45.

¹² *Ibid.* p. 43.

¹³ En general: Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal*. Parte Especial. 12ª. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. 1.030 páginas; González de la Vega, Francisco. *De los Delitos Sexuales en General*. Ed. Porrúa. México. 1986. pp. 309 y ss.; Díez Ripollés, José Luis. *El Derecho Penal frente al Sexo*. Ed. Bosch. Barcelona. 1981. pp. 13 y ss.; Fontán Palestra, Carlos. *Delitos Sexuales*. Ed. De Palma. Buenos Aires. 1945. pp. 89 y ss.; Cobo Del Rosal, Manuel, y otros. *Compendio de Derecho Penal Español*. Parte Especial. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2000. 1.237 páginas; Lencioni, Leo Julio. *Los Delitos Sexuales*. Ed. Trillas. México. 2002. 237 páginas; Vázquez Iruzebiets, Carlos. *Nuevo Código Penal Comentado*. Edersa. Madrid. 1996. 874 páginas; Bramont-Arias Torres, Luis Alberto. *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. 4ª Ed. San Marcos. Lima. 1998. 738 páginas. Quintero Olivares, Gonzalo y otros. *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi. Elcano (Navarra). 2001. 1.860 páginas.

¹⁴ Ver el Prólogo del Profesor Claus Roxin a la obra *Código Penal Alemán (StGB) Código Procesal Alemán (StOP)*, de Emilio Eiranova Encinas y otros. Marcial Pons. Madrid. 2000. pp. 16 y ss. Ver igualmente, *Reformas en la Legislación Penal y Procesal* (Alemania) por el Doctor Tonio Walter, en la Revista Penal N° 8 (julio 2001). Ed. La Ley. Publicación semestral de las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla. Sección Sistemas Penales Comparados. pp. 131 y 132.

26-01-98 contempla los siguientes delitos: Abuso sexual del menor confiado en custodia (Art. 174), Abuso sexual de reclusos custodiados por la autoridad o de enfermos en establecimientos (Art. 174 a), Abuso sexual aprovechándose de un puesto administrativo (Art. 174 b), Abuso sexual de niños (Art. 176), Violación (Art. 177), Coacción sexual (Art. 178), Abuso sexual de los incapacitados para resistirse (Art. 179), Fomento de los actos sexuales de menores de edad (Art. 180), Promoción de la prostitución (Art. 180 a), Trata de blancas (Art. 180 b), Proxenetismo (Art. 181 a), Abuso sexual de jóvenes (Art. 182), Actos de exhibicionismo (Art. 183), Provocación de un escándalo público (Art. 183 a), Difusión de publicaciones pornográficas (Art. 184), Ejercicio de la prostitución prohibida (Art. 184 a) y Prostitución peligrosa para la juventud (Art. 184 b). La mayor pena (de hasta 10 años de privación de libertad) la prevé para el delito de “Coacción sexual” (Art. 178), una modalidad de la violación. Sin embargo, el que asesine a otro “por impulso sexual” es castigado con pena privativa de libertad de por vida (Art. 211). En 1969 fueron suprimidos como delitos el adulterio, el bestialismo, la homosexualidad entre adultos y la obtención de relaciones sexuales extramatrimoniales. La homosexualidad masculina fue finalmente suprimida como delito en 1994, manteniéndose únicamente una disposición que prohíbe cualquier abuso sexual contra los menores de 16 años de edad (Art. 182).

Aunque en forma general, el bien jurídico principalmente protegido por el Derecho Penal Alemán en estos delitos es la libertad sexual, sin embargo, también existen tipos penales que protegen adicionalmente otros intereses. En este sentido, Friedrich-Christian Schroeder, citado por el Doctor Jürgen Louis, considera que los delitos relacionados con la actividad sexual se clasifican en seis grupos: delitos contra la libertad sexual en sentido estricto, delitos contra el desarrollo sexual de los jóvenes, abusos de dependencia institucional, molestias sexuales a terceros, promoción y aprovechamiento de la prostitución, y difusión de escritos pornográficos.¹⁵

Actualmente, el Parlamento Federal Alemán se encuentra analizando desde enero del presente año, un proyecto de reforma que pretende mejorar la protección penal de niños y personas minusválidas frente al abuso sexual, mediante la introducción de nuevos tipos penales y de penas más severas, especialmente para castigar el uso de la internet para difundir, adquirir o poseer pornografía

¹⁵ Jürgen Louis. En *Revista Penal* N° 12. Sección Sistemas Penales Comparados. *Delitos contra la libertad sexual*. Ed. La ley. Publicación semestral de las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide (Sevilla). 2003, p. 169.

infantil. Igualmente, en el plano procesal, se plantea también la extensión de la “custodia de seguridad” en relación con los autores de delitos sexuales, para que ésta pueda ser decretada desde el primer delito.¹⁶

1.2 ARGENTINA: “DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL”

El Código Penal data de 1922, reformado por Ley 11.179 promulgada el 21-12-84 y su última modificación fue en 1999, mediante la Ley 25.087, publicada en el Boletín Oficial del 07-03-95, hasta ese momento a estos delitos se les denominaba “delitos contra la honestidad”. La legislación argentina contempla una treintena de delitos dentro de los 15 artículos que constituyen el Título III del Libro Segundo de dicho Código, siendo la figura básica la de “abusar sexualmente”.¹⁷ Entre otros, encontramos tipificados los siguientes delitos: abuso sexual, sometimiento sexual gravemente ultrajante, acceso carnal (violación), abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual (incluido el estupro), la corrupción, la prostitución, las publicaciones, espectáculos y reproducciones pornográficas, exhibiciones obscenas, retención de personas con fines sexuales y la cooperación de personas en delitos contra la integridad sexual. La pena máxima es de 20 años de prisión o reclusión (en caso de violación agravada). El delito de adulterio, cuya supresión había sido propuesta en el Proyecto de Código Penal de 1891, fue finalmente descriminalizado en 1995 mediante la Ley 24.453. Se ha cuestionado la vaguedad e imprecisión de algunos conceptos contenidos en la reforma de 1999, especialmente en relación al término “abuso sexual”, supuestamente como consecuencia de la urgencia o emergencia con que procedió el Congreso Nacional a aprobar dicha reforma. Sin embargo, también se le reconocen algunos aciertos, como la supresión del concepto de “mujer honesta” en el estupro y la reducción de la edad del sujeto pasivo en el delito de promoción o facilitación de la prostitución de menores a 18 años (Art. 125).¹⁸

Estos delitos estuvieron comprendidos inicialmente bajo el título de “De los crímenes y delitos contra la honestidad” (Código Penal de la Provincia de Buenos Aires de 1877); el proyecto de 1881 propuso la denominación de “Violación, estupro, corrupción de menores, rapto, ultrajes públicos a las buenas costumbres”; los Códigos Penales de 1886 y 1903 lo hicieron bajo el epígrafe de

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Niño, Luis Fernando. *Reformas en la Legislación Penal y Procesal (1997-2000)*. En la Sección Sistemas Penales Comparados. Revista Penal N° 8 (julio 2001). Ed. La Ley. Publicación de las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide. p. 136.

¹⁸ Informe del mismo autor pero en la Revista Penal N° 12, p. 176.

“delitos contra la honestidad”; el proyecto de 1891 propuso mantener el mismo título; el proyecto de 1895 propuso que se enmarcaran bajo el nombre de “Delitos contra la honestidad y buenas costumbres”; los proyectos de 1906, 1917 y 1937 recomendaron mantener la denominación de “Delitos contra la honestidad”; el proyecto de 1941 propuso la fórmula “Delitos contra las buenas costumbres”, incluyendo a los delitos contra la libertad sexual, contra el pudor sexual, y contra la libertad y dignidad de las personas; el proyecto de 1951 recomendó se intitularan “De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres”; el proyecto de 1953 propuso el epígrafe de “Delitos contra la honestidad y buenas costumbres”; los proyectos de 1960 y 1979 propusieron que a estos delitos se les comprendiera bajo la rúbrica de “Delitos contra el pudor y la moralidad sexual”.¹⁹

1.3 BRASIL: “DE LOS CRÍMENES CONTRA LAS COSTUMBRES” (*CRIMES CONTRA OS COSTUMES*)²⁰

Estos delitos están previstos en el Título VI de la Parte Especial del Código Penal Brasileño actualmente vigente. Esa Parte fue promulgada en 1940 y se le han efectuado algunas modificaciones, como las establecidas en la Ley 8.072 de 1990, en la Ley 9.281 del 04-06-96 y en la Ley 10.224 de 15-05-01. Desde 1999 se encuentra en el Congreso Nacional un Anteproyecto de Reforma de la Parte Especial que, entre varias innovaciones, plantea cambiar la denominación de estos delitos de “*Crimes contra os costumes*” por “*Crimes contra a dignidade sexual*” (Crímenes contra la dignidad sexual) y donde también se incrementan algunas penas. El Título VI contempla seis Capítulos: De los crímenes contra la libertad sexual; de la seducción y de la corrupción de menores; del rapto; de las disposiciones generales; del lenocinio y del tráfico de mujeres; y del ultraje público al pudor. La legislación brasileña contempla, entre otros, los siguientes delitos: el estupro (violación, Art. 213), el atentado violento al pudor (abuso sexual, Art. 214), la posesión sexual mediante fraude, el atentado al pudor mediante fraude, el asedio sexual (Art. 216-A, artículo nuevo incluido en el 2001), la seducción (Art. 217), el rapto violento (Art. 219), la corrupción de menores, el lenocinio (Art. 227) y el tráfico de mujeres (Art. 231). La pena máxima es la reclusión hasta por 10 años (para el estupro, que es como en Brasil denominan a la violación), sin embargo, en caso de que muera la víctima, la pena podría ser hasta de 25 años.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Ver el Informe de la Profesora Doctora Alice Bianchini en la Revista Penal N° 12. Sección Sistemas Penales Comparados. *Delitos contra la libertad sexual*. Ed. La Ley. Julio 2003, pp. 178-9.

Según la Profesora Alice Bianchini esta legislación está desfasada de la realidad social actual, destacando, *inter alia*, que los principales inconvenientes son: 1.- El mantenimiento de algunas figuras delictivas a pesar de que según las costumbres imperantes ya no constituyen conductas reprobadas, o al menos, no hasta el punto de seguirlas considerando hechos punibles, como es el caso de la “seducción de mujer virgen” (Art. 217) y el “mantenimiento de casa de prostitución” (Art. 229); y 2.- La desproporción existente entre algunas penas que considera son exageradas en relación a la gravedad del delito cometido, especialmente cuando se las compara con las asignadas a delitos de otra índole, como los delitos contra la propiedad, que en algunos casos tienen penas superiores a las asignadas a los delitos sexuales, como es la situación entre el robo y el estupro, cuando muere la víctima. Para la doctrina brasileña, algunos de los delitos sexuales, como el rapto, afectan diversos bienes jurídicos, ya que, además de las buenas costumbres y la libertad individual o sexual, también lesionan la moralidad sexual, la patria potestad, la autoridad tutelar, la honra sexual de la raptada y la organización familiar. La Profesora Bianchini también considera que los delitos contra la libertad sexual deberían estar incluidos dentro del Título que prevé los “delitos contra las personas”, así como que en un estado democrático, pluralista y secular debe respetarse el libre albedrío del comportamiento individual, siempre que los actos no lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos relevantes o la libertad sexual de otro, y que las conductas humanas deben analizarse desde una perspectiva de libertad e igualdad entre los sexos, dejando a un lado la moralidad sexual.

1.4 COLOMBIA: “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES”²¹

En fecha 24 de julio de 2000 se promulgó un nuevo Código Penal mediante Ley 599, que comenzó a regir el 25 de julio de 2001. Ya en 1997 la Ley 369 había cambiado la denominación de estos delitos, de “Delitos contra la libertad y el pudor sexuales” a “Delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana”. Entre los delitos que la legislación colombiana prevé, se encuentran: la violación (distinguiendo varios tipos: el acceso carnal violento del artículo 205 y el

²¹ Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. Informe publicado en La Revista Penal N° 12. Sección Sistemas Penales Comparados. Ed. La Ley. Publicación Semestral de las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide (Sevilla). Julio 2003, pp. 182-6. El Doctor Álvaro Pérez Pinzón es Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

acceso carnal con persona que se encuentre en incapacidad de resistir, o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad psíquica que le impida comprender la relación sexual o dar su consentimiento, del encabezamiento del artículo 207); el acto sexual violento (Art. 206); el acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (único aparte del Art. 207); los actos sexuales abusivos, distinguiendo entre acto carnal abusivo con menor de catorce años (que es en realidad un estupro, Art. 208), los actos sexuales con menor de catorce años (Art. 209) y el acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (Art. 210). Adicionalmente, se tipifica la inducción a la prostitución (Art. 213), el constreñimiento a la prostitución (Art. 214), el estímulo a la prostitución de menores (Art. 217) y la pornografía con menores (Art. 218). La pena máxima es de prisión hasta por 15 años (violación). Este Código Penal, a pesar de haber entrado en vigencia hace apenas dos años, ya ha sufrido algunas modificaciones, los artículos 215 (trata de personas) y 219 (turismo sexual) fueron derogados por la Ley 747 del 19 de julio de 2002, actualmente la “trata de personas” se encuentra tipificada en el artículo 188-A, como uno de los delitos contra la libertad individual y otras garantías, y el “turismo sexual” se haya incorporado en las disposiciones del artículo 188. La mencionada Ley 747 también incorporó un nuevo artículo (el 219B), castigando la omisión de denuncia cuando se utilice menores en la perpetración de alguno de los delitos previstos en ese Capítulo. Por otra parte, el Código Procesal Penal Colombiano no admite en los delitos sexuales ni el desistimiento ni la conciliación (Arts. 37 y 41).

1.5 COSTA RICA: “DELITOS SEXUALES”²²

El Código Penal vigente es la Ley N° 4573 del 4 de marzo de 1970, la cual, en relación con los delitos sexuales, ya había sido modificada por la Ley 7.398 del 3 de mayo de 1994, y más recientemente, por la Ley 7.899 del 3 de agosto de 1999 y por la Ley 8.002 del 8 de junio de 2000. La legislación costarricense contempla, entre otros, los siguientes delitos: el contagio venéreo (Art. 130), la violación simple (Art. 156), la violación calificada (Art. 157), la violación agravada (Art. 158), las relaciones sexuales con personas menores de edad (Estupro, Art. 159), las relaciones sexuales remuneradas con menores de edad (Art.

²² Madrigal Zamora, Roberto. *Reformas en la Legislación Penal y Procesal*. Informe publicado en la Revista Penal N° 8. Sección Sistemas Penales Comparados, p. 147. Ver igualmente el Informe del mismo autor en la Revista Penal N° 12 de Julio de 2003, pp. 186-8. Así como el Informe del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la prevención y el tratamiento del delincuente (ILANUD) en esa misma publicación, pp. 192-6, redactado por el Profesor Doctor Alfredo Chirino Sánchez.

160). También sanciona los abusos contra personas menores de edad e incapaces (Art. 161), abusos sexuales contra personas mayores de edad (Art. 162), el rapto propio (Art. 163), el rapto impropio (Art. 164), así como la corrupción, el proxenetismo, la rufianería, la trata de mujeres y de menores, la sodomía y el incesto (de los artículos 165 a 174), así como la simulación de matrimonio (Art. 178). La pena máxima es de prisión hasta por 18 años en los casos de violaciones calificadas o agravadas.

Por otro parte, el 3 de febrero de 1995 fue promulgada la Ley “Contra el Hostigamiento Sexual en el empleo y la docencia”, (Ley 7.476), la cual prohíbe y sanciona el acoso u hostigamiento sexual como práctica discriminatoria por razón del sexo, contra la dignidad de la mujer y del hombre en las relaciones laborales y de docencia. No obstante que no es una ley penal y que sus sanciones son meramente administrativas (amonestación, suspensión, despido o destitución del cargo, etc.), permite adicionalmente ocurrir a la vía penal, en caso de que los hechos revistan también carácter punible.

1.6 CUBA: “DELITOS CONTRA EL NORMAL DESARROLLO DE LAS RELACIONES SEXUALES Y CONTRA LA FAMILIA, LA INFANCIA Y LA JUVENTUD”²³

El Código Penal Cubano en su Título XI contempla, entre otros, los siguientes delitos: la violación (Art. 298), que castiga con diferentes penas según su gravedad, partiendo de 4 a 10 años de privación de libertad, siguiendo de 7 a 15 años, culminando con sanciones de 15 a 30 años de privación de libertad o hasta con la muerte por fusilamiento, en los casos en que el culpable sea reincidente en ese delito, cause lesiones o enfermedades graves, conozca que es portador de enfermedad de transmisión sexual o perpetre el hecho en una persona menor de 12 años de edad; la pederastía con violencia (Art. 299), que prevé penas que van desde 7 a 15 años de prisión hasta de 15 a 30 años o la muerte, si la víctima es menor de 14 años; los abusos lascivos (Art. 300) son sancionados con multas; el aprovechamiento sexual de la posición o cargo (Art. 301) se castiga con penas de 2 a 5 años de prisión; el ultraje sexual se encuentra en el artículo 303; en el incesto (Art. 304), el ascendiente es castigado con penas de 2 a 5 años, el descendiente con 6 meses a 2 años y los herma-

²³ Fuente: Código Penal Cubano (Ley 62 del 30-12-87), modificado en 1994 por Decreto Ley 150 del 10-06-92, en 1997 por D.L. 175 del 26-06-97 y en 1999 por Ley 87 publicada en G.O. el 15-03-99.

nos con penas de 3 meses a 1 año de prisión; el estupro (Art. 305), la bigamia (Art. 306) y el matrimonio ilegal (Art. 307), son sancionados con penas de 3 meses a 1 año de prisión; la sustitución de un niño por otro (Art. 308) es castigada con pena de 6 meses a 2 años. La corrupción de menores está tipificada en el artículo 310 y prevé penas similares a la violación y la pederastia, de 7 a 15 años, de 20 a 30 o la muerte, cuando se utilice a una persona menor de 16 años, de uno u otro sexo, en el ejercicio de la prostitución o en la práctica de actos de corrupción o pornográficos. También se castiga con pena de 2 a 5 años de prisión, a quien, teniendo conocimiento que un menor de edad sujeto a su potestad, guarda o cuidado, se encuentra ejerciendo la prostitución o consumiendo drogas, lo consienta, no lo impida o no ponga el hecho en conocimiento de las autoridades (Art. 311). La venta y tráfico de menores es sancionada con privación de libertad por un tiempo de 2 a 5 años (Art. 316). Algunos delitos menos graves son sancionados con multas.

1.7 CHILE: “CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS Y CONTRA LA MORALIDAD PÚBLICA”

En relación a estos delitos, el Código Penal (COD-18742) fue modificado el 12 de julio de 1999, mediante la Ley N° 19.617, y, aunque conservó la denominación que tenía el Título, originalmente proveniente del Código Penal Belga de 1867, como señala el Profesor Felipe Caballero Brun, aún así se inspira “en el reconocimiento de la autodeterminación sexual (e indemnidad sexual en algunos supuestos)”,²⁴ como el bien jurídico que fundamenta la intervención penal. Prevé, entre otros, los siguientes delitos: la violación (Art. 361); la violación de impúberes (Art. 362); el estupro (Art. 363); el acceso carnal a menor de 18 años de su mismo sexo (Art. 365);²⁵ el abuso sexual con persona mayor de 12 años (Art. 366); la acción sexual con persona menor de 12 años (366bis); y la corrupción de menores (Art. 366quáter), de la cual prevé varias modalidades, como el realizar acciones de significación sexual ante una persona menor de 12 años, emplear a un menor de 12 años en la producción de material pornográfico, y, bajo ciertas circunstancias, estas mismas acciones, cuando el menor tenga más de 12 años pero menos de 18.

²⁴ Caballero Brun, Felipe. *Problemas en la legislación penal y procesal (1997-2000)*, Sección Sistemas Penales Comparados de la “Revista Penal”, publicación de las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Revista N° 8 (julio 2001) ed. La Ley. p. 142. Ver también la Revista Penal N° 12. Ed. La Ley. Julio de 2003, pp. 180-2.

²⁵ Caballero Brun considera esta figura como extraña y carente de fundamento, donde “no se puede determinar qué es lo protegido y pareciera que la intervención penal se fundamentaría en difusas ideas en torno a una deontológica, autoritaria e incoherente moral sexual”. Ver la Revista Penal N° 12, Ob. Cit. p. 181.

También se sanciona el incesto. La legislación Chilena suprimió el delito de rapto, derogó la regla que consideraba consumado el delito de violación desde que había principio de ejecución y excluyó la relación parental por afinidad en el delito de incesto, manteniéndolo sólo para los casos entre ascendientes o descendientes por consanguinidad o entre hermanos consanguíneos. La pena máxima es presidio mayor en su grado medio (en caso de violación), pudiendo llegar a la pena hasta 20 años de privación de libertad.

1.8 ECUADOR: “DE LOS DELITOS SEXUALES”

El Código Penal ecuatoriano contiene en su Título VIII lo concerniente a estos delitos bajo diversos Capítulos que prevén los delitos de atentados contra el pudor (Arts. del 505 al 508), el estupro (Arts. 509 al 511), la violación (Arts. 512 al 515, incluye también al incesto), el homosexualismo (Art. 516)²⁶ y la bestialidad (Art. 517). Los artículos del 518 al 520 fueron suprimidos y del 521 al 528 fueron sustituidos,²⁷ incorporando en la Ley 106 nuevas figuras delictivas o complementando algunas ya existentes, como el caso del acoso sexual (Art. 7), la Violación (Art. 8, reformando este delito), la agresión sexual (Art. 9), el promover o facilitar la prostitución (Art. 12, proxenetismo), el traslado de personas para ejercer la prostitución (Art. 12), la exposición, venta o entrega de material pornográfico a menores de 14 años (Art. 12, corrupción de menores), el incitar a menor de 14 años a la práctica de actos obscenos (Art. 12), facilitar la entrada a sitios donde se presenten actos obscenos (Art. 12). Se castiga también el rapto (Arts. 529 al 532) y los matrimonios ilegales, como el caso de la bigamia (Art. 533), los matrimonios que no se sujeten a las leyes establecidas (Art. 534), donde se emplee fraude o violencia para burlar las leyes (Art. 535) o se realicen bajo engaño (Art. 536). El adulterio fue suprimido como delito en Ecuador en 1983.²⁸

1.9 ESPAÑA: “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES”

Así se les denomina desde 1999, por modificación del Código Penal de 1995, mediante la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril. Hasta 1989 se titulaban “De-

²⁶ El inciso primero de este artículo fue declarado inconstitucional por Resolución 106-1-97 publicada en el R.O. 203-5, 27-XI-97. En relación con la homosexualidad y el incesto, ver el Informe del Doctor Efraín Torres Chaves, Presidente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Quito, en la Revista Penal N° 12, pp. 188-190.

²⁷ Del 518 al 520 fueron suprimidos por el Art. 20 del D.S. 2636, R.O. 621 del 4-VII-98, y del 521 al 528 fueron sustituidos por el Art. 12 de la Ley 106, R.O. 365, 21-VII-98.

²⁸ Con la derogación de los artículos 503 y 504 del Código Penal por el artículo final del Código de Procedimiento Penal (R.O. 511, 10-VI-83).

litos contra la honestidad” y desde 1995 hasta 1999 “Delitos contra la Libertad sexual”. Entre los delitos contemplados en el Código Penal Español se encuentran: las agresiones sexuales (incluyendo la violación), los abusos sexuales, el acoso sexual, el exhibicionismo y la provocación sexual. La pena máxima es de 15 años de prisión en caso de violación (agresión sexual con acceso carnal o introducción de objeto) con una sola agravante, pero puede ser aumentada hasta 22 años y medio de concurrir dos o más circunstancias calificadoras.

La Ley Orgánica 11/1999 que modificó el Código Penal también tiene tres novedades interesantes: la primera es que en los delitos sexuales relativos a menores los plazos de prescripción no empiezan a correr hasta el día en que la víctima alcance su mayoría de edad. La segunda es que necesariamente se debe de apreciar concurso real entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y las agresiones o abusos sexuales cometidos concretamente sobre la persona que se encuentre en tan lamentable situación. Y la tercera novedad es que se modificaron las reglas sobre competencia extraterritorial, a fin de aplicar igualmente el principio de universalidad a los delitos de corrupción de menores o incapaces, por considerarlos de tanta trascendencia internacional como los delitos relativos a la prostitución, al responder unos y otros a la categoría internacional de explotación de seres humanos. (Ver la Exposición de Motivos de dicha Ley).

También es conveniente señalar que el Código Penal Español establece que para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales sólo se requerirá denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Público, y que cuando la víctima sea un menor de edad, un incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Público. Así mismo, también contiene una disposición que expresamente establece que “en estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase”. (Art. 191.2)

1.10 HOLANDA: “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INTEGRIDAD SEXUAL”²⁹

Estos delitos se encuentran contenidos en el Título XIV del Código Penal holandés bajo el epígrafe “Delitos contra la moral ética”. La legislación prevé,

²⁹ Veldt-Fogliá, Mappie. *Violencia en el Ámbito Doméstico y Familiar*. Revista Penal N° 10 (Julio 2002). Sección Sistemas Penales Comparados. Ed. La Ley. p. 211. Ver también el Informe de la misma autora en la Revista Penal N° 12 de Julio de 2003, donde indica que en Holanda “La violación también incluye el dar un beso con la lengua dentro de la boca de la víctima”, señalando varias jurisprudencias al respecto (HR 21 abril 1998, NJ 1998, 781, con anotación de jdH), en el pie de página N° 4 (p. 192).

entre otros, los siguientes delitos: la violación (Art. 242), la violación de una persona de menos de 12 años (Art. 244), la violación de una persona entre 12 y 16 años si no está casada (Art. 245), el obligar a una persona a soportar actos sexuales (Art. 246), el realizar otros actos sexuales con personas que han perdido el conocimiento, que no pueden reaccionar, que son enfermos mentales o que tienen menos de 16 años (Art. 247), la seducción de un menor (Art. 248a), contacto sexual por dinero con persona de 16 o 17 años (corrupción de menores, Art. 248b), el abuso sexual (no sólo la violación sino también otros tipos de actos sexuales) con un hijo menor, hijastro, menor acogido o con una persona menor que le haya sido confiada para curarlo, abusando también de la autoridad o de la confianza como padre, madre, cuidador, etc. (Art. 249) y el tráfico de personas y la prostitución forzada o no voluntaria (Art. 250a). La pena máxima es de 12 años de prisión en caso de violación. Algunos delitos requieren denuncia de la víctima o de su representante legal. Existe actualmente un proyecto de ley (el N° 27.745), que se espera entre pronto en vigencia porque ya que fue aprobado por una de las Cámaras del Parlamento Holandés, que establece que la denuncia no será necesaria para que el Fiscal persiga un caso.

1.11 ITALIA. “NORMAS CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL”³⁰

El Código Penal Italiano es el llamado “Código Rocco” que data de 1930. Anteriormente los delitos sexuales se encontraban bajo el título de “Delitos contra la moralidad y las buenas costumbres”. Las normas actualmente vigentes fueron establecidas por la Ley N° 66 de 15 de febrero de 1996 y se complementan con la Ley N° 269 de 1998, que contiene las “Normas contra la Explotación de la Prostitución, la Pornografía, el Turismo Sexual en perjuicio de Menores como nuevas formas de Reducción a la Esclavitud”, que tipifica, entre otros, la pedofilia. También contempla la legislación italiana los Delitos contra la Familia, donde encontramos los delitos contra el matrimonio (ej. la bigamia), los delitos contra la moral familiar (ej. el incesto), los delitos contra el estado civil (ej. la alteración del estado civil) y los delitos contra la asistencia familiar (Ej. la violación de las obligaciones de asistencia familiar), además de los no menos tradicionales, violencia sexual, violencia sexual de grupo (Art. 609-*octies*), corrupción de un menor (Art. 600-*quinquies*), actos sexuales con menores (Art. 609-*quater*), reducción a esclavitud (Art. 600), prostitución de menores (Art. 600-*bis*), pornografía infantil (Art. 600-*ter*) y el turismo sexual (Art. 600-*qua-*

³⁰ Pighi, Giuseppe. Informe publicado en la Revista Penal N° 12. *Los delitos contra la libertad sexual*. Sección Sistemas Penales Comparados. Ed. La Ley. Julio de 2003, pp. 196-9.

ter). Se suprimieron los delitos de rapto con fines libidinosos o de matrimonio (incorporado en el delito de secuestro) y la seducción con promesa matrimonial por parte de una persona ya casada.

1.12 MÉXICO. “DELITOS CONTRA LA MORAL PÚBLICA Y LAS BUENAS COSTUMBRES” Y “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL”

El Código Penal Federal de México está vigente desde el 17 de septiembre de 1931, siendo su última reforma de fecha 6 de febrero de 2002, y contempla algunos de los delitos de naturaleza sexual en el Título Octavo y otros en el Título Décimo Quinto. En el Título Octavo, agrupados en el Capítulo I bajo el epígrafe de “ultrajes a la moral pública”, se encuentran los siguientes: la fabricación, reproducción o publicación de material obsceno (ord. I del Art. 200) y la invitación escandalosa a comercio carnal (ord. III del Art. 200); en el Capítulo II bajo la denominación de “corrupción de menores e incapaces, pornografía infantil y prostitución sexual” se hayan el delito de corrupción de menores (Art. 201), el procurar o facilitar pornografía a menores de 18 años (Art. 201 bis) y el promover, facilitar, conseguir o entregar a una persona para que ejerza la prostitución (Art. 205); en el Capítulo III dentro del renglón “trata de personas y lenocinio” aparecen tres modalidades del lenocinio (Arts. 206 y 207) y el comercio carnal de un menor (Art. 208). Por otra parte, el artículo 259 Bis sanciona el asedio sexual. En el Capítulo I del Título Décimo Quinto se castiga el hostigamiento sexual (Art. 260), el abuso sexual (Art. 261), el estupro (Arts. 262 y 263) y la violación (los Arts. 265, 265 bis y 266 prevén cinco modalidades de este delito). El incesto está previsto en el artículo 272, el adulterio en los artículos del 273 al 276 y la bigamia en el 279. La pena máxima normalmente es de 14 años de prisión (para la violación), pero puede ser aumentada hasta 21 años de prisión en ciertos casos de violación agravada.

1.13 NICARAGUA. “LA VIOLACIÓN Y OTRAS AGRESIONES SEXUALES”³¹

El Código Penal fue reformado en relación con los delitos de naturaleza sexual mediante la Ley 150 de 1992, que modificó algunos delitos y creó otros (seducción ilegítima y acoso o chantaje sexual). Esta legislación contempla los siguientes delitos: la violación (Art. 195), el estupro (Art. 196), la seducción ilegítima (Art. 197, denominada también estupro de prevalimiento), el acoso o

³¹ Cuaresma Terán, Sergio J. *Delitos contra la libertad sexual*. Revista Penal N° 12. Sección Sistemas Penales Comparados. Ed. La Ley. Julio de 2003, pp. 200-201.

chantaje sexual (también en el Art. 197), el rapto (Art. 198), el rapto agravado (Art. 199) y los abusos deshonestos (Art. 200). También están tipificados la corrupción, la prostitución, el proxenetismo o rufianería, la trata de personas y la sodomía.

1.14 PANAMÁ. “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y PUDOR SEXUAL”³²

El vigente Código Penal data de 1983 y ha sufrido algunas modificaciones, la última de las cuales es de julio de 2001. Los delitos sexuales se denominaban antes, con el Código de 1922, “Delitos contra las buenas costumbres” y se encuentran previstos en el Título VI del Libro Segundo. Comprende los delitos de violación, estupro, abusos deshonestos, acoso sexual, rapto, corrupción, proxenetismo y rufianismo.

1.15 PARAGUAY: “HECHOS PUNIBLES CONTRA LA AUTONOMÍA SEXUAL”³³

El Código Penal fue promulgado en 1997 mediante la Ley 1.160/97. Esta legislación establece, entre otros, los siguientes delitos: coacción sexual (incluye la violación, Art. 128), trata de personas (Art. 129), abuso sexual en personas indefensas (Art. 130), abuso sexual en personas internadas (Art. 131), actos exhibicionistas (Art. 132), acoso sexual (Art. 133), abuso sexual en niños (Art. 135), abuso sexual en personas bajo tutela (Art. 136), estupro (Art. 137), actos homosexuales con menores (Art. 138), proxenetismo (Art. 139) y rufianería (Art. 140). El tráfico de menores se encuentra sancionado en el artículo 223, la bigamia en el 224, el incesto en el 230. La pena máxima es de 12 años de pena privativa de libertad (en caso de violación).

1.16 PERÚ. “VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL”³⁴

El Código Penal vigente fue promulgado en 1991 y contempla otros dos capítulos sobre el “Proxenetismo” y las “Ofensas al pudor público”. El Código Penal

³² Muñoz Pope, Carlos E. Informe en la Revista Penal N° 12. Sección Sistemas Penales Comparados. Julio 2003, pp. 201-203.

³³ *Código Penal del Paraguay*. Publicado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales del Paraguay (INECID). Bibliografía Jurídica Paraguay. 2ª ed. 1999. Asunción. 212 páginas.

³⁴ Prado Daldarriaga, Víctor. *Los Delitos contra la libertad sexual*. Revista Penal N° 12, Julio 2003, pp. 203-207. Guevara Lam, Ernesto y Del Águila Vela, Robert. *Código Penal & leyes conexas*. Gaceta Jurídica. Sexta ed. Lima. 1998.

de 1924 los mantenía bajo la denominación de “Delitos contra las buenas costumbres” prevé, entre otros, los siguientes delitos: cinco tipos de violación (Arts. del artículo 170 al 174), la seducción (estupro por engaño o fraudulento, Art. 175) y los atentados contra el pudor (Arts. 176 y 176-A). Bajo el título de Proxenetismo están tipificados la promoción y favorecimiento de la prostitución (Art. 179), el rufianismo (Art. 180), el proxenetismo (Art. 181) y la trata de personas (Art. 182). Bajo el rubro de Ofensas al Pudor se encuentran las publicaciones y exhibiciones obscenas (Art. 183). La pena máxima es de 30 años de prisión (en caso de violación de menor en edad comprendida entre los 7 y los diez años). Sin embargo, en caso de que la víctima sea menor de siete años, o sea menor de 14 años pero se le cause la muerte o una lesión grave, la pena aplicable es la cadena perpetua. En febrero del presente año (2003) se promulgó la Ley 27.942 de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, que castiga el acoso, hostigamiento o chantaje sexual.

1.17 POLONIA: “LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y LAS BUENAS COSTUMBRES”³⁵

El Código Penal fue promulgado en 1997 y comprende los siguientes delitos: la violación, tipificada en el artículo 197 que admite tres modalidades, la básica (aparte 1), la privilegiada (aparte 2) y la agravada (aparte 3), la privilegiada consiste en que el autor obligue a la víctima a ejecutar otro acto sexual distinto al ayuntamiento. El delito de abuso sexual contemplado en el artículo 198 en muchos casos puede llegar a constituir otra variante de la violación, ya que el ayuntamiento u acto sexual se comete en contra de una persona aprovechándose de su indefensión o de su incapacidad para entender el significado del acto. Igual ocurre con el abuso de las relaciones de dependencia del artículo 199, donde el agente se aprovecha de esas circunstancias. El acceso carnal u otro acto sexual con un menor de 15 años esta previsto en el aparte 1 del artículo 200, en el aparte 2 de ese mismo artículo se prevé el castigo para quien registre contenidos pornográficos con la participación de un menor de 15 años o le presente material con contenido pornográfico o le facilite objetos pornográficos. Los accesos carnales con los familiares más cercanos están tipificados en el artículo 201, lo que para nosotros en algunos casos es violación y en otros incesto. La pornografía se haya en el artículo 202. El delito de obligar a otra persona a prostituirse esta tipificado en el artículo 203. El proxenetismo, la facilitación de la prostitución y el secuestro para obligar a la víctima a prosti-

³⁵ Kunicka-Michalska, Bárbara. *Los delitos contra la libertad sexual*. Revista Penal N° 12. Sección Sistemas Penales Comparados. Ed. La Ley. Julio 2003, pp. 207-209.

tuirse encuentran en el artículo 204. La instigación a ejercer la prostitución en el aparte 1 del artículo 204. Si la víctima de proxenetismo o de facilitación de la prostitución es menor de 18 años la pena puede llegar a 10 años de prisión (aparte 3 del 204). En Polonia, la mayoría de los delitos contra la libertad sexual son perseguidos de oficio, y los que no, por denuncia del interesado o de la persona perjudicada. Se tiene previsto la ampliación de la penalización en varios delitos para proteger aún más a los niños hasta 15 años y de los menores de 15 a 18 años de edad.

1.18 PORTUGAL. CRÍMENES CONTRA LA LIBERTAD Y LA AUTODETERMINACIÓN SEXUAL” (CRIMES CONTRA A LIBERDADE E AUTODETERMINACAO SEXUAL)³⁶

El Código vigente es de 1982 con reformas en 1995, 1998 y 2001. Estos delitos se encontraban originalmente bajo el epígrafe de “*crimes contra a honestidade*” (desde 1852) y para luego titularse “*Crimes sexuais*” (en 1982), hasta que la reforma de 1995 le dio su actual denominación. El Capítulo correspondiente forma parte de los delitos contra las personas y se divide en tres secciones: la primera se refiere a los “crímenes contra la libertad sexual” y contempla los delitos de coacción sexual (Art. 163), violación (Art. 164), abuso sexual de persona incapaz de resistencia (Art. 165), abuso sexual de persona internada (Art. 166), fraude sexual (Art. 167), procreación artificial no consentida (Art. 168),³⁷ tráfico de personas (Art. 169), lenocinio (Art. 170) y actos exhibicionistas (Art. 171). La segunda desarrolla los “crímenes contra la autodeterminación sexual”, conteniendo los delitos de abuso sexual de niños (Art. 172), abuso sexual de menores dependientes (Art. 173), actos sexuales con adolescentes (Art. 175), y el crimen de lenocinio y tráfico de menores (Art. 176). La tercera y última sección contiene las disposiciones generales, esto es, entre otras, las circunstancias que agravan estos delitos (Art. 177) y las penas accesorias, como la pérdida de la patria potestad (Art. 179). Las penas de los delitos más graves oscilan entre 8 y 10 años de prisión, pudiendo agravarse en una tercera parte. La legislación portuguesa suprimió como delitos el incesto, la homosexualidad, la prostitución y el adulterio.

³⁶ Da Costa Pinto, Frederico de Lacerda. Informe sobre *Los Delitos contra la Libertad Sexual*. Sección Sistemas Penales Comparados. Revista Penal N° 12. Ed. La Ley. Julio 2003, pp. 209-212.

³⁷ Paternidad o maternidad no querida, o inseminación artificial no consentida, mediante la utilización abusiva y sin autorización de esperma.

1.19 PUERTO RICO: “DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD”³⁸

El Código Penal es de 1974 y su última enmienda es de 2 de agosto de 2001 mediante Ley N° 87. Su legislación prevé los delitos de violación (Art. 99), cuya pena puede ser entre 60 y 99 años en caso de que el delito se cometa mediante violencia o amenaza y en la casa o edificación donde estuviere la víctima; de seducción (de mujer soltera bajo promesa de matrimonio menor de 18 años, Art. 101), que se sanciona con 3 años de reclusión; la sodomía (Art. 103), que consiste en “sostener relaciones sexuales con una persona de su mismo sexo y cometer el crimen contra natura con un ser humano” (homosexualismo) y se castiga con reclusión por un término fijo de 10 años;³⁹ el bestialismo (Art. 104), que castiga el “crimen contra natura con una bestia” con reclusión por un término fijo de 2 años; los actos lascivos o impúdicos (Art. 105) son castigados con reclusión por un término fijo de 6 años. También se sancionan las exposiciones deshonestas (Art. 106), las proposiciones obscenas (Art. 107) y la prostitución (Art. 107A), de toda persona que sostuviera, aceptara, ofreciera o solicitara sostener relaciones sexuales con otra por dinero o estipendio, remuneración o cualquier otra forma de pago. Igualmente se castiga a quien tenga, dirija, administre o participe en casa de prostitución o sodomía (108), en casas escandalosas, así como el proxenetismo, el rufianismo y el comercio de personas (Arts. 110 y 111); el envío, transporte, venta, distribución, publicación, exhibición o posesión de material obsceno a menores (Art. 113), los espectáculos obscenos (Art. 114) y la exhibición y venta de material nocivo a menores (Art. 115A), entre otros. Por otro lado, dentro de los denominados “Delitos contra la familia”, se encuentra el incesto (Art. 122), que prevé la reclusión por término fijo de 6 años. Entre los “Delitos contra el estado civil” se haya la Bigamia (Art. 123), la celebración de matrimonios ilegales (Art. 125), la celebración de matrimonio por persona no autorizada (Art. 126) y la simulación de matrimonio.

Por otra parte, La Ley de Violencia Doméstica prevé el delito de agresión sexual conyugal (Art. 3.5), con pena de reclusión fija de 15 años, para quien incurra en

³⁸ Ver *Reglas de Evidencia, Reglas de Procedimiento Criminal y Código Penal de Puerto Rico*. Ed. Situm. 2001. 274 páginas; y *Leyes Penales Especiales de Puerto Rico*. Ed. Situm. 2001. 272 páginas. Hato Rey (P.R.)

³⁹ La Corte Suprema de los Estados Unidos de América en una Decisión dividida del año 2003, declaró inconstitucional el prever como delito a la homosexualidad, por considerar que se viola el derecho a la intimidad de las personas. Puerto Rico es un Estado Libre Asociado de los Estados Unidos. Cada vez son menos los países que tipifican a la homosexualidad como un hecho punible.

una relación no consentida con su cónyuge o ex-cónyuge, o con quien cohabitara o haya cohabitado.

1.20 URUGUAY. “DE LA VIOLENCIA CARNAL, CORRUPCIÓN DE MENORES, ULTRAJE PÚBLICO AL PUDOR”

El Código Penal fue modificado parcialmente mediante la Ley 16.707 del 19 de julio de 1995. Incluye entre otros delitos los siguientes: violación (considerando que se perpetró el delito “*aunque el acto no llegara a consumarse*”), atentado violento al pudor, corrupción de menores de 18 años y mayores de 12, proxenetismo, estupro, incesto y ultraje público al pudor. La pena máxima es de 12 años de penitenciaría (en caso de violación).

2. LA SITUACIÓN EN VENEZUELA

2.1 EL CÓDIGO PENAL⁴⁰

Promulgado originalmente en 1915, es prácticamente una copia del Código Penal Italiano de 1889 (conocido como Código de Zanardelli), con reformas puntuales en 1926, 1958, 1964, 2000 y 2005.⁴¹

En Venezuela los delitos de naturaleza sexual se encuentran establecidos en el Título VIII del Código Penal, con la denominación clásica “De los Delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias”: Este Título comprende siete capítulos que contemplan los delitos de violación, actos lascivos, seducción, prostitución, corrupción de menores (acto carnal), incesto, ultrajes al pudor, rapto, adulterio, bigamia y la suposición o supresión del estado civil

⁴⁰ En general: Chiossone, Tulio. *Manual de Derecho Penal Venezolano*. Imprenta Universitaria UCV. Caracas. 1972. pp. 605-632; Mendoza, José Rafael. *Curso de Derecho Penal Venezolano*. Compendio de Parte Especial. Tomos I y II. 7ª Ed., Empresa “El Cojo”. Caracas. 1985. pp. 355-401; Grisanti Aveledo, Hernando. *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. 3ª Reimpr. de la 3ª ed. Vadell Hnos. Valencia. 1999. pp. 399-502. Arcaya, Mariano. *Código Penal*. Tomo II. Edisil Impresos. Caracas. 1982. pp. 317-417. Rogers Longa, Jorge. *Código Penal Venezolano*. Distr. Jur. Santana. 1ª Ed. San Cristóbal. 2000. pp. 808-891; Pérez Chiriboga, Belén. *Código Penal de Venezuela*. Ed. Jur. Vlana. Caracas, 2000. pp. 367-400. Ver también los Informes presentados por ante la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional para el Estudio de los Códigos Penal y Orgánico de Justicia Militar en el 2002 y 2003, especialmente el del Ministerio Público, el de las Doctoras Lolita Aniyar de Castro y Evelin Fernández y el del Doctor José Luis Tamayo.

⁴¹ Por ser un Código Penal tan antiguo, los artículos carecen de los respectivos “títulos” que identifiquen mejor a los hechos punibles, por ello señalo los delitos con las denominaciones con las que generalmente se les conoce en Venezuela.

de un niño. La pena máxima prevista es de 20 años de prisión (en el caso de la violación de niña, niño o adolescente, tipificada en el Art. 374). Esta pena podría incrementarse en una tercera parte si el delito es cometido “con el concurso simultáneo de dos o más personas” (Art. 377), lo que podría aumentar dicha pena hasta llegar a 26 años y ocho meses de prisión.⁴²

2.1.1 La violación (Art. 374)

Este es prácticamente el único artículo de este Título que fue sustancialmente modificado en la reforma del 16-03-05 (con las correcciones de fecha 13-04-05). La primera parte o encabezamiento de esta norma (Violación Simple o Genérica), castiga a quien “por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, de uno o de otro sexo, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales”, con pena de prisión⁴³ de diez a quince años. Se tipifica por lo tanto el hecho de obligar a una persona a realizar un “acto carnal” mediante la utilización de “violencias o amenazas” (*vis absoluta, vis animo y vis compulsiva*). Este artículo contiene también 4 numerales que prevén situaciones en las cuales se “presume” la existencia de violencia o de amenaza, bien sea por la edad de la víctima, por su inmadurez, por la falta de conciencia del hecho por parte de la víctima, por la ausencia de libertad suficiente, o por la falta de verdadero consentimiento por algún tipo de limitación o impedimento, sea éste originario o adquirido, parcial o total, transitorio o permanente. Son los casos en que la víctima “sea especialmente vulnerable, por razón de su edad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años”, “o que no haya cumplido dieciséis años, siempre que para la ejecución

⁴² La pena máxima en Venezuela es de treinta años de privación de libertad (numeral 3 del artículo 44 de la Constitución Nacional y artículo 94 del Código Penal).

⁴³ Anteriormente la pena prevista era de presidio. En la práctica, no existe ya en Venezuela diferencia entre las penas de “prisión” y de “presidio”, eliminados como están los trabajos forzados, así como por la no separación de los condenados a una u otra pena en diferentes centros de reclusión, lo que ha ocasionado que los términos “penitenciarias”, “establecimientos penitenciarios”, “prisiones”, “colonias penitenciarias”, “cárceles”, “penales”, etc., se utilicen como sinónimos, a pesar de que realmente no lo son. En la reciente Reforma del Código Penal del 16-03-05 se eliminó la pena de presidio en varios delitos, como es el caso del homicidio calificado, sin embargo, contradictoriamente y sin justificación alguna, se mantuvo la pena de presidio para el homicidio intencional simple y para el homicidio agravado. Errores similares cometió el legislador en relación a varios de los delitos de naturaleza sexual, ya que se mantiene la pena de presidio en los artículos 380, 384, 385, 389 y 400, mientras que los demás delitos sexuales tienen asignados pena de prisión.

del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines con la víctima”, “o que hallándose detenida o detenido, condenada o condenado, haya sido confiado o confiada (a) la custodia del culpable”, “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”, (algunos de estos numerales se consideran modalidades de Estupro Presunto y en otros países se les denomina también “Estupro de Prevalimiento”). En el delito de violación tanto el sujeto activo como el pasivo pueden ser de cualquier sexo, en consecuencia, el acto carnal puede ser tanto por la vagina como por el ano (coito *per anum*). Ha habido mucha discusión en relación al llamado “coito bucal” o “sexo oral”, conocido también como *fellatio in ore*, ya que la anterior disposición del artículo 374 (antes 375), no lo contemplaba expresamente como una especie de acto carnal o “acceso carnal”, por ello, en base a la interpretación restrictiva de las normas penales, a estas prácticas generalmente se les ha había tipificado como “actos lascivos u obscenos” (Art. 377).⁴⁴ Con la Reforma del Código Penal del 16-03-05, incluida la subsanación de los errores publicada el 13-04-05, esta discusión se encuentra zanjada, ya que ahora sí se contempla expresamente. La norma actualmente vigente considera como “acto carnal”, tanto la introducción del pene por la vía vaginal, como por la vía rectal (anal) o por la oral, no exigiendo tampoco que la penetración sea total, bastando, por lo tanto, cualquier penetración, por muy pequeña o parcial que ésta sea. La disposición contenida en el artículo 374, también prevé como violación la introducción de objetos, haciendo sin embargo la siguiente distinción: a) cualquier tipo de objeto cuando la penetración se haga “por alguna de las dos primeras vías” (vaginal o anal); y b) sólo aquellos “que simulen objetos sexuales”, cuando la penetración se haga por la vía oral. Por ello, tanto el sexo bucal como la introducción de dedos u objetos por el ano o la vagina, contra la voluntad del sujeto pasivo, han sido finalmente incluidos como delitos de violación, en forma ex-

⁴⁴ Según Arteaga Sánchez, la *fellatio in ore* “no cumple con la exigencia de un verdadero acto carnal, sino que materializa una forma de masturbación que, en caso de violencia, caería bajo la figura de los actos lascivos violentos”. Arteaga Sánchez, Alberto. *De los Delitos Contra las Buenas Costumbres y Buen Orden de las Familias*. Ed. Jur. Alva. Caracas. 2002. p. 10. El mismo problema ha ocurrido en otras legislaciones, como es el caso de Argentina, donde, según informa Luis Fernando Niño, la frase “acceso carnal” “para la doctrina mayoritaria nacional, no incluye a esa modalidad de contacto sexual”. *Ob. Cit.*, p. 136.

presa y clara en la reforma del Código Penal, como verdaderas violaciones que en realidad son, tal y como lo consagran las más modernas legislaciones. Con lo cual estoy de acuerdo y así lo he estado planteando desde hace más de 3 años.⁴⁵ Eso hará posible el castigar como violación, la penetración que realice una mujer contra otra, sin su consentimiento, mediante la introducción de los dedos o de algún objeto por la vagina o por el ano, así como, la penetración que efectúe una mujer contra un hombre al introducirle un objeto por el recto, sin su autorización, llenando así algunas lagunas que existían en nuestra legislación. Finalmente, al establecerse sin sombra de dudas que tanto el sujeto activo como el pasivo puede ser cualquiera, sin excepciones, se está ratificando la posibilidad de que el agresor pueda ser el cónyuge, ex-cónyuge, concubino, compañero o pareja de la víctima, lo que ya está previsto y sancionado en nuestra legislación.⁴⁶ Lo que sí es indispensable, como lo señal Arteaga, es que el sujeto pasivo en este delito, tiene que ser una persona y que, además, esté viva, no puede ser un animal o un cadáver.⁴⁷

2.1.2 *Los Actos Lascivos (Art. 376)*

Este artículo está muy vinculado con el artículo 374, hasta el punto de que lo menciona expresamente en dos oportunidades. Por otro lado, no define que son los actos lascivos y simplemente se limita a señalar que “El que valiéndose de los medios y aprovechándose de las condiciones o circunstancias que se indican en el artículo 374, haya cometido en alguna persona de uno u otro sexo, actos lascivos que no tuvieren por objeto el delito previsto en dicho artículo, será castigado con prisión de seis a treinta meses”. De seguidas, el artículo 376 establece en su único aparte un tipo agravado (Actos Lascivos Violentos), que contiene algunas circunstancias que califican y aumentan la pena asignada al delito genérico descrito en el encabezamiento, al indicar que “si el hecho se hubiere cometido con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas, la

⁴⁵ Ver diversos Informes presentados desde julio de 2002, por ante la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional para el Estudio de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal y de Justicia Militar, así como mis observaciones al Proyecto de Código Penal del TSJ, contenidas en la obra *Anteproyecto Código Penal - Comentarios*, serie normativa N° 5, publicada por el Tribunal Supremo de Justicia en octubre de 2004.

⁴⁶ Ver el artículo 18 de la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia (Acceso Carnal Violento).

⁴⁷ Arteaga S., Alberto. *Ob. Cit.*, p. 10. Lo que no se puede descartar totalmente, es que alguien utilice a un animal (por ej.: un perro), para que le sirva como instrumento en la perpetración del delito de violación.

pena de prisión será de uno a cinco años, en el caso de violencias y amenazas; y de dos a seis años en los casos de los numerales 1° y 4° del artículo 374”.⁴⁸

2.1.3 *Agravante por el Concurso de dos o más personas en el cometimiento de los delitos de violación y de actos lascivos (Art. 377)*

Tanto los diferentes tipos de violación previstas en los artículos 374 y 375, como los referidos al delito de actos lascivos (Art. 376), tienen establecido una agravante específica para estos delitos en el artículo 377, que textualmente dispone que “Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos precedentes se hubiere cometido con el concurso simultáneo de dos o más personas, las penas establecidas por la ley se impondrán con el aumento de la tercera parte”.

2.1.4 *Corrupción (Art. 378)*

Este delito es conocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional con la denominación de Acto Carnal, planteándose las siguientes modalidades: La primera es cuando alguien ejecute acto carnal o actos lascivos⁴⁹ en una persona mayor de 12 años pero menor de 16 y sin que medien alguna de las circunstancias del artículo 374, esto es, sin ningún tipo de violencia, amenaza o intimidación,⁵⁰ cometiendo así el delito de Corrupción de Menores, que prevé una pena de seis a dieciocho meses de prisión, pena esta que se duplica “si el autor del delito es el primero que corrompe a la persona agraviada”. La segunda modalidad es cuando el acto carnal se ejecuta en mujer mayor de 16 años pero menor de 21, con su consentimiento, bajo el engaño de una oferta de matrimonio, cometiéndose así el delito de Seducción con Promesa Matrimonial, el cual contempla una pena de seis meses a un año de prisión.⁵¹

2.1.5 *Incesto (Art. 380)*

Este artículo se limita a señalar que “Todo individuo que, en circunstancias capaces de causar escándalo público, tenga relaciones incestuosas con un

⁴⁸ El Maestro Chiossone considera a los actos lascivos como “actos sustitutivos del coito”. *Ob. Cit.* p. 615, lo cual es discutible porque no siempre es así.

⁴⁹ No se justifica que la norma no haga distinción alguna, entre que el hecho “de corrupción” cometido sea un “acto carnal” o un “acto lascivo”. Es evidente que debería tener mayor pena si es un acto carnal.

⁵⁰ Ya que, en caso de existir alguna clase de violencia, amenaza, coacción o intimidación, el agente cometería “violación”.

⁵¹ Este delito también requiere que “la mujer fuere conocidamente honesta”, párrafo este que es evidentemente inconstitucional, como muy bien lo señala el Ministerio Público en su Informe del 14-11-02. Así lo ha decidido ya el Tribunal Supremo de Justicia con párrafos similares, como es el caso del Art. 395.

ascendiente o descendiente, aunque fuere ilegítimo,⁵² con algún afín en línea recta o con un hermano o hermana, hermanos, consanguíneos o uterinos, será castigado con presidio de tres a seis años”. De tal manera que el incesto sólo se considera delito, cuando los actos carnales (relaciones incestuosas), efectuados libremente por las personas expresamente señaladas en dicho artículo, se realicen “en circunstancias capaces de causar escándalo público”. Ahora bien, distinta sería la situación si alguno de los intervinientes “no haya cumplido dieciséis años”, ya que se presumiría la violencia o amenaza, tal como si fuere menor de 13 años, estuviera inconsciente, careciera de libertad, o no existiera un verdadero consentimiento por tener 13 años o más, pero menor de 16, casos en los cuales se configurarían algunas de las circunstancias que tipifican el delito de violación, de acuerdo con los 4 numerales del artículo 374 del Código Penal, que, por ser un delito más grave, sería el aplicable de acuerdo al sistema de la absorción (Art. 98 *eiusdem*).

2.1.6 *Ultraje Público al Pudor (Arts. 381 y 382)*

La primera parte o encabezamiento del artículo 381 dispone que “Todo individuo que, fuera de los casos indicados en los artículos precedentes, haya ultrajado el pudor o las buenas costumbres por actos cometidos en un lugar público o expuesto a la vista del público, será castigado con prisión de tres a quince meses”. Términos parecidos encontramos en el artículo 382, pero referidos a ultrajes al pudor mediante la elaboración, distribución, exposición u ofrecimiento en venta a la vista del público de “escritos, dibujos u otros objetos obscenos”, castigando estas acciones con prisión de tres a seis meses (la prisión será de seis meses a un año si el delito se hubiere cometido con un fin de lucro). Se sancionan por lo tanto los “actos” u “acciones” considerados “obscenos” o inmorales”, realizados por cualquier individuo en lugares públicos o expuestos a la vista del público, que ultrajen el pudor o las buenas costumbres, sin embargo, la norma no define que se considera “ultraje al pudor” ni tampoco cuales son las “buenas costumbres” aparentemente lesionadas, ni cuales son los actos “obscenos”. Todos estos términos son muy relativos, vagos e imprecisos, van variando con el tiempo, las circunstancias, los diferentes modos de pensar y de actuar de la gente, lo que ocasiona que ciertos “actos” y “escritos” pueden ser considerados en un momento y en un lugar determinado como obscenos, inmorales, ofensivos del pudor de unas personas o contrarios a las buenas costumbres de una comunidad, y de pronto

⁵² La distinción que antes existía entre parientes “legítimos e ilegítimos o naturales”, fue eliminada de la legislación venezolana con la promulgación del Código Civil de 1982.

no ser considerados de esa forma por otro grupo. Algo similar ha ocurrido con los llamados “actos contrarios a la decencia pública”, tipificados como faltas en el artículo 536 y sancionados con arresto hasta por un mes o multas de diez a trescientas Unidades Tributarias.⁵³ Lo más conveniente sería clarificar y actualizar, hasta donde sea posible, todos estos conceptos, para determinarlos con algo más de precisión, manteniendo como delitos sólo los estrictamente necesarios y sancionando como faltas los más leves.

El artículo 381 contiene un único aparte que dispone que “El que reiteradamente o con fines de lucro y para satisfacer las pasiones de otro, induzca, facilite o favorezca la prostitución o corrupción de alguna persona, será castigado con prisión de uno a seis años. Si este delito se cometiere en alguna persona menor, la pena se aplicará entre el término medio y el máximo”. A mi juicio, esta disposición se encuentra fuera de contexto en este artículo donde se tipifican los ultrajes al pudor, más lógico sería que estuviera integrada a los artículos 387 ó 388, que se refieren específicamente a los corruptores y a los favorecedores de la prostitución.

2.1.7 *Rapto (Arts. 383 y 384)*

Estos artículos prevén varios tipos y subtipos en relación con el delito de rapto. El artículo 383 establece el tipo rector (Rapto Propio) de la siguiente manera: “Todo individuo que, por medio de violencias, amenazas o engaños hubiere arrebatado, sustraído o detenido, con fines de libertinaje o de matrimonio, a una mujer mayor o emancipada, será castigado con prisión de uno a tres años”. Prevé este artículo la situación en que una mujer de 18 o más años de edad o emancipada, sea llevada, apartada, separada, retenida o privada de su libertad, por un individuo, mediante el uso de la fuerza, o bajo amenazas o engaños, con fines de desenfreno o de matrimonio.

La primera parte del artículo 384 prevé un tipo agravado de rapto cuando la víctima sea una persona menor de edad⁵⁴ o una mujer casada, castigando esa acción con

⁵³ De conformidad con el artículo 489 del Código Orgánico Procesal Penal (reformado el 14 de noviembre de 2001), las irrisorias multas previstas en el Código Penal fueron incrementadas y actualizadas para que “por cada cien bolívars o fracción menor, el penado pagará la suma equivalente a una unidad tributaria, estimada para el momento de la comisión del hecho”. Cada unidad tributaria actualmente equivale a Bs. 29.400,00 (ver también Art. 548 del COPP). Igualmente se estableció la posibilidad de transformar la multa en prisión en caso de reiterado e injustificado incumplimiento por parte del condenado. La reforma del Código Penal del 16-03-05, corregido el 13-04-05, colocó definitivamente las multas en unidades tributarias.

⁵⁴ En Venezuela la mayoría de edad se alcanza al cumplir los 18 años.

pena de presidio de tres a cinco años. El primer aparte de dicho artículo prevé la figura del llamado Rapto Consensual, también denominado Rapto Consentido, Rapto impropio, de Seducción o *Raptus in Parentes*,⁵⁵ reduciendo la pena a prisión por tiempo de seis meses a dos años, “si la raptada hubiere prestado su consentimiento”. El segundo y último aparte mantiene la misma pena del rapto agravado (presidio por tiempo de tres a cinco años), “si la persona raptada es menor de doce años, aunque el culpable no se hubiere valido de violencias, amenazas o engaño”, presumiendo estas circunstancias debido a la edad. Es evidente que el Rapto Consensual ya no se justifica y debe ser eliminado como delito. Probablemente ya tampoco se justifiquen las demás modalidades de rapto al encontrarse comprendidos esos actos dentro de otras figuras delictivas.⁵⁶

2.1.8 *Inducción a la Prostitución (Arts. 387, 388 y 389)*

Estos tres artículos prevén varias figuras relacionadas con la corrupción y la prostitución, términos que se utilizan indistintamente a lo largo de estos artículos como si fueran sinónimas, semejantes o correlativas, en el sentido de pervertir o depravar a una persona en el plano sexual y moral. El artículo 387 tipifica el delito de Inducir a la Prostitución a menor de edad, estableciendo que “El que por satisfacer las pasiones de otro hubiere inducido a la prostitución o a actos de corrupción a alguna persona menor, será castigado con prisión de tres a dieciocho meses”. Este artículo prevé el aumento de la pena a prisión por tiempo de uno a cuatro años de prisión, en tres casos: cuando la víctima sea menor de doce años, cuando se realice por medio de fraude o engaño, y cuando el delito sea cometido “por los ascendientes, los afines en línea recta ascendente, por el padre o madre adoptivos, por el marido, el tutor u otra persona encargada del menor para cuidarlo, instruirlo, vigilarlo o guardarlo, aunque sea temporalmente”. Si llegan a concurrir varias circunstancias de las distintas categorías mencionadas, la pena de prisión será de dos a cinco años.

El artículo 388 prevé el delito de Facilitación o Favorecimiento de la Prostitución o Corrupción de un Menor de Edad, con los mismos supuestos del artículo 387, castigándolo en los casos especificados en la primera parte y en los nume-

⁵⁵ Arcaya, Mariano. *Código Penal*, Tomo II, p. 383, cita jurisprudencia de la Sala Penal (Sent. 12-11-57, GF. N° 18, 2E, p. 214) que considera que esta modalidad especial del delito de rapto también “ofende el derecho de aquellos que tienen sobre una persona menor la patria potestad o la tutela, y los que sobre la mujer casada acuerda al marido la ley civil”.

⁵⁶ Así lo plantean también las Doctoras Lolita Aniyar y Evelín Fernández en su Informe a la Comisión Mixta. Ellas adicionalmente consideran que el delito de Rapto, como privación de la libertad que es, debería incorporarse como modalidad de los delitos de secuestro o de privación ilegítima de libertad. Comparto estos planteamientos.

rales 1, 2 y 3 de ese artículo, con prisión de tres a doce meses, y en el caso del último aparte, con prisión de tres a dieciocho meses.

Finalmente, el artículo 389 prevé y sanciona el delito de Constreñir a la Prostitución o Corrupción a un familiar, pariente o discípulo, de la siguiente forma: “El ascendiente, afín en línea ascendiente, marido o tutor, que por medio de violencias o amenazas, haya constreñido a la prostitución o corrupción al descendiente, a la esposa, aunque sea mayor o al menor que se halle bajo su tutela, será penado con presidio de cuatro a seis años”. Se establece una pena menor (de tres a cinco años de presidio) si el hecho es cometido por el ascendiente o el marido, empleando fraude o engaño y en contra del descendiente o de la esposa. Este delito admite por lo tanto dos modalidades, que se haya cometido empleando violencias o amenazas (Prostitución Familiar Violenta), o que se haya perpetrado empleando fraude o engaño (Prostitución Familiar Fraudulenta). En este último caso, sólo se prevé como sujeto activo al ascendiente o al marido y como sujeto pasivo el descendiente o a la esposa.⁵⁷

2.1.9 *Adulterio (Arts. 394 y 395)*

El legislador no define el delito de adulterio, limitándose a señalar, con respecto a la mujer casada, que “La mujer adúltera será castigada con prisión de seis meses a tres años. La misma pena es aplicable al coautor del adulterio” (Art. 394). En relación al hombre casado, el artículo 395 establece que “El marido que mantenga concubina en la casa conyugal, o también fuera de ella, si el hecho es notorio, será castigado con prisión de tres a dieciocho meses. La condena produce de derecho la pérdida del poder marital. La concubina será penada con prisión de tres meses a un año”.⁵⁸ De manera que estos artículos distinguen

⁵⁷ Los términos “marido” y “esposa” no son los más adecuados. Es preferible la utilización de “cónyuge”.

⁵⁸ De acuerdo con el Código Civil venezolano, el “concubinato” no puede existir si alguno de sus integrantes está casado. En el concubinato, ni la mujer ni el hombre pueden tener impedimento alguno para contraer matrimonio y simplemente no lo hacen porque prefieren mantener esa unión irregular o de hecho. Por lo tanto, es inadecuado catalogar como “concubina” a la que realmente es la “amante” del marido, y absolutamente absurdo denominar “concubinato de hombre casado” al adulterio cometido por el hombre. El “Proyecto de Ley Para la Protección de la Familia, la maternidad y la paternidad”, actualmente en discusión en la Asamblea Nacional, intenta introducir la noción de “uniones estables de hecho” para tratar de regularizar o legalizar situaciones sumamente irregulares, realmente ilegales, que atentan contra la familia y el matrimonio, cuestión bastante discutible que traerá más problemas que soluciones, porque se pretende que convivan “armoniosamente” situaciones contrarias entre sí, que se rechazan mutuamente. Además se desnaturaliza la concepción del concubinato legalizando unas llamadas “convivencias como pareja” de personas casadas con otros, por supuesto, con consecuencias filiales, patrimoniales y sucesorales, concediéndoles además a los Jueces de Paz atribuciones que no tienen (ver Arts. 40 y ss.). Un caos total.

entre que el hecho sea cometido por la mujer, tipificándolo como Adulterio de la Mujer, a que sea cometido por el hombre, denominándolo Concubinato de Hombre Casado, castigando a la mujer casada con el doble de la pena asignada al hombre adultero. Adicionalmente, mientras la mujer casada será sancionada en todo caso, con cualquier acción que pueda considerarse como adulterio, el hombre sólo cometería este delito en dos casos: 1.- cuando “mantenga concubina en la casa conyugal”; o 2.- cuando mantenga concubina fuera de la casa conyugal “si el hecho es notorio”. En consecuencia, si el marido mantiene concubina fuera del hogar y el hecho no es notorio, no cometería el delito de adulterio. Es evidente que estos dos artículos tipifican y castigan el mismo delito (adulterio) de una manera muy distinta, según sea cometido por la mujer casada o por el hombre casado, violando de esta manera expresas disposiciones constitucionales que prohíben todo tipo de discriminaciones y desigualdades, incluyendo las que sean en razón del sexo, lo que convierte a estas disposiciones de los artículos 394 y 395 del Código Penal en incompatibles con las normas constitucionales, colidiendo claramente con ellas, en razón de lo cual y por exigencia del artículo 334 de la Constitución Nacional de 1999, los Jueces están obligados a desaplicarlos, ya que no pueden darle un tratamiento distinto a las mujeres casadas que a los hombres casados, ni exigirles requisitos diferentes, ni mucho menos aplicarles sanciones más severas. Los Jueces están obligados a darles un tratamiento igualitario. En ese mismo sentido, es oportuno señalar que el artículo 137 del Código Civil venezolano dispone que “Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”.

Este delito, de mantenerse, sí debe continuar como de acción privada, ya que, como muy acertadamente señala Julio Maier, refiriéndose al único “legitimado activamente” para acusar, “En el delito de adulterio sólo tiene esa facultad el cónyuge ofendido-esto es, el cónyuge inocente, que sufre la quiebra del deber de fidelidad por parte del otro cónyuge-y nadie más, y, por supuesto, tan sólo lo tiene durante su vida, sin que su derecho, incluso ejercido, se trasmita por sucesión, pues su muerte extingue la acción penal y, también, la pena, si los autores y partícipes hubieran sido condenados y ella no se hubiese cumplido o terminado de cumplir (CP. Art. 74),...”⁵⁹ Se ha planteado con insistencia el supri-

⁵⁹ Maier, Julio. *El Ofendido por el Delito en el Derecho Positivo Argentino*, en *De Las Penas*, libro homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti. Ed. De Palma. Buenos Aires. 1997. pp. 342 y 343.

mir el adulterio como delito, manteniéndolo únicamente como causal de divorcio, así lo han recomendado en un Informe dirigido a la Comisión Mixta, la Doctora Lolita Aniyar de Castro y la Abogada Evelin Fernández,⁶⁰ lo cual de modo alguno significa un respaldo a esa cuestionable conducta, es simplemente la tendencia que se está imponiendo. Por otro lado, la opinión del catedrático Doctor Hernando Grisanti Aveledo es que “debe conservarse el carácter delictivo del adulterio, que implica una gravísima lesión de la fidelidad conyugal, puesto que la ley penal cumple una función ética y social”.⁶¹

2.1.10 *Bigamia (Artículo 400).*

Prevé el delito de bigamia simple disponiendo que “Cualquiera que estando casado válidamente, haya contraído otro matrimonio, o que, no estándolo, hubiere contraído, a sabiendas, matrimonio con persona casada legítimamente, será castigado con prisión de dos a cuatro años”. En el primer y en el último apartes de este artículo se establecen dos casos en los cuales se aumenta la pena por este delito (**bigamia agravada**), el primero es cuando “el culpable hubiere inducido en error a la persona con quien ha contraído matrimonio, engañándolo respecto a la libertad de su propio estado o el de ella”, el segundo caso es cuando una persona “estando válidamente casado, haya contraído otro matrimonio a sabiendas de que el otro contrayente era también legítimamente casado”. Los más recientes códigos penales no han descriminalizado el delito de bigamia, como algunos afirman, todo lo contrario, lo han actualizado y modernizado, lo que sí han hecho es incluirlo entre los “matrimonios ilegales”.

2.1.11 *Supresión, Alteración o Suposición del Estado Civil de un Niño*⁶² (primera parte del Art. 403)

La primera parte del artículo 403 reza así: “El que ocultando o cambiando un niño haya así suprimido o alterado el estado civil de éste, así como el que hubiere hecho figurar en los registros del estado civil un niño que no existe, será castigado con prisión de tres a cinco años”. Prevé así el encabezamiento de este artículo la existencia de delitos contra el estado civil de un niño, admitiendo dos modalidades: 1.- **la supresión o alteración del estado civil de un**

⁶⁰ En ese mismo Informe de 2 páginas (de fecha 14-11-02), ellas recomiendan también descriminalizar el delito de bigamia, con lo que no estoy de acuerdo.

⁶¹ Grisanti Aveledo, Hernando. *Reforma del Código Penal*. En la obra *Nuevo Proceso Penal Venezolano*. 2ª ed. Tip. Horizonte. Barquisimeto. 1998. p. 319.

⁶² Los delitos tipificados en los artículos 403 y 404 no son de naturaleza sexual, se incluyen por encontrarse ya establecidos en el Título VIII.

niño; y 2.- la suposición del estado civil de un niño que no existe. En la primera modalidad, se oculta, se esconde, se suprime, se cambia o se sustituye el verdadero estado civil de un niño, con la finalidad de que las personas interesadas (padres y demás familiares) no conozcan de su nacimiento y existencia. En la segunda modalidad, se finge o se inventa falsamente el supuesto nacimiento de un niño para registrar a alguien que en realidad no existe.

2.1.12 *Exposición o Abandono de Niño Ocultando o Alterando su Estado Civil (único aparte del Art. 403)*⁶³

Tipifica otro delito contra el estado civil al disponer que “El que, fuera de los casos previstos en la primera parte de este artículo, pone en alguna casa de expósitos o en otro lugar de beneficencia, un niño legítimo o natural reconocido,⁶⁴ o bien lo presenta en tales establecimientos, ocultando su estado, será castigado con prisión de cuarenta y cinco días a tres años; y si el culpable fuera un ascendiente, la pena de prisión podrá ser hasta de cuatro años”. Consiste este delito en ocultar el verdadero estado civil de un niño y declarar uno distinto y falso al momento de dejarlo abandonado o expuesto en alguna casa de expósitos o en otro lugar de beneficencia.

2.2 *LAS LEYES ESPECIALES SOBRE LA MATERIA*

En los últimos años han surgido en Venezuela varias leyes especiales que han abordado algunos delitos de naturaleza sexual, especialmente para proteger a las mujeres, a los niños, a los adolescentes y, en general, a la familia. Ejemplo de ello, son la “Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia” publicada en la Gaceta Oficial N° 36531 de fecha 3 de septiembre de 1998, que entró en vigencia el 1° de enero de 1999 y la “Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente” publicada en la Gaceta Oficial N° 5266 Extraordinario en fecha 2 de octubre de 1998, que entró en vigencia el 1° de abril de 2000. Estas leyes especiales desarrollaron Tratados y Convenciones Internacionales que ya constitúan leyes de la República como la “Ley Aprobatoria de la Convención Sobre los Derechos del Niño”, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 34541 de fecha 29 de

⁶³ No debe confundirse este delito con el de “abandono de niños” previsto y sancionado en el artículo 437.

⁶⁴ El Código Civil venezolano de 1982 eliminó la distinción que antes existía entre hijos legítimos y naturales.

agosto de 1990⁶⁵ y la “Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer”, “Convención de Belem Do Para”, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 35632 de fecha 16 de enero de 1995. También han sido promulgadas la “Ley Aprobatoria del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta, la Prostitución Infantil y Utilización de Niños en la Pornografía” y la “Ley Especial contra los Delitos Informáticos”.

2.1.1 *La Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia (LSVCMF)*⁶⁶

Contiene disposiciones que definen la violencia contra la mujer y la familia (Art. 4), la violencia física (Art. 5), la violencia psicológica (Art. 6) y la violencia sexual (Art. 7). Algunas de estas “definiciones” no sólo son bastante discutibles, sino también evidentemente exageradas.⁶⁷ Esta Ley tipifica, entre otros, el delito de “acceso carnal violento”, cuando sea ejecutado “en perjuicio de su cónyuge o persona con quien haga vida marital”, equiparándolo así al delito de violación previsto en el artículo 374 del Código Penal (Art. 18), y el delito de “acoso sexual” (Art. 19), estableciendo una serie de circunstancias agravantes de los delitos previstos en dicha ley, que “dan lugar a un incremento de la pena en la mitad”.⁶⁸ Esta Ley sanciona como “Faltas”: la omisión de parte del patro-

⁶⁵ La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (CIDN) fue aprobada por unanimidad por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Venezuela ratificó dicha Convención y la hizo Ley de la República el 29-08-90 (ver *Gaceta Oficial* N° 34.541). Esta Convención en su artículo 1° establece que “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Así mismo, en su artículo 34 dispone que “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: A) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; B) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; C) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

⁶⁶ En general: Rincón Pérez, Gusmar. *Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia. El Delito de Acoso Sexual*. Mobil-Libros. Caracas. 2001. 130 páginas.

⁶⁷ Ejemplo de ello, es el considerar “violencia física” a los pellizcos y a los empujones, y violencia psicológica a toda conducta que ocasione daño emocional, disminuya la autoestima, perjudique o perturbe el sano desarrollo de la mujer u otro integrante de la familia, tales como conductas ejercidas en deshonra, en descrédito o menosprecio al valor personal o dignidad. También es impreciso el concepto de violencia sexual.

⁶⁸ La Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia también tipifica los delitos de: Amenaza a la mujer u otro integrante de la familia (Art. 16); Violencia física sobre la mujer u otro integrante de la familia (Art. 17); Cualquier forma de violencia psicológica en contra de la mujer u otro integrante de la familia (Art. 20). Delitos estos que generalmente tienen como sujetos activos a los cónyuges, ex-cónyuges, concubinos y ex-concubinos. La legalidad y constitucionalidad de estas tipificaciones debe ser revisada.

no o de la autoridad superior jerárquica de tomar medidas “para corregir la situación y prevenir su repetición” (Art. 22); y la omisión de la debida atención y tramitación de la denuncia por parte de los funcionarios pertenecientes a los organismos señalados en dicha Ley como “receptores” de las denuncias sobre los delitos y las faltas a que se refiere la mencionada ley (ver artículos 24, 31, 32 y 33), entre los funcionarios que pueden resultar sancionados, se encuentran los pertenecientes a los “1. Juzgados de Paz y de Familia; 2. Juzgados de Primera Instancia en lo Penal; 3. Prefecturas y Jefaturas Civiles; 4. Órganos de Policía; 5. Ministerio Público; y 6. Cualquier otro que se le atribuya esta competencia”. (Art. 32), contemplándose incluso la destitución del funcionario negligente (Art. 24). Adicionalmente, esta ley permite la absoluta “libertad de prueba” (Art. 41) y faculta a la víctima, “a los fines de acreditar cualquiera de los hechos punibles previstos en esta Ley”, a “presentar un certificado médico expedido por un profesional que preste servicios en cualquier institución pública o privada” (Art. 42). A pesar de ser legislaciones contemporáneas, algunas de las disposiciones de esta Ley colidan con el Código Orgánico Procesal Penal (ver, entre otros, los artículos 198 y 199), e incluso con la LOPNA (ver, *inter alia*, el Art. 34).

2.2.2 La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA)⁶⁹

Siguiendo el rumbo trazado por la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (CIDN) de 1989, de desarrollar la Protección Integral de todos los niños y los adolescentes (hasta los 18 años de edad), a través de la defensa y promoción de sus derechos humanos específicos, establece a todo lo largo de su articulado una serie de disposiciones para protegerlos de los abusos de los adultos. En la Exposición de Motivos se señala que “se consagra un régimen en el cual el niño y el adolescente se le va reconociendo el ejercicio de sus derechos y garantías conforme a su desarrollo o evolución de sus facultades, el cual va acompañado de un incremento progresivo de sus deberes y su responsabilidad, inclusive en materia penal”,⁷⁰ con el objeto de que mediante la participación libre, activa y plena en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, poco a poco el niño y el adoles-

⁶⁹ Esta Ley derogó implícitamente a la Ley Tutelar de Menores de 1980. Digo tácitamente en razón de que no aparece mencionada entre las leyes y artículos expresamente indicados en el artículo 684 (Derogatorias). En general: Sánchez, María Guadalupe. *Consideraciones Generales a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente*. Ed. Buchivacoa. Caracas. 2000. 210 páginas.

⁷⁰ Exposición de Motivos de la LOPNA

cente consigan “la incorporación progresiva a la ciudadanía activa” (Art. 81). Dentro de este régimen se considera que “Mención especial merecen los derechos vinculados a la salud sexual y reproductiva”,⁷¹ agregando que “Un tema como la salud sexual y reproductiva, tradicionalmente solapado por prejuicios sociales, debe ser abordado decididamente ante las alarmantes estadísticas que evidencian el alto índice de embarazos precoces y el aumento de enfermedades de transmisión sexual entre adolescentes, inclusive el VIH y el SIDA”,⁷² reconociendo el derecho a ser informados y educados en esta materia, “pero estableciendo claramente que ello debe realizarse de acuerdo al desarrollo de los niños y adolescentes y para inculcar valores sobre una conducta sexual, y una paternidad y maternidad responsable, sana, voluntaria y sin riesgo”.⁷³ Se estableció por lo tanto “que todos los niños y adolescentes tienen derecho a recibir, buscar y utilizar todo tipo de información pero siempre que esta sea acorde con su desarrollo y bajo los límites que les corresponde establecer a los padres, representantes y responsables”.⁷⁴ Esta ley le da carácter de acción pública a todos los hechos punibles donde las víctimas sean niños o adolescentes, de manera que el Ministerio Público, en virtud del principio de la oficialidad, esta obligado a investigarlos y perseguirlos (Art. 216).

Entre las disposiciones de la LOPNA que protegen a los niños y adolescentes, directa o indirectamente relacionadas con la materia sexual, encontramos las siguientes: “Artículo 32. Derecho a la Integridad Personal. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a la integridad personal. Este derecho comprende la integridad física, síquica y moral...”. “Artículo 33. Derecho a ser Protegidos contra Abuso y Explotación Sexual. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra cualquier forma de abuso y explotación sexual...”. “Artículo 50. Salud Sexual y Reproductiva. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a ser informados y educados, de acuerdo a su desarrollo, en salud sexual y reproductiva para una conducta sexual y una maternidad y paternidad responsable, sana, voluntaria y sin riesgos... Los adolescentes mayores de 14 años de edad tiene derecho a solicitar por sí mismos y a recibir servicios”. “Artículo 65. Derecho al Honor, Reputación, Propia Imagen, Vida Privada e Intimidad Familiar. Todos los niños y adolescentes tienen derecho al honor, reputación y propia imagen. Asimismo tienen derecho a la vida privada e intimidad de la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales...”.

⁷¹ *Ídem.*

⁷² *Ibidem.*

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ *Ibidem.*

“Artículo 79. Prohibiciones para la Protección de los Derechos de Información y a un Entorno Sano. Se prohíbe: a) Admitir a niños y adolescentes en espectáculos... clasificados como no adecuados para su edad; b) Vender o facilitar en cualquier forma a niños y adolescentes o exhibir públicamente,... libros, revistas, programas y mensajes audiovisuales, información y datos en redes que sean pornográficos,... o que atenten contra su integridad personal o su salud mental o moral; c)...; d) Propiciar o permitir la participación de niños y adolescentes en espectáculos públicos o privados,... que sean contrarios a las buenas costumbres o puedan afectar su salud, integridad o vida; e) Utilizar a niños y adolescentes en mensajes comerciales donde se exalte el vicio, malas costumbres, falsos valores,...”. “Artículo 84. Derecho de Libre Asociación. Todos los niños y adolescentes tienen derecho asociarse libremente con otras personas,... siempre que sean de carácter lícito...”.

La LOPNA prevé también una serie de conductas relacionadas con el sexo, que tipifica como infracciones (faltas) o como delitos, estas son las siguientes: Infracciones: 1) El suministro, exhibición o venta de material impreso, se trate de libros, publicaciones o fotografías, en contra de las regulaciones de los órganos competentes, o material que haya sido considerado como no apto para niños o adolescentes, será sancionado con multa de dos a seis meses de ingreso⁷⁵ (Art. 236); 2) La pornografía con niños o adolescentes, utilizándolos en escenas pornográficas que no implique sexo explícito, en obras teatrales, televisivas o cinematográficas, será sancionada con multa de diez a cincuenta meses de ingreso. Incurrir en la misma sanción (sic) quien participe en la escena y quien fotografíe o publique dicha escena (Art. 237). Delitos: 1) Explotación Sexual. Quien fomente, dirija o se lucre de la actividad sexual de un niño o adolescente, será penado con prisión de tres a seis años. Si el culpable ejerce sobre la víctima autoridad, guarda⁷⁶ o vigilancia, la prisión será de cuatro a ocho años (Art. 258); 2) Abuso Sexual a Niños. Quien realice actos sexuales con un niño o participe en ellos, será penado con prisión de uno a tres años. Si el acto sexual implica penetración genital, anal u oral, la prisión será de cinco a diez años. Si el culpable ejerce sobre la víctima autoridad, guarda o vigilancia,

⁷⁵ Las multas de las infracciones contenidas en la LOPNA se calculan en base al ingreso mensual percibido por el sancionado, al momento en que la respectiva sanción se dictó (Art. 248).

⁷⁶ La guarda comprende la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponerles correcciones adecuadas a su edad, desarrollo físico y mental (Art. 358).

la pena se aumentará en una cuarta parte (Art. 259).⁷⁷ 3) Abuso Sexual a Adolescentes. Quien realice actos sexuales con adolescente, contra su consentimiento, o participe en ellos, será penado conforme al artículo anterior (Art. 260). La LOPNA también prevé la sanción de la Privación de la Patria Potestad de sus hijos, al padre, o a la madre, o a ambos, cuando “traten de corromperlos o prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución” (Art. 352,d) “abusen de ellos sexualmente o los expongan a la explotación sexual” (Art. 352,e) o “inciten, faciliten o permitan que el hijo ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral” (Art. 352, j).

Además de los delitos de naturaleza sexual ya antes mencionados, también tipifica la LOPNA otros delitos contra los niños y los adolescentes, como la tortura (Art. 253), el trato cruel (Art. 254), el trabajo forzoso (Art. 255), la admisión o lucro por trabajo contraindicado (Art. 256), la admisión o lucro por trabajo de niños hasta ocho años (Art. 257), el suministro de armas, municiones y explosivos (Art. 261), el suministro de fuegos artificiales (Art. 262), el suministro de sustancias nocivas (Art. 263), el uso de niños o adolescentes para delinquir (Art. 264), la inclusión de niños o adolescentes en grupos criminales (Art. 265), el tráfico de niños o adolescentes (Art. 266), el lucro por entrega de niños o adolescentes (Art. 267), la privación ilegítima de libertad (Art. 268), la falta de la notificación de la detención (Art. 269), el desacato a la autoridad (Art. 270), el falso testimonio (Art. 271), el suministro de documento o dato falso (Art. 271), la sustracción y retención de niños o adolescentes (Art. 272), la omisión de registro de nacimiento (Art. 273), la omisión de atención (Art. 274) y la omisión de denuncia (Art. 275). Muchos de estos veintitantos delitos colidan y se superponen con otros tantos hechos punibles previstos en el Código Penal y en otras leyes, trayendo aún más inseguridad jurídica.

2.2.3 *Ley Aprobatoria del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta, la Prostitución Infantil y Utilización de Niños en la Pornografía*

Adoptada en la ciudad de Nueva York el 7 de septiembre de 2000, la cual es Ley de la República publicada en la Gaceta Oficial N° 37.355 de fecha 2 de enero de 2002, que entre sus considerandos reconoce “el derecho del niño a estar prote-

⁷⁷ Podría por tanto llegar la pena a 12 años y seis meses de prisión cuando más, la cual es muy inferior a la establecida en el artículo 374 del Código Penal, para el caso en que la víctima de la violación, sea un niño, una niña o un adolescente, que prevé una pena de 15 a 20 años de prisión. Pudiera considerarse que esta norma de la LOPNA fue derogada por la Reforma del Código Penal.

gido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso, entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”, manifestando “su profunda preocupación por la práctica difundida y continuada del turismo sexual, a la que los niños son especialmente vulnerables ya que fomenta directamente la venta de niños, su prostitución y su utilización en la pornografía”. Reconociendo igualmente los Estados Partes que “algunos grupos especialmente vulnerables, en particular las niñas, están expuestas a un peligro mayor de explotación sexual, y que el número de niñas entre las personas explotadas sexualmente es desproporcionadamente alto”, sumamente preocupados “por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en la Internet y otros medios tecnológicos modernos y recordando la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en la Internet, que se celebró en Viena en 1999, en particular, sus conclusiones, en las que se pide la tipificación en todo el mundo de la producción, distribución, explotación, transmisión, importación, posesión internacional y propaganda de este tipo de pornografía” (negritas agregadas por mí).⁷⁸ Estimando que entre los factores que contribuyen a estos delitos se encuentran la disfunción de las familias, la falta de educación, la migración del campo a la ciudad, la discriminación por motivos de sexo, el comportamiento sexual irresponsable de los adultos, las prácticas tradicionales nocivas, los conflictos armados y la trata de niños.

Esta Ley, en su artículo 1, obliga a los Estados Partes a prohibir la venta de niños,⁷⁹ la prostitución infantil⁸⁰ y la utilización de niños en la pornografía,⁸¹ así como a tipificar como delitos una serie de actos y actividades, “tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente”.

⁷⁸ Ver igualmente la Declaración y el Programa de Acción aprobados por el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrado en Estocolmo, del 27 al 31 de agosto de 1996.

⁷⁹ El artículo 2 establece que “Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.

⁸⁰ El artículo 2 señala que “Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.

⁸¹ El artículo 2 indica que “Por utilización de niños en la pornografía se entiende toda la representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

Estos actos son los siguientes:

- a) En relación con la venta de niños: 1) ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de explotación sexual; 2) ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de transferencia con fines de lucro de órganos; 3) ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de trabajo forzoso del niño; 4) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción.
- b) En relación con la prostitución infantil: Ofrecer, obtener, facilitar o proporcionar un niño con fines de prostitución.
- c) En relación con la utilización de niños en la pornografía: Producir, distribuir, divulgar, importar, exportar, ofrecer, vender o poseer, con fines primordialmente sexuales, material pornográfico en que se utilicen niños en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o donde aparezcan las partes genitales de un niño. (Todos estos delitos se encuentran establecidos en el artículo 3).

Los Estados Partes castigarán estos delitos con penas adecuadas a su gravedad, incluyendo a las personas jurídicas, sancionando también la tentativa de cometer cualquiera de ellos, así como la complicidad o la participación en los mismos.

2.2.4 *La Ley Especial Contra los Delitos Informáticos*

Publicada en la Gaceta Oficial N° 37313 del 30 de octubre de 2001, prevé en sus artículos 23 y 24 sendas disposiciones donde se prohíbe la “Difusión o Exhibición de Material Pornográfico” y la “Exhibición Pornográfica de Niños o Adolescentes”, respectivamente, por cualquier medio que involucre el uso de tecnologías de información, castigando con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias al que perpetre el primero de dichos delitos, y con prisión de cuatro a ocho años y multa de cuatrocientas a ochocientas unidades tributarias al que incurra en el segundo hecho punible.

2.3 *LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1999*⁸²

La Constitución Nacional venezolana de 1999 establece una serie de principios, derechos y garantías que tienen que ser tomados muy en cuenta a la hora de

⁸² Segunda versión, *Gaceta Oficial* N° 5.453 del 24 de marzo de 2000.

reformular el Código Penal o de redactar uno nuevo, especialmente en materia de delitos de naturaleza sexual. Muchos de ellos ya se encontraban consagrados en la anterior Constitución Nacional de 1961, otros no. Los más importantes son los siguientes: 1- Se establece que entre los fines esenciales del Estado se encuentran la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad (Art. 3). 2- 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, no sólo de los establecidos en la Constitución, Tratados sobre derechos humanos y demás leyes de la República, sino también en las leyes que se desarrollen. 3- Se consagra el derecho de toda persona al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social (Art. 20). 4- Se garantiza la igualdad⁸³ de todos los ciudadanos ante la ley, no permitiéndose por lo tanto discriminaciones fundadas en el sexo o en otras circunstancias (Art. 21. También Art. 89.5). La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva (Art. 21,2). 5- La ley adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables (Art. 21,2). 6- La ley protegerá a las personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (Art. 21,2). 7- Se protegerán todos los derechos inherentes a la persona humana, figuren o no en la Constitución o en las Convenciones y tratados sobre derechos humanos (Art. 22). 8- Se les da jerarquía constitucional y prevalencia en el orden interno, a los tratados, pactos y convenios internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela (Art. 23). 9- Se declaran nulos todos los actos que violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución y las leyes (Art. 25). 10- Se establece que incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, los funcionarios que ordenen o ejecuten cualquier acto que menoscabe o viole los derechos garantizados por la Constitución y las leyes (Art. 25). 11- Se consagra el derecho que tiene toda persona a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (Art. 27). 12- Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos hu-

⁸³ El principio de “la igualdad” (legal) y su consecuencia, esto es, la “no discriminación”, aparecen mencionados en varias oportunidades en el texto de la Constitución, incluyendo el Preámbulo y en muchos de sus artículos.

manos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía (Art. 29. También el Art. 271). 13- El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, o a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios (Art. 30). 14- El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados (Art. 30). 15- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (Art. 46). 16- El hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables. En caso de allanamiento legalmente practicado, se respetará siempre la dignidad del ser humano (Art. 47). 17.- Se consagra el principio universalmente aceptado de que “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes pre-existentes”⁸⁴ (Art. 49.6), sintetizando así el apotegma jurídico *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, praevia, stricta et certa* o principio de legalidad. 18- Toda persona puede transitar libremente y por cualquier medio por el territorio nacional (Art. 50). 19- Ninguna persona podrá ser sometida a esclavitud o servidumbre. La trata de personas y, en particular, la de mujeres, niños, niñas y adolescentes en todas sus formas, estará sujeta a las penas previstas en la ley (Art. 54). 20- Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas y el disfrute de sus derechos. Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas (Art. 55). 21- El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad (Art. 56). 22- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral (Art. 58). 23- Toda persona tiene derecho a profesar y practicar sus cultos y creencias religiosas “siempre que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público” (Art. 59). 24- Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad (personal y familiar), propia imagen, confidencialidad y reputación (Art. 60). 25- Toda persona tiene derecho a la libertad de

⁸⁴ Esta norma constitucional limita los “actos u omisiones” por los cuales una persona podría ser castigada, única y exclusivamente, a aquellos hechos expresamente previstos como “delitos, faltas o contravenciones”, no incluyendo el término “crímenes” como autónomo e independiente, sino como una especie agravada de delito. Coincidió así el constituyente de 1999 con la acepción lingüística que sobre el vocablo “crimen”, nos señala el Diccionario de la Real Academia Española (1992) al definirlo simplemente como “delito grave”.

conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte su personalidad o constituya delito (Art. 61). 26- El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, dentro de un clima de respeto recíproco y de igualdad de derechos y deberes (Art. 75). 27- El Estado protegerá a la maternidad y a la paternidad (Art. 76), así como al matrimonio y a las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer, que cumplan los requisitos establecidos en la ley (art 77).

Como puede observarse de las disposiciones mencionadas, el Estado venezolano se comprometió en la Constitución Nacional de 1999, a proteger, garantizar y desarrollar los derechos más fundamentales de las personas, para lo cual se obligó a legislar y sancionar las conductas que violen, menoscaben, lesionen o pongan en peligro esos bienes y derechos. En algunas materias ya se había adelantado esta protección, e incluso, en ciertos aspectos, en forma excesiva, como son los casos de la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia, y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el adolescente, ya comentadas. Sin embargo, en otros casos sí existe un retardo injustificado para garantizar la debida protección, ejemplo de ello son los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ya que Venezuela, a pesar de haber suscrito y ratificado dicho Estatuto y de haber declarado imprescriptibles a los delitos de lesa humanidad, a las violaciones graves a los derechos humanos y a los crímenes de guerra, entre otros, lo cierto es que todavía no están debida y claramente tipificados todos los delitos allí establecidos.

3. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS

Como muy bien lo ha dicho el Catedrático Francisco Muñoz Conde, después de la vida y la salud, la libertad es uno de los bienes jurídicos preeminentes, y, probablemente el más expuesto a ser lesionado en la vida cotidiana, ya que frecuentemente es atacado como medio para atentar contra otros bienes jurídicos, configurando así un delito complejo, perdiendo su autonomía típica, aunque no su independencia sustancial como bien jurídico.⁸⁵

3.1 *LIBERTAD SEXUAL, INDEMNIDAD SEXUAL. CASOS DONDE LAS VÍCTIMAS SON NIÑAS, NIÑOS O ADOLESCENTES*

La libertad de determinación del individuo en materia sexual, la libertad de tener o no determinada actividad sexual y con quien, es el bien jurídico principalmen-

⁸⁵ Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Duodécima Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 195.

te tutelado, pero no el único, en estos delitos de naturaleza sexual. Según Muñoz Conde, la libertad sexual “entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo, aparece como un bien jurídico merecedor de una protección penal específica, no siendo suficiente para abarcar toda su dimensión con la protección genérica que se concede a la libertad. La libertad sexual tiene efectivamente su propia autonomía, y aunque los ataques violentos o intimidatorios a la misma son también ataques a la libertad que igualmente podrían ser castigados como tales, su referencia al ejercicio de la sexualidad le da a su protección penal connotaciones propias”.⁸⁶

Sin embargo, también hay que considerar otros bienes jurídicos que deben ser tutelados en este tipo de delitos, especialmente cuando las víctimas sean niños o incapaces, donde haya que tomar en cuenta la integridad, indemnidad e intangibilidad de ciertos sujetos que se encuentran en estado o situación de indomnes o de desvalidos, debido a la edad, a la deficiencia mental o a cualquier otro motivo originario o adquirido, sea en forma parcial o transitoria, o total y permanente. Para el Catedrático Muñoz Conde, la “libertad e indemnidad sexuales” “no son los únicos conceptos que explican los delitos contenidos en el Título VIII”,⁸⁷ y menciona expresamente a los delitos de exhibición obscena y difusión de material pornográfico, la prostitución, así como la cualificación por razón de parentesco en las agresiones sexuales y en los abusos sexuales, como ejemplos de que existen otras connotaciones que no son reconducibles ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales, pero que, no obstante “aceptamos como punto de partida los conceptos utilizados por el legislador como bienes jurídicos comunes a todos los delitos comprendidos en el Título VIII, sin perjuicio de que después, al analizar los distintos tipos delictivos, hagamos las correspondientes precisiones en torno al bien jurídico protegido concretamente en cada uno de ellos”.⁸⁸ Sin embargo, este autor no especifica cuáles serían esos otros bienes jurídicos, además de “la libertad y la indemnidad sexuales”, que deben ser protegidos. En Italia se ha introducido el delito de pedofilia (Ley 269/1998), adhiriéndose así a los instrumentos internacionales que consideran que la explotación de la prostitución, la pornografía y el turismo sexual en perjuicio de menores constituyen nuevas formas de esclavitud.⁸⁹

⁸⁶ *Ídem*, pp. 195 y 196.

⁸⁷ *Ídem*, p. 199.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Castronuovo, Donato. *Reformas en la legislación penal y procesal*. Sistemas Penales Comparados. Revista Penal N° 8 (julio 2001), p. 156.

Tradicionalmente se ha considerado que también son bienes jurídicos merecedores de protección en este tipo de delitos de naturaleza sexual, a la moral, a las buenas costumbres y a la decencia pública. Es conveniente tener también siempre en cuenta estas cualidades y no considerarlos totalmente pasados de moda u obsoletos, ya que muchos de ellos conservan y mantendrán siempre su vigencia, por su estrecha vinculación con los valores y principios éticos y familiares de toda sociedad civilizada, por muy moderna, liberal, progresista y avanzada que ésta sea. Ejemplo de ello, es el hecho de que nuestra Constitución Nacional de 1999 les exige a ciertos funcionarios públicos ser ciudadanos de “reconocida honorabilidad”, “gozar de buena reputación” y “reconocido prestigio”,⁹⁰ así como “cumplir con las exigencias de honorabilidad, ética y moral que establezca la ley”.⁹¹ También establece la Constitución de 1999 la conformación del Consejo Moral Republicano, integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General de la República y el Contralor, una de cuyas funciones es la de “sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa”.⁹²

Según Zaffaroni, “la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación”.⁹³ Precisamente por ello son tan numerosos los bienes jurídicos que tienen que ser protegidos y tutelados por las normas, comenzando por los que se hayan consagrados dentro de los principios, derechos y garantías que se encuentran expresamente establecidos en la Ley Fundamental, en los tratados internacionales y en las demás leyes de la República. Por otro lado, existen muchos otros bienes más, que no están explícitamente señalados, pero que merecen ser amparados por las leyes penales. En este sentido, la Constitución de 1999, en su artículo 27, dispone que “Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”. En este sentido, para los Catedráticos Berdugo, Ferré Olivé y otros,⁹⁴ “Las normas penales desarrollan una función motivadora que está

⁹⁰ Artículo 263: Requisitos para ser Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia. En relación a los funcionarios públicos en general, ver el artículo 146.

⁹¹ Artículo 280: Requisitos para ser Defensor del Pueblo.

⁹² Artículo 274: Funciones del Poder Ciudadano.

⁹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar. Buenos Aires. 2000. p. 464.

⁹⁴ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Ferré Olivé, Juan Carlos, y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª Ed. Praxis. Barcelona. 1999. pp. 8 y ss. Ver también pp. 56 y 57.

indisolublemente unida a la función de tutela de bienes jurídicos, al constituir el medio para alcanzarla y hacer efectiva, por ende, la tutela del sistema social”.

Algunos autores, no obstante, sostienen, que se requiere la afectación necesaria de bienes jurídicos ajenos al autor o de derechos de terceros, ya que, de otra manera, se violentarían los principios de un Estado constitucional de derecho y de justicia, rechazando de esa manera a los delitos de peligro abstracto, a los que denominan de mera desobediencia o legislación penal simbólica (Ej. la tenencia de estupefacientes). En relación con los delitos directamente vinculados con este Título VIII, esos juristas cuestionan que se incrimine o penalice algunos delitos contra la honestidad y la libertad sexual, los actos sexuales con enfermos mentales, la corrupción de menores, el estupro, el incesto y la homosexualidad, entre muchos otros.⁹⁵ Disiento de la mayoría de estos planteamientos, ya que considero que cuando una colectividad, un País, libre y democráticamente ha decidido, a través de su Poder Legislativo legítimamente electo, que representa a toda la población, establecer una serie de leyes o normas que prohíben ciertas conductas, como son: el no permitir que alguien conduzca en estado de embriaguez o bajo el efecto de drogas, el no permitir que los ciudadanos posean o porten cierto tipo de armas o de explosivos, el prohibir la tenencia de determinadas sustancias químicas, biológicas o de cualquier otro tipo (como el caso de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, etc.), es porque esa colectividad considera que esas conductas afectan, o pueden llegar a afectar, no sólo la salud del tenedor, poseedor, portador o consumidor de esos productos, sino también la de otras personas o hasta la de toda la comunidad, convirtiendo así los problemas individuales de salud de un grupo de personas en un problema colectivo y general de salud pública y de seguridad social, que puede llegar a afectar gravemente a toda la población. Pues bien, en esos casos no se puede hablar simplemente “de punición sin bien jurídico”, ni de que se “incrimina o penaliza la mera desobediencia a la orden impartida por determinada autoridad”, ni que “son delitos contra el Estado”. No, el bien jurídico tutelado es y sigue siendo la salud pública, que se vería seriamente afectada si se permitieran esas conductas, por el peligro, en algunos casos concreto, en otros abstracto, que dichos actos conllevan, y por ello, precisamente, es que están prohibidas por la ley, por lo dañinas que son o pueden llegar a ser esas conductas en la salud y en la integridad de las personas. Ya

⁹⁵ Vitale, Gustavo L. *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*, en *Teorías Actuales en el Derecho Penal*. Ed. Ad-hoc. Buenos Aires. 1998. pp. 87-93.

algunos países que han permitido ciertas conductas anteriormente prohibidas, se han arrepentido de haberlo hecho y están estudiando la manera de revertir tan erradas decisiones. Es que, como dice el Profesor Zaffaroni, citando a Martin Buber, “los seres humanos no son racionales, pero pueden llegar a serlo”.⁹⁶

El Maestro Chiossone nos recordaba que, con respecto a estos delitos de naturaleza sexual, ya la antigua Corte de Casación de Venezuela consideraba que “la tutela penal se refiere a la libertad sexual de la persona en cuya virtud ésta tiene la plena facultad de “usar o no usar de su propio cuerpo”,⁹⁷ así como que “La realización de un acto carnal (cualquiera que sea su naturaleza y cualesquiera que sean los sexos que en él intervienen) contra la voluntad del sujeto pasivo, esto es, con violación de la libertad sexual, a cuyo efecto medien violencias o amenazas, constituye el delito de violación tipificado por el legislador nacional en el artículo 375 del mencionado Código”.⁹⁸ Lo que evidencia que ya nuestra jurisprudencia, hace 50 años, consideraba a la “libertad sexual” como uno de los bienes jurídicos tutelados por la norma, lo que no implica la existencia de otros bienes también merecedores de protección, sobre todo en el caso de delitos pluriofensivos.

3.2 REQUISITOS PARA QUE SE PUEDA REALMENTE CONSIDERAR LA EXISTENCIA DE UNA VERDADERA “LIBERTAD SEXUAL”. CASOS DE LOS NIÑOS, DE LOS INCAPACES Y DE LOS DESVALIDOS

Para que podamos considerar que una persona realmente posee “libertad sexual” y que por consiguiente este “bien jurídico” puede ser o no lesionado por otro sujeto, es necesario que dicha persona posea una serie de características y condiciones que varían de un sujeto a otro, según su condición física y mental, pero que, en general, podemos sintetizar en las siguientes:

- 1.- Edad suficiente de desarrollo físico y hormonal para poder realizar relaciones sexuales, que sean el producto normal de ese desarrollo o madurez. En el caso de las mujeres, generalmente se ha considerado que entre los 12 y los 14 años es la edad mínima para que el sexo

⁹⁶ Citado por Zaffaroni en *NDP Nueva Doctrina Penal*. Ed. del Puerto. Buenos Aires. 1999. p. X (editorial).

⁹⁷ Anuario de Jurisprudencia de la Corte de Casación. Sala Penal, Vol. I, p. 123, citada por el Doctor Tulio Chiossone, *Ob. Cit.*, p. 609 (en el pie de página).

⁹⁸ *Ibid.* Actualmente el artículo 375 del Código Penal derogado equivale al 374 del vigente.

femenino pueda incluso soportar relaciones sexuales “normales”, esto es, por la vagina.⁹⁹

2.- Capacidad intelectual para poder comprender el alcance del acto sexual y las consecuencias que éste puede ocasionar. Esta capacidad se adquiere generalmente después de los 14 años en la mujer y de los 15 en el hombre.¹⁰⁰

3.- Facultad volitiva necesaria para poder consentir “libremente” y decidir su comportamiento sexual. A partir de los 16 años es que las personas normalmente pueden consentir libremente en relación a tener o no relaciones sexuales y con quien.¹⁰¹

Es evidente que en relación con los menores de 12 años, es decir, con los niños, así como con respecto a los incapaces, no se puede hablar de “libertad sexual”, sencillamente porque esa “libertad” no existe en ellos, antes por el contrario, en cuanto a ellos de lo que tenemos que hablar es precisamente de todo lo contrario, de la ausencia y de la falta de dicha “libertad sexual”, y, en consecuencia, proceder a protegerlos de las agresiones, de los engaños y de los abusos que cometen algunos adultos en su contra. El bien jurídico que hay que proteger en los casos de menores de edad, especialmente de los niños, así como de los incapaces, y de cualquier persona, aunque sea adulta, que no se encuentre en condiciones de decidir libremente sobre su sexualidad, es la “integridad”, “intangibilidad” o “indemnidad” sexual. Por ese motivo fue que España reformó en 1999 el Código Penal de 1995, apenas 4 años después de promulgado, justamente para incluir entre sus disposiciones la figura de la “indemnidad”, como el bien jurídico a proteger en los casos de delitos sexuales contra menores e incapaces, inclusión, a mi juicio, muy acertada y necesaria.

4. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS

Modernamente, existe la tendencia en todas las legislaciones de eliminar la restricción sobre quienes podrían ser los sujetos activos y pasivos en los

⁹⁹ Está demostrado que una persona menor de 12 años no está apta ni anatómica, ni fisiológica, ni mentalmente, para el coito, y aun menos para las consecuencias del mismo (embarazo, maternidad, formar una familia, criar y mantener a los hijos etc.). Es un ser todavía en formación que debe ser protegido.

¹⁰⁰ Y esto, en adolescentes excepcionalmente maduros, prudentes, sensatos, con muy buen juicio.

¹⁰¹ Es conveniente tener en cuenta que la equiparación entre la edad física o cronológica de una persona y su edad mental es una ficción legal, por lo tanto, no es garantía de su plena capacidad para razonar y ejercer adecuadamente sus derechos libre y conscientemente.

delitos de naturaleza sexual, por ello, actualmente tanto hombres como mujeres podrían ser tanto el agente como la víctima de esos delitos, no se excluye a ninguna persona, ni a las prostitutas, ni a la cónyuge o compañera sentimental del violador. En relación a las prostitutas es evidente que cualquier tipo de discriminación en razón de la “actividad” o “profesión” que una persona realice, por muy ilegal que ésta sea, violaría disposiciones constitucionales, así como pactos y acuerdos internacionales, que consagran la igualdad de absolutamente todos los ciudadanos ante la Ley, sin hacer ni permitir diferenciación alguna. La violación de una prostituta merece el mismo reproche del de cualquier otra persona y debe ser castigado con la misma severidad, en base a la primacía del respeto a la dignidad humana, cualquiera sea su condición. Con respecto a la esposa, compañera, pareja, concubina o amante, tampoco se pueden permitir los excesos, abusos o agresiones sexuales, ya que, ni siquiera el matrimonio le impone a la mujer una reducción de su libertad de decisión en materia sexual frente al marido.¹⁰²

Ahora bien, la realidad es que en la inmensa mayoría de los casos, el sujeto activo es del sexo masculino, encontrando en relación con el sujeto pasivo mayor variedad, ya que las víctimas pueden ser de cualquier sexo y edad, aunque todavía las del sexo femenino superan ampliamente al masculino.

5. TENDENCIAS ACTUALES SOBRE LAS FIGURAS DELICTIVAS MÁS COMUNES

5.1 LAS AGRESIONES SEXUALES

De acuerdo a la Fiscalía General del Estado Español, debe entenderse por agresión sexual todo ataque a la libertad sexual de otro, imponiéndole con violencia o astucia actos o comportamientos en las condiciones típicas.¹⁰³ No se trata de accesos carnales, ya que, en ese caso, constituirían violaciones o estupro, consisten en obligar a alguien a efectuar o aceptar ciertos comportamientos, tocamientos impúdicos o contactos corporales realizados sin ánimo de yaci-

¹⁰² Hasta épocas relativamente recientes, la mayoría de los autores, incluyendo al Doctor Chiossone, sostenían que “el vínculo matrimonial elimina la libertad sexual y establece lo que llamaríamos un *status sexual* especial que despoja a la violencia o a la amenaza de su carácter punible para convertirse en una causal separación o de divorcio conforme a las regulaciones civiles”. *Ob. Cit.* pp. 609 y 610. Por supuesto, ese era el criterio generalmente aceptado en esa época (ver también a Mendoza Troconis, *Ob. Cit.*, p. 362 y a Grisanti Aveledo, *Ob. Cit.*, p. 413). En los actuales momentos probablemente sus opiniones serían muy diferentes.

¹⁰³ Moyna Ménguez, José y otros. *Código Penal*. 2ª ed. Colex. Madrid. 1996. p. 315.

miento, pero con el propósito lúbrico de excitar, de despertar o satisfacer la propia lascivia.

En otros países a este delito se le denomina “abusos deshonestos”, entre nosotros se le conoce como “actos lascivos”. Se consuma cuando se realiza cualquier acto, así como tocamientos o manoseos, especialmente en ciertas zonas del cuerpo consideradas erógenas (pechos, senos, nalgas, genitales, entrepiernas, etc.), que atenten contra la libertad sexual de la víctima, resultando indiferente que se realicen por encima o por debajo de la ropa del sujeto pasivo. En España no se considera un delito de resultado y admite sólo excepcionalmente la tentativa, cuando, por ejemplo, se exteriorice el ánimo lujurioso sin que implique algún tipo de contacto obsceno a través del uso de la fuerza, la violencia, la amenaza o la intimidación, lo que se interpretaría como un principio de ejecución del delito.

En este delito concurren dos elementos, uno el objetivo y material, que consiste en la realización de tocamientos impúdicos o contactos corporales, y otro de carácter psicológico o interno, específicamente doloso, que actúa como elemento subjetivo del injusto, consistente en el ánimo libidinoso o de satisfacción del apetito sexual.

Considero que este delito debe ser ampliado para que abarque ciertos atentados graves al pudor, especialmente contra niños, y no debe ser confundido con una mera vejación injusta, que constituiría más bien una falta, no propiamente un delito. Esto pudiera hacerse, como han hecho otros países, tipificando adicionalmente el delito de “abusos sexuales”.

5.2 LA VIOLACIÓN O AGRESIÓN SEXUAL AGRAVADA

Es la agresión sexual (bajo el uso de la fuerza, la coacción, la violencia, la amenaza o la intimidación) que se realiza mediante acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o a través de la introducción de algún dedo u objeto por cualquiera de las dos primeras vías.

Se prefiere utilizar el término “acceso carnal” por considerarlo más adecuado que “acto carnal”, “yacimiento”, “conjunción”, “introducción del miembro viril”, etc., sobre todo cuando se quiere incluir la penetración o el coito por cualquier vía, sea ésta vaginal, anal o bucal, así como la introducción de cualquier clase de objeto por vía rectal o vaginal. Como señala Achával, “Acceder carnalmente tiene un significado sexual: llegar, entrar en la “carne” de quien es

víctima, tener acceso o paso o entrada”.¹⁰⁴ Antiguamente, en muchos países, el acceso carnal por la vía anal o bucal, así como la introducción de uno o más objetos por la vagina o el ano, no eran considerados violación sino “abusos deshonestos” (el equivalente en Venezuela a los “actos lascivos violentos”). Actualmente, la tendencia es que todos esos actos configuran el delito de “violación”, incluyendo la introducción de dedos.

El delito de violación se debe considerar consumado así la penetración sea incompleta o mínima, no importando tampoco si ocurre o no la eyaculación de semen. Por otro lado, además de la introducción de algún objeto por la vagina o por el ano, también debe ser considerado como violación a la introducción de algún dedo por esos conductos. Tanto la palabra “objeto” como “dedo” deben ir en singular, ya que basta y sobra con la introducción de uno sólo para que se configure el delito. La introducción de objetos en la boca generalmente se ha considerado como actos lascivos o agresión sexual simple, no como violación.

5.3 LOS ABUSOS SEXUALES O DESHONESTOS

En opinión del Profesor Carlos Vázquez Iruzubieta, “En las agresiones sexuales violentas se debe incluir no solamente a todo hecho que importe un contacto corporal entre el autor y la víctima, sino también la intimidación mediante la cual se logra que la víctima realice contactos corporales sobre sí misma”.¹⁰⁵ Este autor cita una sentencia del Tribunal Supremo Español, donde se establece que en los abusos deshonestos “La conducta consiste en todo acto que ataque al pudor realizado contra o sin la voluntad del sujeto pasivo, con ánimo lujurioso y que no presuponga el deseo de tener acceso carnal; no precisa resultado material”.¹⁰⁶ En estos casos, se considera que es la misma situación cuando el consentimiento está viciado o la libertad se encuentra coartada o disminuida. Algunos de estos abusos sexuales o deshonestos pueden llegar a constituir actos preparatorios de algún otro tipo de agresiones sexuales, incluyendo de la violación, o pudieran ser también violación en grado de tentativa.

¹⁰⁴ Achaval, A. *Las Modificaciones al Artículo 119 del Código Penal efectuadas por la Ley 25087. Delitos contra la Integridad Sexual*. Jurisprudencia Argentina, Septiembre 15, num. 6159, 1999. Citado por Lencioni, *Ob. Cit.* p. 23.

¹⁰⁵ Vázquez Iruzubieta, Carlos. *Nuevo Código Penal Comentado*. Edersa. Madrid. 1996. p. 269. Según este autor, ésta es también la opinión de Carmona Salgado, Rodríguez Ramos, Bajo Fernández y Díaz-Maroto.

¹⁰⁶ *Ibid.* TS 2da: 30 marzo 1982, 17 noviembre 1983, 21 enero 1984, 16 diciembre 1985.

5.4 EL ESTUPRO

Aunque no ha habido acuerdo en la doctrina sobre la definición de este delito¹⁰⁷ y además se encuentran muchas variaciones y modalidades en las distintas legislaciones,¹⁰⁸ generalmente se considera estupro cuando la víctima se haya en edad comprendida entre 12 y 16 años. En el Derecho Romano se asimiló “el estupro violento al estupro realizado en impúberes”.¹⁰⁹ En la legislación venezolana se ha considerado como modalidades de estupro a los casos previstos en los ordinales 2°, 3° y 4° del artículo 374 del Código Penal venezolano (Estupro Presunto). Se diferencia de la violación genérica o propiamente dicha (encabezamiento del artículo 374), en que no se utiliza violencia (al menos, en forma objetiva), sino que el agente simplemente se aprovecha de la inexperiencia e inmadurez de la víctima para convencerla y tener así acceso carnal, por ello, algunos denominan al estupro “violación presunta”, ya que se presume la utilización de algún tipo de superioridad manifiesta o influencia, aprovechamiento, prevalimiento del cargo, posición o parentesco, dependencia, autoridad, vigilancia o de engaño. El incesto sería así una especie de estupro (estupro incestuoso).¹¹⁰

5.5 EL INCESTO

Se ha planteado la eliminación del incesto como delito o su mantenimiento sólo “en circunstancias capaces de causar escándalo público”, tal y como lo exige actualmente el artículo 380 del Código Penal, entre otras cosas, por ser, supuestamente, un delito “bilateral”, con dos sujetos “activos y responsables” que, presuntamente, “consintieron” en realizar los actos. Considero que el problema debe ser replanteado para realmente proteger a la gran cantidad de niños, adolescentes y jóvenes que diariamente sufren graves daños físicos, psicológicos y morales por la aberrante, pervertida y perversa conducta de sus padres o de alguno de ellos, al abusar sexualmente de ellos, de diversas formas, bajo la mirada complaciente, cómplice y alcahueta de familiares y de autoridades, que nada hacen porque no se está causando “escándalo público”, permitiendo y hasta incentivando con esta actitud que continúen o hasta que se

¹⁰⁷ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Ed. Heliasta. Buenos Aires. 1998, p. 156.

¹⁰⁸ Ver *infra*. pp. 5-7.

¹⁰⁹ Chiossone, Tulio. *Ob. Cit.* p. 611.

¹¹⁰ Vásquez Iruzubieta, Carlos. *Ob. Cit.* p. 278.

incrementen estas prácticas malsanas, hasta que, por el transcurrir del tiempo, la víctima se termine “acostumbrando” a ese tipo o “modelo” de conducta, lo que, lógicamente, causa serios perjuicios, generalmente irremediables, a la vida futura de esa persona, por los desafueros y torturas de que fue objeto, máxime cuando está comprobado que esas prácticas no comienzan cuando el descendiente alcanza la mayoría de edad, sino mucho antes, generalmente en la niñez. El que alguien sea agredido, y además, de esa forma, y precisamente por las personas llamadas a cuidarlos y protegerlos, es de por sí un escándalo que debe ser severa y ejemplarmente castigado, sin ningún tipo de contemplaciones. Los intentos por “romantizar” estas conductas, alegando un excesivo amor maternal o paternal me parecen igualmente aberrantes. Mucha razón tienen los que plantean que “la agravación de la pena no se basa en un mayor ataque al bien jurídico protegido, sino al alto grado de inmoralidad que comporta en la cultura occidental el incesto, obedeciendo también a la protección de un orden moral sexual familiar”.¹¹¹ Como lo expresa el Maestro Chiossone, “La naturaleza del incesto se fundamenta no sólo en la necesidad de proteger la integridad biológica de la familia, sino en la defensa de los vínculos espirituales que crean unidad y solidaridad en sus miembros”.¹¹²

RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES

1.- En relación a la denominación que debe de llevar el Título VIII del Código Penal venezolano, desde hace muchos años hay consenso entre los autores tanto venezolanos como extranjeros, en la conveniencia de sustituir la denominación de los “delitos contra las buenas costumbres” por la de “delitos contra la libertad sexual”, y la de “delitos contra el buen orden de las familias” por la de “delitos contra la familia” o “contra las relaciones familiares”. Estas denominaciones ameritan, no obstante, ser complementadas para que abarquen también los ataques y agresiones a niños, adolescentes, incapaces, discapacitados, enfermos mentales, etc., por lo cual es absolutamente necesario agregarle a la “libertad sexual” alguno o varios de los siguientes términos: “formación”, “indemnidad”, “integridad” e “intangibilidad”. Igual ocurre con los delitos contra la familia y las relaciones familiares, que deben ser complementados para abarcar otros ataques (al pudor, por ejemplo), que podrían cubrirse si le agregáramos “delitos contra el orden social”. De manera que me permito sugerir el siguiente Título: “De los delitos contra la libertad, la integridad, la formación y

¹¹¹ *Ibid.* Según este autor, ésta también es la opinión de Diez Ripollés.

¹¹² Chiossone, Tulio. *Ob. Cit.* p. 618.

la indemnidad sexuales, así como contra la familia, las relaciones familiares y el orden social”, que considero recoge no sólo lo establecido por los más recientes y avanzados Códigos (España, Argentina y Colombia, entre otros), sino que permite mantener el articulado actual, hace posible la incorporación de los delitos establecidos en otras leyes especiales (LOPNA y LSVCMF), permite simplificar y reducir aproximadamente a la mitad la exagerada cantidad de delitos actualmente existentes (unos 40 y llevarlos a menos de 20), propiciando de esta manera la codificación y aumentando la seguridad jurídica, facilitando a los ciudadanos el conocimiento y comprensión de estos delitos y evitando la colisión, la repetición, la superposición y el choque de normas penales que en estos momentos existe.

2.- Se deben mantener en el Título VIII los delitos de naturaleza sexual allí establecidos, con ciertas modificaciones y algunas exclusiones (caso del adulterio y del rapto que podrían ser suprimidos)¹¹³ y se le deben incorporar todos los demás delitos sexuales tipificados en otras leyes, tratados y convenios, especialmente en la LOPNA, en la LSVCMF y en la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos. Adicionalmente, opino que se deben de incorporar los delitos que tienen que ver con el ámbito familiar y las relaciones entre sus integrantes, incluidos, por supuesto, aquellos hechos punibles contra la mujer, así como contra los niños y los adolescentes, pero sin caer en ningún tipo de discriminaciones. Se deben también mantener dentro de este Título, los delitos contra el estado civil de las personas, como delitos contra la familia y las relaciones familiares, tal y como lo plantea el Doctor Tamayo en su Informe del 18-03-03, en caso de que se realice una nueva Reforma al Código y no la redacción de uno totalmente nuevo, donde sí podría buscarse otra ubicación.

3.- En cuanto a las conductas y actos que deben ser tipificados, considero que estos deben ser disminuidos a los estrictamente necesarios, entendiendo el Derecho Penal como *ultima ratio*. En relación con los delitos sexuales, en el Derecho Comparado existen un sinnúmero de distintas y variadas denominaciones, tales como: Abusos Deshonestos, Abusos Sexuales, Acceso Carnal, Acción Sexual con Persona Menor, Acoso Sexual, Acto Carnal Abusivo, Acto Sexual Violento, Actos Contra el Pudor, Actos Homosexuales con Menores, Agresiones Sexuales, Atentado Violento al Pudor, Coacción Sexual, Corrupción, Estupro, Exhibiciones Obscenas, Exhibicionismo, Hostigamiento Sexual, Incesto, Ofensas al Pudor Público, Pederastia, Pedofilia, Pornografía, Posesión

¹¹³ Así lo han planteado algunos miembros de la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional para el Estudio de los Códigos Orgánico Procesal Penal, Penal y Orgánico de Justicia Militar.

Sexual Mediante Fraude, Prostitución, Provocación Sexual, Proxenetismo, Rapto, Relaciones Sexuales con Menores de Edad, Retención de Personas con Fines Sexuales, Rufianería, Seducción, Sometimiento Sexual, Trata de Personas, Ultraje Público al Pudor, Violación y Violencia Carnal.

En nuestra legislación también es muy extensa la lista de estos delitos, así vemos que:

- a) En el Código Penal: Acto Carnal, Actos Lascivos, Adulterio, Bigamia, Corrupción, Incesto, Prostitución, Rapto, Seducción, Ultrajes al Pudor y Violación.
- b) En la LOPNA: Abuso Sexual a Adolescentes, Abuso Sexual a Niños y Explotación Sexual. En la LSVCMF: Acceso Carnal Violento y Acoso Sexual.
- c) Ley Especial Contra los Delitos Informáticos: La Difusión o Exhibición de Material Pornográfico y la Exhibición Pornográfica de niños u adolescentes.

Es absolutamente necesario el reunir, unificar y englobar todas las conductas ilícitas que sean iguales o muy parecidas y similares, para dejar únicamente las indispensables, reduciéndolas así al mínimo. Para ello, propongo dejar sólo los siguientes delitos: violación, actos lascivos, abuso sexual, acoso sexual, acto carnal, ultrajes al pudor, material pornográfico con menores e incapaces, incesto, bigamia y trata de personas.

4.- Debe mantenerse el criterio que ha estado vigente durante los últimos 100 años, de considerar como delito de violación el acceso carnal cuando la víctima no tenga 12 años de edad, por haber falta absoluta de consentimiento, o mejor dicho, carencia de capacidad de la víctima para consentir, y, en consecuencia, presumirse la violencia y la amenaza por parte del sujeto activo.¹¹⁴ Situación similar se presenta, y debe a mi juicio también preservarse como delito de violación, cuando la víctima se encuentre en edad comprendida entre los 12 y los 16 años de edad y el responsable del hecho sea un ascendiente, tutor o institutor, es decir, alguien que ejerza tal autoridad sobre la víctima que implique alguna relación de dependencia de ésta hacia él, por considerar que el “consentimiento” de la víctima estaría evidentemente viciado y que, por ende,

¹¹⁴ Como acertadamente señala el Catedrático Doctor Hernando Grisanti Aveledo, “El texto del ordinal en referencia entraña una *presuntio iure et de iure* de esa incapacidad”. *Ob. Cit.* p. 414.

también debe presumirse la violencia y la amenaza.¹¹⁵ Igualmente estimo que debe seguirse considerando como delito de violación, los accesos carnales en los casos en que la víctima, cualquiera sea su edad, se encuentre sometida a custodia o detención de la autoridad, o se halle enferma física o mentalmente, o se encuentre sedada o bajo efectos de alguna sustancia, o que, por cualquier circunstancia, no esté en su plena capacidad de decidir consciente y libremente o de resistir la agresión. Adicionalmente, es absolutamente necesario ampliar esta figura delictiva para que abarque también los accesos carnales por vía anal y bucal, así como la introducción de dedos u objetos, como ya se ha hecho en los más modernos Códigos Penales.

5.- Considero que los delitos más graves (como la violación, los actos lascivos, la trata de personas y otros), deben ser *delitos de acción pública*, perseguibles de oficio por el Ministerio Público, cualquiera sea la edad de la víctima, como ya expresamente lo contempla, para el caso en que las víctimas sean menores de edad, el artículo 216 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) y como, en la práctica, también lo prevé para todos los demás ciudadanos, sin importar su edad, el artículo 25 del COPP, al exigir únicamente la denuncia, estableciendo así para estos delitos el mismo procedimiento previsto para los delitos de acción pública, a pesar de seguir considerándolos de instancia privada. Otros delitos menos graves pueden permanecer como de acción o instancia privada, excepto, por supuesto, cuando se cometan contra niños o adolescentes, siempre y cuando, aún con respecto a esos delitos baste la denuncia o participación del hecho a las autoridades competentes, como lo indica expresamente el mencionado artículo 25. Por otro lado, opino que la prescripción de la acción penal de los delitos previstos en este Título no debe ser inferior a los cinco años para los delitos menos graves, manteniendo en 15 años la prescripción de los delitos más graves, como es el caso de la violación. Igualmente considero que, en los casos en que la víctima sea menor de edad, la prescripción debe de comenzar a correr a partir de que ésta alcance la mayoría de edad (18 años), así está ya establecido en algunos países, como es el caso de España,¹¹⁶ y se está proponiendo en otros, como el caso de

¹¹⁵ En estos casos, la violencia puede ser física, moral, sexual y psicológica (psíquica, emocional o mental).

¹¹⁶ El artículo 132 del Código Penal Español establece que “cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad”. Es igualmente interesante señalar, que el artículo 191.2 *eiusdem*, refiriéndose a los “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, establece que “En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase”. Disposición esta reforzada por el artículo 130 que consagra el perdón del ofendido como una de las “causas que extinguen la responsabilidad criminal”, pero sólo “cuando la Ley así lo prevea”, autorizando incluso a los Jueces o Tribunales, en los delitos o faltas contra menores e incapacitados, a rechazar el perdón otorgado por los representantes de aquéllos.

Holanda.¹¹⁷ Comparto las opiniones que plantean igualmente la eliminación de las atenuantes *honoris causa* en todos los delitos, en vista de que evidentemente que ya no se justifican, pero no estoy de acuerdo con la implantación de ningún tipo de atenuante por razones económicas, por muy graves que éstas sean, especialmente en relación con éstos delitos y con aquellos contra la vida y la integridad de las personas. Podría estudiarse la posibilidad de tomar en cuenta como atenuante, a las situaciones económicas muy graves, pero esto sólo en ciertos y determinados delitos contra la propiedad, como algunas de las modalidades menos graves de los hurtos, pero hasta allí y bien limitado, de otra manera se abriría una nueva puerta a la impunidad que ya de por sí reina en nuestro Derecho Penal.

6.- Deben de insertarse en el Código Penal todos los delitos relacionados con este Título y que se encuentran tipificados en leyes especiales, para “codificar” nuevamente el Código Penal. Aprovechando para adecuar y racionalizar los hechos punibles, eliminando las exageraciones, indeterminaciones, discriminaciones e incoherencias, hasta donde sea posible, sin caer en excesivas y absurdas conceptualizaciones, ya que muchos términos no pueden ser totalmente definidos, ni tampoco conviene hacerlo (ej. que es un acto lascivo, obsceno, impúdico, etc.),¹¹⁸ en vista de los cambios, a veces muy profundos, que ocurren con las variaciones de mentalidad y de costumbres en el seno de la sociedad. Por otra parte, es recomendable que las derogaciones que ocurran como consecuencia de alguna reforma futura y de la re-codificación, se hagan lo más expresas y claras posibles, de manera que no queden dudas. Por otro lado, es conveniente resaltar que algunos delitos, como el caso de la necrofilia se mantienen en otra parte del Código, castigándola como profanación de cadáver (Art. 172), que la sodomía se sanciona dentro de la violación (penetración *contra natura*), que las prácticas homosexuales se sancionan únicamente en caso de que la víctima sea menor de edad y que los actos con animales (bestialidad) no se ha planteado castigarlos como tales (hay países que todavía sancionan estas conductas, como es el caso del Ecuador y Puerto Rico).

7.- Es necesario insistir, que algunos de los delitos de naturaleza sexual, como es el caso de la violación (en sus diferentes modalidades) son pluriofensivos,

¹¹⁷ Ver *Revista Penal* N° 10 (Julio 2002), p. 212.

¹¹⁸ En épocas pasadas hasta los besos apasionados eran considerados por algunos como “actos lujuriosos, libidinosos, inmorales, obscenos e impúdicos”, tildándolos como preludio del coito (*preludia coiti*).

ya que afectan varios bienes jurídicos, no sólo la libertad, la integridad o la indemnidad sexuales, sino también se lesiona al pudor¹¹⁹ a la dignidad y la intimidad de las personas, y es muy frecuente que adicionalmente se ocasionen lesiones personales (fuera de las propias de la violación), privaciones contra la libertad personal o hasta el secuestro de la víctima, y, sobre todo, lesiones psicológicas y morales graves, de las cuales puede que la víctima jamás se recupere, causándole así adicionalmente el agresor a la persona agraviada, serios trastornos y traumas de adaptación en sus relaciones futuras, a veces insuperables, que, como cruel secuela del hecho, han llevado a muchas de esas personas lesionadas a cometer suicidios, a caer en el alcohol, las drogas o hasta en la prostitución.

8.- No es cierto, pero, aún en el supuesto negado caso de que lo fuera, es totalmente inadmisibles, el pretender justificar las agresiones sexuales, alegando que las mujeres, en ocasiones, dan lugar o propician con sus vestimentas o actitudes, ataques o agresiones sexuales. Bajo absolutamente ninguna circunstancia le está permitido a una persona el agredir sexualmente a otra, ni siquiera de palabra, menos aún con hechos. Considero que se le hace un muy flaco servicio a la legalidad, al derecho y a la justicia, cuando se pretende justificar ciertas reacciones y desmanes, que a veces consisten en verdaderos hechos punibles contra la integridad de otras personas y su derecho a circular libremente, a ser respetadas y a no ser molestadas, con argumentos tan absurdos como esos. Con “razonamientos” de ese tipo algunos también pretenden justificar la perpetración de otros delitos, como los robos y los hurtos, alegando que las víctimas “tientan” a las demás personas al llevar alguna prenda, por muy sencilla y de poco valor que esta sea, como si los ciudadanos, cualquiera sea su sexo o edad, no estén en todo su derecho de portar y vestir lo que ha bien les parezca y el Estado en la obligación de garantizar su seguridad e integridad, así como de capturar, procesar y castigar a todo aquel que se atreva a agredirlos de cualquier manera.

9.- 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 específica-

¹¹⁹ Como ya se señaló desde el comienzo de este trabajo y a todo lo largo del mismo, el “pudor”, las “buenas costumbres” y los valores personales y familiares, no son términos desfasados o arcaicos, sino conceptos y principios vigentes que deben ser respetados. Allá quien no los tenga o no los considere relevantes, esa es su decisión y se le respeta, pero eso no le da ningún derecho a desconocer o irrespetar a los que sí los valoren, y menos aún, a lesionarlos, menoscabarlos, ponerlos en peligro o destruirlos.

mente, 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 absolutamente 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, los que no los quieran denominar éticos y morales los llamarán ciudadanos, republicanos o con cualquier otro nombre, en el fondo es lo mismo. En el caso de los delitos de naturaleza sexual de que se ocupa el presente trabajo, se mantiene la separación del Derecho con la religión y con el pecado, por ello no hablamos de delitos inmorales en el sentido religioso o pecaminoso, pero si hay delitos que violan los cánones de la ética y la moralidad ciudadana y republicana, que también existe.¹²⁰

¹²⁰ Ejemplo de ello, es que un país tan liberal como Holanda, que hasta ha legalizado ciertas drogas, coloca estos delitos bajo el Título de “Delitos contra la moral ética”, o como Francia y Alemania que hablan de actos que infringen la “moral sexual”.

Sistema penal y reforma legal en Venezuela:

La tensión entre el Estado Constitucional y el estado policial

Elsie ROSALES*

SUMARIO:

- 1. Seguridad *versus* libertad en las políticas penales: las reformas penales actuales.**
- 2. Situación actual de la política legislativa de reforma del Código Penal:**
2.1 Política legislativa y sistema penal: 2.1.1 Selectividad policial y abuso de poder. **2.1.2** Tasa de encarcelamiento.

* **Universidad Central de Venezuela**, Doctora en Derecho. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales*, Investigadora PPI II. *Escuela de Derecho*, Profesora. *Doctorado en Derecho*, ex Directora. **Universitat Autònoma de Barcelona**, Investigadora Invitada (2000 y 2003). Ha publicado investigaciones sobre justicia penal en materia de drogas, Constitución y Derecho Penal, la cuestión penitenciaria, y el tema de la seguridad. Su principal línea de investigación es sobre *sistemas penales* que actualmente gira alrededor de tres áreas temáticas: Estado Constitucional y legislación penal; Globalización del control penal (drogas, terrorismo y delincuencia organizada) y seguridad; y por último, sistema penal y acceso a la justicia.

3. **Hacia una política legislativa humanista: aspectos básicos a considerar para fortalecer la política legislativa democrática en materia penal:** 3.1 *El objeto a regular: el poder punitivo del Estado expresado en el sistema penal:* 3.2 *Realidad legislativa en el área.* 3.3 *El Código Penal como eje del proceso rearticulador de la normativa penal.*
4. **Reforma parcial del Código Penal: un nuevo ensayo de incomprensión del sistema penal contrario al estado constitucional:** 3.1 *Parte general:* 4.1.1 Régimen de la pena de multa (artículo 96). 4.1.2 Regulación la prescripción (artículos 108 y 110). 4.1.3 Algunas cuestiones no tratadas en la Parte General. 4.2 *Parte Especial:* 4.2.1 De los delitos. 4.2.2 De las faltas. 4.3 *Norma derogatoria.* 4.4 *Otras cuestiones de fondo.*
5. **Los dos ejes transversales de la reforma:** 5.1 *Aumento de las penas:* 5.2 *Proscripción de fórmulas alternas a la privación de libertad.*
6. **El veto presidencial: dos cuestiones fundamentales.**
7. **Caracterización de la reforma parcial del Código Penal como uno de los eslabones expresivos del Derecho Penal del enemigo.**
8. **Modificaciones específicas de cada dispositivo.**
9. **Impacto sobre el régimen del COPP.**

1. SEGURIDAD *VERSUS* LIBERTAD EN LAS POLÍTICAS PENALES: LAS REFORMAS PENALES ACTUALES

La vieja tensión entre *libertad* y *seguridad*¹ se actualiza cada vez que las políticas públicas contra la criminalidad anuncian medidas: se trate de una ley penal o de un operativo policial masivo.

En el lento pero anhelado camino hacia la sociedad democrática, ganar espacios para el cada vez más pleno ejercicio de las libertades públicas y en consecuencia, para el disfrute de los derechos humanos, se tropieza con la “emergencia” generada por problemas, reales o contruidos, coyunturales o permanentes que aquejan y preocupan a la sociedad o, al menos, tienen la capacidad de atemorizarla, al extremo que presa de miedo, reclame mano dura contra el hampa o esté dispuesta a ceder libertades y derechos para protegerse: para ganar “seguridad”.

¹ Una explicación sobre esta dualidad, puede verse en: Rosales, Elsie 2002: *Terrorismo y globalización del control penal*. Revista del Tribunal Supremo de Justicia N° 6 especialmente pp. 35 a 40. República Bolivariana de Venezuela.

Lo que generalmente no tiene claro la comunidad atemorizada debido a la construcción o sensibilización ante los miedos —reales, contruidos o tergiversados— es que el *incremento de la represión* no forma parte de una ecuación que se traduzca en una *disminución de la criminalidad* y por ello, en *mayor seguridad*. La realidad es otra nada alentadora: cuando la política penal es pura represión espasmódica que no está articulada a la construcción de una política pública de protección de los derechos y libertades, sino que obnubilada por la “emergencia” arremete con operativos policiales y otras medidas *efectistas* que alardean la presencia en la calle de fuerzas policiales y hasta militares, lo que se obtiene es una “disminución” artificial de los indicadores de delincuencia selectivamente marcados, pero nada que repercuta en un verdadero alivio para la comunidad.

Dentro del bagaje comúnmente recurrido por el poder punitivo de los Estados, se presenta un catálogo de medidas *efectistas* que incluyen *reformas legales* completamente desarticuladas de lo que sería una política legislativa democrática, pero que no obstante, persiguen aliviar a la comunidad haciéndoles “sentir” que se está haciendo algo, aunque para nada se haya evaluado científicamente la realidad para pronosticar el impacto de la reforma. Leyes que se anuncian sin preguntarse si efectivamente son capaces de coadyuvar en la difícil tarea de controlar problemas tan complejos como la delincuencia y violencia delictiva o si, por el contrario, el aumento del poder punitivo y con éste, el de la violencia emanada de las instancias gubernamentales encargadas de aplicarlo, puede paradójicamente aumentar la cresta de violencia que aqueje a la sociedad. Con lo cual, el efecto *criminógeno* producido por el aumento de la represión penal, debe ser medido por todo Estado que se estime democrático como parte del balance necesario para adelantar cualquier política pública en el área.

Lamentablemente, en el comportamiento casi estandarizado en Occidente de las instancias gubernamentales encargadas de brindar leyes penales, prevalece la convicción de que esta *función simbólica de la ley penal* puede brindar rentabilidad política, aunque sea coyuntural en medio de un ambiente político social signado por la *inmediatez*: la gente puede tranquilizarse o “sentirse” más segura, con prescindencia de la seguridad real. De hecho, algún sector u operador político puede ganar protagonismo público si ofrece la “solución mágica” de una ley salvadora que “al aumentar las penas y las incriminaciones” protegerá a la comunidad atemorizada del asecho delictivo. Otros, pueden buscar la solución mágica en la ley penal sencillamente porque muy a pesar de sus muy buenas intenciones no han tenido la oportunidad de reparar en las dificultades que conlleva.

Algunos datos de esta descripción general pueden aportar elementos claves para evaluar la política penal que, como decisión política democrática se deba adoptar, sobre todo, ante la lamentable constatación de que en Occidente –para referirse a un entorno delimitado con variables comunes– la tendencia parece ser hacia la *maximización* del control penal, aun en desmedro de las libertades públicas e incluso, hacia un aumento de la represión que incluye la militarización de los conflictos internos y alcanza el tratamiento de la delincuencia común. Prueba de ello, es el modelo de intervención penal que desde la Casa Blanca se intenta exportar o desde aquí se intenta copiar, donde de modo sistemático y desde hace décadas se propone a la comunidad internacional un desmedido aumento de la represión en áreas críticas para sus intereses, asociados al fenómeno de la globalización, en medio de lo cual, el control penal mundializado ofrece un escenario propicio en el eje formado por la trilogía: drogas ilegales y lavado, terrorismo y delincuencia organizada.² Venezuela por su parte, ha seguido al pie de la letra estas políticas internacionales expansionistas, mientras que internamente las dificultades del sistema penal y del comportamiento delictivo han aumentado.

Un ejemplo sobre hiperactividad del sistema penal sirve para incitar una reflexión: Christie³ explica que en Estados Unidos la tasa de encarcelamiento se ubica en más de ochocientas personas por cien mil habitantes, mientras que la media mundial no supera a cien personas por cien mil, siendo aun más alarmante su tasa de sujeción al sistema, la cual se ubica por encima de mil trescientas por cien mil habitantes, indicador que paradójicamente contrasta con las altas tasas delictivas que exhibe.

Para Venezuela, el aumento de la delincuencia y la violencia delictiva marca una línea ascendente significativa a partir de 1985, cuando por primera vez el país “califica” con indicadores suficientemente altos para ser considerados en los estudios internacionales sobre violencia. Es obvio, que el hito histórico que supone estos índices se vincula a dificultades sociales, económicas y políticas que ambientaron la vida del venezolano durante esos años (carencias del Estado de Derecho, desconocimiento de derechos, empobrecimiento, injusticia y des-

² Rosales, Elsie 2004. *Sistema Penal y reforma penal*. Especialmente: “Contexto jurídico internacional: La tensión entre El Derecho de los derechos humanos y la Globalización expansionista del control penal”. Conferencia presentada en el Encuentro Nacional de Criminología. Mérida, noviembre 2004 y arbitrado para su publicación en Capítulo Criminológico, La Universidad del Zulia.

³ Christie, Nils. 2001. *Crime Control as Industry*, Roulegte. England.

igualdad social, *banalización* de la violencia).⁴ Esta dramática tendencia no ha cedido y por el contrario, ofrece datos alarmantes para la década de los noventa, entre ello, la tasa de homicidios por cien mil habitantes que pasa de 10 a 40 por cien mil habitantes (Gráfico 1) y que para la década actual mantiene datos alarmantes. Así, el desbordamiento de la criminalidad apreciado en estos primeros años del nuevo milenio era de esperarse y estaba proyectado por la investigación científica que como ha sido usual, es ignorada por los operadores políticos.

En el momento actual, para atender la coyuntura y como parte de un clamor ya añejo, *la parte legislativa de la política penal venezolana* ha pretendido actualizar las incriminaciones penales mediante la preparación de un nuevo Código Penal. Como bien se ha dicho, el Código Penal es la ley más importante de un país después de la Constitución. Ello es así porque en este instrumento legal se expresa el código de relaciones entre el Estado y la sociedad de la manera más comprometedor para los derechos humanos. Ahí se fija la línea entre libertad y represión, entre derechos y castigo, entre libertades públicas y prohibiciones atendidas con mano dura. En este terreno se juega política y jurídicamente con la democracia. Es una zona vulnerable del sistema político que el Estado y la comunidad deben cuidar en aras del logro de un futuro cada vez más humano.

Sin embargo, las propuestas legales sobre el tapete, transitan por el mismo camino de las tendencias represivas y de la heredada cultura autoritaria, aunque sus cultores puedan venir animados con las mejores intenciones.

De un lado, un grupo de opinión parlamentario propició una reforma parcial “puntual” (de 38 artículos) del Código Penal que ha quedado finalmente promulgada y en vigor a partir de su publicación en *Gaceta Oficial* el 16-3-05.⁵ Esta reforma parcial desarticula el sistema, aumenta la represión y las incriminaciones en áreas que sin profunda reflexión estimaron debían ser atendidas y en consecuencia, contribuye al ya dramático desorden legislativo presente en toda la normativa penal venezolana desde hace décadas. El resultado es que paradójicamente, la desarticulación e incoherencia de las normas, en vez de conducir a la mayor represión o eficacia que proponen, conduce a la *impunidad*, pues le abre nuevas grietas tanto al sistema penal general como a la aplicación de la ley.

⁴ Briceño León, Roberto. 1999. *La violencia en Venezuela* Mimeo. Lacso.

⁵ *Gaceta Oficial extraordinaria* N° 5.763 de 16-3-05 con una reimpresión de fecha 13-4-05 publicada en *Gaceta Oficial extraordinario* N° 5.768.

De otro lado, el Tribunal Supremo enarbola otra propuesta que sigue la tendencia de la *maximización del Derecho Penal* (con 1.038 artículos), “Derecho Penal para todo”, sin reparar en que ello para nada mejora la vida ciudadana, ni su seguridad, pues la capacidad del Estado para enfrentar un fenómeno desbordado desde hace ya casi dos décadas es limitada, aunque haga lo que haga es limitada, y la única manera de atender progresiva pero racionalmente el problema, es dándole prioridad con extremo celo a las áreas que deberán ser incriminadas y atendidas con políticas penales coherentes, aprovechando el esfuerzo del Estado para mejorar al sistema y obtener datos *reales* de reducción del fenómeno.

En tránsito con estas dos propuestas, la Asamblea Nacional a finales de 2002 le asignó a una Subcomisión especial la elaboración de un nuevo Código Penal. En esa instancia se ha ido preparando una reforma integral, pero en los últimos tiempos se ha debilitado esta labor, en cuya determinación sin duda ha obrado, junto a otras variables, la intención dirigida a la reforma parcial del Código Penal alcanzada en marzo 2005.

En una línea comprensiva de la política integral de atención estatal del sistema penal en la cual se inscribiría toda reforma legal, un problema crucial que sirve de ejemplo, es cómo la *inseguridad* se asocia con la tremenda *impunidad* que exhibe el sistema y aun más, ciertos delitos. Esto es una constante histórica en los delitos de corrupción, pero ha llegado a niveles insostenibles en delitos como el robo de vehículos, pues en su ejecución se mezcla un componente violento que más allá del daño patrimonial arriesga gravemente la vida e integridad de las víctimas. Frente a eso, no se puede responder con un Código que por pretender cubrirlo todo no selecciona dentro de la ley penal a lo más grave, sino que refuerza su función –en el decir de Hassemer– meramente *simbólica*,⁶ o con reformas sesgadas y desarticuladas que pretenden atender un fenómeno complejo con acciones legislativas espasmódicas. Porque la regla **es que en todo Estado su capacidad de intervención es limitada** y por tanto, debe ocuparse prioritariamente de los ámbitos más críticos, desde la ley hasta alcanzar su ejecución, y así, progresivamente, armar un sistema o modelo propicio para la protección de los derechos humanos a la vez que cumple su misión de control delincencial. Pero, además, una razón de peso son los límites que en una sociedad democrática deben imponerse al poder penal, pues la *mera expansión de la ley penal*, no sólo desarticula el

⁶ Hassemer, Winfried 1989. *Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos*. Nuevo Foro Penal. N° 51. Bogotá.

sistema generando impunidad sino que paradójicamente facilita el abuso de poder. *Impunidad y abuso del poder penal* son dos componentes nefastos para la consolidación de todo Estado, máxime para uno que desde una perspectiva histórica apenas inaugura su ideario constitucional democrático y que mucho le queda por andar en la búsqueda de una sociedad más justa e igualitaria, en la cual la articulación racional del sistema penal brinde como consecuencia natural mayor *seguridad* sin sacrificio de *la libertad*.

2. SITUACIÓN ACTUAL DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Como es sabido, durante el último trimestre de 2004, la Asamblea Nacional tuvo previsto en su agenda legislativa tratar lo concerniente a varias leyes vinculadas al Sistema Penal, entre ellas se destacaba la propuesta de reforma del Código Penal y la Ley sobre Función Policial y el Cuerpo de Policía Nacional. Otros proyectos heredados del pasado tales como una Ley contra Delincuencia Organizada y la reforma a la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, vienen cursando y han sido aprobados en sendas primeras discusiones parlamentarias a finales de 2001. Ni hablar de otros proyectos atinentes al control penal que reposan en la Asamblea tal y como ocurre con el Proyecto de Ley contra la Extorsión y el Secuestro y que justamente durante la primera semana de marzo de 2005 ha sido desempolvado dentro del desarrollo de una política gubernamental de control penal fronterizo.

Para noviembre de 2004, ya estaba superada la cresta de la atención política cifrada en el proceso de referéndum presidencial adelantados y las elecciones regionales, de modo que a partir del 2-11-04 la agenda legislativa de la Asamblea Nacional tenía previsto asumir la discusión sobre las propuestas de reforma del Código Penal, por lo que el tema alcanzó la sanción parlamentaria de la Reforma Parcial del Código Penal el 6 de enero del 2005 y así fue enviada al Ejecutivo, el cual la vetó argumentando fundamentalmente problemas de inconstitucionalidad, así como anunció dificultades en el resguardo de principios penales y hasta defectos de técnica legislativa. No obstante, la Plenaria del Parlamento, el 3-3-05 sancionó nuevamente tal reforma parcial, justificando su aparente acoplamiento a las observaciones presidenciales, por lo que se promulgó el 16-3-05.

En resumen, exclusivamente en cuanto al Código Penal, en la actualidad la Asamblea Nacional ha cursado las siguientes propuestas:

- La redacción de un nuevo Código Penal encomendada hace aproximadamente tres años a una Comisión especial para la preparación de

los Códigos Procesal, Penal y de Justicia Militar (Comisión Mixta para la Reforma de los Códigos Procesal Penal, Código Penal y Código de Justicia Militar) la cual estaba presidida por el Diputado Jordán Hernández.

– Una reforma parcial (de alrededor de cuarenta artículos) propuesta por el Grupo Parlamentario Bloque del Cambio, encabezado por la Diputada Cilia Flores y nacida al hilo de los sucesos de abril de 2002, que finalmente quedó promulgada el 16-3-05.

– Finalmente, el Anteproyecto de Código Penal de 1.038 artículos, propuesto por el Tribunal Supremo de Justicia, cuya elaboración fue encomendada al Magistrado Angulo Fontiveros y para cuya redacción le acompañaron José Luis Tamayo, Mónica Fernández, Miguel Villarroel Sierralta y Gladys Hernández.

2.1 POLÍTICA LEGISLATIVA Y SISTEMA PENAL

La *función básica* de la ley penal es regular el poder punitivo, es decir, regular un **poder político**, seguramente el más delicado en todo Estado.⁷ No obstante, esta idea bastante sencilla, históricamente no ha sido ni comprendida y menos aún asumida por las agencias legislativas (congresos y asambleas nacionales). Por el contrario, la tendencia ha sido a dictar leyes a diestra y siniestra –fenómeno doctrinalmente denominado **excesiva proliferación legislativa**–,⁸ leyes desarticuladas, efectistas, *inmediatistas*, de urgencia, concebidas contra “un terrible enemigo”, “Derecho Penal del Emergencia” o “Derecho Penal del enemigo” en la expresión de Jacobs,⁹ y, sobre todo, portadoras de la *cultura autoritaria* que lamentablemente ha signado por siglos al planeta y que se hace visible en esta

⁷ Rosales, 2004, *Ob. Cit.* En relación con la concepción que de la política se sigue, ver: Bauman, Zygmunt. 2001. *En busca de la política*. Primera edición en inglés, 1999. Argentina: Fondo de Cultural Económica y Beck, Ulrich 2002. Libertad o capitalismo. *Estado y Sociedad 100*. Barcelona. España: Paidós. En cuanto a una perspectiva crítica en el pensamiento penal: Albrecht, Peter-Alexis 1999. *El Derecho penal en la intervención de la política populista*. En: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt: Editorial Comares.

⁸ Silva Sánchez, Jesús 1999. *La expansión del Derecho Penal*. Civitas. Barcelona y Hassemer, Winfried 1990. *El destino de los derechos ciudadanos en un Derecho Penal “eficaz”*. Doctrina Penal N° 49-52. Depalma Buenos Aires.

⁹ Citado por Aponte A., 1999. *Guerra y Derecho Penal del Enemigo*. Universidad de Los Andes. Bogotá y por Cancio Meliá, Manuel 2002. *Derecho penal del Enemigo y delitos de terrorismo*. Jueces para la democracia N° 44.

región, *autoritarismo* perpetuado con el fin político hegemónico de mantener la opresión *funcional* a los ejes de poderío mundial de cualquier signo, insertas en la lógica de la sociedad contemporánea.¹⁰

Estas legislaciones se han fincado en la búsqueda de sus **efectos simbólicos**,¹¹ es decir, leyes que dicen combatir el delito pero que en realidad buscan sólo brindar la *sensación* de su combate, que de paso, le facilitan cierta “rentabilidad política” a los actores que las promuevan sin importar que tanto la desarticulación como los excesos de las leyes penales, los pagan —como es usual— los socialmente más *vulnerables*, es decir, aquellos con menor acceso al disfrute de los derechos y por supuesto, más débiles ante la **arbitraria operatividad selectiva** del sistema policial,¹² en definitiva: son *los pobres* los que terminan siendo la “clientela” predilecta del sistema penal, mientras que de manera inversamente proporcional se agudiza la impunidad de quienes cuentan con privilegios, pues la injusticia social al favorecer a algunas minorías las dota de privilegios que *funcionan* como contrapartida a las carencias de los grupos humanos mayoritarios y empobrecidos.

La **excesiva proliferación legislativa**, también mal llamada “hiperinflación legislativa”, se asocia a un fenómeno que he denominado la **Globalización del control penal** y que en la óptica de los pensadores críticos deviene como el brazo del proceso de la globalización general que aprovecha el ámbito jurídico para adelantar sus estrategias de intervención y expansión, para algunos de “dominación”, como expresa Recasens,¹³ con lo cual se considera también los aspectos políticos del fenómeno de globalización de la cultura jurídica como ha abordado Buenaventura de Sousa.¹⁴

En tal sentido, Recasens apoyándose en pensadores contemporáneos, explica: “...del mismo concepto de globalización se desprenden, además, serias paradojas, producto de la dificultad de globalizar lo que es heterogéneo. Tal proceso parece imposible sin establecer relaciones de dominación o sin dictar unas

¹⁰ Marcuse, Herbert 1972. *La sociedad opresora*. Editorial Nuevo Tiempo.

¹¹ Hassemer, 1989, *Ob. Cit.* y Rosales, Elsie, C.S Bello y C. Borrego, 1996. *Constitución, principios y garantías penales*. Universidad Central de Venezuela.

¹² Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar 2000. *Derecho Penal. Parte General*. Argentina. Ediar.

¹³ Recasens, Amadeus y otros, 2003. La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto. Atelier. Barcelona.

¹⁴ Buenaventura de Sousa, Santos 1999. *La globalización del Derecho*. Primera edición en portugués 1998. ILSA y Universidad Nacional de Colombia.

pautas homogeneizadoras impuestas por aquéllos (Estados, empresas, “lobby”...) que disponen de mayor poder coactivo. En otras palabras, existen *globalizadores* que imponen sus criterios, y globalizados que no tienen otra opción que aceptarlos. Tal vez el espacio ha cambiado, pero no la relación de dominación. La novedad es por tanto más aparente que real”.¹⁵

Esto tiene un escenario especialmente propicio en el ambiente internacional y permite la difusión e incorporación al interior de los Estados de los modelos de legislación penal *prioritarios* para los ejes de poder y no siempre, ni necesariamente prioritarios para los países periféricos que terminan reproduciendo tal discurso como propio. Un ejemplo paradigmático de este fenómeno ha sido la *línea internacional de represión de las drogas ilegales propiciada por la política exterior de la Casa Blanca de Estados Unidos* y seguida por distintas instancias internacionales, la cual, más allá de la gravedad intrínseca del fenómeno, ha conducido a los países periféricos (como Venezuela) a la promulgación de leyes altamente represivas que en vez de conseguir disminuir el fenómeno criminal, conllevan a que sus precarios sistemas penales, dediquen sus limitados recursos y esfuerzos a perseguir a los más vulnerables (casi siempre consumidores, pequeños poseedores, los denominados “buhoneros de la droga” o más tristemente las denigrantemente llamadas “mulas”) mientras quedan impunes los llamados jefes del ilícito negocio y más aun, los grandes poderes económicos implicados en el delito. Así, la satanización y el discurso moralizante alrededor del tema de las drogas, reproducido sin tapujos en tales leyes penales, *es funcional* y útil al **ocultamiento de su verdadero perfil económico** y con ello, se acentúa la persecución del vulnerable social, a la postre chivo expiatorio del sistema penal, mientras que los inescrupulosos poderes económicos permanecen ocultos y por ende, impunes.

Esta muy breve explicación sobre el modelo que aquí se está utilizando para ilustrar el problema de la política antidrogas, no es una mera inferencia, ha sido producto de años de investigación científica sobre el sistema penal en materia de drogas, lo cual ha demostrado cómo desde 1984, cuando se dictó la legislación antidrogas, las cárceles se llenaron con consumidores, pequeños poseedores, curiosos, uno que otro pequeño distribuidor de barrios, o simplemente con personas *vulnerables* ante la selectividad del sistema, hasta alcanzar veinte por ciento de la población encarcelada en un sistema penitenciario colapsado. Las “drogas” ocuparon el tercer lugar de los anales judiciales, mientras que

¹⁵ Recasens, *Ob. Cit.* p. 367.

el “gran negocio” ha permanecido impune, según ha demostrado la investigación sociojurídica y dogmática del tema.¹⁶

A la inversa, otro claro ejemplo de *ley simbólica* fue la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público de 1983, derogada por la recién promulgada Ley contra la Corrupción de 2003. Así, en 1983 aquella legislación penal se ofrecía “con pompas y platillos” para atacar el grave problema de la corrupción administrativa. A tal fin se argumentaba que la vetusta regulación del Código Penal no era capaz de afrontar el complejo problema de la corrupción, pues apenas contemplaba figuras muy básicas (corrupción, peculado, concusión) que habían sido superadas por la sofisticación de la criminalidad en ese ámbito. A cambio, se promulgó la Ley de Salvaguarda repleta de tipos penales *casuísticos al detalle* “para cubrir todas las posibilidades” y se derogaron los dispositivos del Código Penal que regulaban la materia. A diez años de su aplicación, la evidencia científica demostró que **menos del uno por ciento de los casos conocidos** por la justicia penal, lo eran por la aplicación de esta ley, es decir, igual que antes de su vigencia, y que, insólitamente se les perseguía por los mismos tipos penales tradicionales que estaban regulados en el Código Penal (corrupción, concusión y peculado).¹⁷ Como se concluirá: el **agotamiento de la función simbólica** de la ley debilita **la confianza de la comunidad en el Estado**. Por tanto, evitar el **abuso de normas penales**¹⁸ no es un problema técnico para el deleite de juristas, sino un problema **político de consolidación del Estado Constitucional democrático**.¹⁹

¹⁶ Rosales, Elsie 1991. *La aplicación judicial de la Ley Orgánica sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Borrego, Carmelo y Elsie Rosales 1992. *Drogas y Justicia penal (realidad judicial e interpretación jurídica)*. Livrosca. Caracas; y Rosales, Elsie. 1998. *Drogas y Administración de justicia*. UCV-Livrosca. Caracas.

¹⁷ Borrego, 1991: *La aplicación judicial de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 90 Universidad Central de Venezuela.

¹⁸ La Doctrina penal contemporánea denomina “abuso de normas penales” (Hassemer, 1989, *Ob. Cit.*) al fenómeno que consiste no sólo en la excesiva proliferación de leyes penales, sino a la confección de tipos penales *abiertos*, valga decir, aquéllos con límites confusos, lesivos de la legalidad, que pretenden abarcarlo todo mediante la represión arbitraria, incluidos aquellos tipos penales “casuísticos” como los de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público de 1983. Como se aprecia, no es únicamente una caracterización *cuantitativa*, sino *cualitativa* que puede afectar a las leyes penales y con ellas, al Estado Constitucional.

¹⁹ Entendido como el Estado de garantía de los derechos humanos su sentido más amplio, dinámico, universal y progresivo (Rosales, Bello y Borrego, 1996, *Ob. Cit.*; Borrego, Carmelo 2000. *Constitución y proceso penal*. Universidad Central de Venezuela-Livrosca.

Otra de las graves consecuencias de la reproducción en leyes penales de modelos como el de la legislación antidrogas es que los limitados recursos (humanos, organizativos, económicos) del Estado y del sistema penal para atender el problema de la criminalidad se dedican a la persecución de los más vulnerables (los pobres), mientras se deprimen otras áreas de vital prioridad para el sistema penal, tal y como acontece con los delitos socioeconómicos, así como con el control de la criminalidad convencional (seguridad / inseguridad) en aras de proteger los derechos humanos de toda la comunidad. La consecuencia es clara: **la desviación de la atención de los problemas que prioritariamente debe atender el sistema penal conduce paradójicamente a un aumento de la criminalidad, la violencia delictiva, la impunidad y la inseguridad.**

Lo anterior no es una mera inferencia, **el principio** es que **todo sistema penal tiene limitados recursos para atender los problemas de criminalidad** y que en particular, el sistema penal venezolano los tiene mucho más limitados debido a la concurrencia de muy diversas variables cruzadas sobre un fenómeno altamente complejo, entre las que se mencionarán sólo a título ilustrativo:

- La realidad de siglos de **injusticia social** y por tal, de graves carencias en la realización de los derechos humanos.
- La **fragilidad histórica del Estado de Derecho** y con él, de todo lo que le compete en cuanto a organización del Estado, funcionamiento de los poderes públicos y leyes que lo desarrollen en clave democrática.²⁰
- La heredada **cultura autoritaria** difundida a lo largo de la sociedad, muy a tono con la *muy frágil cultura jurídica democrática*, que apenas se insinúa, en el mejor de los casos, en la instrucción predominantemente *técnica* de los operadores jurídicos (abogados, jueces, fiscales, defensores y profesionales del Derecho en general).²¹
- La profusión de la **cultura de la violencia**, funcional a las estrategias de mercado de la sociedad de consumo.

²⁰ Díaz Elías. 1998. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Primera edición. 1966. Barcelona: Taurus. Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y Razón*. Original en italiano Editorial Laterza 1989. Barcelona: Editorial Trotta. Y del mismo autor: *Derechos y garantías*. Original en italiano 2001. Barcelona: Editorial Cedisa.

²¹ Pérez Perdomo, Rogelio, 1978. *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*. Monte Ávila Editores. Caracas.

- En íntima relación con las dos anteriores, la **asimilación de ideologías bélicas en la cultura jurídico penal**, expresadas en las versiones de Derecho Penal máximo, expansivo o en el denominado por Jakobs *Derecho Penal del Enemigo*,²² contrario a las ideologías humanistas del pensamiento penal orientado al fortalecimiento del Estado Constitucional.²³
- La **entropía** en la administración de los esfuerzos y recursos del sistema penal.
- La **desarticulada, confusa y autoritaria legislación penal** que le sirve de sustento al sistema penal, muy especialmente en tres ámbitos:
 - La *legislación penal sustantiva* (Código Penal y leyes penales especiales y colaterales).
 - La *ausencia de regulación democrática de la función policial*.
 - La ausencia de regulación adecuada y democrática para la resolución de conflictos penales menores (faltas y contravenciones).

Contextualizado el problema de la *relación* entre **sistema y legislación penales**, toca mostrar cómo se ha asociado una legislación cada vez más excesiva y confusa con un sistema penal cada vez con mayor crisis y con menor capacidad para atender el fenómeno de la criminalidad y de la inseguridad.

En un trabajo anterior El sistema penal en apuros: aproximación al sistema penal de las últimas décadas²⁴ se describen las dificultades que ha atravesado el sistema penal venezolano y que de algún modo explica que las altísimas tasas de criminalidad y violencia delictiva que se padece hoy día en el país, y que están asociadas a las erráticas políticas públicas en el área que por décadas nos han acompañado. En esta línea se inscribe la **política penal legislativa** extraviada en la excesiva proliferación de confusa legislación penal, en leyes “efectistas” que sólo juegan al papel simbólico y por tal, agotan **la confianza de la comunidad en la capacidad del Estado para atender el fenómeno**.

²² Aponte y Cancio Meliá *Ob. Cit.*

²³ Aniyar de Castro, Lolita 1992. *Democracia y Justicia penal*. Caracas: Ediciones del Congreso de la República; y Baratta, Alessandro. *Requisitos mínimos del respeto a los derechos humanos en la ley penal*. Capítulo Criminológico N° 13. ULA.

²⁴ Rosales, Elsie. 2002: *El sistema penal en apuros: Aproximación al sistema penal venezolano de las últimas décadas*. Revista del Tribunal Supremo de Justicia N° 5. República Bolivariana de Venezuela.

Una de las consecuencias de la excesiva y desarticulada proliferación de leyes penales es que ello contribuye a la deslegitimación del Estado, pues no puede cumplir con una de sus misiones fundamentales. Es crucial entender este proceso para propiciar el dictado de **leyes penales con fines realizables y sinceros**, pues de lo contrario, se estaría contribuyendo a la quiebra del Estado que en su concepción como Estado Constitucional democrático **es lo único** que en el mundo actual puede proteger a la comunidad, personas y pueblos de los cada vez mayores poderes económicos globalizados.²⁵ Como se puede inferir, la opción por fortalecer el **Estado de Derecho Constitucional**, no es un fin para deleite de juristas, sino un **objetivo político** clave en el decurso de los pueblos contemporáneos que además reconocen su compromiso con el **futuro** (visión prospectiva), es decir, con la posibilidad de ir construyendo una sociedad cada vez más **democrática** —es decir, con más y mejores *derechos* para todos— de manera sustentable. Es obvio que esta concepción es contraria al tratamiento *inmediatista* que algunos pretenden darle a problemas sociales complejos.

La perversa operatividad del sistema penal propiciada por leyes penales autoritarias, no sólo atenta contra los derechos de los más débiles dentro de la comunidad, sino que además extravía al aparato penal permitiendo **mayor impunidad**, pues la regla es que sus esfuerzos y recursos son limitados y por tanto, deben ser **racionalizados** al máximo para mejorar su desempeño.

Prueba de lo dicho puede apreciarse con sólo dos ejemplos que tocan el comportamiento del sistema penal en dos momentos cumbres: el de la **selección policial** de su “clientela” y el otro, situado en el otro extremo: la **situación carcelaria**.

2.1.1 *Selectividad policial y abuso de poder*²⁶

Como es sabido, la evidencia científica demuestra que en Venezuela la **tasa de homicidios por cien mil habitantes** ha subido geométricamente desde 1983 hasta el presente (ver Gráfico 1).²⁷ Esto se relaciona con diversas variables que

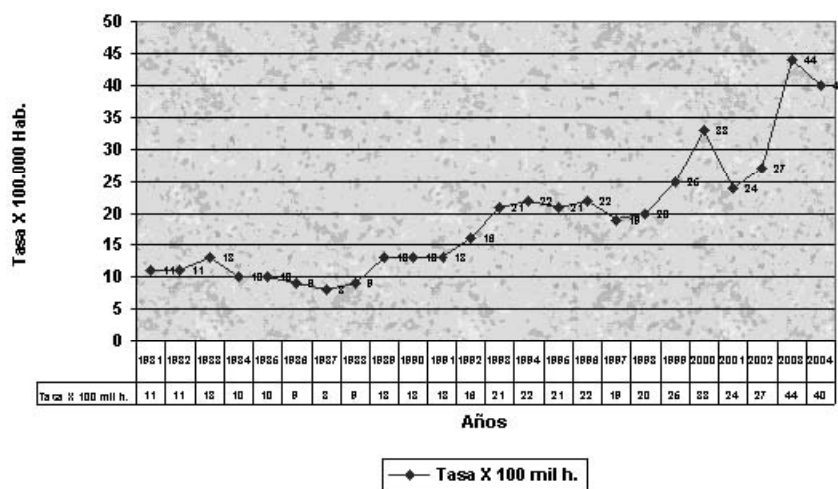
²⁵ Para una explicación de esta tesis puede verse: Rosales, 2004, *Ob. Cit.*, especialmente: Reforma penal y Política democrática. Además sobre el sentido de la globalización empleado, ver: Beck, Ulrich. 1998. *¿Qué es la globalización?*. Estado y Sociedad 58. Primera edición en alemán, 1997. Barcelona. España: Paidós y, Soros, George 2002. Globalización. Planeta. Primera edición en inglés 2002.

²⁶ Se usa la voz “selectividad” en forma similar a Zaffaroni, en el sentido crítico empleado por el pensamiento criminológico, por cuanto es un proceso que responde a variables político, culturales, económico sociales asociadas a la vulnerabilidad y no al discurso de control delincuenciales igualitario al cual alude teóricamente la ley penal. Así se distingue de la falsa neutralidad que comporta la “selección”. Zaffaroni, Eugenio Raúl. 1985. *Derecho Penal*. Parte general. Argentina: Ediar.

²⁷ Pero que están bien documentadas en la literatura explicativa del fenómeno, así Briceño León, entre otros: *La violencia delictiva en Venezuela*. *Ob. Cit.*

ahora no se analizarán. Sin embargo, el hecho es que conforme a este dramático indicador (muy por encima de la media mundial y que por tanto coloca en tela de juicio a la capacidad del Estado para proteger la vida), las muertes de personas en manos de la función policial arroja cifras alarmantes, que se pueden inferir entre una cuarta y una tercera parte del total de muertes producidas. Estas “muertes” se documentan como saldo de “enfrentamientos” entre funcionarios y presuntos delincuentes, principalmente ocurridas en las zonas más vulnerables (barrios pobres) o en áreas urbanas aledañas. En tales eventos, no sólo mueren los enfrentados sino también otras personas ajenas al suceso, tales como transeúntes y hasta niños que se encontraban en sus humildes casas. Un país democrático no puede consolarse suponiendo que los muertos “son miembros de bandas o azotes de barrio”, tampoco hay evidencia de que ello sea así, pero si acaso alguna mente arbitraria lo considerara, tampoco se justificaría, pues el Estado no puede matar. Sencillamente, la vida es un valor absoluto, y en Venezuela constitucionalmente no admite restricciones, ni *relatividades*. Tener claro esto, forma parte del ideario democrático que como tal no admite retrocesos históricos.

GRÁFICO 1. TASA DE HOMICIDIOS EN VENEZUELA, 1981-2004



Elaboración nuestra dentro de la línea de investigación **Sistemas Penales** sobre datos oficiales del CICPC.

Además, el nefasto indicador de operatividad del sistema penal (muertes por cien mil habitantes) añade a esta grave circunstancia, un efecto perverso adicional, no tan visible pero sí fundamental: la **expansión de la violencia del sistema** patente en supuestos como el citado, **expande la violencia delictiva general y aumenta la ocurrencia de lesión de derechos y garantías por parte del sistema penal**. Esto se traduce en más muertes tanto de enfrentados como de policías, de personas situacional o socialmente vulnerables, profusión de escuadrones de la muerte, venganzas, formación o consolidación de bandas, dispendio de recursos humanos y económicos, distracción y dispersión de los esfuerzos del aparato penal, aumento de los costos en represión violenta (contingente, autos más equipados o resistentes, armamento, blindaje, protección), costos sociales colaterales asociados a la violencia que afectan a las familias de las víctimas, de los funcionarios y de los implicados, así como de la comunidad en general. La vida urbana escenifica violencia.

Todo esto conduce al menoscabo de los derechos humanos, apreciados como posibilidades de realización de tales derechos para todos, y se traduce directamente en debilitamiento **del Estado como estructura pacificadora para la intervención en los conflictos**. La función mediadora y pacificadora del Estado en la conflictividad social se debilita, o peor aún, se anula, como consecuencia de la concurrencia de *leyes penales simbólicas* distanciadas de la realidad y de una realidad dejada al violento predominio del más fuerte, **el efecto político clave es el derrumbe progresivo del Estado Constitucional**.

La conclusión obvia es que la ley penal tendrá que contener al máximo las posibilidades de abuso y racionalizar también en extremo sus prioridades, considerando el fin pacificador de la intervención del Estado y sus limitados recursos para atenderlas.²⁸

2.1.2 Tasa de encarcelamiento

Uno de los indicadores que ayuda a apreciar la condición democrática de un país es su tasa de encarcelamiento, pues contribuye a medir la relación de sujeción penal que el Estado despliega ante sus ciudadanos.

En el mundo, la tasa de encarcelamiento promedio es de cien personas por cien mil habitantes. Países como Noruega muestran tasas por debajo de 60 personas

²⁸ Borrego, Carmelo y Elsie Rosales 1993. *Constitución y Derecho Penal*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y Borrego, Carmelo y Elsie Rosales 1999. *Motivación para la reforma penal sustantiva*. Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. N° 15. 1997-98 Universidad Central de Venezuela.

por cien mil habitantes, mientras que Estados Unidos exhibe tasas de más de 700 personas por cien mil (Tabla 1). Cuando Christie en su sugerente estudio²⁹ *Criminal System as Industry* explica el comportamiento de los sistemas penales contemporáneos en medio del desarrollo del capitalismo avanzado, cita el caso norteamericano como un claro ejemplo de hiperactividad del sistema penal que a juzgar por los datos y las noticias, no resuelve la violencia que padece. Explica que no sólo reporta una de las tasas de encarcelamiento más altas del mundo (junto a Rusia), sino que además su tasa de sujeción al sistema penal general, ronda las mil quinientas personas por cien mil habitantes. Este dato, es muy interesante cuando se plantea la posibilidad de considerar emular sus **políticas de seguridad**,³⁰ sobre todo si se toma en cuenta que es un país con enormes recursos económicos, pues según el autor citado, el sistema penal también actúa dentro del capitalismo contemporáneo como una “industria”.

TABLA 1
TASAS DE ENCARCELAMIENTO EN VARIOS PAÍSES
2000

País	Tasa de encarcelamiento por cien mil habitantes
España	110
Inglaterra	125
Francia	90
Noruega	56
Brasil	105
Paraguay	60
Estados Unidos	709
Canadá	129
Rusia	685

Fuente: Datos tomados de Christie, *Criminal System as industry*. 2000: 27, 29, 31, 37).

²⁹ *Ob. Cit.*

³⁰ Tal y como se pretendió llevar adelante hace aproximadamente dos años, desde la Alcaldía Metropolitana al ensayar a lo criollo el modelo que Bratton implantó en la ciudad de New York durante el gobierno del Alcalde Giuliani, en abierta aplicación de la doctrina de “los cristales rotos” innovada en 1982 por Kelling y Wilson como expresión de la Cero Tolerancia. Digno es destacar que la “Cero Tolerancia” no sólo es contraria a los ideales humanistas de tolerancia, diversidad y

Venezuela, en cambio, no cuenta a manos llenas con recursos, ni humanos, ni económicos para despilfarrarlos, tampoco ello estaría inscrito en su ideario humanista, pues tiene prioridades basadas en la superación de la pobreza y de la injusticia social. La administración de sus recursos se inserta en estos ideales constitucionalmente establecidos.

Por tanto, si se cruza el efecto de **incremento de la violencia** propiciada por la **expansión de la ley penal y del sistema penal** con la dirección que toma hacia los más **vulnerables sociales**: los pobres, el resultado no sólo arroja la tradicionalmente denunciada “*criminalización* de la pobreza” sino que se opera una doble **criminalización secundaria** de la pobreza,³¹ **pues los valiosos recursos que bien podrían destinarse al proyecto político de superación de la pobreza y de la injusticia social se desviarían hacia el incremento de la violencia del sistema penal.**

Esto último puede probarse muy sencillamente: Según datos científicos, por cada persona recluida, el Estado podría alfabetizar a 17 personas.³² Indicadores como éstos se evidencian en los análisis sobre los costos de los sistemas penales.

Pero, además **la mayoría de la población recluida es pobre**. Aquí, el punto no es que esta apreciación abunde en los estudios penitenciarios y criminológicos, sino la triste realidad que comporta, y como lo demuestran episodios cíclicos exhibidos mediante los medios de comunicación. Como se infiere del pensamiento de grandes teóricos contemporáneos, entre ellos uno de los más preclaros, Michel Foucault: *la cárcel reproduce en grado máximo la injusticia social*.³³ Por tanto, después de dictar normas penales destempladas, a diestra y siniestra, poco puede hacer el Estado impotente ante la crisis carcelaria, habida cuenta que la inmensa mayoría de las personas encarceladas pertenecen a los

solidaridad, sino que llevada al terreno de la seguridad es inconveniente, no sólo por sus altísimos costos derivados de la hiperactividad del sistema, y de su enorme disposición proclive a la lesión de derechos y libertades ciudadanas, sino por su incapacidad para atender la complejidad del fenómeno criminal, a partir de la persecución criminal de las pequeñas infracciones, cuando el sistema penal debe encargarse de lo más relevante, según principios racionalizadores de lo penal basados en la relevancia y abrigados por la perspectiva del Derecho Penal Mínimo y del Derecho Penal de Garantías, que además hoy día son compartidos por la Doctrina Penal contemporáneo.

³¹ Zaffaroni, 2000. *Ob. Cit.*

³² Dato tomado de “Buenas prácticas de monitoreo de centros de detención en América latina” de Benito Durán, director de Reforma Penal Internacional, en conferencia presentada en el Encuentro de Criminología, organizado por el Grupo Venezolano de Criminología y celebrado en Mérida en noviembre de 2004.

³³ Foucault, Michel. 1977, *Vigilar y Castigar*. Siglo XXI Editores. México.

grupos sociales más desfavorecidos. Es fundamental *relacionar* esta explicación con la reciente tendencia al incremento de la población carcelaria venezolana (ubicada a julio de 2003 en 21.342 personas) tras haber experimentado un agudo incremento durante la década de los ochenta revertida progresivamente durante los noventa y con una nueva tendencia al alza a partir del 2001, unida a serias dificultades visibles en los indicadores sobre **violencia carcelaria** analizados en publicaciones anteriores.³⁴

Un Código Penal concebido para “abarcarlo todo” o “casi todo” con múltiples penas privativas de la libertad, plagado de tipos penales abiertos, repleto de promesas de solución que no hacen más que reforzar su función simbólica, seguro que no sirve para aliviar los problemas de criminalidad y de violencia delictiva, pero sí es útil para incrementar la injusticia contra los pobres y para debilitar el Estado Constitucional, en su dimensión realizadora de los derechos. No obstante, la confusión derivada del afán protagonístico, los falsos “expertos” que desconocen los aportes científicos, la contaminación de posturas moralistas que en nada ayudan a la comprensión del fenómeno, la **construcción de los miedos** en la vida social y la urgencia que anima las medidas *inmediatistas*, o peor aún “de emergencia” de las agobiadas agencias oficiales, se combinan para ofrecer soluciones “mágicas” que paradójicamente reciclan las perturbaciones del sistema penal y agravan los problemas.

3. HACIA UNA POLÍTICA LEGISLATIVA HUMANISTA: ASPECTOS BÁSICOS A CONSIDERAR PARA FORTALECER LA POLÍTICA LEGISLATIVA DEMOCRÁTICA EN MATERIA PENAL

3.1 *EL OBJETO A REGULAR: EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO EXPRESADO EN EL SISTEMA PENAL*

Tradicionalmente la Doctrina científica en ciencias penales establece como componentes del **sistema penal** a los subsistemas policial, de administración de justicia, penitenciario y postpenitenciario.³⁵

En una perspectiva actualizada del contenido del *sistema penal* se puede afirmar que forma parte del **sistema penal** no sólo el conjunto de instituciones

³⁴ Sobre violencia carcelaria y realidad carcelaria venezolanas, puede verse: Rosales, 1998. *Cárcel y violencia* en Capítulo Criminológico, La Universidad del Zulia, así como Pérez Perdomo y Rosales, 1999 *Violencia en el espacio carcelario*, IESA; y Rosales, 2001 en: *Imprisonment Today and Tomorrow Kluwer*. England Nederland.

³⁵ Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. 1997. *Lecciones de Derecho Penal*. Editorial Trotta. Madrid y Zaffaroni, 1985, *Ob. Cit.*

antes aludida sino también los **procesos** vinculados al ejercicio de la facultad punitiva del Estado. Así:

Se usa la voz *sistema penal* para referirse a los procesos implicados en el ejercicio del *control penal*. De tal modo que no sólo supone al conjunto de instituciones vinculadas directamente con el ejercicio del control penal estatal, sino a todas *las relaciones* que tienen que ver con el ejercicio de tal control, ya estén o no formalizadas. Dentro de la idea de *control penal* se alude a las relaciones y procesos derivados del ejercicio de la facultad punitiva del Estado, esté o no dentro de los límites jurídicos, con lo que cabe más allá del control formalizado incluir al control punitivo no formalizado, es decir, aquel que implica una *punición* (restricción o supresión relevante de derechos humanos), así como a las arrogaciones que de tal control haga quien no lo tiene formalmente asignado, incluso mediante vías delictivas y de mayor violencia (tales son los casos de los escuadrones de la muerte o de las fórmulas primitivas de autodefensa).³⁶⁻³⁷

De tal modo que para el fortalecimiento de la política legislativa en el ámbito penal, la legislación tiene una misión que supone el abordaje de varios cometidos:

- Desarrollarla como proyección del Estado Constitucional, ello supone:
 - La armonía con el Estado Constitucional y con la Constitución en tanto que supone la consagración del Estado de Derecho social, democrático y de justicia y por tanto, del Estado de los derechos humanos, especialmente en su desarrollo jurídico como garantía.

³⁶ Rosales, Bello y Borrego, 1996, *Ob. Cit.*; Rosales, 2000.

³⁷ En cuanto al concepto de “punición”, se ha dicho: “...se habla de *restricción o supresión relevante de derechos humanos*, para significar que se excluyen muchas fórmulas también punitivas propias del Derecho en general que suponen alguna afección legítima, justa y tolerable de derechos humanos, tal y como sucede con la imposición regular de una multa en materia de tránsito, la orden de prohibición de enajenar y gravar en materia civil o la ejecución de una hipoteca. También aquí se usa el concepto de *relevancia* en la acepción jurídico penal derivada de la aplicación del *principio de insignificancia* en armonía con otros principios penales, tales como el de mínima intervención, *última ratio* y subsidiariedad, lo cual implica que sólo entra en la esfera de conocimiento penal la afección significativa o relevante de bienes jurídicos tutelados y no, cualquier ataque a los mismos; lo cual tiene consecuencias técnicas fundamentales, entre ellas, la de mayor importancia legislativa es la supresión de los tipos penales de peligro abstracto, lo cual supone una expansión contraria al orden constitucional, y por tanto: antidemocrática de las prohibiciones penales” (Rosales, Bello y Borrego 1996 *Ob. Cit.* y Rosales: *Sistema penal y acceso a la justicia*, 2000, mimeo).

- La coherencia y activación de los textos legales internacionales referentes a la protección de los derechos humanos en la medida en que amplíen su contenido y protección, en relación con el sistema interno.
- La *sistematización, articulación, armonía y coherencia* de toda legislación interna referente al control penal (nivel de regulación legal), valga decir la legislación sobre el ámbito policial y de seguridad, de justicia penal, penitenciaria y postpenitenciaria.

3.2 REALIDAD LEGISLATIVA EN EL ÁREA

Sin embargo, la realidad de la legislación en el área ha sido otra y para ilustrar estos aspectos se puede recurrir a algunos ejemplos:

Es usual que en cuanto a las **leyes internacionales** referentes al control penal se ratifiquen convenios o tratados en materia penal sin reservar los aspectos antagónicos con el orden constitucional. Luego se dicta la ley aprobatoria del Convenio en su integridad.

En relación con el **ámbito policial**, salvo los actuales lineamientos constitucionales, en Venezuela de modo insólito no ha existido regulación general alguna y el país sólo ha contado con normativas dispersas, muchas de ellas subalternas y hasta lesivas de la reserva legal, diseminadas por ejemplo en ordenanzas policiales; así como algunos reglamentos tal es el caso del Reglamento de la Policía Metropolitana. También ha habido algunas iniciativas legislativas plasmadas en proyectos que no han podido fragar en leyes. En estos últimos años la Asamblea Nacional viene adelantando la formulación de la legislación policial. Como complemento en mayo de 2002 entró en vigor el Decreto Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana que atiende parte de los aspectos referentes a la coordinación de los órganos de seguridad ciudadana, paralelamente se ha dictado dentro del mismo marco sendos Decretos-Leyes que regula la actividad de otros órganos de seguridad ciudadana: cuerpo de bomberos y de protección civil.

En cuanto a la justicia penal en tanto que la **legislación sustantiva y procesal penal** deben garantizar el ejercicio de la facultad punitiva del Estado y por tanto, la regulación democrática del control penal, se cuenta con los Códigos penal y procesal penal (debido a la especialidad se omite referirse expresamente el Código de Justicia Militar, también en actual proceso de reformulación). En materia procesal el novel Código Orgánico Procesal Penal ha sido reformado dos veces tras su promulgación en 1999. Mientras que en el delicadísimo

ámbito sustantivo penal, el aún fragmentariamente vigente Código Penal, ha sido reformado en esta década dos veces (en el 2000 y en 2005), además ha sufrido los embates de desmembramiento progresivo particularmente acentuado en las últimas décadas como clara manifestación de los fenómenos de “abuso de normas penales”, en expresión de Hassemer³⁸ y de “expansión del Derecho Penal” en los términos utilizados por Silva Sánchez en su estudio sobre este tema.³⁹ De tal modo que existen más de ochenta leyes regulando espacios pertenecientes al Código Penal, entre leyes penales especiales y colaterales (leyes de otra naturaleza que incluyen tipos penales) y con lo que se ha desarticulado el material legislativo penal, trayendo como consecuencia el solapamiento de normas y confusión en cuanto a su vigencia y/o derogaciones, con lo cual se constituye una de las variables normativas que promueve la **impunidad** y por tanto, la **violencia delictiva**, acentuando la crisis del **sistema penal**.

En la legislación sobre ejecución penal, existe regulación anterior (Ley de Régimen Penitenciario y leyes colaterales como la Ley de Redención de la Pena por el Trabajo y el Estudio 1992) en proceso de reformulación y de legislación complementaria que también debe acompasarse progresivamente con el **Estado Constitucional** y las tendencias penológicas contemporáneas.

Como se observa, el área más lesionada de la legislación penal se encuentra en materia sustantiva (definición de las prohibiciones penales y las penas). Aun cuando éste es un aspecto crucial en el desarrollo del proceso de democratización. No obstante, la Asamblea Nacional, al igual que el anterior Congreso de la República, no han dejado de dictar leyes especiales en materia penal y aun hoy día, se persiste en la formulación de normas penales especiales que conducen al caos legislativo con las graves consecuencias anotadas, especialmente en cuanto a la **impunidad**.

El argumento utilizado para proceder de este modo es lo que la ciencia penal ha explicado como la *cultura de la emergencia*, que es *funcional* en el ámbito ideológico y normativo a la construcción progresiva del llamado **Estado Policial**. Nada más alejado del **Estado de Constitucional democrático**.

No obstante lo anterior, la Asamblea Nacional es la llamada a legislar en este campo, dado el carácter estricto de la reserva legal en relación con lo penal, lo

³⁸ Hassemer, Winfried 1990. *El destino de los derechos ciudadanos en un Derecho Penal “eficaz”* Doctrina Penal N° 49--52. Depalma Buenos Aires.

³⁹ Silva Sánchez, *Ob. Cit.*

cual supone adelantar el proceso de rearticulación del ámbito sustantivo del sistema penal de incalculable valor para el fortalecimiento del **Estado Constitucional** mediante la elaboración de un nuevo Código Penal. Sin embargo, es de advertir que **lo crucial es articular la normativa penal y no necesariamente dictar un nuevo Código que aglutine todo el material disperso**. Es decir, de nada valdría que se “codificara” sólo con el fin de recolectar la legislación dispersa, si ésta no es nuevamente procesada y refrendada con el sistema normativo penal general que responde a un ideario constitucional democrático, pues las dificultades persistirían aun en el texto refundido. Lo decisivo es alinear toda la legislación penal con un modelo de Derecho Penal que atienda a la misma concepción constitucional y no, de uno diseminado en la legislación colateral y especial que es especialmente proclive al Derecho Penal del Enemigo (Jakobs). En este sentido, se acompaña la postura de Gabaldón,⁴⁰ quien sostiene que en el estado actual de las legislaciones “es probablemente irreal” plantearse un solo cuerpo legislativo (Código) que concentre todas las previsiones jurídico penales. Sin embargo, en el plano del control penal lo central será la delimitación constitucionalmente democrática que de tal poder político haga la legalidad y, desde la perspectiva eminentemente técnica de su desarrollo, lo principal será la sistematización que del material legislativo penal se haga conforme a criterios de coherencia, correspondencia y organización.

3.3 EL CÓDIGO PENAL COMO EJE DEL PROCESO REARTICULADOR DE LA NORMATIVA PENAL

En los hechos, la Asamblea Nacional mediante la Comisión Mixta para el Estudio del Código Orgánico Procesal Penal, Código Penal y Código Orgánico de Justicia Militar y de la Sub-Comisión del Código Penal inicio desde noviembre 2001 la preparación de un nuevo Código Penal que perseguía *recodificar* toda la legislación penal actualmente dispersa debido al desmembramiento y progresivas derogaciones de los contenidos del actual Código, la excesiva proliferación de leyes penales especiales y de normas de este carácter en leyes de tipo administrativo o civil, la diseminación de normas equivalentes a las infracciones penales menores (faltas o contravenciones) en normativas administrativas municipales (ordenanzas) que han golpeado seriamente la vigencia del Libro de las Faltas, han obrado en contra de la vigencia de la *legalidad*, entendida como principio eje de la concepción moderna del Estado de Derecho (Cons-

⁴⁰ Gabaldón, Luis Gerardo. 2001. *La reforma penal en Venezuela*. Capítulo criminológico Vol. 29; N° 3. La Universidad del Zulia. p. 33.

titución, artículo 7). Este fenómeno legislativo ha conducido a la derogación progresiva de este principio en el ámbito penal y con ello, al desmontaje de la **seguridad jurídica** y de todas aquellas garantías que la **legalidad** conlleva (*lex previa*, reserva legal, irretroactividad, tipicidad estricta).

Además, la desarticulada descodificación penal afecta directamente la **eficacia de la ley penal**, entendida como su vigencia práctica, dado que se traduce en solapamientos de normas, confusión y desconocimiento, lo cual además entorpece la labor de la justicia penal. De modo que el fin tutelar de bienes jurídicos precisos contra afecciones relevantes que corresponde al Derecho Penal, se desvanece frente a la **inseguridad e impunidad** que incentiva la *descodificación*. Es obvio que ello actúa contra la necesidad de acrecentar la **cultura jurídica de signo democrático** como parte del desarrollo del fortalecimiento del **Estado Constitucional**.

Por lo anterior, lo conveniente sería ser consecuente con una *política legislativa* rearticuladora y armonizadora del *control penal* y en consecuencia, que orientara la legislación penal sustantiva y los esfuerzos en torno a ella, mediante el Código Penal, evitando proseguir con la promulgación de leyes penales especiales o colaterales que no hacen más que contribuir con la dispersión y desarticulación legislativa. Bajo estas premisas el 13-3-02 fue presentado por la Asamblea Nacional ante el país, los Poderes Públicos, así como ante otras instancias el documento Hacia un nuevo Código Penal que fijaba entre otros, este propósito *recodificador* de la legislación penal y **rearticulador del sistema penal** en aras de superar, desde la perspectiva constitucional democrática, la dispersa, incoherente y contradictoria legislación penal que constituye una de las variables que influye simultánea, y aunque parezca paradójico, en la promoción de **impunidad** y en lesiones a los derechos y libertades públicas.

Esta política legislativa rearticuladora del sistema jurídico penal tiene varios cometidos, entre los que cuenta: Adelantar el proceso recodificador no con el ánimo de aglutinar la legislación penal y convertirla en un cuerpo rígido signado por el afán exclusivo de *seguridad jurídica*, sino que más bien lo que se pretende es rearticular la legislación penal como una de las estrategias legislativas para mejorar el desempeño del control penal de cara a la protección de las garantías, lo cual se traduciría en un alivio de la **impunidad**. Ello amerita que los tipos penales (*delitos in specie*) sean lo más **preciso, concisos, sencillos y claros** de modo que puedan ser entendidos y aplicados correctamente, evitando así la confusión producto de tipos ambiguos y solapamientos normativos.

Por lo que se debe insistir en que el punto no es recolectar toda la legislación dispersa, sino la organización de tal legislación conforme a las premisas constitucionales garantistas. **La codificación como un ejercicio formalista no tiene sentido** y por el contrario, pudiere pretender la legitimación del bagaje bélico con el cual se ha inspirado la mayor parte de la legislación penal dispersa. Quizás sea correcto, como advierte Gabaldón (2001) que “codificar” no es un cometido muy real de cara a la proliferación legislativa en el área, y en tal sentido, aboga por dos niveles coherentes de acción legislativa, según lo cual, quedaría en manos del Código Penal las principales definiciones delictivas, siempre según el principio de aflicción, y dejar para la legislación especial el desarrollo de subtipos, variantes de las figuras básicas, que permita flexibilidad y adaptación a las demandas de la realidad. Sin embargo, de cara a la demostrada expansión del Derecho Penal (Silva Sánchez),⁴¹ en cuyo contexto la excesiva proliferación legislativa es uno de sus signos, pareciera difícil la articulación de un mecanismo estable que permita conservar la debida armonía entre los dos ámbitos de regulación penal (la codificada y la especial), y evitar que la legislación especial de **carácter eminentemente complementario** no se disperse o no se formule conforme a las premisas del Derecho Penal Máximo o del Enemigo. Esto ya ha sido experimentado en los sistemas de leyes penales de otros países y no obstante, la dificultad persiste y el fenómeno de la “expansión” constituye un defecto ampliamente reconocido. No obstante esta constatación, cierto es que tampoco se podría asegurar que la codificación en sí, aun incluyendo cláusulas limitadoras de la legislación especial y colateral, sería la auténtica solución ante las demandas por cada vez más legislación penal, por lo que la opción por la codificación ponderada y con cláusulas limitantes de la expansión sería necesaria, mas no suficiente.

Como se puede concluir, las necesidades de racionalización y humanización de la legislación penal cobran especial valor ante los reclamos por una cultura jurídica democrática y por la traducción legal de las premisas constitucionales, sobre todo ante la presencia de una novel Constitución, por lo que el compromiso de la política legislativa es con el devenir armonioso del **Estado Constitucional** en los distintos campos jurídicos, entendido como Estado de los derechos humanos en su fórmula jurídica de garantías.

⁴¹ *Ob. Cit.*

4. REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO PENAL: UN NUEVO ENSAYO DE INCOMPENSIÓN DEL SISTEMA PENAL CONTRARIO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

El 16-3-05 se promulgó la Reforma Parcial del Código Penal (Reforma Parcial 2005) compuesta por 38 artículos, que poco después, por múltiples errores de concordancia entre artículos fue reimpresa en Gaceta *Oficial* (13-4-05), estos errores quizás se debieron al apresuramiento, pero sin duda demuestran el carácter desarticulado de la misma. En concreto, una de las dificultades que originó este problema de técnica legislativa que afecta la seguridad jurídica y el predominio de la legalidad penal, se debió a la supresión de dos dispositivos y a la reimpresión del texto refundido completo cambiándole toda la numeración. Asimismo, se incorporaron otros dos dispositivos incluyéndolos como letras A de sendos artículos.

En resumen, la Reforma Parcial *formalmente* modificó:

- Cuatro artículos de la Parte General (artículos 96, 108, 110 y 112, numeración anterior) y treinta de la Parte Especial (29 tipos penales del Libro Segundo sobre los delitos en particular y uno del Libro Tercero sobre las faltas).
- Suprimió dos artículos de la Parte Especial (artículos 143 y 393, numeración anterior).

N° de artículo de Ley de Reforma Parcial	N° antes de reforma	Tabla 2 Norma o tipo penal	N° actual
1 2 3 4	96 108 110 112	Parte General Concurso de Multas Prescripción de la acción: lapsos aplicables según pena Prescripción: interrupción Prescripción de la Pena	96 108 110 112
5 6 7 8 9 10 11 12	128 140 143 148 149 216 284 285	Parte Especial Libro Segundo: de los delitos en particular Traición a la patria Favorecimiento bélico Admitir dádivas u honores de gobierno extranjero suprimido Ofensas a jefe de Estado Ofensas a alto funcionario Violencia o resistencia a la autoridad Instigación pública a delinquir limitación a la penalidad del instigador del Art. 284	128 140 147 148 215 283 284

N° de artículo de Ley de Reforma Parcial	N° antes de reforma	Tabla 2 Norma o tipo penal	N° actual
26	453	Hurto Simple	451
27	455	Hurto Calificado	453
28	457	Robo propio	455
29	458	Robo impropio	456
30	459	Robo para destruir documento 457	
31	460	Robo agravado 458	
32	461	Extorsión	459
33	462	Secuestro 460	
34	472	Aprovechamiento de cosas provenientes de delito 470	
35	473	Daño a inmueble	471
		Invasión de inmueble (nuevo)	471-A
36	474	Perturbación violenta y armada de posesión pacífica	472
37		Libro tercero: de las faltas	
38	508	Vociferaciones y ruidos molestos	506
		Disposición final (sobre derogación)	

- Creó dos dispositivos con letras A complementarios de sendos artículos (artículos 296-A y 471-A, numeración actual).
- En su Disposición final ordenó derogar el Código Penal de 1915.

La tabla 2 muestra la denominación de cada artículo modificado, su numeración anterior y actual, así como su ubicación sistemática:

En líneas generales, las modificaciones fueron las siguientes:

4.1 PARTE GENERAL

4.1.1 Régimen de la pena de multa (artículo 96)

De manera idéntica a como venía regulada antes de la Reforma Parcial 2005, en el Código penal la pena de multa integra el elenco de penas no privativas de la libertad personal (artículo 10 en concordancia con artículo 30), aplicables por lo general a delitos de menor gravedad y en muchos supuestos a las faltas y la cual consiste en “la obligación de pagar al fisco” respectivo la cantidad que conforme al tipo penal o falta específico determine la sentencia condenatoria. Esta pena estaba establecida en términos dinerarios, que con el correr del tiempo fue *desactualizándose* hasta llegar a cifras irrisorias. Siguiendo una técnica legislativa adoptada desde poco más de una década para resolver los problemas de corrección monetaria ocasionados por la *des-actualización* del valor de los montos establecidos en las leyes penales especiales y colaterales, así como en materia administrativa, específicamente en el ámbito sancionador, la Reforma Parcial 2005 sustituyó los montos establecidos en bolívares por unidades tributarias.

Esta corrección se le aplicó a todo el régimen de multas del Código Penal, a la norma de la Parte General referente al **concurso de multas** (artículo 96) y a todos los tipos especiales de la Parte Especial (tanto del Libro de los Delitos como en el de las Faltas), de modo que se actualizó el monto de las multas aplicables conforme a U.T.

Esto ofrece la ventaja de actualizar a un monto adecuado las cantidades para las multas, **pero el efecto jurídico más importante** no calculado por el Legislador, es que abre la posibilidad de **reactivar la vigencia del Libro de las Faltas** (infracciones penales menores), cuya inaplicación abría mayores espacios para el recurso a normas reglamentarias y policiales inconstitucionales. Ello también conduciría a una progresiva *judicialización* de estas infracciones menores cuya competencia es jurisdiccional y cuyo procedimiento está regulado en el COPP.

4.1.2 Regulación de la prescripción (artículos 108 y 110)

Artículo 108. Prescripción de la acción penal

Como es sabido el artículo 108 CP contempla en siete ordinales los distintos lapsos de prescripción que, en términos generales, son aplicados a cada tipo penal, dependiendo del tipo de pena que comporte. Antes de la Reforma Parcial 2005 el ordinal 1 se dedicaba a la pena de presidio y el ordinal 2 a la pena de prisión. Al cambiar la pena de presidio por prisión, se creó un caos en el **sistema general de penas** del Código y en el **régimen de prescripción de la acción** (tabla 3).

TABLA 3
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN DELITOS
CON PENAS ASIGNADAS DE PRESIDIO Y DE PRISIÓN

Código Penal antes de la reforma parcial	Código Penal Reforma con Parcial 2005
Artículo 108.- 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 presidio que exceda de diez años. 2.- Por diez años, si el delito mereciere pena de presidio mayor de siete años, sin exceder de diez. 3.- Por siete años si el delito mereciere pena de presidio de siete años o menos. 4.- Por cinco años, si el delito mereciere pena de prisión de mas de tres años.	(...) Artículo 108. 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. (...)

Como se observa en la tabla 3, en los tres ordinales que se regulaba la prescripción de la acción en tipos penales con pena de presidio asignadas, **se sustituyó**, sin más, **a la pena de presidio por la pena de prisión**, con lo cual, de un lado, se sembró la duda acerca de cuál será el régimen aplicable a los tipos penales con presidio y por otro lado, se confunde gravemente los distintos términos aplicables a los distintos tipos penales con penas tanto de presidio como de prisión asignadas.

Por otro lado, este insólito hecho no parece significar que al borrar la pena de presidio, ésta haya pasado a ser imprescriptible, pues de hecho la imprescriptibilidad es una fórmula de extrema excepcionalidad aplicable, en principio, en el sistema jurídico venezolano tras la Constitución de 1999, a los delitos de lesa humanidad, los delitos graves contra los derechos humanos y los crímenes de guerra (Constitución, artículo 26),⁴² aunque falte aún mucho desarrollo jurídico normativo y doctrinal, para resolver adecuadamente muchos de los casos que pudieren presentarse. El punto crucial es que Reforma Parcial 2005 no se propuso esta consecuencia extrema. *Simplemente*, se pretendió sustituir a la pena de presidio por la de prisión, sin conocer y mucho menos ponderar los efectos que ello tendría. De esta forma, **este dispositivo resulta absolutamente inaplicable**, pues desvirtúa totalmente el sentido de gradación que tenía los términos temporales establecidos para la prescripción y constituye un grave atentado contra la legalidad, al atacar nada menos que la vigencia de la ley que permite la persecución de los delitos y de sus penas en los casos concretos. Por lo que además se constituye en un vicio de inconstitucionalidad.

Cuando el ordinal 2 y 3 anteriores a la Reforma Parcial 2005, se referían a figuras penales con penas de presidio mayores a siete años y menores a diez, agrupaban a un conjunto de tipos que en el sistema valorativo del Código comportaba una tal gravedad, que exigía tales límites y que sobre todo **eran plenamente identificables**, cuando el ordinal 3 preveía el término de siete años, se refería a otro conjunto delictivo diferente que oscila en ese rango. Por ello, cuando con

⁴² “Constitución, artículo 26. El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”. También el artículo 271 *eiusdem*, se correlaciona con esta dispositivo, pero de un modo contradictoria al pretender extender el tratamiento especialísimo a otras especies delictivas ajenas al sistema de protección de los derechos humanos.

la Reforma Parcial 2005 se establece “prisión” en los tres distintos supuestos, del ordinal 2, 3 y 4, ataca la legalidad general de los delitos y de las penas establecidas, pues con esta modificación ahora se estará refiriendo a otros tipos penales y creando solapamientos, lagunas y trastoques generalizados. Todo ello resulta muy confuso y tergiversa completamente el sentido que tenía la gradación originaria. Incluso, como manifestó José Tadeo Saín,⁴³ también denota falta de precisión y rigor como queda la regulación del ordinal 3, al referirse a pena de prisión de siete años o menos y el ordinal 4 al referirse a pena de prisión de tres años o menos.

Esto es un error garrafal derivado del cambio aislado e inconsulto de la **pena de presidio por prisión** que se muestra en el capítulo de la prescripción, pero que tiene otros graves impactos en la sustitución de la pena de presidio por prisión en tipos penales específicos.

Artículo 110. Interrupción de la prescripción

Se modificó el régimen de la prescripción intentando adaptarlo al Código Orgánico Procesal Penal. En tal sentido, se homologó el efecto interruptor del auto de detención al de la citación fiscal para el acto de imputación. No obstante, las diferencias de fondo, esta homologación no ofrece dificultades. Sin embargo, persisten problemas en la concordancia de esa regulación, pues no se uniformó el tratamiento entre el primer y segundo aparte del artículo 110.

Artículo 112. Prescripción de la pena

En el ordinal 1 se eliminó la regulación de la pena de presidio, como si esta pena no existiera en el Código. Con lo cual de nuevo se insertan dudas, sobre el régimen aplicable a tales delitos, al haber creado una laguna legal en tan delicada regulación.

4.1.3 Algunas cuestiones no tratadas en la Parte General

No se resolvieron muchos de los problemas de la Parte General que podían ser atendidos mediante una reforma parcial, algunos de urgente atención, entre ellos, se debió aprovechar para **eliminar la pena de presidio** y luego, **modificar todo el régimen de penas** para que no hubiere las incongruencias que ahora se aprecian en la parte especial con los tipos penales en los cuales se cambió el presidio por prisión. Como es sabido, el presidio ha sido abolido debido a la

⁴³ En reunión departamental celebrada en marzo de 2005, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.

evolución penológica consignada en tratados internacionales sobre derechos humanos, la impronta del orden constitucional y hasta el contenido del artículo 19 de la Ley de Régimen Penitenciario.

Muchísimos otros aspectos de la Parte General, por ejemplo, el régimen de responsabilidad de adolescentes no fue tocado, siendo que por lo menos se podía aprovechar la oportunidad para suprimir las normas derogadas por LOP-NA. Esto en el mero plano de técnica legislativa, porque si se considera otros aspectos sustantivos bien se podía atender algunas dificultades que no ameritaban mayor discusión, como por ejemplo, distinguir en el artículo 65 relativo a las causas de justificación, como la obediencia legítima (causa de justificación) de la obediencia debida (causa de inculpabilidad), a sabiendas de los problemas que esta última especie ha comportado de cara a los abusos de poder y su actual regulación constitucional. En el propio régimen de las penas, ya que se pretendía abolir el presidio, debió entonces resolverse este asunto en la regulación de las penas, suprimiendo las menciones superadas por la evolución constitucional y del sistema de protección de derechos, tal y como acontece con la pena de presidio.

Estos sencillos ejemplos lo que pretenden destacar es que la Reforma Parcial 2005 ha tomado caprichosamente sólo algunos dispositivos dejando de lado muchos otros que bien podían ser atendidos mediante una reforma parcial y ello sirve como muestra del impacto nefasto que ejerce una reforma parcial desarticulada sobre la estabilidad y coherencia del sistema normativo.

4.2 PARTE ESPECIAL

4.2.1 De los delitos

Nuevamente esta parte del Código reproduce la reforma sesgada, asistemática y desarticuladora:

Sólo desde *una perspectiva de la técnica legislativa* se modificaron algunos artículos e incluso se derogaron otros, pero se dejaron intactos tipos penales que habían sido declarados inconstitucionales hace años (Ejemplo: el *uxoricidio in reus veneri*); o **no** se tocaron la gran cantidad de tipos penales derogados, entre ellos, los tipos penales contra la Cosa Pública, derogados en gran medida, primero por la Ley de Salvaguarda y luego, por la Ley contra la Corrupción; aun cuando en otros casos, como por ejemplo, en el hurto, sí se eliminaron los hurtos agravados correspondientes al abigeato y regulados en la legislación especial (**Ley Penal de Protección de la Actividad Ganadera**, publicada en G.O N° 25-7-97).

En este sentido, Grisanti Aveledo en un artículo de prensa publicado el 5-5-05 asienta:

Cuando se reforma parcialmente una ley, con derogación de alguno de sus artículos, la técnica legislativa, indica que lo más prudente es mantener el número de los artículos derogados seguido de la palabra derogado. De esta guisa, se obvia la fatigosa e inútil tarea de revisar las numerosas referencias de un artículo a otro que contiene la ley modificada. De otro lado abona a favor de este proceder el beneficio de la práctica judicial y docente, pues, por ejemplo, desde hace muchos años, todos identificamos el homicidio intencional simple con el artículo 407. Así se hizo en la última reforma del Código Civil. Lamentablemente, no ocurrió así en la Reforma Parcial que comentamos, pese a que la labor era sencilla, puesto que apenas fueron derogados (o suprimidos, como impropriamente dice la Ley de Reforma) dos artículos: el 143 y el 393 (...) (www.eud.com: Algunas incongruencias de la reforma penal, 5-5-05).

Por su lado, la **desarticulación** tiene un grave efecto **perturbador de todo el conjunto normativo penal**, producido por la Reforma Parcial dictada en el 2005,⁴⁴ que ha sido mucho mayor debido, en síntesis a las siguientes incongruencias:

- Al publicar el texto refundido de la reforma **se cambió toda la numeración del Código Penal**, contrariando así técnicas y preceptos contenidos en la Ley de Publicaciones Oficiales, precisamente porque si no se revisa todo el texto suceden las incongruencias, incompatibilidades y reenvíos erróneos que se hicieron.
- **Cambio puntual de la pena de presidio por la prisión**: Si bien la pena de presidio debe ser derogada expresamente debido a la evolución penológica, su eliminación no podía realizarse de modo puntual, pues ello ha creado graves incongruencias, dejando por ejemplo con penas más severas delitos menos graves (ejemplo notable es el homicidio simple con pena de presidio y el calificado con pena de prisión).
- La Reforma Parcial **elimina del texto refundido** algunos tipos penales (específicamente dos) que estaban anteriormente **derogados** de modo expreso o tácito, pero no hace lo propio con muchísi-

⁴⁴ Las incongruencias anotadas se mantienen no obstante que la reforma publicada en *Gaceta Oficial* el 16-3-05 fue publicada nuevamente en *Gaceta Oficial* de 13-4-05, donde “se reimprimió por errores materiales”, resolviendo exclusivamente problemas de reenvío, por el cambio de numeración, tan anacrónicos que había tipos penales que se remitían a sí mismos o a otros que no tenían nada que ver con la materia tratada.

mos otros tipos penales que también habían sido derogados con anterioridad (bien por derogaciones tácitas o expresas o declaratorias de inconstitucionalidad), de modo que al publicar el texto refundido con tales dispositivos ya derogados pareciera que restablece su vigencia o al menos deja serias dudas sobre la misma, esto es totalmente incompatible con la legislación penal general. En particular, con leyes penales especiales como la ley contra la corrupción (2002) y la antidrogas (Losep, 1993) o con regímenes especiales como el contenido en la LOPNA.

– Inversamente a lo anterior, la Reforma Parcial 2005 no resolvió lo referente a delitos cuya vigencia estaba en duda, lo cual era de fácil atención. Específicamente los **delitos de falsificación de monedas y de falsificación de identidad** del Código Penal, habían sido derogados por sendas leyes especiales y luego derogados por las reformas respectivas de tales leyes, quedando despenalizados. Era urgente que se restableciera de modo expreso la vigencia de estos delitos en el Código Penal.

– La norma **derogatoria final** no sólo no resuelve los problemas planteados sino que los agrava, pues dice derogar el Código Penal de 1915 y lo deja así, sin resolver cuáles normas estarían vigentes debido a los profundos cambios legislativos operados a lo largo de tantas décadas.

Este tipo de problemas **perturban seriamente la función general del sistema penal**, propiciando mayor inseguridad e impunidad, pues sólo intentando resolver problemas de interpretación se dispendían enormes esfuerzos, se dan “soluciones” contradictorias y se afecta muy especialmente la actividad jurisdiccional y fiscal.

4.2.2 *Parte especial: de las faltas*

El efecto más significativo ya expuesto atrás, podría ser la reactivación de la eficacia del Libro de las Faltas que pudiese generarse como consecuencia de la actualización de las penas de multas aplicables, tras la homologación general a unidades tributarias.

4.3 *NORMA DEROGATORIA*

En cuanto a la norma derogatoria, la Ley de Reforma Parcial ordenó en su artículo 38 que “conforme al artículo 5 de la Ley de Publicaciones Oficiales se

imprimiera en un solo texto el Código Penal (...) de 2000 (...) con las reformas aquí sancionadas”, así como ordena “modificar en el texto único todas las multas, ordenando corregir la numeración”, aspecto éste advertido por el veto presidencial.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley de Publicaciones Oficiales establece:

La Ley que sufra una reforma parcial deberá publicarse íntegramente con las modificaciones que hubiere sufrido, las cuales se insertarán en su texto suprimiendo los artículos reformados de manera de conservar su unidad. Esta publicación deberá estar precedida por la de la ley que hace la reforma.⁴⁵

Mientras que la norma que aparece publicada bajo el artículo 546 de la Reforma Parcial 2005, sólo prevé:

Artículo 546. Se deroga el Código Penal de 30 de junio de 1915.

El presente Código Reformado empezará a regir desde su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela.

Dado, firmado y sellado en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los tres días del mes de marzo de dos mil cinco. Año 194° de la Independencia y 145° de la Federación.

Esto parece haberse hecho para evitar entrar en detalles, pues probablemente creyeron que crearía confusión, pero lo cierto es que tal falta de precisión lo que siembra es mayores dudas sobre la vigencia de muchos de los dispositivos del Código Penal, dada las enormes transformaciones legales experimentadas desde 1915 hasta hoy, en el propio Código Penal y por la acción de leyes que con la evolución legislativa abarcan ámbitos de su regulación, tal es el caso de las leyes penitenciarias, procesales y administrativas, además de las leyes especiales o colaterales que contienen tipos penales.

La redacción del ahora vigente artículo 546 del Código Penal, ya había sufrido varias modificaciones y el veto presidencial objetó esta norma y dio la pauta que se refleja en la redacción final, al advertir que no se debía derogar el Código Penal de 2000, pues no se estaría reformando gran parte del articulado no tocado por esta reforma parcial y porque además la Ley de Reforma Parcial sancionada, no contenía la modificación de este artículo, por lo que propuso

⁴⁵ *Gaceta Oficial* N° 20.546 de fecha 22 de julio de 1941.

como solución dejarlo con la mención heredada de los códigos anteriores. De este modo, se mantiene la confusión planteada desde otrora y que se lee en la reforma parcial de 1964: “se deroga el Código Penal del 30 de junio de 1915”, sin advertir que con posterioridad al Código de 1915 entró en vigor el dictado el 17 de agosto de 1926, que si bien desde el punto de vista sustancial sólo constituyó una reforma parcial con la finalidad principal de incluir la regulación penal del control de las armas,⁴⁶ desde el punto de vista formal supuso el dictado de un nuevo Código, de igual forma, el 30 de junio de 1964 se publicó la Reforma Parcial del Código Penal y el 26 de julio de 2000, otra reforma parcial, ninguna de las cuales se menciona.

La incongruencia en este sentido, se destaca al comparar la inclusión de dos dispositivos mediante letras (artículos 296-A y 471-A), en cuyo caso no se rodó la numeración, cuestión que sí se hizo al derogar los artículos 143 y 393, con lo que se modificó toda la numeración sucesiva del Código, hecho que no sólo afecta las remisiones internas de su propio texto, sino también cualquier remisión hecha por otra ley.

4.4 OTRAS CUESTIONES DE FONDO

Atentado contra la legalidad: la confección típica de la mayor parte de los tipos reformados, constituye un atentado contra la legalidad en varias de sus manifestaciones, que genera problemas de aplicación y **vicios de inconstitucionalidad**, no sólo por la lesión a la seguridad jurídica a que conduce la inestabilidad del sistema normativo antes expuesta, sino en cuanto a principios penales que son las proyecciones básicas de la legalidad, en particular: el principio de bien jurídico e insignificancia, el principio de máxima taxatividad (**tipicidad estricta**), el principio de proporcionalidad y el principio de humanidad de las penas. Esta lesión de la legalidad fue advertida por el veto presidencial y sólo atendida de modo superficial, sesgado y parcial, sin entrar al fondo, con lo cual persisten dificultades no superadas. La caracterización de la lesión de la legalidad se expresa en lo que la doctrina penal denomina “abuso de los tipos penales”, tal y como ha sostenido Hassemer, concepto retomado por Rosales,⁴⁷ lo cual supone una de las expresiones de la denominada “expansión del Derecho Penal” reformulada bajo esta expresión por Silva Sánchez.⁴⁸

⁴⁶ Rosales, Elsie 1990. *Política en el Gomecismo y Derecho Penal: las reformas penales de 1915 y 1926*. Revista Venezolana de Ciencias Políticas N° 6. Cepsal. Universidad de Los Andes.

⁴⁷ Hassemer, 1989, *Ob. Cit.* y Rosales, Elsie 1994. *La reforma constitucional, principios penales y derechos humanos*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, así como 1996. *Ob. Cit.*

⁴⁸ *Ob. Cit.*

5. LOS DOS EJES TRANSVERSALES DE LA REFORMA

La Reforma Parcial 2005 gravita alrededor de dos ejes transversales que son:

- **Aumento generalizado de las penas**, en algunas ocasiones incorporando la duplicación de penas propia del *sistema de doble vía*. Cuando una ley penal se concentra en el aumento de las penas denota una fuerza expansiva del control penal que si no está estrictamente justificada propicia el abuso de poder y el debilitamiento del Estado de Derecho democrático. Aspectos apreciables en la acentuación de su valor simbólico y la afección del funcionamiento del subsistema penitenciario.
- La **supresión de las formas alternas** a la privación de libertad durante el juzgamiento y después de la condena

5.1 AUMENTO DE LAS PENAS

El **aumento generalizado de las penas** se presenta en los tipos modificados de favorecimiento bélico, homicidio agravado, difamación, injuria, robo, hurtos, extorsión, secuestro, violencia o resistencia a la autoridad, instigación a delinquir, etc. Es importante advertir que no se aumentó en todos los tipos, por ejemplo, no se elevó la pena en el delito de vilipendio (ofensas al Presidente, artículo 147), aun cuando en los medios de comunicación se ha creado confusión en relación con este dispositivo que se ha mantenido prácticamente inalterado desde otrora. En otros supuestos, la modificación de la pena de presidio a prisión supuso una pena menos gravosa, lo cual seguramente no se corresponde con la intención del legislador (caso ejemplo del tipo de homicidio doloso simple, artículo 405 y del calificado, artículo 406).

Además la elevación de las penas se presenta de modo simbólico y disociado, pues como se advirtió se produce en unos tipos penales menos graves y en otros más graves no. Un supuesto grave e ilustrativo fue las modificaciones en el **homicidio simple y calificado**:⁴⁹

⁴⁹ Como se aprecia, insólitamente a esta primera hipótesis del homicidio calificado fue a la única que se le rebajó sustancialmente la pena, siendo que la línea de la reforma parcial fue aumentar las penas de los todos los tipos penales reformados.

TABLA 4
MODIFICACIÓN DE LA PENA DE PRESIDIO POR PRISIÓN
Y DE SU DURACIÓN EN HOMICIDIOS SIMPLE Y CALIFICADO

Tipo penal	Código Penal de 1964 reformado en 2000	Código Penal reformado 2005
Homicidio simple (artículo 407, actual 405)	Pena de presidio de 12 a 18 años	Pena de presidio de 12 a 18 años
Homicidio calificado (artículo 408, ordinal 1, actual 406, 1)	Pena de presidio de 15 de 25 años	Pena de prisión de 15 años a 20 años

Como se evidencia, la pena del **homicidio simple** quedó igual (este tipo penal no se reformó) pero como sí se reformó el **homicidio calificado** del ordinal 1°, pasó a tener una pena mucho menor que la aplicable antes de la reforma parcial 2005. No se entiende cómo se planteó esto, si los homicidios son calificados por constituir modalidades especialmente reprobables como ocurre cuando se realizan por motivos innobles o mediante incendio o en el curso de determinados delitos que le añaden reprochabilidad a estos atentados como durante un robo a mano armada, atentados que se producen contra un bien jurídico superior, absoluto y que no se puede restringir como lo es la vida humana. No responde tampoco a una disminución de la pena en los homicidios, pues la pena para los **homicidios agravados contra altos funcionarios** se elevó significativamente de **presidio** de 14 a 20 años a **presidio** de 20 a 25 años, mientras que al magnicidio (**homicidio contra el Presidente**) se le cambió la pena de **presidio a prisión**, modificando sus límites de 20 a 30 de presidio por 28 a 30 de prisión. Todo lo cual denota enorme incongruencia y confusión.

A ello hay que añadir que el aumento de las penas como signo distintivo se percibe de un modo más extendido entre los **delitos contra el patrimonio** (Tabla 5) que son delitos convencionales (hurto, robo-arrebatón), pero que además debido a la selectividad del sistema penal, su persecución se asocia a la vulnerabilidad social, de modo que las personas y grupos humanos más desfavorecidos constituyen la clientela predilecta del sistema penal en los delitos patrimoniales convencionales. En la tabla 5 se muestra específicamente las modificaciones de la pena, tanto el tipo de pena (de presidio a prisión) como en cuanto a su duración en tales delitos.

TABLA 5
PENALIDAD EN DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

Código Penal 2000	Reforma Parcial del Código Penal Gaceta Oficial de 13-4-05
TÍTULO X De los delitos contra la propiedad CAPÍTULO I Del hurto Artículo 453.- hurto simple prisión de seis meses a tres años Valor menor a cien bolívaes, la pena será de arresto de uno a tres meses. Artículo 455. Hurto agravado prisión de cuatro a ocho años	TÍTULO X De los delitos contra la propiedad CAPÍTULO I Del hurto Artículo 451.- Hurto simple prisión de un año a cinco años Valor menor a una unidad tributaria (1 U.T), la pena será de prisión de tres meses a seis meses. Artículo 453. Hurto agravado, prisión de cuatro a ocho años. Igual
CAPÍTULO II Del robo, de la extorsión y del secuestro Robo genérico propio Artículo 457. Presidio de cuatro a ocho años.	CAPÍTULO II Del robo, de la extorsión y del secuestro Robo genérico propio Artículo 455. Prisión de seis a doce años.

Robo Impropio Artículo 458.- En la misma pena del artículo anterior. Arrebatón Prisión de seis a treinta meses.	Robo Impropio Artículo 456. En la misma pena del artículo anterior. Arrebatón Prisión de dos a seis años.
Robo de documento Artículo 459.- Presidio de tres a seis años. Agravantes Artículo 460.- Presidio de ocho a dieciséis años. Extorsión Artículo 461 Presidio de tres a cinco años.	Robo de documento Artículo 457. Prisión de cuatro a ocho años. Agravantes Artículo 458.- Prisión de diez a diecisiete años. Extorsión Artículo 459.- Prisión de cuatro a ocho años. Subtipo agravado: Aumento de un tercio
Secuestro Artículo 462.- Presidio de diez a veinte años. Secuestro para causar alarma: Dos a cinco años de presidio.	Secuestro Artículo 460.- Prisión de veinte a treinta años. Secuestro para causar alarma: Diez a veinte años de prisión. Planificación y financiación específicos prisión no menor de 15 años ni mayor de 25 años Parágrafo Segundo: Agravante específica. Parágrafo Tercero: Subtipo agravado por fines políticos 12 y 24 años de prisión.

CAPÍTULO V Del aprovechamiento de cosas provenientes de delito Receptación Artículo 472.- Prisión de tres meses a un año. Subtipo agravado prisión de seis meses a dos años. Límite de la mitad. Habitualidad: prisión de uno a tres años en el primer caso aquí previsto, y de dieciocho meses a cinco años en el segundo.	CAPÍTULO V Del aprovechamiento de cosas provenientes de delito Receptación Artículo 470.- prisión de tres a cinco años. Subtipo agravado prisión de cinco a ocho años. Subtipo agravado sujeto activo funcionario público penas del último aparte y destitución inmediata del cargo que ejerza. Límite de dos tercios. Habitualidad: prisión agravada en una tercera parte de la prevista
CAPÍTULO VI De las usurpaciones Artículo 473.- prisión de cuatro a quince meses. Usurpación violenta: Prisión de seis a treinta meses	CAPÍTULO VI De las usurpaciones Artículo 471.- prisión de uno a cinco años. Usurpación violenta: de dos a seis años Artículo 471-A. Invasión de inmueble prisión de cinco a diez años y multa de cincuenta (50) a doscientas (200) unidades tributarias.

Perturbación violenta de posesión pacífica Artículo 474.- Prisión de uno a seis meses. Subtipo agravado prisión será de seis a dieciocho meses.	Perturbación violenta de posesión pacífica Artículo 472.- Prisión de uno a dos años y resarcimiento del daño causado a la víctima de cincuenta a cien unidades tributarias. Subtipo agravado la prisión será de dos a seis años.

5.2 PROSCRIPCIÓN DE FÓRMULAS ALTERNAS A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Una **restricción generalizada (en los tipos modificados) de toda fórmula alternativa al encarcelamiento durante el proceso o durante la condena.**

El sistema penal de la última década y en particular el subsistema penitenciario ha venido sufriendo el impacto de las restricciones consignadas en sendas reformas al COPP.

Por ejemplo, el hurto (delito de delincuencia convencional que le sirve al sistema penal para seleccionar a los más vulnerables sociales) tenía asignada una pena de prisión de seis meses a tres años y ahora es de uno a seis años. Lo cual prolongaría la estancia carcelaria de las mismas personas, sin por ello ampliar el espectro punible para controlar un ámbito más amplio del delito. Igualmente se aumentó no sólo la pena de los robos propio (artículo 457) e impropio (artículo 458) sino también del “arreatón”, que es un robo menor, acerca del cual caben las mismas observaciones y aunque, tras el veto se aminoró el impacto de la prohibición de formas alternas al encierro, éstas permanecieron con algunas variaciones.

6. EL VETO PRESIDENCIAL: DOS CUESTIONES FUNDAMENTALES

El veto presidencial fincó sus observaciones en dos aspectos fundamentales:

- La proscripción de formas alternas y,
- La legalidad en cuanto a tipicidad exhaustiva

Más allá de observaciones sobre algunos errores materiales, el veto presidencial se finca en *Observaciones de Fondo* que parten de **la proscripción de las formas alternas a la privación de libertad durante el proceso o mientras dure la condena**, que se denominan comúnmente beneficios procesales y/o medidas alternativas de cumplimiento de la pena. Señala expresamente que la prohibición de estas formas alternativas constituye violación de los artículos 19 y 272 constitucionales, así como denuncia la lesión de dispositivos de la ley procesal penal que específicamente los desarrollan. Estas normas constitucionales se refieren al sistema de protección de los derechos humanos, específicamente el artículo 19 encabeza el capítulo pertinente y consagra los principios rectores de la materia, valga decir, *indivisibilidad, interdependencia, irrenunciabilidad y progresividad*. Según el veto, constituye una transgresión de este último principio en tanto que las formas alternas constituyen un avance en la

progresiva ampliación de las formas de protección, por lo que al haberse alcanzado no le es dado a la ley retroceder, indicando que constituyen “derechos adquiridos” muy especialmente en cuanto a la libertad como derecho, que aunque el veto no lo diga expresamente, se infiere que coincide en su posición como regla constitucional, acerca de la cual se ha derivado un elenco de garantías de protección irrenunciables e inderogables.

Asimismo, las observaciones presidenciales concuerdan al artículo 272 en el cual la Constitución consagró las reglas del **sistema penitenciario**, según que es principio rector *la preferencia por la aplicación de medidas no reclusoria*, por lo que concluye que la eliminación de tales posibilidades alternativas es inconstitucional y además, derivaría en una crisis carcelaria. Así como también denuncian la infracción de los artículos 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, y 512 del COPP referidos al régimen de la suspensión condicional de la pena y las fórmulas alternas a su cumplimiento.

En cuanto a la **lesión de la legalidad** en su dimensión de tipicidad exhaustiva, el veto presidencial observa que la “utilización excesiva de conceptos jurídicos indeterminados, derivando, por tanto, en imprecisa y discrecional, viola el principio de tipicidad exhaustiva, y pasa a exponer el uso de algunas de tales expresiones, así como considera la lesión del principio de proporcionalidad abstracta, constitucionalmente consagrado, específicamente en la regulación del artículo 297-A que refiere al terrorismo informativo “difundir informaciones que causen pánico en la colectividad”.

Estas observaciones permitieron la incorporación de correcciones que mejoraron la burda apertura típica exhibida por alguno de los tipos penales modificados o creados, lo cual sin duda es positivo, pero lamentablemente el fondo ideológico de raigambre bélica que late en reformas orientadas bajo tales criterios expansivos no pudieron ser superadas, por lo que aun habrá que mejorar mucho más el texto normativo a fin de adecuarlo al Estado Constitucional de los derechos y garantías propugnado constitucionalmente.

7. CARACTERIZACIÓN DE LA REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO PENAL COMO UNO DE LOS ESLABONES EXPRESIVOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Justamente, los dos aspectos fundamentales sobre los que se fincó el **veto presidencial**, sirven para examinar el contenido de la Reforma Parcial 2005 como ejemplo de lo que en Occidente la doctrina penal viene denunciando bajo la expresión **Derecho Penal del Enemigo**. Pero antes, nótese lo duro de la expre-

sión: un Derecho Penal que no estaría articulado en el mundo de las garantías de los órdenes constitucionales contemporáneos, sino en el cual, se parte de otra premisa, el presunto “delincuente” no hace parte de la sociedad, sino que está en la otra acera, distante y bélica, es el “otro”, un enemigo y como tal hay que tratarle, según los criterios bélicos. Claro, como en Derecho Penal de lo que se trata es de administrar un Poder político *per se* difícil y comprometedor de los derechos y garantías: el poder penal, la decisión de darle tratamiento de “enemigo” en nada ayuda al imperio de la justicia. Al efecto, considérese la caracterización del Derecho Penal del Enemigo que hace el mentor de la expresión, Gunther Jacobs, un muy reconocido jurista contemporáneo y las características que Manuel Cancio Meliá⁵⁰ le añade para completar el cuadro:

Primero: Se caracteriza “por un amplio adelantamiento de la punibilidad”.

Segundo: “Incremento comparativo notable de las penas frente al Derecho penal ‘normal’”.

Tercero: Por la relajación o supresión de determinadas garantías procesales”.

A las que Cancio Meliá añade:

A veces no se incriminan hechos propiamente dichos sino conductas cuya relevancia consiste en su contenido simbólico.

Textualmente afirma Cancio Meliá: “Se utilizan términos tan vaporosos y ambiguos que se genera la sensación de que el legislador ha querido eludir conscientemente las “complejidades” derivadas del mandato de determinación que conlleva el principio de legalidad”.⁵¹

8. MODIFICACIONES ESPECÍFICAS DE CADA DISPOSITIVO

Para apreciar de manera sistemática **las modificaciones específicas en cada dispositivo** (norma o tipo penal) se presenta la tabla 6, en la cual además se incluye dos columnas que especifican la intervención del veto presidencial y sus resultados.

⁵⁰ Ob. Cit.

⁵¹ Ob. Cit. p. 21.

TABLA 6
OBSERVACIONES SOBRE MODIFICACIÓN DE CADA DISPOSITIVO
Y RELACIÓN CON EL VETO PRESIDENCIAL

N° antes de reforma	Norma o tipo penal	N° actual	Observaciones y relación con el veto presidencial	Veto presidencial
96	Concurso Multas	96	Parte General En la norma sobre el concurso de multas se modifica el monto a unidades tributarias, homologación que se realiza a todo lo largo del articulado del Código Penal	No se vetó
108	Prescripción de la acción: lapsos aplicables según pena	108	108, 7°: Se modifica la pena de multa a U.T. 108, 1°: Se cambia la pena “presidio” por prisión” lo cual deja un vacío legal para la prescripción de los delitos que tengan asignado presidio.	No se vetó
110	Prescripción: interrupción	110	Se modificó el régimen de la prescripción intentando adaptarlo al COPP. En tal sentido, se homologó el efecto interruptor del auto de detención al de la citación fiscal para el acto de imputación. No obstante, persiste dificultades en la concordancia de esa regulación pues no se uniformó el tratamiento entre el primer y segundo aparte de este artículo	No se vetó
112	Prescripción de la Pena	112	Se suprimió del 1° la referencia a la pena de presidio con lo cual quedó sin regulación y en 4° se cambió la pena de multa a U.T.	No se vetó

Parte Especial		
Delitos contra el orden constitucional o (Título I: Delitos contra la Independencia y seguridad de la Nación)		
128	Traición a la patria	128 Se amplió el tipo penal al incluir a la par del país o nación (se cambió a república) extranjera y enemigos exteriores a: “<i>grupos y asociaciones terroristas, paramilitares insurgentes o subversivos</i>”, Ello supone un giro casuista que no mejora al tipo penal, aumentando su apertura típica, que es una de las redacciones donde se denota un alto afán por el casuismo normativo que desmejora las cualidades de abstracción y determinación precisa. Como es sabido, el casuismo constituye un defecto grave de técnica legislativa y de comprensión del sistema normativo penal, dado que sacrifica el rigor que debe conservar todo tipo penal que debe conjurar a la vez la característica de su abstracción para ser aplicable a toda conducta (activa u omisiva) que constituya una afección relevante del bien jurídico tutelado con ese tipo penal, pero que a la vez es lo suficientemente cerrada como para evitar convertirse en un saco de Pandora que se ofrezca para las dudas y la imprecisión. El casuismo se asocia a la fuerza simbólica generando defectos normativos que debilitan la confianza en la legislación y en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado. Además, se cambió la pena de presidio a prisión, lo cual técnicamente supone una rebaja. Se incluyó el parágrafo único que prohíbe la procedencia de formas alternas a la privación de libertad durante el juicio durante el cumplimiento de la condena. No se vetó
140	Favorecimiento bélico	140 Al igual que en el tipo de traición a la patria, al lado de país extranjero se incluyó: <i>grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes</i>. Además se modificó la redacción del tipo de manera que se trata de otro delito. Se transformó el tipo desfigurándolo, de modo que ahora se refiere a otras acciones distintas a las que regulaba. En tal caso, se debió tipificar la conducta que se consideraba pertinente sin tergiversar a figura típica. No se vetó

143	Admitir dádivas u honores de gobierno extranjero		<i>Se suprimió</i>	
148	Ofensas a jefe de Estado	147	También llamados delitos de desacato, es decir, toda difamación o injuria a funcionario. La tendencia internacional es a su despenalización dado el predominio del principio de igualdad ante la ley. En este tipo no se modificó ni la descripción típica, ni la pena, sólo se suprimió el párrafo único dedicado a las ofensas a otros altos funcionarios ya incluida en el artículo siguiente.	No se vetó
149	Ofensas a alto funcionario	148	Al igual que la anterior se trata del tipo penal de desacato, pero esta vez a los altos funcionarios, cuyos cargos fueron actualizados con esta reforma. Quedó igual la pena. Es de destacar que después del veto se incluyó entre los altos cargos “a los miembros del Alto Mando Militar”, lo cual supone una violación al procedimiento constitucional de formación de leyes.	No se vetó

(Título III: Delitos contra el patrimonio o administración públicos: delitos contra la cosa pública)		
216	Violencia o resistencia a la autoridad	215 Esta disposición decimonónica también es una de las que debería tender a despenalizarse, dado que en la realidad ha servido para el abuso de poder. En códigos anteriores se listaba los cargos de funcionarios, pero en las reformas sucesivas se suprimió la lista con lo cual se amplió el sujeto pasivo a todo funcionario de lo genérico, dejando en el primer aparte una fórmula agravada para los altos funcionarios. En esta reforma se modificó el tipo ampliándolo tanto en cuanto al núcleo del tipo como en cuanto a los sujetos pasivos. Así, se cambió abusivamente “usar violencia o amenaza... para constreñir” por “amenazar... con el fin de intimidar”, nótese que este cambio en la acción supone, esto significa que y se extendió a los familiares del funcionario, siendo que la Doctrina entendía que la violencia o amenaza podía alcanzar a cualquier persona vinculada al funcionario, por lo que tal expansión no era necesaria. Además se aumentaron las penas en él contenidas. En cuanto a la tendencia registrada con esta reforma legal a aumentar la represión del desacato, es de advertir que ello perjudica al fortalecimiento democrático en relación con la protección de los derechos humanos tanto en el sistema interno como ante el sistema internacional (al efecto ver noticias: OEA: Reforma al Código Penal venezolano La Nación, Costa Rica. Martes, 29 de marzo de 2005 en www.libertad-prensa.org y Es Hora de Echar Cuentas. Especial para Bertoni, Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA Veto de fondo (se solicitó levantar la sanción) Por cuanto se consideró que se lesionaba la legalidad, en su expresión como “tipicidad exhaustiva” dado que se usaron conceptos indeterminados y específicamente cuestiona el uso de “amenaza” como acción típica, insistiendo en sus palabras, en la necesidad de tipificar la tentativa para graduar la pena conforme al principio constitucional de proporcionalidad abstracta o reenviar a la regulación general de la tentativa. Sin embargo, si bien el tipo penal sancionado se modificó tras el veto, continuó conservando su misma vocación expansiva.

(Título V: Delitos contra el orden público)		
284	Instigación pública a delinquir	283 De por sí, este tipo penal responde a una excepción a la regla de no punición de actos preparatorios que por tal supone interpretación restrictiva y una expansión del control penal que debe justificarse suficientemente. De hecho, esta incriminación del tipo penal es específica para castigar “la instigación pública a delinquir” dado que la instigación específica en cualquier delito es punible para el instigador con la misma pena del autor. Sin embargo, muy por el contrario, con esta reforma se amplía de modo grotesco la descripción típica, pues originalmente se castigaba la instigación pública a delinquir, obviamente por cualquier medio” dado que el tipo penal no exigía un medio de comisión específico, pero ahora se modifica a “públicamente o por cualquier medio” con lo cual pareciera alternativo: o lo hace públicamente o lo hace “por cualquier típica clave, cual es el carácter público de la instigación. Pero además el Código no se refiere a excitar a la desobediencia de la ley, pues ello está castigado en otro tipo penal, sino a la instigación que es una acción específica a cometer un delito, por tal, la ampliación a “ejecutar un acto en contravención de las leyes” es nuevamente una expansión que desvirtúa el tipo penal y no tiene sentido, puesto que en ese mismo artículo al referir la pena se está obviamente hablando de delitos. De nuevo, se suprime con el 1º la regulación en caso de pena de presidio, con lo cual se crea una laguna legal en cuanto al tratamiento de los delitos que tengan asignada esa pena.

(Título V: Delitos contra el orden público)				
286	Excitación a la desobediencia de las leyes	285	Se modifica el verbo “excitar” por “instigar” con lo cual paradójicamente se torna más exigente el tipo penal. Se eleva considerablemente la pena.	No se vetó
297	“Terrorismo” informativo	297-A	Añade como terrorismo la difusión de informaciones que pretendan causar o causen pánico en la colectividad	Veto de fondo (se solicitó levantar la sanción)
320	Falsedad documental	319	(Título VI: Delitos contra la fe pública) Falsedad de acto o documento cambiaron el tipo de modo absurdo	No se vetó
Delitos de riesgo común o (Título VII: Delitos contra la conservación de los intereses públicos y privados)				
358	Riesgo común	357	Suprimieron el tipo que castigaba el solo hecho de colocar los artefactos	Vetado Se solicitó modificar
361	Riesgo común	360	Olvidaron cambiar penas de los sub-tipos agravados	No se vetó
Delitos contra la integridad sexual o (Título VIII: Delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias)				
375	Violación (tipo básico)	374	Aumento de penas Tipo casuístico Cambió el tipo a menor de 13 años Prohíbe medidas alternativas 376: Amplia los tipos deroga 393	Vetado Se solicitó modificar
376	Violación agravada	375		
393	Atenuante por sujeto pasivo cualificado (prostituta)			Derogado

Delitos contra la vida e integridad física, psíquica y moral o (Título IX: Delitos contra las personas)			
Homicidio calificado	406	1° (veneno, incendio, etc.) único caso en el que se rebaja la pena 15-20 era de 15-25. Esto desarticula el sistema	Vetado Se solicitó modificar
Homicidio agravado	407	Varía las penas y deja “presidio” Prohíbe medidas alternativas	
Difamación	442	Aumento de penas Duplicación privativa y multa	
Injuria	444	Valor probatorio pleno a copia de publicación Restricción de MA ¼ después de condena	
Difamación e injuria prescripción especial	450		

Delitos contra el patrimonio o (Título X: Delitos contra la propiedad)			
453	Hurto Simple	451	Suprime adecuadamente los ordinales 1 a 8 por estar previamente derogados según Ley Penal de Protección de la Actividad Ganadera, publicada en G.O N° 25-7-97
455	Hurto Calificado	453	Aumento de pena Conforme al veto se eliminó el Parágrafo único que proscribía toda fórmula para procesados y/o condenados alterna a la privación de libertad
457	Robo propio	455	Aumento de penas Desproporcionado en arrebato Conforme al veto se eliminó el Parágrafo único que proscribía toda fórmula para procesados y/o condenados alterna a la privación de libertad
458	Robo impropio y arrebato	456	Se aumentó la pena de prisión para el arrebato de 6 a 30 meses a prisión de 2 a 6 años y conforme al veto se modificó el Parágrafo único que proscribía toda fórmula para procesados y/o condenados alterna a la privación de libertad, dejando sólo la prohibición de libertad durante el juzgamiento
459	Robo para destruir documento	457	
461	Extorsión	459	Aumento de pena Añade subtipo de extorsión por amenaza de calamidad

Veto de fondo
(se solicitó
levantar la
sanción)

Veto de fondo
(se solicitó
levantar la
sanción)

Veto de fondo
(se solicitó
levantar la
sanción)

Delitos contra el patrimonio o (Título X: Delitos contra la propiedad)			
462	Secuestro	460	Deja tipo básico Aumenta pena Crea subtipos agravado en parágrafos: Confunde formas de participación Casuismo Autoría intelectual No entiende que es delito permanente Privilegia a los cooperadores inmediatos Sustituye agravaciones genéricas Prohibe fórmulas alternas
472	Aprovechamiento de cosas provenientes de delito	470	Aumento de penas Errores de redacción (Himibob) Receptación de funcionario en averiguación penal
473	Daño a inmueble Invasión de inmueble (nuevo)	471 471-A	Nuevo. Desarticulado del artículo 473 Confunde figuras de participación Viola garantías procesales (flagrancia) prohíbe fórmulas alternativas
474	Perturbación violenta y armada de posesión pacífica	472	Aumento de pena absurdo
			Vetado Se solicitó modificar
			Vetado Se solicitó modificar

De las faltas en general: (Título I: de las faltas contra el orden público)		
508	Vociferaciones y ruidos molestos 506	Aumento de pena y se amplió el tipo penal de “vociferaciones” que es uno de los tipos que se ha denunciado como “punción de los cacerolazos”, pero que en realidad existe desde el siglo XIX. Aquí el único detalle propiamente inconstitucional es que se añadió como sujeto pasivo de la subespecie agravada a los miembros del alto mando militar y esto se añadió después del veto, aunque el veto no lo planteó Vetado Se solicitó modificar Disposición final Ordena publicar el Código Penal de 2000 (G.O N° 5.494 extraordinario, de fecha 20/10/00) añadiendo esta reforma. Vetado Se solicitó modificar
Disposición final (sobre derogación)		

9. IMPACTO SOBRE EL RÉGIMEN DEL COPP

Aunque no es el fin específico de este trabajo, no se puede dejar de advertir que esta reforma parcial tiene un impacto significativo sobre el régimen del Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 1999), que ya bien se inauguró con una transformación significativa del proceso penal, que fue respaldada por el ideario constitucional consagrado desde finales de 1999 con la nueva Constitución, también sufrió reveses aupados por sendas reformas parciales (2000-2001) que tuvieron como principal aspecto la restricción de la libertad que se había impuesto como regla en tanto que en la filosofía de este instrumento procesal penal se intenta separar lo referente al juzgamiento de lo atinente a la restricción de libertad que históricamente había dado lugar a la imposición del “preso sin condena”,⁵² de tal modo que la regla pasa a ser el juicio en libertad y su restricción excepcionalísima quedaría supeditada a una afección directa y demostrada sobre las resultas del proceso y bajo la legalidad procesal de las fórmulas del *periculo in mora* (peligro de fuga) o del *fomus bonus iuris* (peligro de obstaculización de la proceso).⁵³

En la actualidad, con la Reforma Parcial 2005, desde el ámbito sustantivo, nuevamente se acentúa la línea represiva que pretende reinstaurar la pena *ex ante* con la restricción de formas alternas al encierro durante el proceso, así como de un modo más extremo, en algunos de los tipos modificados se amplía a la proscripción de fórmulas alternas durante la condena. Ello, sin duda, modifica en esos tipos penales, el régimen general que venía desarrollando el COPP, aun con tropezones y restricciones ya adelantadas con las reformas parciales a esa legislación. Algunos aspectos puntuales pueden ayudar a ilustrar este impacto de la Reforma Parcial 2005 que de paso, perturba aún más la ya difícil actividad de los operadores del sistema penal, jueces y fiscales, pero a la vez, contribuye a la tergiversación de la función policial (pues aumenta sus posibilidades de desviación) y de la crisis carcelaria, como se desarrolló en este mismo trabajo:

La suspensión condicional del proceso según lo previsto en el artículo 42 el que está reservado para delitos con penas asignadas menores a tres años, amén de otras exigencias sobre reconocimiento de culpabilidad y oferta de reparación de daños.

⁵² Carranza, Elías y otros 1980: *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. Instituto de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente.

⁵³ Borrego, *Ob. Cit.*

Asimismo, en cuanto a los acuerdos reparatorios artículo 40 del código adjetivo donde se establece que podría solicitarse solución autocompositiva, cuando el hecho punible recaiga sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o cuando se trate de delitos culposos contra las personas, donde no se haya ocasionado la muerte o se haya afectado a la víctima de manera permanente y grave.

En relación con el Principio de oportunidad según el artículo 37 se limitan más las posibilidades al quedar exceptuados delitos que tengan asignada una pena superior a tres años o el delito sea cometido por un funcionario público o con ocasión del cargo público.

Para penados se manifiestan otras limitaciones como las expuestas en el artículo 501 y 508 del COPP, la primera en relación con el trabajo fuera del recinto carcelario y el artículo 508 con ocasión de la redención de la pena por el trabajo y el estudio.

Resulta interesante, a la vez que paradójico, constatar que tras la Reforma Parcial 2005, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia viene conociendo de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 493 del COPP, en el cual se limita la suspensión condicional de la ejecución de la pena y cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena a personas condenadas por los delitos de: homicidio intencional, violación, actos lascivos violentos, secuestro, desaparición forzada de personas, robo en todas sus modalidades, hurto calificado, agravado, narcotráfico y hechos punibles contra el patrimonio público; y en tal sentido ha dictado el 4-4-05 una medida cautelar de suspensión de su aplicación hasta tanto resuelva definitivamente, decisión relacionada con una mayor exposición pública de la crisis carcelaria y del reclamo que diversos actores sociales y ONG vinculadas al área han formulado, experiencia que apunta hacia la profunda desarticulación del sistema penal y la necesidad de mirar su necesaria articulación en línea democratizadora como tema prioritario de la agenda política.

Delitos informáticos

Juvenal SALCEDO CÁRDENAS*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Legislación comparada.**
- 2. Delito informático.**
- 3. Ley especial sobre delitos informáticos.**
- 4. Clasificación de los delitos.**
- 5. Delitos contra los sistemas que utilizan tecnologías de información.**
- 6. Delitos contra la propiedad.**
- 7. Delitos contra la privacidad de las personas y de las comunicaciones.**
- 8. Delitos contra niños, niñas, o adolescentes.**
- 9. Delitos contra el orden económico.**
- 10. Agravantes de los delitos.**
- 11. Responsabilidad de las personas jurídicas.**
- 12. Indemnización civil.**

* Universidad Central de Venezuela, Profesor. Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado (Emérito).

INTRODUCCIÓN

Hoy día, nada, o casi nada, se resuelve o se mueve sin la utilización del computador, de la informática: pareciera que el punto de apoyo que pidió el físico para mover el mundo, hoy, es el computador. Desde el más humilde comerciante hasta las transnacionales de mercadeo, de servicios y de cualquier índole; desde el investigador solitario en su laboratorio, hasta los equipos interdisciplinarios de investigadores tienen como herramienta al computador. Las redes internacionales interconectadas nos permiten entrar a las bibliotecas y a la doctrina universal en esta aldea global. Se está ante el fenómeno llamado *computer dependency*.

La revolución industrial, que dio un gran giro social en su época, hizo que hubiera necesidad de adaptar aquellos adelantos a la vida social, y por ende el Derecho y las leyes positivas, modificando y adaptándose.

La revolución cibernética ha hecho que estos adelantos sean controlados también por el Derecho para poder mantener la armonía social; y de ser alterada, volverla a su cauce. No sólo el Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo, como contralor del fenómeno social delincuencial, hoy extensivo a lo cibernético, sino otras especialidades, como el Derecho del Trabajo, el Civil, el Mercantil, el Administrativo, tienen también por misión manejar el fenómeno cibernético.

La ciencia avanza y es bueno. Los conocimientos científicos son manejados por los inventores y científicos, pero también son conocidos y manejados, o manipulados, por hombres y mujeres que, con igual o mayor talento que los hombres de bien, los utilizan para el mal. Son talentos desviados. Se llega, en materia de informática, a lo que la doctrina llama *computer crime* (criminalidad informática o cibernética), que afecta a la sociedad en general, en su ámbito familiar en pequeño (la intimidad), familia grande (la sociedad entera: pública y privada) y su seguridad. Esta realidad delincuencial necesitaba de un Derecho Penal acorde con los tiempos y las nuevas tecnologías.

¿Apoyándose en la informática se podría cometer el delito de hurto, robo, estafa, apropiación indebida, delitos de daño; o sobre la informática, o contra la informática se cometen delitos? Hubo que adaptarse a la nueva criminalidad, la criminalidad informática, con nuevos tipos delictuales (Derecho Penal Sustantivo) y nuevos procedimientos (Derecho Penal Adjetivo). Nace así en Venezuela la Ley Especial contra Delitos Informáticos, vigente desde el 30 de octubre de 2001.

1. LEGISLACIÓN COMPARADA

En el estudio sobre delitos informáticos (en imprenta) de la doctora María Inmaculada Pérez Dupuy, se hace una relación de la Legislación Comparada sobre la materia:

Estados Unidos

– Acta Federal de Abuso Computacional (18 . USC.Sec. 1030) que modificó al Acta de Fraude y Abuso computacional de 1986: consagra qué es y qué no es un virus, su transmisión: Causar daño intencionalmente o por imprudencia con transmisión de virus; el caballo de Troya, las estafas electrónicas y las defraudaciones.

Alemania

“Ley contra la Criminalidad Económica” de 1986: Espionaje de datos, estafa informática, alteración de datos, sabotaje informático.

Austria

“Ley de Reforma Parcial del Código Penal” 1987. Castiga a quienes causen un perjuicio patrimonial a terceros, intencionalmente, a través de la confección de un programa, por introducción, cancelación o alteración de datos. Castiga a los especialistas en sistemas que cometen el hecho valiéndose de sus conocimientos.

Gran Bretaña

Computer Misuse Act (Ley de Abusos Informáticos): Alterar datos informáticos. Modificación de datos sin autorización. Los virus. Liberación de virus.

Holanda

“Ley de Delitos Informáticos” de 1993. Consagra el Hacking (entrar, ilícitamente, a un sistema sin autorización), preaking (obtener ventajas en los servicios de telecomunicaciones evitando el pago total o parcial de los servicios). La llamada ingeniería social o arte de convencer a entregar información que en circunstancias normales no se entregaría. Virus: se escaparon o son liberados para dañar.

Francia

“Ley de Fraude Informático” de 1988. Suprimir o modificar datos fraudulentamente. Alterar funcionamiento de un sistema de datos. Sabotaje.

España

Código Penal Español de 1995. Dolosamente se destruya, altera, inutilice, dañe programas, datos, documentos electrónico ajenos, contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos. Violación de secretos, espionaje, divulgación. Estafas electrónicas.

Chile

“Ley contra Delitos Informáticos” 1993. Primer país latinoamericano que tuvo una ley sobre la materia. Destrucción o inutilización de datos. Impedir, obstaculizar o modificar el sistema de información o sus componentes. Virus.

2. DELITO INFORMÁTICO

Dice el Doctor Tulio Chiossone (*Las Infracciones relativas a las computadoras*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 83. Caracas, 1992) que cibernética es una palabra que proviene del griego *Xibernetike*, y que se define como arte de construir y manejar aparatos y máquinas que mediante procedimientos electrónicos efectúan automáticamente cálculos complicados y otras operaciones similares.

Los estudiosos de los delitos informáticos van del Derecho Penal clásico al Derecho Penal Informático, que sin despreciar los principios clásicos, lo cual nos parece imposible, se adaptan a los nuevos avances científicos, las tecnologías nuevas que son motivo de transgresiones punibles, bien sea contra ellas o por medio de ellas; valga decir, que se comete una transgresión punible contra las tecnologías nuevas, bien sea “hurtándolas”, “aprovechándose” de ellas, entre otras transgresiones, o que estas tecnologías sean los medios para cometer las transgresiones punibles. Estos delitos entran dentro de la delincuencia especializada, los delitos de cuello blanco (White collar crime). Son sólo sujetos activos aquellos muy conocedores de las nuevas tecnologías. Son una élite criminal: una inteligencia desviada hacia el mal.

Hay quienes afirman que los delitos informáticos son muy difíciles de investigar y juzgar, y hasta se habla de la imposibilidad de su investigación. Siempre hemos sostenido que no existe el delito perfecto, sino ineptitud de las estructuras de investigación y juzgamiento. Ineptitud que muchas veces es falta de gerencia, pues, como dice Carnelutti, que así como un juez no puede verlo todo, tampoco puede saberlo todo. De allí la importancia probatoria de las experticias, de los peritos y su asesoramiento.

Nos parece también apropiado y oportuno decir que estos delitos, cometidos contra o por empresas que manejan grandes y especiales recursos, algunas veces no se investigan para salvaguardar su prestigio moral, seguridad o intereses económicos y que prefieren las pérdidas materiales a perder el prestigio y la confianza de la comunidad; es lo que sucede, *mutatis mutandis*, en la investigación de los delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias, en que para mantener o recuperar la estabilidad emocional de la víctima, ya de por sí trastocada y trastornada por el acto delincencial, no se denuncian y pasan a la cifra negra de esos delitos.

3. LEY ESPECIAL SOBRE DELITOS INFORMÁTICOS

La Ley Especial Sobre Delitos Informáticos define como su objeto la protección integral de los sistemas que utilicen tecnología de información, así como la prevención y sanción de los **delitos cometidos contra tales sistemas o de cualesquiera de sus componentes o de los delitos cometidos mediante el uso de dichas tecnologías** (artículo 1).

En su artículo 2 entra a definir una serie de conceptos propios de la informática:

- a) **Tecnología de Información:** rama de la tecnología que se dedica al estudio, aplicación y procesamiento de datos, lo cual involucra la obtención, creación, almacenamiento, administración, modificación, manejo, movimiento, control, visualización, transmisión o recepción de información en forma automática, así como el desarrollo y uso del “hardware”, “firmware”, “software”, cualesquiera de sus componentes y todos los procedimientos asociados con el procesamiento de datos.
- b) **Sistema:** Cualquier arreglo organizado de recursos y procedimientos diseñados para el uso de tecnologías de información, unidos y regulados por interacción o interdependencia para cumplir una serie de funciones específicas, así como la combinación de dos o más componentes interrelacionados, organizados en un paquete funcional, de manera que estén en capacidad de realizar una función operacional o satisfacer un requerimiento dentro de unas especificaciones previstas.
- c) **Data (datos):** hechos, conceptos, instrucciones o caracteres representados de una manera apropiada para que sean comunicados, transmitidos o procesados por seres humanos o por medios automáticos y a los cuales se les asigna o se les puede asignar un significado.

d) **Información:** significado que el ser humano le asigna a la data utilizando las convenciones conocidas y generalmente aceptadas.

e) **Documento:** registro incorporado en un sistema en forma de escrito, video, audio o cualquier otro medio, que contiene data o información acerca de un hecho o acto capaces de causar efectos jurídicos.

f) **Computador:** dispositivo o unidad funcional que acepta data, la procesa de acuerdo con un programa guardado y genera resultados, incluidas operaciones aritméticas o lógicas.

g) **Hardware:** equipos o dispositivos físicos considerados en forma independiente de su capacidad o función, que conforma un computador o sus componentes periféricos, de manera que pueden incluir herramientas, implementos, instrumentos, conexiones, ensamblajes, componentes y partes.

h) **Firmware:** programa o segmento de programa incorporado de manera permanente en algún componente del hardware.

i) **Software:** información organizada en forma de programas de computación, procedimientos y documentación asociados, concebidos para realizar la operación de un sistema, de manera que pueda proveer de instrucciones a los computadores, así como de data expresada en cualquier forma, con el objeto de que los computadores realicen funciones específicas.

j) **Programa:** plan, rutina o secuencia de instrucciones utilizados para realizar un trabajo en particular o resolver un problema dado a través de un computador.

k) **Procesamiento de datos o de información:** realización sistemática de operaciones sobre data o sobre información, tales como manejo, fusión, organización o cómputo.

l) **Seguridad:** condición que resulta del establecimiento y mantenimiento de medidas de protección, que garanticen un estado de inviolabilidad de influencias o de actos hostiles específicos que puedan propiciar el acceso a la data de personas no autorizadas, o que afecten la operatividad de las funciones de un sistema de computación.

m) **Virus:** programa o segmento de programa indeseado que se desarrolla incontroladamente y que genera efectos destructivos o perturbadores en un programa o componente del sistema.

n) **Tarjeta inteligente**: rótulo, cédula o carnet que se utiliza como instrumento de identificación; de acceso a un sistema; de pago o de crédito, y que contiene data, información o ambas, de uso restringido sobre el usuario autorizado para portarla.

o) **Contraseña (password)**: secuencia alfabética, numérica o combinación de ambas, protegida por reglas de confidencialidad, utilizada para verificar la autenticidad de la autorización expedida a un usuario para acceder a la data o a la información contenidas en un sistema.

p) **Mensaje de datos**: cualquier pensamiento, idea, imagen, audio, data o información, expresados en un lenguaje conocido que puede ser explícito o secreto (encriptado), preparados dentro de un formato adecuado para ser transmitido por un sistema de comunicaciones.

4. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

La Ley en su Título II, clasifica los delitos en:

Capítulo I: De los Delitos Contra los Sistemas que Utilizan Tecnologías de Información.

- Acceso indebido (artículo 6).
- Sabotaje o daño a sistemas (artículo 7).
- Favorecimiento culposo del sabotaje o daño (artículo 8).
- Acceso indebido o sabotaje a sistemas protegidos (artículo 9).
- Posesión de equipos o prestación de servicios de sabotaje (artículo 10).
- Espionaje informático (artículo 11).
- Falsificación de documentos (artículo 12).

Capítulo II: De los Delitos Contra la Propiedad.

- Hurto (artículo 13).
- Fraude (artículo 14).
- Obtención indebida de bienes o servicios (artículo 15).

- Manejo fraudulento de tarjetas inteligentes o de instrumentos análogos (artículo 16).
- Apropiación de tarjetas inteligentes o instrumentos análogos (artículo 17).
- Provisión indebida de bienes o servicios (artículo 18).
- Posesión de equipos para falsificaciones (artículo 19).

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 (artículo 20).
- Violación de la privacidad de las comunicaciones (artículo 21).
- Revelación indebida de data o información de carácter personal (artículo 22).

Capítulo IV: De los Delitos contra Niños, Niñas o Adolescentes.

- Difusión o exhibición de material pornográfico (artículo 23).
- Exhibición pornográfica de niños o adolescentes (artículo 24).

Capítulo V: De los Delitos Contra el Orden Económico.

- Apropiación de propiedad intelectual (artículo 25).
- Oferta engañosa (artículo 26).

5. DELITOS CONTRA LOS SISTEMAS QUE UTILIZAN TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN

Acceso Indebido

Acceder, interceptar, interferir, usar un sistema que utilice tecnologías de información, sin la debida autorización o excediendo la que se hubiere obtenido (artículo 6).

Sabotaje o daño a sistemas

Destruir, dañar, modificar o realizar cualquier acto que altere el funcionamiento de tecnologías de información o sus componentes, o los inutilice, dolosamente, con intención (artículo 7).

También la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su artículo 189, numeral 1 consagra que es delito causar, dolosamente, daño a equipos terminales, instalaciones o sistemas de telecomunicaciones, de manera que interrumpa parcial o totalmente la prestación del servicio. Y el numeral 4 habla de producir interferencias perjudiciales con el fin específico de generar la interrupción de un servicio de telecomunicaciones.

También es sabotaje destruir, dañar, modificar o inutilizar la data o información contenida en dichos sistemas (artículo 7, 1er. aparte).

Si las acciones anteriormente señaladas se realizan mediante creación, introducción o transmisión intencional, por cualquier medio, de un virus o programa análogo se aumentan las penas (artículo 7, 2º aparte).

Si el sabotaje no es doloso sino culposo (se comete por imprudencia, negligencia, impericia, o inobservancia de normas establecidas) hay una reducción de pena (artículo 8).

También en la Ley de Telecomunicaciones, en su artículo 188, numerales 1 y 2. Numeral 1: causar daños a equipos terminales destinados al acceso del público, instalaciones o sistemas de telecomunicaciones, de manera que interrumpa parcialmente o impida la prestación del servicio (hecho con culpa grave). Numeral 2: Producir interferencias perjudiciales que interrumpan parcialmente o impidan la prestación del servicio (hecho con culpa grave).

Cuando el sabotaje recaiga sobre cualesquiera de los componentes de un sistema que utilice tecnologías de información **protegido por medidas de seguridad** y que esté destinado a funciones públicas, o que contenga información personal o patrimonial de personas naturales o jurídicas, tendrá un aumento de pena (artículo 9).

Posesión de equipos o prestación de servicios de sabotaje

Importar, fabricar, distribuir, vender o utilizar equipos, dispositivos o programas para vulnerar o eliminar la seguridad de cualquier sistema que utilice tecnologías de información (artículo 10).

Ofrecer, prestar servicios destinados a cumplir los mismos fines (artículo 10).

La Ley de Telecomunicaciones en su artículo 189, número 1: Causar daños a equipos terminales destinados al acceso del público, instalaciones o sistemas de comunicaciones, de manera que interrumpa parcialmente o impida la prestación del servicio (con culpa grave). Número 4. Producir interferencias perjudiciales con el fin específico de generar la interrupción de un servicio de telecomunicaciones.

Espionaje informático

Obtener, revelar o difundir, indebidamente (si está autorizado no comete el delito) la data o información contenidas en un sistema que utilice tecnologías de información o en cualesquiera de sus componentes.

Ley General de Bancos, en su artículo 477, consagra como delito: Apoderarse, manipular o alterar, papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualquier otro documento que repose en los archivos electrónicos de un banco, entidad de ahorro y préstamos, institución financiera o casa de cambio, utilizando los medios informáticos o mecanismo similar.

Revelación de informaciones de carácter reservado. Agravantes

Es agravada la pena cuando el espionaje informático:

- a) Pone en peligro la seguridad del Estado.
- b) Pone en peligro la confiabilidad de la operación de las instituciones afectadas.
- c) Resultare algún daño a personas naturales o jurídicas (artículo 11).

Falsificación de documentos

Crear, modificar, eliminar, a través de cualquier medio, un documento que se encuentre incorporado a un sistema que utilice tecnologías de información.

Crear, modificar, eliminar, a través de cualquier medio, datos de ese documento.

Incorporar al sistema un documento inexistente.

Si la finalidad es procurar para sí o para otro algún tipo de beneficio, habrá aumento de pena.

Si del delito resultare un perjuicio para otra persona, también habrá aumento de pena (artículo 12).

La Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones dice en su artículo 4: forjar o alterar el contenido de una comunicación, siempre que se haga uso de dicho contenido o se deje que otros lo usen, y con el fin de obtener alguna utilidad para sí o para otro o para ocasionar daño.

Debe analizarse aquí, igualmente, el artículo 447 de la Ley General de Bancos.

6. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Hurto

- a) Apoderarse de bienes o valores tangibles o intangibles de carácter patrimonial.
- b) Sustrayéndolos a su tenedor.
- c) Para procurarse un provecho económico para sí o para otro.
- d) A través del uso de tecnología de información, accediendo, interceptando, interfiriendo, manipulando, o usando, de cualquier forma, un sistema o medio de comunicación (artículo 13).

La Ley General de Bancos, en su artículo 446, consagra como delito: apoderarse o alterar documentos, cartas, mensajes de correo electrónico cualquier otro documento o efecto personal remitido por un banco, institución financiera o casa de cambio, a un cliente o usuario de dicho ente, a través de la manipulación informática o mecanismo similar.

Fraude

- a) Insertar instrucciones falsas o fraudulentas.
- b) A través del uso indebido de tecnologías de información.
- c) Manipulando, de cualquier forma, sistemas o cualquiera de sus componentes.
- d) Manipulando, de cualquier forma, en la data o información contenida en sistemas o componentes.

- e) Obteniendo un provecho injusto. En perjuicio de ajeno (artículo 14).

La Ley General de Bancos, en su artículo 445 consagra el fraude electrónico: Efectuar una transferencia o encomienda electrónica de bienes, no consentida, en perjuicio del banco, entidad de ahorro y préstamos, institución financiera o casa de cambio, o de un cliente o usuario, a través de la manipulación informática o mecanismo similar, con ánimo de lucro.

La Ley de Telecomunicaciones, en su artículo 188, numeral 3: use o disfrute en forma fraudulenta de un servicio o facilidad de telecomunicaciones; y el artículo 189 número 2: Utilizar equipos o tecnología de cualquier tipo, para proporcionar a un tercero el acceso o disfrute en forma fraudulenta o indebida de un servicio o facilidad de telecomunicaciones.

Obtención indebida de bienes o servicios

- a) Utilizar una tarjeta inteligente ajena, sin autorización para portarla.
- b) Utilizar otros instrumentos destinados a los mismos fines de la tarjeta, sin autorización para portarlos.

La tarjeta inteligente sirve para acceder a un sistema de pago o de crédito. Contiene data, información, o ambas, de uso restringido sobre el usuario autorizado para portarla (artículo 2, letra n).

- c) Utilizar, indebidamente, tecnologías de información, para requerir la obtención de cualquier efecto, bien o servicio.
- d) Utilizar indebidamente, tecnologías de información, para proveer el pago del bien o servicio sin erogar o asumir el compromiso de pago de la contraprestación debida (artículo 15).

Manejo fraudulento de tarjetas inteligentes o instrumentos análogos

Por cualquier medio:

- a) Crea, capturar, grabar, copiar, alterar, duplica, elimina, data o información contenidas en tarjeta inteligente o instrumento destinado a los mismos fines.
- b) Crear, capturar, duplicar, alterar, mediante cualquier uso indebido de tecnologías de información, la data o información en un sistema con el objeto de incorporar usuarios, cuentas, registros o consumos

inexistentes o modificar la cuantía de éstos, mediante cualquier uso indebido de tecnologías de información.

c) Adquirir, comercializar, poseer, distribuir, vender o realizar cualquier tipo de intermediación o instrumentos destinados a los fines de las letras a) y b), o de la data o información contenidas en ellos o en un sistema, sin haber tomado parte en los hechos mismos (artículo 16).

En la Ley de Telecomunicaciones, en su artículo 188, número 3, dice: Usar o disfrutar en forma fraudulenta de un servicio o facilidad de telecomunicaciones.

Apropiación de tarjetas inteligentes o instrumentos análogos

a) Apropiarse de una tarjeta inteligente o instrumento destinado a los mismos fines porque se haya: 1) Perdido, 2) Extraviado, 3) Le haya sido entregada por equivocación.

b) La retiene, la usa, la vende o la transfiere a una persona distinta del usuario autorizado o entidad emisora.

c) Quien adquiera o reciba la tarjeta o instrumento también será castigado (artículo 17).

Provisión indebida de bienes o servicios

Proveer, a quien los presente, dinero, efectos, bienes o servicios, o cualquier otra cosa de valor económico, a sabiendas de que la tarjeta inteligente o instrumento destinado a los mismos fines están vencidos, revocados, indebidamente obtenidos, falsificados, alterados (artículo 18).

Poseción de equipo para falsificaciones

Recibir, adquirir, poseer, transferir, comercializar, distribuir, vender, controlar o custodiar cualquier equipo de fabricación de tarjetas inteligentes o de instrumentos destinados a los mismos fines, o cualquier equipo o componente que capture, copie, grabe o transmita la data o información de dichas tarjetas o instrumentos, sin estar debidamente autorizados para emitir, fabricar o distribuir tarjetas inteligentes o instrumentos análogos (artículo 19).

7. DELITOS CONTRA LA PRIVACIDAD DE LAS PERSONAS Y DE LAS COMUNICACIONES

l) Violación de la privacidad de la data o información de carácter personal.

a) Apoderarse, utilizar, modificar, eliminar, intencionalmente, por cualquier medio, la data o información personales de otro, o sobre las cuales tenga interés legítimo, que estén incorporadas en un computador, o sistema que utilice tecnologías de información, sin consentimiento del dueño (artículo 20).

b) Resultare un perjuicio para el titular de la data o información o para un tercero, como consecuencia de los hechos descritos en la letra a) (aumento de la pena) (artículo 20).

2) Violación de la privacidad de las comunicaciones.

Acceder, capturar, interceptar, interferir, reproducir, modificar, desviar, eliminar cualquier mensaje de datos o señal de transmisión o comunicación ajena, mediante el uso de tecnologías de información (artículo 21).

La Ley Sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones:

1) Grabar o imponerse de una comunicación entre otras personas, interrumpir, o impedirla, en forma arbitraria, clandestina o fraudulentamente (artículo 2).

2) Grabar o revelar, en todo o en parte, mediante cualquier medio de información, el contenido de las comunicaciones del número 1, salvo que el hecho constituya delito más grave (artículo 2, aparte).

Revelación indebida de data o información de carácter personal

a) Revelar, difundir, ceder, en todo o en parte, hechos descubiertos, las imágenes, el audio o, en general, la data o información obtenidos por alguno de los medio indicados en los artículos 20 y 21.

b) Revelar, difundir o ceder, con un fin de lucro, o resultare algún perjuicio para otro (aumento de pena).

8. DELITOS CONTRA NIÑOS, NIÑAS, O ADOLESCENTES

1) Difusión o exhibición de material pornográfico: Exhibir, difundir, transmitir, o vender material pornográfico o reservado a personas adultas, hecho por cualquier medio que involucre el uso de tecnologías de información, sin advertir al usuario que restrinja el acceso a niños, niñas y adolescentes (artículo 23).

- 2) Exhibición pornográfica de niños o adolescentes: Utilizar, por cualquier medio que involucre el uso de tecnologías de información, a un niño, niña, o adolescente, o su imagen, con fines exhibicionistas o pornográficos (artículo 24).

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en su artículo 237, castiga la pornografía con niños o adolescentes.

9. DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO

Apropiación de propiedad intelectual:

Reproducir, modificar, copiar, distribuir o divulgar un *software* u otra obra del intelecto, sin autorización de su propietario, y con el fin de obtener algún provecho económico, y que haya sido obtenido mediante el acceso a cualquier sistema que utilice tecnologías de información (artículo 25).

Los artículos 119 al 124, de la Ley sobre derecho de autor, tipifican los delitos que atentan contra las obras del ingenio.

Oferta engañosa:

- a) Ofrecer, comercializar, o proveer bienes o servicios mediante el uso de tecnologías de información.
- b) Hacer alegaciones falsas o atribuir características inciertas a cualquier elemento de las ofertas de la letra a), con perjuicio de los consumidores, sin perjuicio de la comisión de un delito más grave (artículo 26).

La Ley General de Bancos consagra como delito: Participar en cualquier acto que conduzca a una oferta engañosa de los instrumentos de captación a que se refiere el numeral 5 del artículo 414 (Ofrecer instrumentos de captación sin que tengan las características que se le atribuyen en la oferta), siendo miembros de la junta administradora, directores, administradores o empleados de las personas sometidas al control de la Superintendencia de bancos y otras instituciones financieras.

10. AGRAVANTES DE LOS DELITOS

1. Si para la realización del hecho se hubiera hecho uso de alguna contraseña ajena indebidamente obtenida, quitada, retenida o que se hubiera perdido.

2. Si el hecho hubiera sido cometido mediante el abuso de la posición de acceso a data o información reservada, o al conocimiento privilegiado de contraseñas, **en razón del ejercicio de un cargo o función** (artículo 27, numerales 1 y 2).

Agravante especial para personas jurídicas (artículo 28).

11. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Cuando los delitos previstos en esta Ley fueren cometidos por gerentes, administradores, directores o dependientes de una persona jurídica, actuando en su nombre o representación, éstos responderán de acuerdo a su participación culpable. La persona jurídica será sancionada en los términos previstos en esta Ley, en los casos en que el hecho punible haya sido cometido por decisión de sus órganos, en el ámbito de su actividad, con sus recursos sociales o en su interés exclusivo o preferente (artículo 5).

La sanción aplicable a las personas jurídicas por los delitos cometidos en las condiciones señaladas en el artículo 5, será únicamente de multa, pero por el doble del monto establecido para el referido delito (artículo 28).

Penas accesorias (artículo 29).

Nos parece importante hacer referencia solamente a los números 3 y 4, del artículo 29.

En el número 3 inhabilita: a) Para el ejercicio de funciones o empleos públicos; b) Para el ejercicio de la profesión, arte u oficio; c) Para trabajar en instituciones o empresas del ramo por un período de hasta tres años, después de cumplida o conmutada la sanción principal; d) Cuando el delito se haya cometido con abuso de la posición de acceso a la data o información reservadas, al conocimiento privilegiado de contraseñas, en razón de ejercicio de un cargo o función públicas, del ejercicio privado de una profesión u oficio, o del desempeño en una institución o empresa privada.

La del número 4: suspensión del permiso, registro, o autorización para operar o para el ejercicio de cargos directivos y de representación de personas jurídicas vinculadas con el uso de tecnologías de información, hasta por tres años, después de cumplida o conmutada la sanción principal, si para cometer el delito él se hubiera valido o hubiera hecho figurar a una persona jurídica (artículo 29).

12. INDEMNIZACIÓN CIVIL

En los casos de condena por cualesquiera de los delitos previstos en los capítulos II (Delitos contra la Propiedad: artículos 13 al 19) y V (Delitos contra el Orden Económico), el juez impondrá en la sentencia una indemnización a favor de la víctima por un monto equivalente al daño causado (artículo 31).

Estas son unas reflexiones, en voz alta, de aproximación al tema, que he compartido con mis alumnos del Quinto Año de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, de la UCV, sometidas a rectificaciones y modificaciones necesarias. Sólo eso. LAUS DEO.

La prescripción en la reforma del Código Penal, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia

María Trinidad SILVA MONTIEL DE VILELA*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Naturaleza de la prescripción.**
- 2. La prescripción como institución de orden público.**
- 3. Fundamento.**
- 4. Efectos.**
- 5. La prescripción en la reforma del Código Penal.**
- 6. La prescripción de la acción penal.**
- 7. Los lapsos en la prescripción: 7.1 Pena a considerar para el cómputo de la prescripción. 7.2 Punto de partida para contar los lapsos de prescripción. 7.3 Suspensión e interrupción de la prescripción de la acción.**
- 8. La prescripción de la pena.**

Conclusiones

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesora de Prácticas de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. *Cátedra de Prácticas de Derecho Penal*, Jefe.

INTRODUCCIÓN

El transcurso del tiempo es una realidad que se impone al ser humano en todas las manifestaciones de la vida, el Derecho no es una excepción, también en este ámbito el tiempo no pasa en vano, de allí que, marca la actividad de las partes en el proceso y extingue la posibilidad de los interesados en actuar desde el punto de vista legal. Por ello,

los sucesos de la realidad social así como la regulación jurídica, la vigencia formal y la vigencia real de la norma jurídica, los cambios en el sistema jurídico, etc., se concretan inexorablemente en el ámbito dado en la dimensión temporal cuantificada o cuantificable.¹

Hoy en día, cuando entendemos que el ordenamiento jurídico no es sólo un catálogo de derechos y deberes, sino que es, de manera fundamental la garantía del ciudadano frente al poder del Estado, la prescripción viene a ser una limitación en cuanto a la posibilidad de persecución; sólo si están presentes ciertas condiciones el Estado puede perseguir al imputado, y precisamente una de estas condiciones está determinada por el transcurso del tiempo.

Las disposiciones que regulan la prescripción representan una autolimitación que impone el Estado, ello implica que éste debe actuar oportunamente, porque de lo contrario pierde la potestad de perseguir y castigar los delitos. Por otra parte, la prescripción libera y hace nacer en el justiciable el derecho de oponerse a la persecución del Estado.

Las potestades del Estado deben por principio estar limitadas, ésta es una de las características básicas del Estado de Derecho; la efectiva división de poderes es la única circunstancia que legitima que sean órganos de un mismo Estado los encargados de perseguir y también de juzgar. De allí la necesidad de límites que les obliguen a ser oportunos y eficaces en esta actividad.

Antes de abordar el tema de la prescripción y la modificación que en esta materia introduce la reciente reforma del Código Penal del 16 de marzo de 2005, es conveniente recordar algunos conceptos relacionados con la materia.

¹ Mixán Máss, Florencio. *Cuestión Previa. Cuestión Prejudicial. Excepciones*. Ediciones BLG. Trujillo Perú. Segunda edición, p. 162.

1. NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la naturaleza de la prescripción, una primera discusión se plantea acerca de si es sustantiva o adjetiva. Considerada desde una perspectiva sustantiva la prescripción se entiende como la extinción de la facultad del Estado para castigar un delito, facultad que en algunos casos no desaparece, como ocurre con los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra. A este respecto nuestra Constitución en sus artículos 29 y 271 establece la imprescriptibilidad no sólo de los hechos antes mencionados, sino igualmente, determina que tampoco prescribe la acción para perseguir los delitos de tráfico de estupefacientes o que lesionen los derechos humanos y el patrimonio público.

Desde la perspectiva adjetiva se considera a la prescripción como un presupuesto procesal que impide la persecución del hecho punible. Roxin lo resume así:

La teoría anteriormente dominante había considerado a la prescripción, en parte, como causa material de extinción de la pena y, en parte, como causa de extinción e impedimento procesal.²

En la legislación venezolana el tema es tratado de manera mixta, tanto dentro de la normativa del Código Penal como en la legislación procesal penal, pero es en la primera donde encontramos su fundamento y regulación principal.

2. LA PRESCRIPCIÓN COMO INSTITUCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

La prescripción de la acción obra de pleno derecho y sólo requiere el transcurso de un determinado lapso de tiempo dentro de ciertas condiciones para que opere, de allí que puede ser alegada por el imputado, pero también puede declararla de oficio el juzgador.

Este carácter sigue vigente en nuestra legislación a pesar de que el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 48 ordinal 8° estableció la posibilidad de que el imputado pueda renunciar a ella, a pesar de lo cual, como institución legal es indudable que sigue conservando esa naturaleza de orden público, pues se establece en interés social; de allí que cuando se dan las circunstancias que la configuran el juez debe reconocerla, todo lo cual se ajusta perfectamente a la concepción de que es una garantía. Es precisamente su carácter garantista el que ratifica su naturaleza, “la prescripción no es otra cosa que la garantía de que una persona no sea perseguida penalmente por el Estado en

² Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. p. 167.

forma indefinida, bajo la excusa de la existencia de un interés social o estatal de castigo, sino dentro de los límites temporales que el mismo se ha impuesto, como razonables para ello”.³

Respecto a la prescripción como institución de orden público, el Tribunal Supremo de Justicia ha establecido algunos criterios cuyo estudio resulta interesante. En efecto, la Sala Constitucional con apenas días de diferencia emitió sendas sentencias que tratan el tema. En fecha 9 de febrero de 2001, con ponencia del magistrado Iván Rincón Urdaneta se sostiene el criterio de que la prescripción no está establecida en interés del reo, sino que por lo contrario es un asunto de interés social, de orden público, lo que trae como consecuencia que se admita el recurso de amparo, aun cuando la ley establezca un recurso ordinario para resolver la cuestión, ello en razón de que no puede ignorarse la prescripción, ya que de ser así, podría verse lesionado un derecho de rango constitucional como lo es el debido proceso.⁴

Por otra parte, el 13-2-01 la misma Sala Constitucional, esta vez con ponencia del magistrado José Delgado Ocando, sostiene que la prescripción judicial o extraordinaria “obra de pleno derecho y el juez debe reconocerla y declararla, aun en contra de la voluntad del imputado o acusado, en razón de que no ha sido establecida en interés de las partes, sino en interés de la propia sociedad. Por ello, su declaratoria conlleva, necesariamente, la impunidad del encausado, aunque se hubiese comprobado la existencia del hecho punible y se hubiese determinado la responsabilidad penal del agente del delito”.⁵

Este último criterio de la Sala Constitucional parece olvidar que a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, el 1º de julio de 1999, se reconoce al imputado la facultad de renunciar a la prescripción. Al respecto se ha señalado que la innovación que representa la inclusión de esta facultad dentro de nuestra legislación procesal penal, corresponde al papel que los derechos fundamentales tienen dentro del esquema del Estado. “En dicho modelo de Estado es coherente que se le reconozca al encartado el derecho a decidir si renuncia o no a la prescripción. El componente democrático de dicho Estado exige que en respeto a su dignidad se le permita resolver que el proceso termine con un pronunciamiento de prescripción, es decir, que verificada ésta,

³ Sain, José Tadeo. *VII y VIII Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2005. p. 44.

⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 140. 9-2-01.

⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 168. 13-2-01

sólo su voluntad de no beneficiarse de ella sería la que podría legitimar la continuación del procedimiento en su contra por el hecho imputado”.⁶

Por su parte, de manera acertada la Sala Penal de nuestro Máximo Tribunal en voto salvado de la magistrado Blanca Rosa Mármol de León reconoce esta facultad del imputado y la califica como personalísima, “la renuncia de la prescripción de la acción penal, es un acto personal del imputado” de allí que considere que no está facultado el representante judicial para renunciar en nombre del encausado.⁷

El imputado que renuncia a la prescripción evita que la resolución del asunto en el cual aparece implicado se resuelva sin ir al fondo, evidentemente porque está interesado en que quede perfectamente esclarecida su conducta y consecuentemente la no responsabilidad en el hecho punible que se le imputa.

3. FUNDAMENTO

En la práctica es evidente que la prescripción tiene su origen en la imposibilidad moral y legal de mantener al ciudadano en estado de incertidumbre ante la demostración de la ineficacia del Estado para ejercitar su potestad punitiva, dentro de las limitaciones temporales que le impone el ordenamiento jurídico.

Para explicar el fundamento de la prescripción han surgido en la doctrina diversas explicaciones:

La agravación de la dificultad probatoria que sobreviene en razón de algunas fuentes o medios de prueba que se hayan deteriorado o destruido; la pérdida de memoria o del interés social sobre el caso; la autorehabilitación del justiciable; que la finalidad preventiva de la pena se haya desvanecido para el caso concreto.⁸

Algunos han rechazado su existencia argumentando que la pena debe aplicarse siempre sin excepciones. Otros, en cambio, justifican su existencia en base a la función retributiva, intimidatoria y de prevención que cumple la pena.

Desde el punto de vista procesal, la prescripción encuentra su justificación en la dificultad que representa el paso del tiempo para la recolección de los ele-

⁶ Sain, José Tadeo. *Ob. Cit.*, p. 59.

⁷ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. Sentencia 554. 29-11-02.

⁸ Mixán Máss, Florencio. *Ob. Cit.* p. 166.

mentos probatorios, tanto para el acusador como para el propio imputado, a quien la propia Constitución le garantiza un efectivo derecho a la defensa.

Otros, que entienden la prescripción como un aval frente al poder punitivo del Estado, la consideran una garantía para el ciudadano.

El profesor Roy Freyre, citado por Mixán Máss, hace una síntesis de los fundamentos afirmativos y negativos de la prescripción:

En cuanto a los afirmativos menciona: a) La sociedad olvida paulatinamente el delito; b) La aplicación tardía de la pena carece de eficacia; c) El tiempo corrige al delincuente; d) Debido a la negligencia de los órganos estatales la persecución pierde legitimidad; e) Los medios de prueba se debilitan o desaparecen con el tiempo; y, f) La transformación que sufre el delincuente por efecto del tiempo impide el cálculo adecuado y la eficacia de la pena.

Respecto a los negativos señala: a) Contradice los principios del Derecho Penal, porque brinda una esperanza de impunidad; b) Debilita el efecto intimidatorio de la conminación penal y de la ejecución de la pena; c) Se opone al principio de que ningún delito debe quedar impune; d) Es un premio a los delincuentes más hábiles que logran eludir la acción de la justicia y es además un castigo a los funcionarios; y, e) Su fundamento en el simple discurrir del tiempo no puede afectar el carácter permanente de la culpabilidad.⁹

A pesar de las muy diferentes y encontradas posiciones que se asumen frente a la prescripción como institución jurídica, su existencia constituye pieza fundamental dentro del ordenamiento penal y opera para todas las figuras delictuales, con las muy destacadas excepciones referidas a los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad.

En nuestro país en particular, también se consideran imprescriptibles de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 271 de la Constitución, los delitos contra el patrimonio público y de tráfico de estupefacientes, lo que ha generado algunas críticas basadas en que tales conductas, si bien se las considera altamente reprobables y de la mayor gravedad, no deberían, sin embargo, incluirse dentro de aquellas en las que no opera la prescripción.

⁹ Roy Freyre, Luis Eduardo citado por Mixán Máss. *Ob. Cit.* p 167.

4. EFECTOS

La prescripción tiene como consecuencia jurídica la extinción de la acción penal, así lo establece el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 48 ordinal 8°. Es en razón de ello, que cuando el órgano jurisdiccional dicta decisión en el asunto en cuestión, no se produce un pronunciamiento de fondo, aun cuando, como lo veremos más adelante, el juez debe motivar su decisión; sin embargo, el caso se resuelve con la mera declaración de haber operado la prescripción, sin que sea menester que se determine la culpabilidad o no del imputado.

Esto será así a menos que el justiciable renuncie expresamente a la prescripción, a fin de que el tribunal se pronuncie y establezca de manera clara su responsabilidad en el hecho objeto del proceso. Al respecto, se ha dicho que la finalidad de esta renuncia, no es otra que la justa aspiración del procesado que se considera inocente, de que sea declarada por la autoridad competente su absolución, lo cual constituye a no dudarlo un riesgo asumido por el imputado.

Por otra parte, de darse los presupuestos que determinan la prescripción de la acción, se genera la imposibilidad jurídica de iniciar o proseguir el procedimiento penal, que como sabemos es el único medio idóneo para imponer una pena. En todo caso, declarada la prescripción, el efecto procesal es el sobreseimiento, que tiene la característica de poner fin al proceso y que encontrándose definitivamente firme produce cosa juzgada.

En la doctrina se ha discutido acerca de qué es lo que realmente prescribe, si será el delito o la acción. En nuestro caso el Código Penal expresamente acoge el criterio de que es la acción penal y así lo establece de manera expresa en su artículo 108. En la práctica será la legislación de cada país la que resuelva este asunto de manera particular, pero lo cierto es que su regulación “ha incidido e incide tanto en lo procesal como en lo penal... tratándose de un caso de auto-limitación de la potestad punitiva estatal resulta inescindible la correlación entre el *jus puniendi* del Estado que es objeto de regulación por la Ley penal y la *potestad persecutoria* del mismo que es objeto de regulación por la Ley procesal penal; aspectos que, en este caso, requieren una consideración correlativa para resolver el problema en función del tiempo transcurrido”.¹⁰

¹⁰ Mixán Máss, Florencio. *Ob. Cit.* pp. 163 y 164.

5. LA PRESCRIPCIÓN EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Después de revisar de manera general los puntos más resaltantes de este particular tema, nos corresponde abordar el asunto desde la perspectiva de la reciente reforma del Código Penal. Es precisamente esta circunstancia la que le da actualidad a este tema tan profusamente tratado en la doctrina penal.

En fecha 16 de marzo de 2005, con reimpresión del 13 de abril de 2005, la Asamblea Nacional aprobó la reforma de algunas de las disposiciones del Código Penal, entre ellas, aquéllas referidas a la prescripción de la acción penal y de la pena, pero de manera sorpresiva y si se quiere hasta ahora inexplicable omite el legislador referirse en los artículos correspondientes, a los lapsos de prescripción en el caso de que los delitos que se imputen o en razón de los cuales se haya dictado sentencia condenatoria, tengan prevista la pena de presidio.

En efecto, si revisamos el texto de los artículos 108 y 112 del Código, podremos constatar que las reglas relativas al tiempo de prescripción de la acción y de la pena, contemplan lo relativo a las penas de prisión, arresto, relegación a colonia penitenciaria, confinamiento, expulsión del espacio geográfico de la República y multa, pero que se excluye lo relativo a las penas de presidio, ello a pesar de que si revisamos el texto íntegro del Código Penal la pena de presidio continúa siendo la aplicable en numerosos delitos, como se puede observar por ejemplo en el homicidio (artículos 405 y 407), lesiones personales (artículo 414) y corrupción (artículo 389), entre otros.

Ante la omisión de la ley, el jurista se ve precisado a interpretar la norma, pues es sólo a través de esta actividad intelectual que le es posible dilucidar su correcta aplicación, de allí, que ante la situación planteada hayan surgido varias interpretaciones, todas las cuales buscan solucionar un problema real que se le presenta no sólo al operador de justicia, sino también a los abogados litigantes que se enfrentan al caso particular en el que se imputa a un ciudadano la comisión un determinado hecho punible sancionado con la pena de presidio, respecto al cual no están previstas normas que regulen su prescripción.

La situación atenta contra la seguridad jurídica de los ciudadanos y adquiere mayor gravedad si, como se anotó antes, se considera que la prescripción es una garantía para el justiciable y una limitación para el Estado. ¿Qué puede significar entonces la omisión que nos ocupa?, ¿Acaso que en materia de presidio no existen garantías para el ciudadano, ni limitaciones al poder sancionatorio del Estado?

La inexistencia de garantías parece ser el criterio que guía a la primera de las interpretaciones que comentaremos. En efecto, ante el problema, hay quienes se han aventurado a decir que la reforma simplemente significa que todos aquellos delitos penados con presidio son imprescriptibles.

Esta interpretación es verdaderamente peligrosa y resulta contraria a los más elementales principios del Derecho Penal, pero es además contraria a la propia Constitución de la República que de manera expresa excluye sólo unos pocos delitos de los efectos de la prescripción. En efecto, el artículo 29 establece que las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y crímenes de guerra son imprescriptibles y luego en el artículo 271 determina que no prescribirán tampoco las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, contra el patrimonio público y el tráfico de estupefacientes.

Quiere esto decir, que salvo los casos expresamente establecidos en la norma constitucional no es posible hablar de otras figuras delictivas cuya acción para perseguirlos pueda entenderse como imprescriptible.

Por otra parte, los tratados internacionales suscritos por la República garantizan al ciudadano el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, sin dilaciones indebidas.¹¹ De donde se colige que el Estado está obligado a impartir justicia dentro de los límites temporales que el mismo se ha establecido en la ley y que no puede cumplir su función punitiva de manera caprichosa e indeterminada en el tiempo, sino que se encuentra sometido a las reglas del debido proceso.

Una segunda postura afirma que la reforma no hace mención de la prescripción de la acción para los delitos y penas de presidio, porque ésta sanción está derogada.

A este respecto hay que señalar que ciertamente las más modernas corrientes penológicas sostienen que el presidio como sanción debe desaparecer, y de hecho entre nosotros, en lo referente a los delitos contra la corrupción o relacionados con sustancias estupefacientes o psicotrópicas, la pena de presidio ya fue eliminada. También es cierto que la legislación en materia penitenciaria tiende a eliminar algunos de los componentes tradicionales o constitutivos de la pena de presidio, como el trabajo forzado; pero de allí a afirmar que esta sanción ha sido

¹¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14 ordinal 3º letra c y Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 7 ordinal 5º.

eliminada de nuestra legislación hay una gran diferencia. No hay más que examinar nuestro Código Penal, en el que se mantienen, como ya arriba se anotó, una serie de figuras punibles cuya sanción es el presidio y ello a pesar de la reciente reforma de ese instrumento legal; entonces, si lo que se quiere decir es que la intención del legislador era eliminar el presidio, la oportunidad ideal para hacerlo era precisamente esta reforma y sin embargo, eso no se hizo.

Es más, algunas normas que fueron objeto de modificación como las referidas a la traición a la patria, conservan la pena de presidio, lo que evidencia que no fue ni siquiera la intención del legislador que realizó la reciente reforma del Código Penal, eliminar esta sanción.

A lo expuesto hay que agregar que en la reforma del Código Penal se contempla en el título relativo a las penas, la de presidio. El texto del artículo 12 conserva las previsiones relativas a las particularidades que comporta la pena de presidio y el lugar donde ha de cumplirse; asimismo, el artículo 13 se refiere a las penas accesorias a dicha sanción. En cuanto al título que contempla las normas relativas a la aplicación de las penas, los artículos 40, 41 y 42 disponen todo lo relativo a los cómputos que habrán de realizarse en los casos en que se condene al cumplimiento de una pena de presidio. Igualmente, en lo que respecta al cálculo de la pena, en los casos de concurrencia de hechos punibles el Código Penal mantiene las diferencias acerca de los aumentos que deben sufrir las penas cuando concurren con las de presidio o las de prisión.

Por último, habría que comentar una tercera interpretación que tomando en consideración los inconvenientes que surgen a partir de la reforma y en procura de lograr una solución adecuada frente a la omisión del legislador, propone aplicar analógicamente el régimen legal de la prescripción referida a los delitos que ameritan pena de prisión, a los delitos que acarrear pena de presidio; todo ello con base a la analogía *in bonam partem*, cuya aplicación es admitida doctrinalmente para las reglas de la parte general del Código Penal.

Esta interpretación se caracteriza porque busca resolver el inconveniente de una manera equitativa, sin perjudicar a los individuos que eventualmente se vean afectados por las nuevas disposiciones legales.

En todo caso, la situación creada tiene serias implicaciones, puesto que junto con la reforma referente a la prescripción de la acción y de la pena, igualmente se han incluido modificaciones en otras normas, especialmente en aquellas que contemplan algunos tipos punibles.

En estos casos, se ha modificado el tiempo de privación de libertad y se ha sustituido la pena de presidio por la de prisión de manera selectiva y no integral, lo que ha traído como consecuencia que figuras agravadas de ciertos delitos contemplen penas de prisión, mientras que otras que no fueron modificadas y que contemplan tipos punibles de menor gravedad continúen acarreado el presidio como sanción. Así ocurre con el Homicidio Calificado, contemplado en el artículo 406 del Código Penal que contempla penas de quince a veintiséis años de prisión, mientras que el homicidio simple, previsto en el artículo 405 *ejusdem* tiene prevista la pena de presidio de doce a dieciocho años.

Estas incoherencias ocasionan evidentes problemas prácticos a la hora de calcular y aplicar las penas, sobre todo en los casos de concursos de delitos. En cuanto a las dificultades surgidas en situaciones en las que se hace menester computar los lapsos de prescripción de las penas de presidio, hay que anotar que debido a lo reciente de la reforma legal, aun no existen casos prácticos que nos permitan conocer de qué manera han resuelto los jueces de ejecución este problema, pues hasta ahora se siguen aplicando las normas vigentes para el momento en que se cometieron los delitos.

Lo dicho pone en evidencia una reforma del texto penal sustantivo que carece de armonía y luce incoherente, lo que dificulta su aplicación y determina la necesidad imperiosa de una actividad interpretativa que resuelva los conflictos generados por la actividad del legislador.

Adicionalmente, es menester señalar, ahora sí de manera positiva, que la reciente reforma penal igualmente modifica la disposición referente a los actos procesales que interrumpen la llamada prescripción ordinaria de la acción, adaptando el texto sustantivo al nuevo proceso penal previsto en el Código Orgánico Procesal Penal.

6. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Cuando se habla de la prescripción de la acción penal tenemos que referirnos a dos situaciones diferentes, pero íntimamente relacionadas, la llamada prescripción ordinaria de la acción penal y la prescripción especial o extraordinaria, ambas contempladas en nuestro Código Penal en normas que fueron objeto de la reciente reforma del 16 de marzo de 2005.

La prescripción ordinaria puede operar antes del ejercicio de la acción y también una vez iniciado el proceso, en el caso de que éste permanezca inactivo. Tiene una característica y es que el lapso para que opere la prescripción se

interrumpe cuando se verifican una serie de actos procesales expresamente establecidos en la ley; en este caso, debe empezarse nuevamente a computar el lapso establecido.

La posibilidad de que el lapso de prescripción pueda verse interrumpido por sucesivos actos procesales y como consecuencia deba reiniciarse el cómputo del tiempo transcurrido, puede eventualmente traer como consecuencia que sea efectivamente imposible que se verifique la prescripción de la acción penal. Para evitar este efecto que podría atentar contra la seguridad jurídica, surge la llamada prescripción especial o extraordinaria, que opera cuando a pesar de la verificación de esos sucesivos actos, el proceso se prolonga por un tiempo igual al de la prescripción aplicable para la prescripción ordinaria de la acción, más la mitad del mismo.

La propia ley crea entonces una limitación al poder de perseguir y juzgar los delitos, en virtud de la cual el imputado se sustrae de la acción de la justicia por efecto del natural transcurso del tiempo.

En los casos en los que se considera que ha operado la prescripción ordinaria de la acción contemplada en el artículo 108 del Código Penal, existe el criterio de que no es necesaria ni siquiera la identificación del imputado y mucho menos que éste se haya puesto a derecho porque se aplica al delito mismo, por eso es que favorece al delincuente, aun cuando no haya sido todavía imputado.

Sin embargo, es tradicional la discusión acerca de si en la llamada prescripción judicial o extraordinaria de la acción es menester que se haya ejecutado la detención del procesado para poder declarar extinguida la acción penal. Consideramos que dada la naturaleza del nuevo sistema procesal penal de corte acusatorio instaurado en nuestro país, en el que se establece como principio básico el juzgamiento en libertad, es improcedente esta discusión, pero lo que sí sigue siendo un requisito indispensable para declarar la prescripción extraordinaria de la acción es que la prolongación del proceso no sea por culpa del imputado; así lo establece de manera expresa el propio texto legal. Esto quiere decir que el imputado debe comparecer a los actos del proceso y no sustraerse a la acción de la justicia, ya que su presencia es indispensable, puesto que no es posible constitucional ni legalmente su procesamiento en ausencia.

Ahora bien, es indispensable destacar que para declarar la prescripción de la acción penal, es menester haber procedido antes a calificar el hecho objeto del proceso, ya que no es posible determinar el lapso de tiempo que da lugar a ésta, si antes no se ha precisado el tipo penal en el que se subsume la conducta del imputado por el hecho objeto del proceso. Como lo señala Maxin:

Se debe precisar con toda nitidez esa acción u omisión materia del proceso mediante una relación entre el tipo legal y el caso imputado; es decir, se procederá a efectuar con el máximo rigor jurídico-penal la tarea de la tipicidad a fin de lograr una subsunción adecuada del caso en la hipótesis del artículo pertinente que, a su vez, permitirá identificar la consecuencia jurídica consistente en la pena conminada para el caso; la calidad óptima de ese proceso cognitivo requiere de la ineludible y rigurosa identificación en el caso concreto de cada uno de los elementos del “injusto penal” así como precisar correctamente la clase de delito a la que pertenece el caso.¹²

Sólo la fijación ajustada del objeto del proceso a la norma penal sustantiva permite no sólo determinar el lapso de prescripción aplicable, sino igualmente el momento a partir del que ha de comenzar a contarse dicho lapso.

La jurisprudencia de la Sala Penal ha sido reiterada en el sentido de insistir acerca de la necesidad de que las decisiones que declaren la prescripción estén debidamente motivadas

Tocante a la prescripción de la acción penal, esta Sala ha insistido en reiterada jurisprudencia en la obligación del sentenciador de instancia de estudiar las pruebas de autos y establecer los hechos que considere probados antes de declarar prescrita la acción penal, salvo en el caso de la prescripción ordinaria, planteada al momento inicial del proceso, de carácter evidente. Pero si la prescripción surge durante el juicio como en el presente caso, el tribunal sentenciador deberá examinar previamente la existencia del hecho delictivo que da nacimiento a la acción, con base al resumen y al análisis de las pruebas.¹³

Al respecto, insiste la Sala

Al declarar la prescripción de la acción penal, deben los jueces establecer con base en el análisis de los elementos existentes en autos, los hechos probados en relación al delito. Establecido el carácter punible del hecho, procede el pronunciamiento relativo a la prescripción, debiendo en tal sentido acreditarse, suficientemente, los hechos que dan cuenta del transcurso del tiempo necesario para que opere la misma.¹⁴

¹² Mixán Máss. *Ob. Cit.* p. 182.

¹³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. Sentencia 162. 18-2-00.

¹⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. Sentencia 606. 10-5-00.

Del criterio asentado por el Alto Tribunal en su Sala Penal, se colige que la declaratoria de la prescripción demanda una actividad intelectual por parte del juez, que debe primordialmente establecer si efectivamente se ha cometido un delito, ya que, si la acción para perseguirlo nace con el delito, no puede declararse extinguida si no ha quedado establecida la existencia del hecho punible.

En el mismo sentido, la Sala Penal ha señalado la relevancia que la actividad analítica y comparativa del juzgador tiene, en vista de las eventuales reclamaciones civiles:

Aun cuando la acción penal para perseguir los delitos materia de la acusación del Ministerio Público y de la parte acusadora, pudiera estar prescrita, la comprobación de tales hechos punibles y su establecimiento en la forma debida, es indispensable para poder ejercer las reclamaciones civiles que pudieran surgir como consecuencia de tales infracciones delictivas.¹⁵

De manera que como lo señala el Alto Tribunal, el análisis de los elementos que demuestran la corporeidad del hecho punible sólo puede obviarse en el supuesto de la llamada prescripción ordinaria de la acción que se declara antes de iniciarse el proceso, porque allí, lo que se está es negando la posibilidad de perseguir un eventual hecho punible. Es una presunción que no es necesario establecer como cierta, porque aun cuando el delito existiera ya no es posible perseguirlo.

7. LOS LAPROS EN LA PRESCRIPCIÓN

Debido a que la prescripción tiene su base en el transcurso del tiempo, los lapsos son materia esencial para su estudio. Se dice que “son tres los aspectos que ofrece el estudio de los plazos prescriptivos: su duración, momento en que se debe empezar a computarse e interrupción de los mismos”.¹⁶

A continuación procedemos a revisar cada uno de estos aspectos.

7.1 PENA A CONSIDERAR PARA EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN

Enfrentado el operador de justicia a la situación de establecer el lapso de prescripción aplicable en un caso particular, es la gravedad del hecho punible la

¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. Sentencia 554. 29-11-02.

¹⁶ Viada López, Puigcerver citado por Barreto Rodríguez, Jesús. *El sobreseimiento Penal*. Fondo Editorial Lola de Fuenmayor. Caracas. 1985. p. 153.

que en nuestro sistema determina cuál es el tiempo necesario para que prescriba la acción para perseguir el delito, por eso es que, este lapso varía según el tipo de pena y la duración de la misma.

Como lo señala la Sala Penal en ponencia del Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros:

La prescripción de la acción penal en el derecho penal común ordinario no tiene fundamento objetivo, en el sentido de que ella nace junto con el delito y de allí que el término de la misma sea correlativo a la especie y cantidad de la pena que corresponda al hecho punible.¹⁷

El sistema adoptado por nuestro legislador ocasiona un primer inconveniente para precisar cuál es el límite de la pena que ha de tomarse en cuenta a los fines de establecer el lapso de prescripción aplicable, en razón de que las sanciones contempladas para cada conducta típica están comprendidas entre dos límites y que además la sanción aplicable a cada caso puede variar según la existencia o no de circunstancias atenuantes y agravantes del hecho punible.

Este aspecto ha sido objeto de profusas discusiones en la doctrina nacional, ya que mientras algunos sostienen que lo correcto es tomar en cuenta la pena en abstracto, otros piensan que lo correcto es considerar las circunstancias que atenúan o agravan el hecho en cuestión.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia ha establecido su criterio al respecto

la prescripción ordinaria consagrada en el artículo 108 del Código Penal extingue la acción que nace de todo delito, el Tribunal debe declararla por el simple transcurso del tiempo y ésta debe calcularse con base en el término medio de la pena del delito tipo, sin tomar en cuenta las circunstancias que la modifican, como atenuantes y agravantes.¹⁸

Acorde con el criterio actual de nuestro Alto Tribunal, ya en 1985 Jesús Barreto Rodríguez señalaba:

La pena de un delito en sus dos extremos de punición, es inexpressable. En efecto, sólo el artículo 37 del Código Penal, trae, típica y legalmente, una manifiesta categoría penológica, cuya expresión es

¹⁷ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. Sentencia 873. 17-12-01.

¹⁸ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. Sentencia 813. 13-11-01.

la normalmente aplicable, y esta normalidad, constituye un instituto de pena emergente, que nace del propio texto del Código Penal.¹⁹

En cuanto a los casos de concurso de delitos, la tesis de mayor acogida en la doctrina y la jurisprudencia es la que sostiene que la prescripción corre separadamente para cada uno de los hechos punibles, aun cuando en la doctrina haya algunos que proponen que la pena a tener en cuenta es la que se obtiene mediante la acumulación de los distintos delitos atribuidos al imputado, siempre que no se exceda el límite máximo establecido en la ley.

7.2 PUNTO DE PARTIDA PARA CONTAR LOS LAPROS DE PRESCRIPCIÓN

Otro aspecto que es necesario tratar en esta materia, es el que se refiere al punto a partir del cual debe empezarse a computar el lapso de prescripción. En lo que se refiere a la llamada prescripción ordinaria de la acción, es el propio Código Penal, en el texto del artículo 109, el que da la respuesta a la cuestión.

En efecto, dicha norma dispone que comenzará la prescripción en los delitos consumados desde el día de la perpetración, para el caso de la tentativa y la frustración desde el día en el que se realizó el último acto de ejecución y para el caso de los delitos continuados o permanentes desde el día en el que cesó la continuación o permanencia.

A ello se refiere el autor Fontan Balestra:

En el delito instantáneo comienza a correr la prescripción tomando en cuenta el momento en que se consumó. En los continuos desde el día en que dejó de consumarse ...Los delitos denominados permanentes o continuos se caracterizan por crear una situación invariablemente típica y antijurídica, la que solamente cesa cuando un cambio en la acción hace que el hecho deje de cometerse.²⁰

Las interrogantes surgen en cuanto a la prescripción especial o extraordinaria, ello en razón de que en este caso la norma no es tan clara como la anterior, pues si bien el artículo 110 del Código Penal preceptúa que si el juicio se prolonga por un tiempo igual al de la prescripción aplicable más la mitad del mismo, se

¹⁹ Barreto Rodríguez, Jesús. *El Sobreseimiento Penal*. Fondo Editorial Lola de Fuenmayor. Caracas. 1985. p. 163.

²⁰ Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Segunda Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1977. p. 479.

declarará prescrita la acción penal, sin embargo, no hace señalamiento expreso del punto de partida para computar ese lapso.

La jurisprudencia del más Alto Tribunal de la República se ha pronunciado al respecto en el sentido de que “El lapso de la prescripción judicial (artículo 110 del Código Penal) se cuenta a partir del auto de proceder”.²¹ Pero ese pronunciamiento de la Sala Penal está referido al proceso previsto en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, por lo que es necesario adecuar la jurisprudencia a la realidad del nuevo proceso penal vigente desde el 1º de julio de 1999; para ello es menester analizar la norma sustantiva penal en concordancia con las disposiciones adjetivas.

En primer lugar, visto el texto actual del artículo 110 del Código Penal, es conveniente señalar que la reforma ha debido adecuar esta disposición a la nueva realidad del proceso penal venezolano y en lugar de usar la expresión “juicio” ha debido hablar de “proceso”, puesto el juicio viene a ser una fase del nuevo proceso penal. De allí que desde nuestra perspectiva el lapso que se prolonga sin culpa del reo es el del proceso, el cual se inicia de acuerdo con lo dispuesto en nuestro Código Orgánico Procesal Penal, desde la fase investigativa y puesto que para que se declare la prescripción extraordinaria es menester que dicha prolongación no sea culpa del imputado, para declararla es necesario que efectivamente exista un imputado, condición que se adquiere cuando a un ciudadano se le señala por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal como sospechoso de ser el autor o partícipe de un delito, ello de conformidad con lo previsto en el artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal.

Ahora bien, si en nuestro sistema procesal penal el proceso se inicia con la fase preparatoria o investigativa dirigida por el Fiscal del Ministerio Público, y de conformidad con lo establecido en el artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal, esta fase comienza con la orden del Ministerio Público para que se practiquen las diligencias tendentes a investigar y hacer constar la comisión de un hecho punible y la responsabilidad de sus autores y partícipes, es indudable, que el lapso de prescripción especial o extraordinaria de la acción debe empezarse a computar a partir de esta actuación del Fiscal que da inicio a la fase preparatoria y por ende al proceso.

²¹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. Sentencia 396. 31-3-00.

Este criterio se compadece con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia que consideraba que en el sistema procesal contemplado en el Código de Enjuiciamiento Criminal, el proceso y consecuentemente el lapso para computar la prescripción extraordinaria de la acción, se iniciaba con el auto de proceder, acto equivalente a la referida orden de investigación del Fiscal.

7.3 *SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN*

Si bien la prescripción extraordinaria de la acción no se interrumpe y la única condición es que el lapso de tiempo determinado por la ley transcurra sin culpa del imputado, en el caso de la prescripción ordinaria de la acción, ésta sí se interrumpe por una serie de actos procesales que determinan que los lapsos transcurridos quedan sin efecto y debe iniciarse nuevamente su cómputo.

Igualmente puede verse suspendido el curso de la prescripción cuando dentro del proceso penal se dan ciertas situaciones expresamente determinadas por la propia ley, que tienen la virtud de paralizar la marcha de los lapsos señalados para que se verifique la extinción de la acción penal.

Esto quiere decir que los lapsos establecidos en la ley para que opere la prescripción de la acción, pueden sufrir una prolongación en el tiempo debido a una serie de circunstancias que los suspenden o los interrumpen.

“El efecto de la primera, es decir, de la suspensión, es el de dilatar o postergar la iniciación del término hasta que desaparezca el obstáculo legal, o bien, el de detener su curso cuando empezó a correr. El término de la suspensión es indeterminado de antemano, pues depende de la duración de la causa que la produce. La interrupción en cambio, influye en los términos de la prescripción, borrando y cancelando el tiempo transcurrido y fijando un nuevo punto de partida para el cómputo del tiempo”.²²

Son circunstancias que suspenden el curso de la prescripción, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 47 del Código Orgánico Procesal Penal, los acuerdos reparatorios, durante el plazo del acuerdo para el cumplimiento de la reparación y el período de prueba establecido en la suspensión condicional de la causa.

Respecto a la prejudicialidad civil, que en nuestro proceso penal sólo procede en los casos referidos al estado civil de las personas, el artículo 109 del Código

²² Fontán Balestra, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 482.

Penal dispone que quedará en suspenso la prescripción y no volverá a correr hasta el día en que se defina la cuestión prejudicial.

Igualmente, prevé el Código Orgánico Procesal Penal otro caso de suspensión del lapso de prescripción, pero esta vez referido al plazo para intentar la acción civil derivada del delito. En efecto, en el artículo 52 se establece que ésta quedará suspendida hasta que la sentencia penal quede firme, ello en razón de que sólo puede intentarse la reparación del daño e indemnización de perjuicios derivados del hecho punible, una vez que se haya dictado sentencia definitivamente firme.

En cuanto a la interrupción de la prescripción, como arriba ya se anotó, ésta sólo opera en el caso de la llamada prescripción ordinaria de la acción prevista en el artículo 108 del Código Penal, puesto que en la especial o extraordinaria, prevista en el artículo 110 *ejusdem*, el plazo para que se extinga la acción penal corre inexorablemente con la única limitante que la prolongación del proceso no sea causado por el imputado.

La interrupción se produce entonces cuando se verifican en el proceso una serie de actos señalados de manera expresa en el citado artículo 110 del Código Penal. En ese caso, el efecto es que el cómputo del lapso para que prescriba la acción penal debe reiniciarse.

El profesor Alberto Binder, al referirse a los actos que interrumpen el curso de la prescripción, es del criterio que la única causa que debe dar lugar a dicha interrupción es aquella referida a la situación de rebeldía del imputado, puesto que ella constituye un verdadero obstáculo a la persecución penal, ya que, en nuestro sistema procesal penal no es posible el procesamiento en ausencia. En cambio, opina Binder que es inadmisibles los actos de procedimiento que pueden ser morosos sirvan para ampliar los propios límites que se le imponen al Estado para la persecución penal.²³

Es necesario anotar que la implantación de un novedoso sistema procesal penal, a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, en fecha 1º de Julio de 1999, trajo como consecuencia que la disposición del Código Penal de la época, que establecía cuáles eran los actos que interrumpían la prescripción de la acción penal perdió vigencia, puesto que la norma se refería a actuaciones que ya no se verificaban en el nuevo proceso penal, lo que determinó que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictara sentencia adecuando los actos interruptores a la nueva realidad procesal venezolana.

²³ Binder, Alberto. *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 123.

En fecha 25-6-01, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció acerca de la naturaleza de la llamada prescripción especial de la acción penal y entre otras cosas dictaminó:

En realidad la figura del artículo 110 comentado, no se trata de una prescripción, ya que la prescripción es interrumpible, y este término no puede interrumpirse. Más bien se trata de una forma de extinción de la acción derivada de la inacción judicial... El artículo 110 del Código Penal señala las causas de interrupción de la prescripción. 1) La primera de ellas es la sentencia condenatoria, que claro está al llegar al fin el proceso mediante la sentencia, mal puede correr prescripción alguna, ya que la acción quedó satisfecha. 2) Si el reo se fuga antes o durante el juicio, mediante la requisitoria librada contra el imputado. 3) El auto de detención o de citación para rendir indagatoria, figuras que actualmente no existen en el Código Orgánico Procesal Penal, y las diligencias procesales que le sigan. 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. 4) 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.²⁴

Por su parte, la Sala Penal con ponencia del Magistrado Rafael Pérez Perdomo señaló que “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”.²⁵

El criterio de la Sala Constitucional y de la Sala Penal fue acogido de manera favorable por el legislador que a través de la reciente reforma del Código Penal modificó el tantas veces citado artículo 110, para establecer, ahora ya de manera legal, los actos que tienen la facultad de interrumpir la prescripción de la acción penal.

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 1118. 25-6-01.

²⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. Sentencia 455. 10-12-03.

Tenemos entonces, que una serie de actos de naturaleza procesal, que a pesar de que se producen tardíamente en el devenir de la causa, lo que los hace, como bien lo señala el Profesor Binder, “morosos”, tienen, sin embargo, la facultad de interrumpir el lapso para que opere la prescripción de la causa y consecuentemente prolongan la potestad del Estado para perseguir el delito, con lo que de alguna manera se encubre la ineficacia de los órganos encargados de investigar y procesar los hechos punibles.

De allí deviene la justificación de la llamada prescripción especial o extraordinaria que impide que por sucesivos actos interruptores se perpetúe la facultad del Estado para perseguir los hechos punibles, lo que produciría una indudable inseguridad jurídica para el ciudadano y la sociedad. Al primero porque no se le brindan garantías frente al poder del Estado y a la sociedad porque se la coloca en una constante situación de inseguridad, puesto que a los órganos del Estado no se les apremia para que procedan con celeridad y eficacia en la sanción de los delinquentes que la amenazan, ya que no se le fijan límites en el tiempo para su actuación.

Por eso es que se dice que la llamada prescripción extraordinaria de la acción, viene a ser una sanción para la inacción judicial.

Resulta conveniente recordar que los actos que interrumpen la prescripción para el caso de uno de los imputados, tendrán efecto para todos los que han concurrido al hecho punible, como lo dispone el citado artículo 110. A este respecto la Sala Penal con ponencia de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León ha señalado:

la interrupción de la prescripción de la acción penal, se extiende para todos aquellos que han concurrido al hecho punible, puesto que la acción de cada copartícipe no constituye en sí misma un delito, ya que los actos de los partícipes se entrelazan en una voluntad única para la ejecución del hecho, haciéndola por tanto indivisible, razón por la cual al interrumpirse la prescripción para uno solo de los partícipes, debe entenderse que también se interrumpe para los demás que han concurrido al hecho.²⁶

²⁶ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. Sentencia 403. 2-11-04.

8. PRESCRIPCIÓN DE LA PENA

La prescripción es también un medio para extinguir la ejecución de la pena, que opera en el caso de que haya transcurrido un determinado lapso de tiempo, preestablecido por la ley, sin que la sanción impuesta por el órgano jurisdiccional a través de una sentencia definitivamente firme, se haya podido verificar.

Su efecto es la extinción para el Estado del poder de hacer efectivo el castigo al delincuente. Como en el caso de la acción penal, también la prescripción de la pena es de orden público, de allí que dadas las condiciones establecidas en la ley para que opere, es obligación del Juez declararla.

El lapso de prescripción de la pena empieza a computarse a partir desde el día en que quedó firme la sentencia o desde el quebrantamiento de la condena, en el caso de que ésta ya haya comenzado a cumplirse.

También el lapso de la prescripción de la pena puede ser interrumpido en el caso de que el condenado que se hubiere fugado se presente o sea capturado o cuando antes de que concluya el lapso de prescripción de la pena el condenado incurra en un nuevo hecho delictivo, caso en el cual debe reiniciarse el cómputo de la prescripción.

Es evidente que para poder considerar esta institución jurídica, resulta indispensable que exista una sentencia condenatoria definitivamente firme, esto es, un pronunciamiento judicial en relación al cual se hayan agotado o dejado de ejercer los recursos y por tanto ya no pueda ser impugnado.

En ese sentido se ha pronunciado la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Rafael Pérez Perdomo:

la prescripción de la pena prevista en el artículo 112 *ejusdem* opera sólo cuando por sentencia se le imponga al acusado el castigo de cumplir una condena.²⁷

En lo que respecta a la prescripción de la pena prevista en nuestro Código Penal en el artículo 112, que fue igualmente objeto de reforma, la situación es muy similar a la que ya hemos comentado, puesto que el legislador también en esta disposición omite el señalamiento del lapso de prescripción de la pena de presidio, haciendo únicamente referencia a las penas de prisión, arresto, rele-

²⁷ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. Sentencia 396. 31-3-00.

gación a colonia penitenciaria, confinamiento, expulsión del espacio geográfico de la República, suspensión de empleo o inhabilitación para el ejercicio de la profesión, industria o arte, la multa y la amonestación o apercibimiento.

Significa acaso esto, que en el caso de sentencias condenatorias a cumplir la pena de presidio, la sanción subsiste en el tiempo y se conserva para el Estado la potestad de ejecutar la pena.

CONCLUSIÓN

Creemos que en lo referente a la prescripción de la acción penal y la pena desde la perspectiva de las normas que regulan la materia en la reforma del Código Penal, lo procedente y conveniente es propiciar su interpretación dentro del contexto de la propia ley y la jurisprudencia preexistente; y para evitar que se atente contra las garantías del ciudadano, que tiene derecho no sólo a exigirle al Estado que actúe persiguiendo y castigando el delito, sino que además lo haga de manera oportuna y eficaz, se concluya en la aplicación de las normas existentes para la prescripción en el caso de la prisión, de manera analógica para los casos de presidio.

Todavía es muy pronto, pero sin duda será la jurisprudencia la que le dará respuesta a todas estas interrogantes producto de las lagunas del texto sustantivo penal. Creemos que a los órganos jurisdiccionales y muy especialmente al Tribunal Supremo de Justicia les corresponde establecer de manera clara la solución a estos asuntos. Esperamos que en esta labor, su actividad esté regida por la protección de los principios y garantías que la Constitución y la Ley le reconocen a los ciudadanos como individuos y como miembros de la sociedad.

Análisis del delito de daños informáticos en la Ley Especial contra los Delitos Informáticos

Milagros Mireilli SOTO CALDERA *

*Las computadoras son fantásticas: en pocos minutos,
pueden cometer un error tan grande que se necesitarían
muchos hombres durante muchos meses para igualarlo*

M. MEACHAM

* **La Universidad del Zulia**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Abogada, Doctora en Derecho, Magíster en el área de Derecho Público y Ciencias Políticas, Especialista en Derecho Penal, Magíster en ciencias Penales y Criminológicas, Investigadora. *Facultad de Humanidades y Educación, Doctorado en Ciencias Humanas*, **Instituto de Policía Científica (IUPOL)**, Profesora. E-mail: mireilli@iamnet.com

Este artículo es un producto del proyecto de investigación N° VAC-CONDES- 0702-2004, intitulado “Regulación del E - Commerce bajo el marco de las Organizaciones Internacionales, con especial referencia a América Latina, Parte II”, cofinanciado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de La Universidad del Zulia (CONDES).

SUMARIO:**Introducción**

- 1. Definición de los delitos informáticos.**
- 2. Características de los delitos informáticos.**
- 3. Bien jurídico tutelado en los delitos informáticos: 3.1 *Delitos que atentan contra la integridad del soporte lógico.* 3.1.1 Delito de daños informáticos 3.1.1.1 Evolución del delito de daños en la legislación penal venezolana. 3.1.2 Análisis de la estructura jurídico-penal del delito de daños genéricos en la legislación penal venezolana. 3.1.3 Definición del delito de daños informáticos. 3.1.4 Análisis del delito de daños informáticos contemplado en la ley especial contra los delitos informáticos.**

Conclusiones**INTRODUCCIÓN**

El desarrollo de la tecnología informática y su enorme expansión en la vida diaria de los habitantes ha generado lo que se ha denominado la “Era de la Informática”.

Esta expansión, cada vez más creciente, ha hecho surgir problemas nuevos, impensables en tiempos anteriores. Lo que explica la necesidad de la transformación del Derecho. Así paralelamente, al desarrollo y difusión de la tecnología informática, el Derecho debe desarrollarse, al mismo tiempo que debe ampliarse para regular todas las posibles conductas jurídicas que puedan surgir como consecuencia de la utilización de las nuevas tecnologías.

El uso de las computadoras ha dado lugar a un fenómeno nuevo y desconocido llamado Delito Informático, el cual es consecuencia del tremendo desarrollo de la tecnología informática, la cual ha abierto las puertas a nuevas posibilidades de delincuencia ni siquiera imaginadas veinte años atrás.

La manipulación fraudulenta de las computadoras con ánimo de lucro, la destrucción de programas o datos, el acceso y la utilización indebida de información, que puede afectar la privacidad de las personas, así como la lesión de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho, son algunos de los problemas a los que a finales del siglo XX se enfrenta la ciencia del Derecho.

Debido a la generalidad del uso de las computadoras, cualquier persona hoy día podría convertirse en un delincuente informático. Cada día la tecnología ejerce una poderosa influencia en las nuevas generaciones, lo cual conlleva a denominar a estos seres humanos las nuevas generaciones informáticas.

Desde su infancia estos niños han visto en las computadoras una multiplicidad de facetas. Debido a la falta de relación diaria con sus padres, y debido a los diversos compromisos que hoy día deben cumplir, los niños pasan horas y horas sentados frente a un computador. La situación es tal, que si se cuenta con un computador en casa, incluso se cuenta con un maestro que es capaz de sustituir las funciones del maestro de la escuela en lo que a conocimientos se refiere.

El surgimiento de nuevas conductas antijurídicas derivadas del uso de la informática en todos los aspectos de nuestra vida común, ha conllevado a la conformación de nuevos sujetos activos de los denominados delitos informáticos, y a la consideración de la reforma de nuestros sistemas legales penales, para la inclusión de figuras jurídicas relacionadas con los Delitos Informáticos.

Ante este panorama mundial en la República de Venezuela se aprobó el 30 de Octubre del año 2001 la “Ley Especial contra los Delitos Informáticos”, la cual ha venido a sancionar por primera vez en el país las conductas antijurídicas relacionadas con el campo de los Delitos Informáticos”.

La necesidad de regular los Delitos Informáticos a nivel internacional, obedece a que ante el surgimiento de nuevas conductas perjudiciales para el conglomerado social, el legislador debe considerar si el perjuicio de tales conductas amerita protección por parte de las ramas del Derecho que ofrece las sanciones más graves. Pero la labor del legislador no puede desligarse en ningún momento de aquellos principios que sirven de base del Derecho Penal Moderno, el cual se encuentra enmarcado en un Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos.

En muchos casos las acciones antijurídicas van dirigidas a causar daños en la estructura de los aparatos de procesamiento de la información, pero en otras ocurre la acción contra un bien inmaterial como lo es la Seguridad informática. Esto conlleva conflictos para el ámbito del Derecho Penal, lo cual denota la importancia de destacar cuál es el Bien Jurídico a tutelar en las figuras delictivas cuyo estudio es objeto del presente trabajo de investigación.

Así, se presenta en base a la clasificación de los Delitos Informáticos de acuerdo al Bien Jurídico Tutelado: la Seguridad informática, un estudio del Delito de Daños Informáticos, contemplado, en primer lugar, un análisis del Delito de Daños contemplado en el Código Penal Venezolano, los mismos, comprendiendo la referencia a sus Elementos Jurídicos-Penales, y a su definición. De la misma forma se presenta un estudio comparado de la regulación de la figura

jurídica en otros países, consideraciones críticas a la regulación del Delito de Daños en la Ley Especial contra los Delitos Informáticos, y a los principios jurídicos penales violentados con diversas estipulaciones de la misma.

1. DEFINICIÓN DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

Todas las cosas de la vida tienen su lado positivo, pero las mismas también tienen su lado negativo. Las computadoras han facilitado la evolución del hombre, él mismo las ha creado para su beneficio, pero a la par el hombre ha desarrollado nuevas formas de cometer delitos a través de las computadoras.

Podemos observar el surgimiento de conductas que antes eran impensables, como por ejemplo: la manipulación fraudulenta de los ordenadores con fines de lucro, la destrucción de bancos de datos, la copia de soportes lógicos, entre otros.

Pero, es importante señalar que existen juristas que consideran que los delitos informáticos, como tales no existen.

Sostienen que son delitos normales, que en lo único que se pueden diferenciar de otro delito cualquiera, son en las herramientas empleadas o en los objetos sobre los que se producen. Para Davara Rodríguez no parece adecuado hablar de delito informático, ya que, como tal, no existe, si atendemos a la necesidad de una tipificación en la legislación penal para que pueda existir un delito.¹

Establece este autor español, en contra de la posición sostenida por otros autores españoles, que, el Código Penal Español de 1995 no introduce el delito informático, ni admite que exista como tal un delito informático, si bien admite la expresión por conveniencia, para referirse a determinadas acciones y omisiones dolosas o imprudentes, penadas por la Ley, en las que ha tenido algún tipo de relación en su comisión, directa o indirecta, un bien o servicio informático.

Determinados enfoques doctrinales subrayan que el delito informático, más que una forma específica de delito, supone una pluralidad de modalidades delictivas vinculadas, de algún modo con los ordenadores. Hoy día existen

¹ “Lo que existe es la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático y/o telemático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software”. (Davara citado por: Cuervo Álvarez, José: *Delitos Informáticos: Protección Penal de la Intimidación*, Fuente electrónica <http://www.derecho.org>.

delitos que difícilmente podemos tipificar con las leyes actuales, por lo que, éstas rápidamente tendrán que adaptarse o redactarse acorde a los nuevos tiempos, y a los nuevos usos, que imponen las tecnologías de la información.

Los delitos informáticos implican actividades criminales que los juristas han tratado de encuadrar en figuras típicas de carácter penal, tales como robos o hurto, fraudes, falsificaciones, perjuicios, estafa, sabotaje, entre otros. El uso de las técnicas informáticas ha creado nuevas posibilidades de uso indebido de las computadoras, lo que ha propiciado a su vez la necesidad de regulación por parte del Derecho.

En el ámbito internacional se considera que no existe una definición exacta y única del delito informático, sin embargo, muchos han sido los esfuerzos de expertos que se han ocupado del tema, y aun cuando no existe una definición con carácter universal, se han formulado conceptos funcionales atendiendo a las distintas circunstancias que han enfrentado distintos países en la práctica informática.²

Para Carlos Sarzana, en su obra *Criminalità e Tecnologia*, los crímenes por computadora comprenden “cualquier comportamiento criminógeno en el cual la computadora ha estado involucrada como material o como objeto de la acción criminógena, o como mero símbolo”.³ Nidia Callegari define al delito informático como “aquel que se da con la ayuda de la informática o de técnicas anexas”.⁴

Rafael Fernández Calvo define al delito informático como “la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, se ha llevado a cabo utilizando un elemento informático o telemático contra los derechos y libertades de los ciudadanos definidos en el título 1 de la Constitución Española”.⁵

² El Doctor Julio Téllez Valdés señala que “no es labor fácil dar un concepto sobre delitos informáticos, en razón de que su misma denominación alude a una situación muy especial, ya que para hablar de “delitos” en el sentido de acciones típicas, es decir, tipificadas o contempladas en textos jurídicos penales, se requiere que la expresión “delitos informáticos” esté consignada en los códigos penales, lo cual en México, al igual que en otros muchos países no ha ocurrido aún” (Téllez Valdés, Julio: *Sujetos Activos de los Delitos Informáticos*, Fuente electrónica <http://www.sbel.com.mx>

³ Téllez, (*Ibidem*).

⁴ Téllez, (*Ibidem*).

⁵ Téllez, (*Ibidem*).

María de la Luz Lima dice que el “delito electrónico” en un sentido amplio, es cualquier conducta criminógena o criminal que en su realización hace uso de la tecnología electrónica, ya sea como método, medio o fin y que, en un sentido estricto, el delito informático, es cualquier acto ilícito penal en el que las computadoras, sus técnicas y funciones desempeñan un papel, ya sea como método, medio o fin.⁶

Romeo Casabona se refiere a la definición propuesta por el Departamento de Justicia Norteamericana, según la cual Delito Informático es cualquier acto ilegal en relación con el cual el conocimiento de la tecnología informática es esencial para su comisión, investigación y persecución.⁷

Parker define los delitos informáticos como todo acto intencional asociado de una manera u otra a los ordenadores; en los cuales la víctima ha, o habría podido sufrir una pérdida; y cuyo autor ha, o habría podido obtener un beneficio.⁸

Julio Téllez Valdés conceptualiza al delito informático en forma típica y atípica, entendiendo por la primera a “las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin” y por las segundas “actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin”.⁹

Rodolfo Herrera Bravo sostiene que de la relación entre delito e informática surgen dos tipos de ilícitos, los delitos computacionales y los delitos informáticos. Cuando los delincuentes de delitos tradicionales comienzan a utilizar como un medio específico de comisión a las tecnologías de la información, se produce una informatización de los tipos tradicionales, naciendo el delito computacional, que en realidad se trataría sólo de ilícitos convencionales que ya están regulados en el Código Penal.

Sin embargo, también se crean conductas nuevas, no contempladas en los ordenamientos penales por su especial naturaleza, lo que hace necesario crear nuevos delitos, llamados Delitos Informáticos.

Es así como entendemos por delito informático a la acción típica, antijurídica y dolosa cometida mediante el uso normal de la informática,

⁶ Téllez, (*Ibidem*).

⁷ Romeo Casabona, Carlos, 1991. *Los Delitos de Daños en el Ámbito Informático*, en *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 43, Editorial Temis, Santafé de Bogotá.

⁸ Parker citado por Cuervo Álvarez, José: *Delitos informáticos: Protección Penal de la Intimidad*, Fuente electrónica <http://www.derecho.org>.

⁹ Téllez V., J. 1995. *Derecho Informático*. México: McGraw Hill, p. 105.

contra el soporte lógico o software, de un sistema de tratamiento automatizado de la información. Por lo tanto, únicamente estaremos ante un delito informático cuando se atenta dolosamente contra los datos digitalizados y contra los programas computacionales contenidos en un sistema; otros casos parecidos, serán sólo delitos computacionales que no ameritan la creación de un nuevo ilícito penal.¹⁰

La autora del presente trabajo define a los delitos informáticos como: Aquellas conductas típicas antijurídicas, y culpables que lesionan la seguridad informática de los sistemas tecnológicos y dirigidas contra bienes intangibles como datos, programas, imágenes y voces almacenados electrónicamente.

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

De acuerdo con lo planteado por Szabó¹¹ pueden observarse las siguientes características en los Delitos Informáticos:

1. Son delitos discretos. Ocurren sin generar ninguna conmoción. En la visión ortodoxa del delito éste siempre genera impacto, escándalo, estruendo social, muchas veces amplificado por la opinión pública, las declaraciones gubernamentales, y los medios de comunicación social. En cambio, en los delitos informáticos, el impacto se reduce, se minimiza, muchas veces se vuelve en la práctica inexistente.

2. En muchas ocasiones no quedan huellas o evidencias humanas de los hechos, no ocurre esa transferencia del autor del delito a la evidencia material que permite su posterior identificación. Quedan solamente meros rastros electromagnéticos, anónimos e impersonales, que, además, pueden ser eliminados como resultado de las mismas instrucciones con las cuales se ejecutó el delito, tal como ocurre con los denominados bomba lógica y programas virus.

Esta característica obliga a reformular gran parte de la filosofía y de la técnica de la prueba en el sistema judicial. El empleo de los medios informáticos acarrea un singular problema para el investigador, para el juez penal, debido a la dificultad probatoria que su empleo para tales fines produce, es de observar con ello que la tecnificación de medios no está aparejada con la capacitación necesaria

¹⁰ Herrera Bravo, Rodolfo: *Reflexiones sobre los Delitos Informáticos motivadas por los desajustes de la Ley Chilena* N° 19.223, Fuente electrónica <http://www.vlex.com>

¹¹ Szabó, Elmer, 1988. *Informática, Fraude y Delito Silencioso*, II Jornadas sobre Derecho y Computación, Vadell Hermanos Editores, Caracas.

en los órganos jurisdiccionales, existiendo la posibilidad de que el delito cometido quede impune.

3. Puede transcurrir un intervalo de tiempo apreciable entre la ejecución informática del delito y su materialización concreta, es decir, el autor de los hechos puede incorporar hoy al computador un conjunto de instrucciones fraudulentas para que semanas o meses después ocurra la comisión del perjuicio económico moral buscado. A veces los actos previos, los actos preparatorios del delito, son tenues, insignificantes, irrelevantes, y son, sin embargo, el paso necesario e indispensable para la comisión de un delito de gran envergadura.

En los delitos de este tipo no existe por lo tanto una relación inmediata o directa entre las distintas fases preparatorias y de ejecución del delito, ni tampoco existe una relación evidente, obvia, entre los actos preparatorios iniciales y la magnitud del resultado final.

4. La comisión de estos delitos puede conllevar un gran número de actos de ejecución individual, partiendo de una sola instrucción fraudulenta al computador que, además, es cumplida en forma constante y periódica, de manera automática, sobre un gran número de operaciones concretas.

Así ocurre con los fraudes en que mediante una sola instrucción al computador, éste en forma automática y con periodicidad mensual sustrae unos céntimos de un número muy grande de cuentas bancarias. Si un delito así concebido, se ejecutase en el ámbito humano, efectuando una sola persona todas las labores de sustracción de esas cantidades pequeñas en un número de cuentas muy grande; sería en la práctica imposible su ejecución material. El tiempo y el trabajo humano invertido en cada una de esas operaciones supondría un costo muchísimo mayor que la ínfima ganancia obtenida en cada cuenta. En cambio a nivel del computador, basta una sola instrucción fraudulenta para que, en forma automática y mes por mes, ocurran esas sustracciones, abonándose el monto total en la cuenta del infractor.

5. Muchos de estos delitos quedan impunes por no haber sido descubierto el autor, quien logra literalmente, el crimen perfecto, en el cual ni siquiera la comisión del delito llega a evidenciarse. Estadísticamente debe señalarse que es muy bajo el número de delitos de computación descubiertos; según estimaciones del FBI, apenas el uno por ciento de los delitos por computador es descubierto y detectado.¹²

¹² *Idem*, p. 148.

6. En muchos casos estos delitos son descubiertos al azar, por circunstancias ajenas al delito en sí, y no por defecto en la ejecución técnica del delito, ni por controles y salvaguardas de las entidades usuarias de los sistemas de computación. En un caso ocurrido en Venezuela, un empleado falsificó una serie de documentos de entrada, a fin de que el sistema de computación generase en forma automática un lote de cheques a nombre de personas inexistentes. Estos cheques iban a ser cobrados por el infractor utilizando documentación falsa de identidad.

El monto total de la estafa era de diecinueve millones de bolívares. El computador comenzó a generar los correspondientes cheques, en base a las instrucciones fraudulentas iniciales. El autor de los hechos fue descubierto porque, al intentar cobrar el primer cheque con falsa identidad, en una agencia del banco fue reconocido por un empleado de dicha agencia, quien conocía al infractor y le llamó la atención el que usara otra identidad. De no ser por esta circunstancia, con toda seguridad el autor de los hechos hubiera cobrado no sólo el cheque inicial sino la totalidad de los cheques fraudulentamente generados.

7. En muchos casos de delitos informáticos descubiertos, los autores nunca son identificados, pese a investigaciones acuciosas que a nivel de auditoría, de seguridad, de detectives privados y de organismos policiales se han practicado. Se sabe que ocurrió un delito, pero jamás se logran indicios de culpabilidad contra nadie.

8. En algunos casos de delitos informáticos, los autores de los hechos tuvieron la habilidad de lograr que todos los elementos o indicios incriminaran a una persona ajena a los hechos, creando así a veces de manera perfecta, un falso culpable que se convertía en sospechoso y a veces en indiciado, con todas las molestias y contratiempos inherentes. Este mecanismo como es obvio, desvía las investigaciones e impide identificar los verdaderos culpables.

9. En muchos casos de delitos informáticos, el agraviado no intenta acciones de tipo jurídico, por no estar tipificados los actos cometidos en su contra como hechos delictivos en el ordenamiento penal. Existe, pues, en tales casos, un vacío legal por ausencia de tipicidad en estos delitos técnicamente nuevos, vacío que favorece la impunidad de los hechos y de sus autores.

10. En muchos casos de delitos informáticos, el agraviado no intenta acciones de tipo jurídico por razones prácticas, a veces, en vista de las dificultades para probar los hechos cometidos, y en otras, por el temor de que en el juicio se evidencien fallas, a veces muy graves, en su organización, estructura, funcio-

namiento, controles e inclusive ilegalidad en sus operaciones. Según cifras de los Estados Unidos solamente uno de cada ocho casos descubiertos es reportado a la policía.¹³

11. En muchos casos de delitos informáticos, los hechos denunciados no tienen consecuencias judiciales y mucho menos condenas contra el infractor. Esto se debe a no poder identificarse plenamente al sujeto activo, por dificultades probatorias o por la dificultad, para muchos funcionarios instructores y magistrados, de entender a cabalidad los pormenores técnicos, a veces muy complejos, de estos delitos.

Frecuentemente, cuando tales hechos son denunciados, la denuncia se efectúa únicamente para cumplir con exigencias del seguro, con plena convicción de que el caso no tendrá seguimiento y con el deseo, en muchos casos, por parte del mismo agraviado de que el caso no tenga decisión. Según estimaciones del FBI, y de otros especialistas norteamericanos, la probabilidad de que el autor de un delito informático sea condenado es de uno sobre veintisiete mil.¹⁴

12. En ningún campo existe una mayor afinidad entre actos dolosos, actos culposos, errores técnicos, y procedimentales, inducciones fraudulentas al error y aprovechamiento de errores ajenos preexistentes. Según especialistas norteamericanos, los errores de operación en los sistemas de computación, representan hoy en día, la mayor fuente de pérdidas en la materia. En muchos casos la comisión de una infracción deliberada no es adecuadamente detectada, ya que se parte del supuesto que no es un delito sino un error en el sistema de computación. Frecuentemente, el autor de un delito de computación alega haber cometido, no un acto transgresional deliberado, sino un error de buena fe, no existiendo manera alguna de desvirtuar su alegato.

13. La denominada Zona Negra del Delito es mucho más amplia en los delitos informáticos que en cualquier otro género de delitos. Entiéndase por zona negra del delito la diferencia numérica entre delitos enjuiciados y condenados, por una parte, y delitos no descubiertos, no probados o no enjuiciados, así como actos en que es imposible determinar si son dolosos o producidos por error.

La “cifra negra” es muy alta. No es fácil descubrirlo ni sancionarlo, en razón del poder económico de quienes lo cometen y también es importante destacar que

¹³ *Ibidem*, p. 149.

¹⁴ *Ibidem*, p. 150.

los daños económicos son altísimos. Se habla de pérdidas anuales por delitos informáticos y otros tecno-crímenes, que van desde los cien millones de dólares, (Cámara de Comercio de los Estados Unidos), hasta la suma de cinco millones de dólares, de acuerdo a un estudio de 1990 hecho por una firma auditora. Pacheco Klein citado por María Viega Rodríguez dice: Otro estudio estimó que “sólo el uno por ciento de los robos de computadora son detectados, y quizá sólo un quince por ciento de ellos sean denunciados. Cuando los delitos informáticos son denunciados y llevados a juicio, muchos de ellos son negociados fuera del juzgado; sólo alrededor del 24% van realmente a juicio, y alrededor de dos tercios de esos juicios resultan en la absolución y el archivo del expediente”.¹⁵

14. Los delitos informáticos son especialmente tentadores por, entre otras, las siguientes causas:

- a) Porque la comisión de esos delitos para un experto en computación, es por regla general muy sencilla.
- b) Porque la comisión de esos delitos se circunscribe, por regla general, al área de computación, en otras palabras, no requiere, además del acto computacional, otros actos, operaciones o maniobras de naturaleza diferente para consumir el delito.
- c) Porque esos delitos pueden ser ejecutados por una sola persona, en especial el programador, sin que se requiera el concurso de otros cómplices.
- d) Porque en la mayoría de los casos la posibilidad de que los hechos sean descubiertos es muy reducida. En este género de casos, la que tales actos, si son descubiertos, sean descubiertos por casualidad, y este techo amplio de impunidad actúa como un motivador especial en numerosos casos.
- e) Porque la prueba de los hechos, desde el punto de vista judicial, presenta numerosas dificultades prácticas y muchas veces tropieza con escollos técnicos y normativos insalvables.
- f) Porque en muchos casos un eventual juicio y su consiguiente publicidad ponen en entredicho el prestigio e inclusive la honestidad de la persona o entidad afectada, por lo cual ésta muy frecuente-

¹⁵ Viega Rodríguez, María José: *Delitos Informáticos*, Fuente electrónica en <http://www.vlex.com>

mente es la primera interesada en rehuir un posible proceso. El autor del delito computacional, en cuenta de este factor, se asegura de esta manera grandes posibilidades de impunidad.

g) Todas las complejidades jurídicas, procesales y probatorias de estos delitos impiden una sanción penal rápida, real y eficaz, que, más que el monto alto de las penas, son el verdadero factor disuasivo de la sanción.

h) Porque, pese a su envergadura total, muchos de estos hechos, y particularmente los que operan por montos pequeños sobre numerosas cuentas o partidas, generan daños individuales de montos reducidos con frecuencia periódica, no funcionando por ello los frenos psicológicos, sociales o morales que pudieran impedir la comisión de un delito de monto alto que ocasione a su vez un daño grave y cuantioso a un solo agraviado.

i) Porque la posibilidad de que haya un intervalo de tiempo, a veces muy considerable entre el momento de la instrucción informática fraudulenta y el momento de la materialización del delito, reduce al mínimo o simplemente anula los frenos que pueden derivar del miedo y temor inherentes a la comisión de un hecho en que la ejecución tiene como consecuencia inmediata un resultado.

15. Estos delitos requieren un autor o cómplice interno que trabaje o que esté estrechamente relacionado con el agraviado. Los casos sin complicidad interna, en que los elementos de información necesarios para la comisión del delito se han logrado gracias al azar, son muy excepcionales.¹⁶

16. Los delitos informáticos se ven facilitados, inclusive estimulados en su comisión, por las fallas, deficiencias, desorganización o deshonestidad del agraviado, tanto en los casos en que éste es una persona natural, como en los casos en que es una organización, sea privada, sea gubernamental.

17. Los delitos informáticos requieren un altísimo coeficiente intelectual de sus autores. Aquí el delito no ocurre por falta de instrucción, al contrario requiere elevados conocimientos que pueden representar un factor criminógeno. En un caso ocurrido en Inglaterra, un estafador de bancos que vio interrumpida su

¹⁶ Szabó, *Ob. Cit.*, p. 151

carrera al ser detectado por un computador, optó por seguir en la cárcel cursos universitarios de computación con el fin de perfeccionar su capacidad delictiva posterior y, una vez, en libertad, perpetró exitosamente varios fraudes a través del computador.

3. BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LOS DELITOS INFORMÁTICOS

El objeto jurídico o bien jurídico tutelado es el bien ofendido con la comisión del respectivo delito; el bien jurídico protegido, tutelado por el derecho que se ve lesionado por la conducta antijurídica del sujeto activo del delito.

Al referirse al bien jurídico tutelado Grisanti, señala:

Particular importancia tiene, sin duda, la referencia al objeto jurídico del delito o al bien jurídico o interés tutelado por la norma, ya que como lo señala Pisapia, además de expresar la esencia del delito, es un punto de referencia obligado para la interpretación de la norma, ya que precisamente a través de la identificación del bien tutela se llega a aprehender el fin de la norma, y, por tanto, la ratio de la incriminación. Y, por lo demás, debe notarse que los hechos descritos en el Código Penal como delitos se clasifican precisamente en atención a la objetividad jurídica... El objeto genérico del delito, es aquel que es común a todos los hechos punibles y que consiste en el interés del Estado por la salvaguarda de todos los bienes individuales y sociales que tutela directamente la norma penal, y que el Estado asume como bienes propios en cuanto le interesa el mantenimiento de las condiciones que considera fundamentales al equilibrio social.¹⁷

El Derecho Penal, en los últimos años, ha variado en gran medida sus formas y ámbitos de intervención, en algunos casos ha retrocedido en su espacio de acción, descriminalizando algunas conductas punibles y, en algunos otros, ha creído conveniente la represión de nuevas conductas consideradas socialmente.

De acuerdo con lo señalado con Reyna¹⁸ este proceso dual no significa una contradicción al principio del Derecho Penal como *ultima ratio*, pues el fenó-

¹⁷ Arteaga, Alberto, 1989. *Derecho Penal Venezolano, Parte General*, Ediciones de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela.

¹⁸ Reyna Alfaro, Luis: *Fundamentos para la protección penal de la información (almacenada, tratada y transmitida mediante los sistemas de procesamiento de datos) como valor económico de Empresa*, Fuente electrónica <http://www.vlex.com>

meno de nueva incriminación se origina como consecuencia de la normal y obligada evolución social, hecho que debe necesariamente reflejarse en el ordenamiento jurídico-penal, que origina la sustitución de los intereses protegidos, las nuevas conductas típicas reemplazan a los comportamientos descriminalizados en tanto, éstos, por variación temporal de las necesidades político-criminales se tornaron en poco dignos de protección penal.

Según lo señalado por Buitrago “Debemos entonces admitir que el Derecho Penal como *ultima ratio*, debe intervenir porque se trata de ataques a un importante plexo de bienes jurídicos que, de otra manera quedarán prácticamente indefensos...”,¹⁹ puesto que una sola conducta, como podría ser el solo hecho de presionar una tecla podría dar origen a la tipificación de conductas que afecten diversos bienes jurídicos tutelados por el Derecho.

Dentro de este fenómeno de nueva incriminación aparecen conductas que vulneran bienes jurídicos no convencionales, o comportamientos que se realizan empleando medios no convencionales para lesionar bienes jurídicos convencionales ambos, por lo general, tienen intrínsecas connotaciones tecnológicas, generándose problemas para su protección, pues como bien precisa Zaffaroni: el impacto de la explosión tecnológica es un problema que la política criminal conoce sobradamente.

Así, Zaffaroni (citado por Reyna), ha establecido que la técnica siempre es un arma y cada avance fue explotado criminalmente, en forma tal que siempre el criminal está más tecnificado que la prevención del crimen”.²⁰

En esta forma Reyna establece que los países desarrollados han orientado sus esfuerzos legales y político-criminales por un lado a la lucha contra el delito informático y, por otro lado, a conferir protección jurídica a la información, atendiendo al nuevo significado que ella posee.

Tal necesidad, generada desde comienzos de década en sociedades altamente informatizadas, se ha trasladado a sociedades menos avanzadas donde los avances tecnológicos han tenido gran influjo en el campo de la criminalidad en tanto el nuevo *modus operandi* revela situaciones que escapan al Derecho

¹⁹ Buitrago, Ángela, 1996, *El Delito Informático*, en *Derecho Penal y Criminología*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Número 59, Volumen XVIII, Universidad Externado, Colombia.

²⁰ Reyna, *Ibidem*.

Penal tradicional y quedan sin protección los contenidos inmateriales del sistema informático, su integridad, su disponibilidad o su exclusividad.

Los constantes avances tecnológicos en materia informática han propiciado la modificación de ciertos conceptos, enriqueciéndolos en la mayoría de los casos, así el contenido del término información, que antes hubiera significado tan sólo una simple acumulación de datos, se ha ampliado, transformándose como advierte Gutiérrez citada por Reyna, “en un valor, un interés social valioso, con frecuencia cualitativamente distinto, dotado de autonomía y objeto del tráfico”.²¹

Así podemos decir que el interés vital digno de tutela penal sería:

la información (almacenada, tratada y transmitida mediante los sistemas de procesamiento de datos).

La presencia de un interés social vital no acredita por sí solo la existencia de un bien jurídico penalmente relevante, es necesario también que éste reúna los requisitos de merecimiento o importancia social y necesidad de protección en sede penal, propios de una concepción del bien jurídico penal de índole político criminal.

Respecto a la valoración del merecimiento de protección (o importancia social del interés) debe tenerse en claro que éste se refiere a la generalidad de los componentes del grupo social y no sólo a la minoría o un sector social determinado.

No obstante, la valoración de aquellos intereses que, como la información, tienen un inmanente carácter colectivo, debe abordarse en función a su trascendencia para los individuos, lo que se correspondería a los lineamientos propios del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, es decir, no resulta suficiente para la comprobación del merecimiento de protección que el interés social trascienda a la generalidad, es preciso que su lesión o puesta en peligro posean entidad para provocar daño en los individuos integrantes del grupo social.

Además, Reyna sostiene, que si la cuestión se hubiese planteado algunos años atrás hubiese resultado, por decir lo menos, cuestionable afirmar la existencia de merecimiento de protección penal en el interés social información, sin embargo, la situación resulta hoy en día menos complicada, el fenómeno informático en el que todas nuestras sociedades se hallan inmersas ubica al interés

²¹ *Ídem.*

vital aquí planteado en una posición de absoluto y comprensible merecimiento de resguardo en sede penal, superándose de este modo el primer obstáculo.

La necesidad de tutela penal habrá de calificarse en atención a la eficacia de los demás medios de control social, en efecto, un interés social requerirá de protección en sede penal cuando los demás medios con los que disponen las otras ramas del derecho hayan fracasado.

La ausencia de protección extra penal no evidencia, por sí mismo, la carencia de necesidad de protección penal, pero, de acuerdo a Luis Reyna se debe tener en cuenta la aceptación de la necesidad de protección penal respecto al bien información, el cual habría que elevar a la categoría de bien jurídico penal.

De esta manera Reyna considera que el bien jurídico a tutelar es la información, y manifiesta su desacuerdo con otros doctrinarios del Derecho Penal que consideran que detrás del delito informático no existe un bien jurídico específico, tratándose solamente de formas de ejecución de delitos que afectan bienes jurídicos de protección penal ampliamente reconocida.

Establece el mismo autor que quienes sostienen esto confunden los delitos informáticos con los delitos computacionales, estos últimos se tratarían (como lo ha precisado Herrera) sólo de ilícitos convencionales que ya están regulados en el Código Penal, dejando en claro que los delitos informáticos son conductas nuevas que por su singular naturaleza no se subsumen en la descripción típica de los delitos convencionales.

Herrera amplía la idea anterior al referirse a la Ley Chilena N° 19.223 sobre delitos informáticos cuando nos dice que es común observar en parte de la doctrina mucha confusión para determinar el bien jurídico, porque no se limitan exclusivamente a los delitos informáticos, sino que también consideran a los computacionales, que al ser delitos convencionales ya tienen un bien jurídico específico. Por ejemplo, los atentados contra el hardware tienen claramente como bien jurídico al patrimonio.²²

Ahora bien, como los delitos informáticos atentan contra programas computacionales y ciertos datos, es ahí donde debemos buscar el bien jurídico. De ahí que en opinión del autor de la presente investigación el bien jurídico tutelado

²² Herrera Bravo, Rodolfo: *Reflexiones sobre los Delitos Informáticos motivadas por los desaciertos de la Ley Chilena N° 19.223*, Fuente electrónica <http://www.vlex.com>.

no es la información por sí sola, sino como sostiene Gómez, el bien jurídico que debe tutelarse es precisamente, la Seguridad Informática.²³

La Seguridad Informática es la seguridad de la operación de los sistemas de información, que tiene como pilares fundamentales la integridad, disponibilidad y confidencialidad de la información que en ellos se procesa; integridad, en tanto la información debe ser fidedigna y completa, nadie que no sea el usuario tiene derecho a cambiarla; disponibilidad, puesto que el usuario debe tener la información en el momento en que la necesite y confidencialidad, porque sin su consentimiento, nadie debe tener acceso a ella y menos a divulgarla.

La autora de esta investigación establece que la Seguridad Informática como Bien Jurídico tutelado en los Delitos Informáticos comprende la protección de tres derechos fundamentales: Confidencialidad, Integridad, y Disponibilidad de las diferentes imágenes, datos, archivos, y todos los bienes inmateriales contenidos en un soporte físico, como por ejemplo, el Hardware.

La confidencialidad y la integridad de la información son propiedades referidas, básicamente, a impedir la revelación, alteración o delación de la información contenida en el ordenador. La confidencialidad de la información cobra sus matices más importantes, por ejemplo, en el ámbito de la información médica, estrategias mercantiles, investigaciones científicas, entre otros. En cambio, la integridad resulta vital en el control de tráfico aéreo, la transferencia electrónica de fondos, etc.

Por otra parte, la disponibilidad de la información resulta ser el atributo más importante de los servicios comerciales que dependen de la información, actividades como el *spamming* o el *electronic-mail bombing*, pueden generar que el disco duro del sistema de información afectado se bloquee y deje de operar.

En este orden de ideas, y de acuerdo al Bien Jurídico Tutelado la autora de esta investigación considera que los ilícitos informáticos pueden ser clasificados en: a) conductas lesivas a la confidencialidad de la información; b) conductas lesivas a la integridad de la información; y, c) conductas lesivas a la disponibilidad de la información.

De acuerdo al Bien Jurídico Tutelado (Seguridad Informática), los Delitos Informáticos pueden clasificarse de la siguiente forma:

²³ Gómez Pérez, Mariana: *Criminalidad Informática: un fenómeno de fin de siglo*, Fuente electrónica <http://www.derecho.org>.

3.1 *DELITOS QUE ATENTAN CONTRA LA INTEGRIDAD DEL SOPORTE LÓGICO*

Entre ellos tenemos:

3.1.1 *Delito de daños informáticos*

Antes de iniciar el estudio del Delito de Daños Informáticos, se hace necesario, se realizará una breve referencia a la tipificación del Delito de Daños en el Código Penal venezolano.

3.1.1.1 *Evolución del delito de daños en la legislación penal venezolana*

El Código Penal venezolano de 1873, comprendía bajo el nombre general de daños todas aquellas lesiones contra la propiedad que no eran de mucha consideración y que por tal circunstancia no estaban comprendidas en las disposiciones sobre los incendios y otros estragos.

Así, esta figura jurídica, se contemplaba entre las faltas en los Artículos 504 al 509 del mencionado Código donde se sancionaban: "...los daños no comprendidos en la Ley anterior que se inferían en la propiedad ajena con malicia..."; estableciendo una pena de multa desde una cuarta parte hasta el duplo del valor del daño causado, sin perjuicio de la indemnización civil.

Además, para fijar la pena se debía atender no sólo a la entidad del mal causado, sino a la perversidad con que se hubiese inferido, y a las demás circunstancias atenuantes y agravantes. Se contemplaba también la exención de la pena, para el caso de matar o dañar una fiera que acometiese o pudiese acometer o poner en peligro a los seres humanos, lo mismo que cuando se matase un animal suelto, domesticado o no, si por esta causa sobreviniese o pudiese sobrevenir el mismo peligro. También se sancionaba el daño causado por negligencia de deberes o por culpa grave.

En el vigente Código Penal las disposiciones relativas al Delito de Daños fueron tomadas del Código Penal italiano de 1889, pero sin lugar a dudas muchas de las disposiciones corresponden a las faltas previstas en el Código de 1873.

Así, en este orden de ideas puede establecerse que en el texto penal sustantivo vigente, el Delito de Daños Genéricos está contemplado en el Libro II, Título X, relativo a los Delitos contra la Propiedad, específicamente en el Capítulo VII, en los Artículos 473, y 474. Así, el Artículo 473 establece que:

El que de cualquiera manera haya destruido, aniquilado, dañado o deteriorado las cosas, muebles o inmuebles, que pertenezcan a otro, será castigado a instancia de parte agraviada, con prisión de uno a tres meses.

La prisión será de cuarenta y cinco días a dieciocho meses, si el hecho se hubiere cometido con alguna de las circunstancias siguientes:

1. Por venganza contra un funcionario público, a causa de sus funciones.
2. Por medio de violencias contra las personas, o por alguno de los medios indicados en los números 4 y 5 del artículo 455.
3. En los edificios públicos o en los destinados a algún uso público, a utilidad pública o al ejercicio de un culto; o en edificios u obra de la especie indicada en el Artículo 351, o en los monumentos públicos, los cementerios o sus dependencias.
4. En diques, terraplenes u otras obras destinadas a la reparación de un desastre público o en los aparatos y señales de algún servicio público.
5. En los canales, esclusas y otras obras destinadas a la irrigación.
6. En las plantaciones de caña de azúcar, de café, cacao, de árboles o arbustos frutales o sementeras de frutos menores.

3.1.2 *Análisis de la estructura jurídico-penal del delito de daños genéricos en la legislación penal venezolana*

Como puede observarse de la redacción del Artículo 473 del Código Penal, el delito de daños comprende un verbo determinador compuesto alternativo: destruir, aniquilar, dañar o deteriorar.

El verbo Destruir según el Diccionario de la Real Academia Española significa: “(Del latín *destruere*) Reducir a pedazos o a cenizas algo material u ocasionarle grave daño...”²⁴

Por su parte el verbo Aniquilar significa: “(Del b. lat. *annichilare*) Reducir a la nada, Destruir o arruinar enteramente”²⁵

²⁴ *Diccionario de la Real Academia Española*, 2001, Editorial Espasa Calpe, S. A, Madrid, España, p. 806.

²⁵ *Ibidem*: p. 158.

En lo que se refiere al verbo Dañar significa (Del lat. *Damnare*, condenar). Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. //Maltratar o echar a perder algo...) (*Ídem*: 726); y el verbo Deteriorar significa (Del latín *deteriorare*) Estropear, menoscabar, poner en inferior condición algo. //Empeorar, degenerar”.²⁶

Por lo que puede observarse la acción antijurídica desplegada por el sujeto activo del Delito de Daños Genéricos puede ocasionar la destrucción o aniquilación del objeto mueble o inmueble, lo cual conduciría a la desaparición física del mismo; o puede estar dirigida a dañar o deteriorar el objeto mueble o inmueble, no desapareciendo físicamente el mismo, pero si sufriendo un detrimento, perjuicio o menoscabo tal que afecte la esencia del mismo a tal punto que pierde parte de las cualidades originarias que lo caracterizaban o lo identificaban.

Todas las acciones descritas tienen connotaciones semejantes en el mundo práctico concretándose todas en “...una lesión patrimonial que aniquila o rebaja la utilidad o el precio de una cosa”.²⁷

La acción antijurídica desplegada por el Sujeto Activo del Delito de Daños Genéricos es netamente dolosa, consistente en la voluntad de cometer el hecho, destruyendo, aniquilando, dañando o deteriorando la incolumidad de las cosas muebles o inmuebles pertenecientes a otra persona.

En la clasificación del delito elaborado por la Doctrina Jurídico-resultado, entendiéndose por éstos “...aquellos que exigen para su perfeccionamiento que se dé un resultado o efecto material, consistente en un cambio en el mundo exterior diverso de la acción u omisión...”,²⁸ así el resultado de la acción antijurídica del sujeto activo produce la pérdida o deterioro de un objeto mueble o inmueble ajeno.

Además es un delito instantáneo. Se entiende por delitos instantáneos aquellos en los que el hecho que los constituye se consuma o perfecciona en un solo momento instantáneamente”;²⁹ y es un delito simple, ya que la comisión del delito se materializa en la lesión de un solo bien jurídico, a saber como lo es la incolumidad de las cosas muebles o inmuebles; y sin lugar a dudas es un delito de daños.

²⁶ *Ibidem*, p. 809.

²⁷ Pabón Parra, Pedro Alfonso, 2000. *Manual de Derecho Penal*, Grupo Editorial Leyer, Bogotá, Colombia., p. 634.

²⁸ *Ob. Cit.* p. 142.

²⁹ *Ídem*.

En lo que se refiere a la tipicidad del Delito de Daños Genéricos, éste se encuentra ubicado en el Libro II del Código Penal, Título X, referido a los Delitos contra la Propiedad, específicamente en el Capítulo VII, en los Artículos del 473 al 474.

El Sujeto Activo del Delito de Daños Genéricos puede ser cualquier persona, textualmente el legislador establece que: “El que”, por lo que el sujeto Activo puede ser una persona de sexo femenino, masculino, venezolano, o extranjero, excepto el propietario de la cosa, porque el daño debe recaer sobre cosas que pertenezcan a otro. Las cosas tienen que pertenecer a otra persona distinta del sujeto activo, porque sobre las cosas propias no se concibe el delito, a menos que se destruyan con finalidad de cobrar los seguros, lo cual conduciría a la aplicación de la norma dispuesta en el Art. 464, Ordinal 6 del Código Penal vigente, referente al Delito de Estafa.

En este sentido Soler ha establecido que:

Por lo tanto, el daño ejecutado por el dueño sobre la propia cosa es un hecho impune, aun cuando la cosa se hallare legítimamente en poder de otro. Pero, prescindiendo del caso del dueño mismo, la cosa es ajena para el autor, independientemente del título en virtud del cual la tiene quien la posea. En este caso, ajena quiere simplemente decir que la cosa no es propia ni es *res nullius*. Las cosas perdidas no son *res nullius*, de manera que sobre ellas puede ser ejecutado el delito de daños.³⁰

El Sujeto Pasivo es la persona que resulta perjudicada directamente con la acción delictuosa, bien puede ser el propietario, el poseedor o el detentador.

Los medios empleados por el agente pueden ser de cualquier naturaleza, con tal que produzcan los efectos indicados. Por tanto, pueden ser comisivos u omisivos, mediatos o inmediatos. La disposición del Artículo 473 es clara al establecer “de cualquier manera”, por lo que se puede comprender todos aquellos medios mediante los cuales se puede materialmente ocasionar la destrucción, aniquilación, daño o deterioro de la cosa mueble o inmueble.

El delito de Daños Genéricos admite la Tentativa. El objeto material del delito son los bienes muebles e inmuebles ajenos, con excepción de los semovientes, ya que respecto a ellos el Código tipifica otros delitos de daños específicos.

³⁰ Soler, Sebastián, 1967. *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, p. 427.

Esta es una de las diferencias fundamentales existentes entre el Delito de Daños, y el Delito de Hurto o el de Robo, en cuanto a que el objeto material del Delito, ya que el Delito de Daños Genéricos puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, mientras que los mencionados anteriormente sólo pueden recaer sobre bienes muebles. Así en el Delito de Daños el bien es destruido, aniquilado, dañado o deteriorado dentro del mismo patrimonio de su titular.

El delito exige solamente dolo genérico, es decir, el dolo de aniquilar, destruir, dañar, o deteriorar. Consiste en la voluntad del agente consciente de que la acción es dañosa y que la cosa, mueble o inmueble, pertenece a otro. El daño culposos no es punible y sólo puede dar lugar a resarcimiento conforme al Código Civil.

El delito de Daños Genéricos se distingue de los demás delitos contra la propiedad, porque los actos que lo constituyen están desprovistos del *animus lucrandi*, quiere decir que el sujeto activo no busca una utilidad o lucro con la realización de su acción antijurídica sino atacar la incolumidad de las cosas muebles o inmuebles ajenas. En este sentido Eusebio Gómez, comentando la equivalente disposición argentina (Art. 183) (citado por Febres Cordero,) ha establecido que:

(...) el daño responde a una sola intención: la de causar perjuicio en las cosas muebles o inmuebles ajenas, sin que el agente procure beneficio con ello... Establece además Eusebio Gómez que Pessina fue el Tratadista que fijó con precisión admirable la noción del daño al decir que él tiene de común con los demás delitos contra la propiedad, las tres notas de recaer sobre la propiedad ajena, verificarse contra la voluntad del dueño y la conciencia de estos dos elementos objetivos, distinguiéndose, empero, porque en los primeros hay una causa motriz, el lucro ilegítimo, que en el daño no aparece. De ahí la denominación *damnum injuria data*, con que los antiguos designaban al daño.³¹

El objeto o bien jurídico tutelado es la propiedad. El derecho a la Propiedad está regulado en el Artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, en el Artículo 115, donde se establece que:

Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará

³¹ Febres Cordero, Héctor, 1993. *Curso de Derecho Penal Especial*, Librería Destino, Caracas, Venezuela, p. 596.

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.

De la misma forma el artículo 545 del Código Civil establece que: “La propiedad es el derecho de usar, gozar, y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la ley”.

El contenido del Derecho de Propiedad de acuerdo con lo establecido por Aguilar Gorrondona comprende el derecho de usar, gozar y disponer de la cosa.

La facultad de disponer de la cosa se manifiesta en dos aspectos de acuerdo a lo planteado por Aguilar Gorrondona; éstos son la disposición material y la disposición jurídica de la cosa.

Así en virtud del poder de disposición material, el propietario tiene “...derecho a destruir o consumir la cosa; y en razón de su poder de disposición jurídica, puede decidir que no subsista su propiedad sobre la cosa (abandonándola), que su propiedad se transfiera a otra persona o que su propiedad quede gravada, en virtud de que consiente en constituir derechos reales sobre la cosa a favor de otras personas”.³²

Por su parte el derecho de goce de acuerdo a lo planteado por Aguilar Gorrondona, consiste en la facultad del propietario de hacer suyo todo cuanto proviene de la cosa; y el derecho de uso consiste en la facultad de aplicar la cosa a todos los servicios que puede prestar sin destruirla ni consumirla.

En el caso del Delito de Daños Genéricos; se está entonces en presencia del derecho del propietario con respecto a las cosas que están en su patrimonio para realizar sobre ellas, con exclusividad, actos que importen alteración o destrucción, en virtud del derecho de disposición implícito en el derecho de propiedad.

Así por el hecho de un tercero el propietario se encuentra con que la cosa o bien ha sido destruida, o bien que no puede ser ya empleada conforme con su destino o que, siéndolo todavía, su utilidad es menor o menor la satisfacción que proporcionaba en su anterior estado.

³² Aguilar Gorrondona, José Luis, 1989. *Cosas, Bienes y Derechos Reales*, Editorial Ex Libris, Caracas, Venezuela, p. 180.

De allí que el Estado regule a través del Derecho Penal, sanciones para todos aquellos sujetos activos que con sus acciones antijurídicas, destruyan, alteren, dañen o deterioren cosas muebles o inmuebles, porque con cualesquiera de las acciones descritas en los verbos rectores se afectan los atributos correspondientes al propietario sobre la cosa mueble o inmueble. Tanta importancia tiene este Derecho que a lo largo de la historia y en legislaciones de diversos países se han establecido sanciones, incluso privativas de libertad, para los autores de estos delitos, debido a la importancia otorgada por la sociedad a este bien jurídico.

La pena es de prisión de uno a tres meses, pero se agrava si el delito se ha cometido por venganza contra un funcionario público, a causa de sus funciones, por medio de violencias contra las personas, o por alguno de los medios indicados en los ordinales 4 y 5 del Artículo 455 del Código Penal. Es un delito de acción privada.

El artículo 474 del Código Penal dispone: que cuando los daños se hubieren cometido con ocasión de violencias o resistencia a la autoridad, o en unión de diez o más personas, todos los que hayan concurrido al delito serán castigados así: en el caso de la parte primera, con prisión hasta cuatro meses; y en los casos previstos en el aparte único, de daños agravados, con prisión de un mes a dos años, procediéndose siempre de oficio.

Por su parte es importante establecer que el Delito de Daños Genéricos ha sido igualmente tipificado en legislaciones extranjeras. Así por ejemplo el Artículo 370 del Código Penal colombiano establece que:

El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe bien ajeno, mueble o inmueble, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de quinientos a diez mil pesos. Si el responsable resarciera el daño ocasionado al ofendido o perjudicado, podrá el juez prescindir de la aplicación de la pena.

Como puede entreverse, la redacción del artículo 370 del Código Penal colombiano relativo al delito de Daños Genéricos es muy similar a lo dispuesto en el artículo 475 del Código Penal venezolano. La diferencia radica en que el legislador colombiano utiliza como verbo rector, el verbo “inutilizar” que no es utilizado por el legislador venezolano.

Pero, sin embargo, si se observan las acciones descritas por el legislador colombiano: Destruir, Dañar e Inutilizar, tienen connotaciones prácticas semejan-

tes, es decir, están referidas a la pérdida de la corporeidad de la cosa, o a la pérdida de características originarias de la misma, siguiendo de una u otra forma la misma orientación del legislador venezolano. Por su parte el legislador colombiano establece una sanción privativa de libertad mucho más elevada que el legislador venezolano.

El legislador español sanciona en el Artículo 263, del Código Penal vigente el delito de Daños Genéricos, al establecer que:

El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de cincuenta mil pesetas.

Como se ve, el legislador español, a diferencia del legislador colombiano y venezolano, establece como elemento normativo del tipo penal, que la cuantía del daño exceda de cincuenta mil pesetas, y contempla un elemento de política criminal muy importante como lo es la atención a la condición económica de la víctima, estableciendo una sanción de tipo pecuniario, y prescindiendo de la sanción privativa de libertad para el tipo penal.

3.1.3 Definición del delito de daños informáticos

Con el surgimiento de la Revolución Informática han aparecido conductas dirigidas a destruir a inutilizar, nuevos bienes, como son los bienes informáticos, como imágenes, datos, archivos, entre otros, contenidos en el computador. Estas conductas han sido tipificadas en las legislaciones penales de diversos países con la designación de sabotaje informático.

La palabra Sabotaje viene del francés *Sabots*, que eran unos pequeños zapatos de madera que utilizaban los hijos de los obreros en las grandes fábricas industriales francesas, y que eran utilizados para trabar las máquinas en dichas fábricas, con el fin de protestar por el despido de sus padres y las malas condiciones laborales.

El Sabotaje Informático ha sido definido por varios autores. Entre ellos Acurio del Pino, quien ha establecido que el Sabotaje Informático puede ser definido como:

(...) El conjunto de conductas maliciosas, que utilizando cualquier método o modo destruyan, alteren, inutilicen, supriman o dañen, la información, las bases de datos, los programas, los documentos electrónicos o cualquier clase de datos informáticos contenidos en cual-

quier soporte lógico, sistema informático, telemático, o en alguna de sus partes componentes.³³

De la misma forma Herrera, ha definido el Sabotaje informático como: "...una acción típica, antijurídica y dolosa destinada a destruir o inutilizar el soporte lógico de un sistema computacional, empleando medios computacionales, por ejemplo, introduciendo un virus informático".³⁴

Por su parte Viega Rodríguez, ha definido el Sabotaje Informático como la acción de: "...borrar, suprimir, o modificar sin autorización funciones o datos de computadora con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema".³⁵

Por su parte, Reyna Alfaro establece que el Sabotaje Informático debe entenderse como aquellas "...alteraciones causadas en datos computarizados o programas informáticos con la intención de obstaculizar el funcionamiento de un sistema informático o de telecomunicaciones", siempre que los datos o programas afectados infieran en la actividad de empresa, pues de no ser así afectarían bienes de distinta naturaleza y por ende ajeno al bien jurídico "información".³⁶

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, establece que Sabotaje significa:

Daño o deterioro que en las instalaciones, productos, etc., se hace como procedimiento de lucha contra los patronos, contra el Estado o contra las fuerzas de ocupación en conflictos sociales o políticos. // Oposición u obstrucción disimulada contra proyectos, órdenes, decisiones, ideas, etc.³⁷

Por su parte el Diccionario Enciclopédico Salvat define el término Sabotaje de la siguiente forma:

Acción u omisión contra ciertas instalaciones, bienes sociales, económicos y militares, especialmente protegidos por las leyes genera-

³³ Acurio del Pino, Santiago: *El Fraude y los Daños Informáticos*, Fuente electrónica <http://www.delitosinformaticos.com>

³⁴ Herrera Bravo, Rodolfo: *Reflexiones sobre los Delitos Informáticos motivadas por los des-
aciertos de la Ley Chilena N° 19.223*, Fuente electrónica <http://www.vlex.com>

³⁵ Viega Rodríguez, María José: *Delitos Informáticos*, Fuente electrónica, en <http://www.vlex.com>

³⁶ Reyna Alfaro, Luis: *Fundamentos para la protección penal de la información (almacenada, tratada y transmitida mediante los sistemas de procesamiento de datos) como valor económico de Empresa*, Fuente electrónica <http://www.vlex.com>.

³⁷ *Diccionario Enciclopédico Salvat*, 1985, Salvat Editores, Barcelona, España, p. 2001.

les y excepcionales de un país. Oposición u obstrucción disimulada contra proyectos, órdenes, decisiones, ideas, etc. Der. Emplean sabotaje, entre otros: 1) Obreros en apoyo de sus reivindicaciones (trabajo lento, destrucción de herramientas y maquinaria, etc.); y 2) los agitadores políticos y los enemigos de un régimen en sus centros de producción y defensa (corte de suministros, fabricación defectuosa, entorpecimiento en instalaciones militares, etc.).³⁸

En el presente trabajo de investigación no se comparte la utilización de la denominación “sabotaje” como sinónimo del Delito de Daños Informáticos. Es común en la Doctrina Penal, que se utilicen como sinónimos la denominación de Sabotaje Informático, y de Daños Informáticos, pero desde el punto de vista de los elementos jurídicos-penales existen diferencias entre ambos.

Específicamente desde el punto de vista del elemento de la culpabilidad, ya que el dolo o la intención de destruir, dañar o modificar, los soportes lógicos contenidos en los sistemas informáticos no se debe en todos los casos a un ánimo de venganza o de lucha contra algún patrono, o por conflictos sociales o políticos, o por venganza contra las autoridades.

Esta opinión es compartida por Acurio del Pino, quien ha establecido que: “...considero personalmente que el término sabotaje no es el apropiado para definir dichas conductas, por cuanto dicha expresión tiene connotaciones políticas y sociales intrínsecas en su significado y que no siempre estarán presentes en el agente al cometer el acto ilícito, por tal razón considero que sería más adecuado hablar de Daños Informáticos...”.³⁹

Por lo tanto la acepción idónea para las acciones antijurídicas que se describirán a continuación es la de Daños Informáticos.

No debe olvidarse que el sentido genérico del Delito de daños es la destrucción, inutilización, deterioro o menoscabo de una cosa. Con los avances en las tecnologías de la información se ha planteado el problema del encaje en esta figura delictiva de una serie de comportamientos recaídos sobre elementos lógicos de los sistemas informáticos (archivos, programas, entre otros) produciendo la destrucción o deterioro de los mismos.

³⁸ *Ibidem*, p. 3.298.

³⁹ Acurio del Pino, Santiago: *El Fraude y los Daños Informáticos*, Fuente electrónica <http://www.delitosinformaticos.com>

Por lo tanto la autora de la presente investigación establece que el Delito de Daños Informáticos puede ser definido como: Aquellas conductas antijurídicas, típicas y culpables dirigidas a destruir, modificar o deteriorar la información, bases de datos, programas, documentos electrónicos o cualquier clase de datos informáticos contenidos en el soporte lógico de un sistema informático.

Estos comportamientos que atacan los elementos lógicos de sistemas informáticos pueden llevarse a cabo a través de procedimientos de naturaleza informática (mediante programas de destrucción progresiva, las llamadas rutinas cancerígenas, virus que dejen inoperante un programa o destruyen datos almacenados o bien mediante otras formas como las bombas lógicas o Caballo de Troya.

La novedad del delito de daños informáticos radica en que el objeto material del mismo es intangible, lo cual permite diferenciarlo del delito de Daños Genéricos, el cual de acuerdo a lo planteado en los Artículos 473 y 474 del Código Penal, está referido a cosas corporales, en cuanto al objeto material sobre el que debía recaer el comportamiento del sujeto activo.

3.1.4 *Análisis del delito de daños informáticos contemplado en la ley especial contra los delitos informáticos*

El Delito de Daños Informáticos está contemplado en la legislación penal venezolana, en los Artículos 7, 8 y 9, de la Ley Especial contra los Delitos Informáticos, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.313, del 30 de Octubre del 2001. El artículo 7 del mencionado texto legal establece que:

Sabotaje o daño a sistemas. El que destruya, dañe, modifique o realice cualquier acto que altere el funcionamiento o inutilice un sistema que utilice tecnologías de información o cualquiera de los componentes que lo conforman, será penado con prisión de cuatro a ocho años y multa de cuatrocientas a ochocientas unidades tributarias.

Incurrirá en la misma pena quien destruya, dañe, modifique o inutilice la data o la información contenida en cualquier sistema que utilice tecnologías de información o en cualquiera de sus componentes.

La pena será de cinco a diez años de prisión y multa de quinientas a mil unidades tributarias, si los efectos indicados en el presente artículo se realizaren mediante la creación, introducción o transmisión, por cualquier medio, de un virus o programa análogo.

Respecto al Delito de Sabotaje a Sistemas estipulado en el Artículo 7 de la Ley Especial puede observarse que la estructura del tipo penal está conformada por:

- a) SUJETO ACTIVO: El cual es indiferente; así de acuerdo a la redacción legal esta figura delictiva puede ser cometida por cualquier sujeto sin exigir el legislador ningún tipo de calificación especial. De por sí textualmente señala la ley “todo aquel”.
- b) SUJETO PASIVO: De acuerdo a lo establecido en la disposición legal en discusión sería el propietario de un sistema que utilice tecnologías de la información.
- c) OBJETO MATERIAL: El objeto material sería un sistema que utilice tecnologías de la información o cualesquiera de los componentes que lo integran.
- d) BIEN JURÍDICO TUTELADO: No se encuentra especificado por el legislador.
- e) VERBOS RECTORES: DESTRUIR, DAÑAR, MODIFICAR, ALTERAR.
- f) SANCIÓN: Prisión de cuatro a ocho años, y multa de cuatrocientas a ochocientas unidades tributarias.

La acción antijurídica de acuerdo a lo expresado por el legislador, es aquella que en forma dolosa despliega un sujeto activo “indiferente” que dañe, modifique, destruya o altere un sistema que utilice tecnologías de la información o cualesquiera de los componentes del mismo. Así puede observarse que la redacción de la norma del Artículo 7 de la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos (la que de ahora en adelante a los fines de este estudio se denotará con las siglas LECODEI), regula los mismos supuestos de hecho del artículo 473 del Código Penal vigente.

Así en esta investigación se considera que la destrucción, deterioro, o daños causados a la estructura física de un sistema que utiliza tecnologías de la información, o cualesquiera de los componentes del mismo deben ser regulados por el Código Penal, de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 473.

Sin lugar a dudas, la estipulación del legislador en el Artículo 7 la LECODEI, se debe a la errónea consideración del Bien Jurídico a tutelar en los Delitos Informáticos. Esta disposición refleja que la LECODEI viene a regular un tipo penal ya regulado por el Código sustantivo, en el cual se especifica claramente que el Bien Jurídico Tutelado en el Delito de Daños es la propiedad, es decir, cuando un sujeto activo toma por ejemplo un objeto contundente y golpea la estructura del monitor de un computador que se encuentre en un lugar determinado

refleja el dolo o la intención de destruir un objeto material, cuya lesión jurídica afecta el patrimonio del dueño del mismo.

Se observa entonces, que claramente el artículo 7 violenta el principio de lesividad, no especifica con claridad cuál es el bien jurídico que pretendió tutelar el legislador, y esto se debe sencillamente porque el supuesto jurídico no está claramente definido, en relación a lo que a la informática se refiere, presentándose entonces la siguiente dualidad: ¿Cuál sería la diferencia, por ejemplo, si un sujeto x toma un objeto contundente y golpea y destruye un monitor de un computador, o si golpea y destruye la pantalla de un televisor?

Si se analiza detalladamente se observa que las acciones antijurídicas son idénticas, lo único es que si el sujeto destruye la pantalla de un televisor será sancionando de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 473 del Código Penal con una sanción de prisión de 1 a 3 meses, pero si se trataba de la pantalla de un computador, la sanción aplicar será la del Art. 7 de la LECODEI, es decir, prisión de 4 a 8 años, y multa de 400 a 800 Unidades Tributarias. No existe discusión si el ejemplo señalado anteriormente tiene como objeto material un componente del sistema informático, como por ejemplo el disco duro, que es el componente del hardware que almacena la información en el computador. El dolo o la intención del sujeto activo guiará al operador de justicia para determinar si su intención iba dirigida a destruir el hardware, o si su intención estaba dirigida contra el soporte lógico del mismo, lo cual conducirá desde el punto de vista de la LECODEI a aplicar la misma sanción, pero a la luz de los principios jurídicos-penales estudiados se incurría en la violación de los mismos.

Como puede observarse con la destrucción de los componentes de un computador, es asimilable a la destrucción de un objeto material cualesquiera, por lo que la vulneración del principio de máxima taxatividad, conlleva directamente a la vulneración de los derechos de quien se vea involucrado en tal situación.

Diferente es la situación respecto del segundo aparte del mencionado Artículo 7 de la LECODEI, donde el legislador efectivamente establece que: “Incurrirá en la misma pena quien destruya, dañe, modifique o inutilice la data o la información contenida en cualquier sistema que utilice tecnologías de información o en cualquiera de sus componentes”.

Este segundo aparte del Art. 7 de la LECODEI si regula un delito informático, es decir, si regula la acción antijurídica dirigida a destruir, dañar, modificar o inutilizar el soporte lógico del computador, si regula el delito de Daños Informáticos, de acuerdo a lo estipulado anteriormente respecto a que el bien jurídico tutelado es la Seguridad Informática.

Otra consideración importante a destacar estaría relacionada directamente con la sanción a aplicar de acuerdo a lo estipulado en el Art. 7 de la LECODEI. De acuerdo a la redacción del texto legal, si una persona modifica archivos con imágenes contenidos en el soporte lógico del computador, o si destruye el teclado del mismo, tendría la misma sanción, es decir, prisión de 4 a 8 años, y multa de 400 a 800 Unidades Tributarias. El Principio de Proporcionalidad de las penas se ve directamente vulnerado, cuando un sujeto puede ser sancionado con una sanción pecuniaria de hasta triple del valor en el mercado de un componente de un sistema de la información.

Otro punto a considerar es el referente a que el Art. 7 establece que la sanción a aplicar a aquellas personas que incurran en las acciones antijurídicas establecidas en el primer y en el segundo aparte de dicho Artículo serán sancionadas con prisión de 4 a 8 años, y multa de 400 a 800 Unidades Tributarias, con lo cual se observa una violación directa del principio de doble punición.

Quiere decir que además de la pena privativa de libertad que puede ser de 4 a 8 años de prisión, también será sancionado el sujeto activo con una sanción pecuniaria, que si se aplica en el término medio de acuerdo a las estipulaciones del Artículo 37 del Código Penal, está cercana a los doce millones de bolívars, si se toma en consideración que el monto de la sanción pecuniaria en concreto sería de 600 Unidades Tributarias, y que el valor actual de la misma es de Diecinueve mil seiscientos bolívars (Bs. 19.600,00).

La situación de vulneración del Principio de Proporcionalidad de las penas, sería aun peor, si de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 4 de la LECODEI, que establece: “Artículo 4.- Sanciones. Las sanciones por los delitos previstos en esta ley serán principales y accesorias. Las sanciones principales concurrirán con las accesorias y ambas podrán también concurrir entre sí, de acuerdo con las circunstancias particulares del delito del cual se trate, en los términos indicados en la presente ley”; se le aplique también al sujeto activo alguna de las sanciones accesorias establecidas en el Artículo 29 de la misma.

Este Artículo 29 establece que:

Penas accesorias. Además de las penas principales previstas en los capítulos anteriores, se impondrán, sin perjuicio de las establecidas en el Código Penal, las accesorias siguientes:

1º El comiso de equipos, dispositivos, instrumentos, materiales, útiles, herramientas y cualquier otro objeto que haya sido utilizado para

la comisión de los delitos previstos en los artículos 10 y 19 de la presente ley.

2° El trabajo comunitario por el término de hasta tres años en los casos de los delitos previstos en los artículos 6 y 8 de esta Ley.

3° La inhabilitación para el ejercicio de funciones o empleos públicos, para el ejercicio de la profesión, arte o industria, o para laborar en instituciones o empresas del ramo por un período de hasta tres (3) años después de cumplida o conmutada la sanción principal cuando el delito se haya cometido con abuso de la posición de acceso a data o información reservadas o al conocimiento privilegiado de contraseñas en razón del ejercicio de un cargo o función público, del ejercicio privado de una profesión u oficio o del desempeño en una institución o empresa privadas, respectivamente.

4° La suspensión del permiso, registro o autorización para operar o para el ejercicio de cargos directivos y de representación de personas jurídicas vinculadas con el uso de tecnologías de información hasta por el período de tres (3) años después de cumplida o conmutada la sanción principal, si para cometer el delito el agente se hubiere valido o hubiere hecho figurar a una persona jurídica.

Lo anterior lleva a reflexionar sobre la existencia de un ánimo exageradamente sancionador por parte del legislador para quienes incurran en la comisión del Delito de Daños Informáticos, pareciera que en vez de humanizar las sanciones penales, se pretende elevarlas cada vez más, olvidando los postulados “garantistas”, y la dirección hacia un Derecho Penal Mínimo.

En otro orden de ideas es importante destacar que el legislador establece textualmente en el encabezado del Artículo 7 la siguiente denominación: “Sabotaje o Daño a Sistemas”; es decir, que considera como sinónimos la denominación del tipo penal, ya sea como sabotaje o como daño a sistemas.

Para finalizar es importante destacar, que en el último aparte del Art. 7 de la LECODEI se tipifica la comisión del Delito de Daños Informáticos mediante “la creación, introducción, o transmisión intencional, por cualquier medio de un virus informático”. Sin lugar a dudas este es uno de los puntos positivos de la ley, porque contempla una agravación de la pena para ese caso en concreto, con lo cual se reconoce la gravedad de la acción antijurídica.

Sin embargo, no deja de ser cuestionable la magnitud de la agravación de la pena: cinco a diez años de prisión y multa de 500 a 1000 Unidades Tributarias. La pena privativa de libertad en el caso de la aplicación del límite intermedio de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 37 del Código Penal sería de siete años y medio, con lo cual el sujeto activo quedaría excluido de la posibilidad de optar por el beneficio procesal de la Suspensión Condicional del Proceso, establecido en el Artículo 42 del Código Orgánico Procesal Penal, y cabría la discusión si desde un punto de vista de política criminal, un delincuente informático merece una sanción privativa de libertad de tantos años de prisión.

Sin lugar a dudas, lo que debe servir de reflexión es, que la pena la pena privativa de libertad no es la “panacea” en cuanto a la solución del problema de la criminalidad. Pareciera que la pena privativa de libertad es una receta única que se aplica por igual a diversas enfermedades. Estadísticas criminales han demostrado a nivel mundial, que por más que sean elevadas las penas privativas de libertad, el efecto de prevención general negativa, no se cumple. Quiere decir que por muy alta que sea la sanción los sujetos activos no se abstienen por temor a la misma a delinquir. En muchas ocasiones, el efecto pareciera ser el contrario.

Así, una visión panorámica de la ley devela la prevalencia de la sanción privativa de libertad conjuntamente con la aplicación de sanciones pecuniarias, como sanciones principales, en todos los tipos penales de la misma, conduciendo esta situación a establecer el siguiente cuestionamiento: ¿El daño social causado por la comisión de los Delitos Informáticos es tan grave que amerite tales sanciones?

Otro cuestionamiento es el siguiente: ¿Es la Seguridad Informática un Bien Jurídico de tanto valor en la sociedad venezolana del Siglo XXI, donde se observan elevados índices de analfabetismo, y de fallas en las políticas educativas, que merezca sanción privativa de libertad por parte de la criminalización primaria? Al respecto Sutz ha establecido que:

(...) en el consumo de bienes tecnológicos sofisticados o de servicios de ellos derivados, difícilmente “los pobres” puedan expresar demandas, visto que apenas conocen la oferta. Una cosa es querer comprar un televisor o un equipo de sonido; otra radicalmente diferente es querer tener una computadora. Incluso un BMW es, al fin de cuentas, una modalidad muy exclusiva de un artefacto perfectamente conocido, mientras que un sistema informático o teleinformático es algo que no entra dentro de la experiencia vivida por la mayoría de la

gente. El BMW es inaccesible por razones de dinero; las tecnologías de punta lo son, además por razones culturales.⁴⁰

En lo que se refiere al Artículo 8 que establece: “Sabotaje o daño culposo. Si el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de las normas establecidas, se aplicará la pena correspondiente según el caso, con una reducción entre la mitad y dos tercios”.

Este Artículo hace referencia al contenido del Artículo 7, referido al Delito de Sabotaje o Daños a Sistemas. Puede observarse que el legislador regula la comisión del mencionado delito en el Artículo 8, pero a título de culpa. Las consideraciones críticas están referidas al delito previsto en la primera parte del Artículo 7, no puede ser cometido a título de culpa. No debe olvidarse que la primera parte del artículo 7, es de acuerdo a la opinión ya esgrimida en este trabajo, la estipulación de un delito de daños referido a un objeto material, que de acuerdo a lo señalado por el mismo legislador es el sistema que utilice tecnologías de información o cualquiera de los componentes que lo conformen.

Así, de acuerdo a lo señalado en el Art. 8, la destrucción por imprudencia de un componente del sistema, sería sancionado también con pena privativa de libertad. Esto significa la vulneración directa del Principio de culpabilidad. Es decir, en la legislación penal venezolana se estaría exacerbando la punición por esta clase de delitos, además de considerar que es muy difícil que en la práctica jurídica se cause un delito de daños por culpa.

Respecto del delito de Daños Informáticos en sí, cabría la discusión, si un sujeto que por imprudencia transmite un virus informático, que ha contagiado su computador merezca una sanción de esta naturaleza.

Por su parte el Art. 9 de la ley establece una agravación de las penas previstas en los Artículos 7 y 8 entre una tercera parte y la mitad de las mismas, cuando las acciones estipuladas en los mismos recaigan sobre:

1. Un sistema que utilice tecnologías de información protegido por medidas de seguridad.
2. Un sistema que utilice tecnologías de información destinado a funciones públicas.

⁴⁰ Sutz, J., 1993. *Los Cambios Tecnológicos y sus Impactos. El largo camino hacia la construcción solidaria de oportunidades. Ciencia, Tecnología y Sociedad en América Latina*. Nueva Sociedad, Asociación Latinoamericana de Sociología (ALAS), Caracas (Venezuela), p. 15.

3. Un sistema que utilice tecnologías de información que contenga información personal o patrimonial de personas naturales o jurídicas.

Sin lugar a dudas el fundamento de la agravación de las penas que realiza el legislador, se basa en sujetos pasivos o calificados que padecen la lesión del bien jurídico. Respecto de que el sujeto pasivo sea una institución pública, porque el sistema de computación esté destinado a funciones públicas, no hay dudas de que la agravación de la sanción está justificada; piénsese por ejemplo en la introducción de un virus en el soporte lógico de las computadoras del área militar.

Pero la inclusión en la redacción del Artículo 9 de la agravación de la pena, cuando el sistema de información esté protegida por medidas de seguridad, es injustificada. Prácticamente todos los casos de los delitos tipificados en los Artículos 7 y 8 serían agravados, ya que la mayoría de las personas propietarias de sistemas de computación cuentan en el peor de los casos con la instalación de un programa antivirus. Además cuando también se establece la agravación de la sanción cuando el sistema informático contenga información personal o patrimonial de personas naturales o jurídicas, es similar la situación al caso explicado anteriormente, el sistema informático o pertenece a una persona natural o jurídica en la mayoría de los casos, salvo aquellos que se encuentren en las tiendas para la venta, caso en el cual se vuelve a lo anteriormente manifestado, se estaría en presencia de un delito computacional. La vulneración del principio de máxima taxatividad es incuestionable.

Por su parte el artículo 10 de la LECODEI sanciona la posesión de equipos o prestación de servicios de sabotaje. Este Artículo establece que: “**Artículo 10.-** Posesión de equipos o prestación de servicios de sabotaje. El que, con el propósito de destinarlos a vulnerar o eliminar la seguridad de cualquier sistema que utilice tecnologías de información, importe, fabrique, posea, distribuya, venda o utilice equipos, dispositivos o programas; o el que ofrezca o preste servicios destinados a cumplir los mismos fines, será penado con prisión de tres a seis años y multa de trescientas a seiscientas unidades tributarias”.

Los elementos jurídico-penales integrantes de esta figura jurídica son:

- a) SUJETO ACTIVO: El cual es indiferente.
- b) SUJETO PASIVO: El propietario del sistema que utilice tecnologías de la información.

c) OBJETO MATERIAL: El objeto material sería un sistema que utilice tecnologías de la información o cualesquiera de los componentes que lo integran.

d) BIEN JURÍDICO TUTELADO: No se encuentra especificado por el legislador.

e) VERBOS RECTORES: Importar, fabricar, distribuir o utilizar.

f) SANCIÓN: Prisión de tres a seis años, y multa de trescientas a seiscientas unidades tributarias.

Puede entreverse que la redacción del tipo penal es muy amplia. El legislador ha incurrido en la violación del principio de lesividad. Determinar que si una persona importa, por ejemplo, determinados equipos informáticos, es con la intención de destinarlos a la producción del Delito de Daños informáticos, implica el establecimiento de una presunción de culpabilidad respecto a ese sujeto. Cualquiera puede dedicarse al comercio de equipos informáticos, sin que esto implique que los mismos serán destinados a la vulneración de la seguridad de un sistema informático.

Por otra parte el verbo rector “utilizar” en lo que se refiere a utilizar equipos, dispositivos, o programas con el propósito de destinarlos a violentar la seguridad de cualquier sistema que utilice tecnologías de la información, implica una grave falta de técnica legislativa por parte del legislador, ya que si un sujeto ejecuta esta acción estaría incurriendo en el tipo penal de Acceso Indebido sancionado en el Artículo 6 del texto legal.

CONCLUSIONES

En los albores de la era informática, sus adelantos fueron puestos al servicio de fines nobles, pero con el transcurso del tiempo y su generalización, empezaron a surgir conductas delictivas asociadas a las mismas.

Inevitablemente, se han creado las condiciones no sólo para que estas técnicas sean objeto de acciones ilícitas, sino también para que sean utilizadas como medio para la comisión de delitos.

Así la tipificación de estas figuras delictivas era una urgente necesidad en el país, y efectivamente se llevó a cabo, mediante la promulgación de la Ley Especial contra los Delitos Informáticos, pero el legislador venezolano, violentó diversos principios jurídicos penales al momento de la formulación de la misma,

al mismo tiempo que estableció erróneamente el Bien Jurídico a tutelar con la creación de la ley.

Así, con gran preocupación, después de analizar detenidamente la ley, se observa una clara confusión en cuanto al que debe ser el bien jurídico tutelado en la misma, ya que del solo hecho de observar la denominación de los diferentes Capítulos que integran el contenido del cuerpo legislativo Título II (De los Delitos), (Capítulo I: De los delitos contra los sistemas que utilizan tecnologías de la información; Capítulo II: De los delitos contra la propiedad; Capítulo III: De los delitos contra la privacidad de las personas y de las comunicaciones; Capítulo IV: De los delitos contra niños o adolescentes; Capítulo V: De los delitos contra el orden económico); puede entreverse que el legislador hace referencia a bienes jurídicos tradicionales ya protegidos en nuestra legislación tanto por el Código Penal, como por otras leyes sustantivas especiales vigentes en la actualidad.

Lo señalado refleja claramente que el legislador venezolano no identificó claramente cuál es el bien jurídico; cual es la entidad, qué se quiere proteger en sede penal, cómo lo es la Seguridad Informática, objeto jurídico que, doctrinalmente ha sido establecida, y delimitada como el interés social urgido de protección por el Derecho Penal ante la revolución informática y el surgimiento de acciones por parte de individuos que atacan y lesionan incesantemente la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información almacenada en los sistemas informáticos.

Además, la importancia de la determinación del bien jurídico a tutelar se manifiesta en la delimitación de lo que debe entenderse por delitos informáticos y por delitos computacionales. Así, la falta de un claro establecimiento del interés jurídico tutelado con la promulgación de una ley penal sustantiva en materia de acciones que perjudiquen a los miles de usuarios de sistemas informáticos, puede conducir a una confusión por parte de los operadores de justicia.

Se concluye que es urgente una reforma del texto legal, objeto de estudio de la presente investigación, debido a que tal y como está redactada vulnera los derechos de todos los involucrados en ellos relacionados con la misma, a la par que sienta inseguridad jurídica por parte de los operadores de justicia a la hora de aplicar la misma.

De la misma forma, se deja clara la sugerencia de que en el caso de darse una pronta reforma del Código Penal Sustantivo, los Delitos Informáticos deben ser incluidos en el texto del mismo, diferenciados en base al Bien Jurídico que los identifica.

Responsabilidad internacional por violación de derechos humanos

–Un caso: Reforma al Código Penal de 2005–

Magaly VÁSQUEZ GONZÁLEZ*

SUMARIO:

Introducción

- 1. La responsabilidad internacional del Estado y el proceso codificador.**
- 2. Responsabilidad internacional por hecho ilícito: 2.1 *El acto legislativo como supuesto de hecho ilícito.* 2.2 *Causación del daño como criterio para determinar la responsabilidad por acto legislativo.***

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogada, Posgrado en Ciencias Penales y Criminológicas. *Facultad de Derecho, Escuela de Derecho*, Directora. Profesora de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. *Cursos de Postgrado*, Profesora. **Universidad Central de Venezuela, Instituto Universitario de Estudios Penitenciarios**, ex Profesora. **Universidad de Carabobo**, Profesora Invitada. **Colegio de Abogados del Distrito Capital**, *Revista, Área de Derecho Procesal Penal*, Coordinadora **Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**, Miembro. Autora de obras y estudios sobre el proceso penal en Venezuela. El presente trabajo desarrolla una tesis planteada en el artículo “las implicaciones procesales de la reforma penal sustantiva”, publicado en: *Pruebas, Procedimientos Especiales y Ejecución Penal*, UCAB, Caracas, 2005, escrito en el que se afirmaba la posible responsabilidad internacional del Estado venezolano por acto legislativo, específicamente por la aprobación de un instrumento legal (Código Penal) reñido con la Convención Americana de Derechos Humanos.

- 3. Un caso: reforma al Código Penal venezolano (2005).** **3.1** *Incremento de las penas.* **3.2** *Modificaciones que comprometerían la responsabilidad internacional del estado venezolano.* **3.2.1** Libertad personal y presunción de inocencia. **3.2.2** Derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable. **3.2.3** Libertad de expresión.

- 4. Surgimiento de la responsabilidad:** **4.1** *Legitimación activa.*

Consideraciones finales

INTRODUCCIÓN

Como afirma Del Toro Huerta,¹ no puede pensarse en el derecho Internacional sin un sistema de responsabilidad internacional, lo contrario le haría totalmente ineficaz. Tal situación ha planteado la necesidad de sistematizar los principios que deben regir esta responsabilidad, la cual, por su distinta naturaleza ha dificultado su codificación en un único instrumento definidor de los hechos ilícitos que puedan generarla.

Hasta la fecha, no obstante el innegable aporte de la Comisión de Derecho Internacional (en lo adelante CDI) designada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en el año 1947 para adelantar el proceso codificador de las normas de Derecho Internacional, ha sido la doctrina y la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano la que ha ido delimitando las bases de la responsabilidad internacional. Como resume Del Toro Huerta, entre los preceptos consuetudinarios dominantes se encuentran los siguientes: “a) toda contravención de las obligaciones internacionales de un Estado, por hecho de sus órganos y que causen un daño, comporta su responsabilidad internacional; responsabilidad que se concreta en la obligación de reparar el daño ocasionado, en tanto sea la consecuencia de la inobservancia de tales obligaciones internacionales; b) un Estado no puede declinar su responsabilidad internacional al invocar las normas de su derecho interno; c) la responsabilidad internacional del Estado puede quedar comprometida: i) por la adopción de disposiciones legislativas incompatibles con las obligaciones internacionales contraídas, o por la no adopción de aquellas necesarias para la ejecución de estas últimas, ii) por una acción u omisión del

¹ Del Toro Huerta, Mauricio Iván: *La Responsabilidad del Estado en el Marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Méndez Silva, Ricardo Coordinador, Serie Doctrina Jurídica, N° 98, Primera Edición, Año 2002. p. 663.

Poder Ejecutivo incompatible con las obligaciones internacionales del Estado (...); iii) por una decisión judicial no recurrible contraria a las obligaciones internacionales del Estado (...); d) el Estado es internacionalmente responsable de los actos de los particulares residentes en su territorio, todas las veces en que se establezca y pruebe que el hecho dañoso le es imputable o por haber omitido las medidas convenientes, según las circunstancias, para prevenir, reparar o reprimir aquellos de tales hechos cometidos por los particulares en contravención con las normas internacionales; e) la responsabilidad internacional del Estado no puede ser invocada ante instancias internacionales sino después de haberse agotado los recursos previstos en el derecho interno (...); y f) la responsabilidad del Estado se resuelve con la reparación, es decir, con el restablecimiento de las cosas a su estado original o por la justa indemnización, por la satisfacción o por cualquier otra modalidad que la reparación adopte en cada caso concreto”.²

Ahora bien, revisada la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante la Corte) se aprecia que el mayor número de casos en los cuales se ha declarado la responsabilidad internacional de los Estados pertenecientes al sistema interamericano, obedece a la realización de actos provenientes de los poderes Ejecutivo y Judicial, siendo más reducido el número de decisiones u opiniones consultivas vinculados al tema de la responsabilidad estatal por actos provenientes del Poder Legislativo, de allí el interés en el tema que nos ocupa, máxime cuando la “inflación penal” que ha caracterizado el ordenamiento jurídico venezolano sobre todo en los últimos años y la utilización del sistema punitivo³ como factor disuasivo de la oposición –fundamentalmente política– dada la polarización que experimenta la comunidad venezolana, coloca en el tapete la posible responsabilidad que pudiera generarse para el Estado por la adopción de numerosas disposiciones legales –de las cuales el Código Penal constituye el ejemplo más reciente– violatorias de obligaciones internacionales *erga omnes*, como es el caso de las garantías contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y EL PROCESO CODIFICADOR

No ha sido fácil la tarea codificadora inicialmente abordada a partir de la práctica internacional sobre la responsabilidad de los Estados, pues son de diversa

² *Ob. Cit.*, p. 665.

³ En contraposición con el carácter garantista de la Constitución de 1999.

naturaleza los hechos que pueden generar tal responsabilidad por incumplimiento de una norma de Derecho Internacional y que van desde la violación de derechos humanos, de normas relativas al Derecho del Mar, al Medio Ambiente, al Derecho Humanitario⁴ o, como en el caso objeto de estos comentarios, la aprobación de actos normativos que puedan resultar violatorios de la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo adelante la Convención).

En un primer momento las propuestas de la CDI⁵ sobre la codificación de los hechos internacionalmente ilícitos se centraban en el individuo como sujeto legitimado para exigir responsabilidad internacional al Estado. Así se aprecia en el primer informe presentado por García Amador en el año 1956. Tal propuesta obedecía a las críticas del ponente sobre la protección diplomática como medio eficaz para la salvaguarda de los derechos de los extranjeros,⁶ de allí que sostenía la imposibilidad del Estado para acudir en protección de sus nacionales cuando a éste le eran violentados sus derechos de extranjería ante un tercer estado.

En un tercer informe García Amador sostuvo que el extranjero únicamente podía presentar una demanda internacional cuando existiera un órgano internacional competente y creado por acuerdo entre el Estado presuntamente infractor

⁴ No obstante, debe tenerse presente que las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos regulan los supuestos de responsabilidad internacional del Estado por normas del Derecho Humanitario Bélico.

⁵ Según indica Jesús Ollarves (en: *Ius Cogens, en el Derecho Internacional Contemporáneo*, 2005, 1ª edición, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela, p. 47), la CDI fue formada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1947 con el fin de impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y de su codificación. La Comisión de Derecho Internacional, está compuesta por 34 miembros elegidos de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, entre personas de reconocida competencia, los cuales se reúnen anualmente. La Comisión se encarga de preparar proyectos sobre temas de Derecho Internacional. Cuando la Comisión completa su labor sobre un tema determinado, la Asamblea General convoca regularmente a una conferencia internacional de plenipotenciarios para incorporar dicho proyecto a una convención, que posteriormente se abre a la firma de los estados para que sean parte de dicho instrumento legal y acepten el cumplimiento de sus disposiciones. Ha preparado un gran número de proyectos que se han traducido posteriormente en tratados de significación para el desarrollo del Derecho Internacional, como ha sucedido con la ya mencionada Convención de Viena sobre derechos de tratados y también las convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y la de relaciones consulares, entre otros instrumentos. Pero además de estos proyectos que se concretaron, la Comisión de Derecho Internacional participó en la redacción de dos instrumentos, sobre los cuales aun no ha sido posible alcanzar un consenso adecuado, pero que han ocupado un lugar preponderante en el intento de codificar el legado de los juicios de Núremberg: a) el proyecto sobre responsabilidad internacional y; b) la redacción del código de crímenes contra la paz.

⁶ Ferrer Lloret, Jaime. *Responsabilidad Internacional del Estado y Derechos Humanos*, Editorial Tecnos, Universidad de Alicante, 1998, p. 23.

del hecho ilícito y el Estado de la nacionalidad de la víctima.⁷ Como se puede apreciar, la tesis de García Amador se sustentaba fundamentalmente en una supuesta discriminación entre nacionales y extranjeros.

En el año 1961 García Amador es sustituido por el jurista italiano Roberto Ago. Para este autor⁸ la responsabilidad de los Estados es calificable de amplia y ecléctica, ya que la expresión “responsabilidad internacional”, según afirma, engloba a todas las relaciones jurídicas nuevas entre el Estado infractor y el Estado o los Estados lesionados en sus derechos, que nacen de la comisión de un hecho ilícito internacional, tanto las referidas al cese y la reparación del hecho ilícito, como las que se preocupan de la aplicación de medidas coercitivas (retorsión, represalias o sanciones propiamente dichas) para hacer efectivo el cese y la reparación del hecho ilícito.

En el año 1962 la CDI se aparta del enfoque (sectorial) centrado en la responsabilidad internacional por daños causados a extranjeros, optando por la proposición de reglas generales que reglamentaran la responsabilidad internacional del Estado, con ello, tal como indica Aguiar⁹ “se abandona el método de trabajo inductivo, con el que intentaba inferir reglas generales sobre la responsabilidad de los Estados a partir de supuestos particulares de ilicitud internacional”. Continúa señalando este autor que “los miembros de la CDI probablemente llegaron a esta conclusión convencidos de que el daño como elemento constitutivo de la responsabilidad del Estado, si bien era importante en los casos de violación a los derechos del extranjero, su interés quedaría reducido tratándose de otros tipos de violaciones al Derecho Internacional *v.gr.*, por actos atentatorios contra la paz, donde la sola ruptura de la legalidad podría considerarse bastante como para comprometer la responsabilidad de sus agentes. También pudieron haber considerado que la idea de la sola ‘reparación’, como consecuencia de la responsabilidad internacional clásica, de alguna manera sugería una cierta neutralidad por parte de los Estados acerca de las violaciones al Derecho internacional”.

Ago se mantiene como Relator Especial hasta el año 1996. En su sesión de ese mismo año la CDI había aprobado en primera lectura la totalidad del Proyecto sobre Responsabilidad Internacional de los Estados. En el año 1997 la CDI nombró como nuevo ponente sobre el tema al jurista australiano J. Crawford.

⁷ *Ídem.*

⁸ C.p. Ferrer. *Ob. Cit.* pp. 31 y 32.

⁹ Aguiar Aranguren, Asdrúbal (1997). *Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado*, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Universidad Católica Andrés Bello, p. 102.

Si bien, aun no se ha logrado consenso respecto de las normas sobre responsabilidad internacional, en el año 2001, en la 85ª sesión plenaria, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, sin votación, el informe contentivo del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Actualmente y después de todos los cambios que se han experimentado en la propuesta de la CDI, coexisten dos sistemas de responsabilidad: una colectiva y otra individual. La primera de contenido reparatorio y la segunda esencialmente afflictivo que recae directamente en el individuo por la comisión de delitos de lesa humanidad y la cual escapa a la competencia de la Corte Interamericana. Así lo declarado reiteradamente esa instancia judicial, entre otros, en los casos “*Velásquez Rodríguez*” y “*Castillo Petruzzi*”. En el primero de estos casos (sentencia del 29 de julio de 1988) la Corte señaló que “la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones” (párrafo 134). En la segunda decisión (sentencia del 30 de mayo de 1999) se ratificó:

90. La Corte advierte que tiene atribuciones para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de derechos humanos, pero no para investigar y sancionar la conducta de los agentes del Estado que hubiesen participado en esas violaciones. Esta es la característica de un tribunal de derechos humanos, que no es un tribunal penal. Al resolver otros casos, la Corte hizo notar que no es un tribunal penal en el sentido de que en su seno pueda discutirse la responsabilidad penal de los individuos. Esta manifestación es aplicable al presente caso, que no se refiere a la inocencia o culpabilidad de los señores Castillo Petruzzi, Mellado Saavedra, Pincheira Sáez y Astorga Valdez en relación con los delitos que se les atribuyen. Por lo tanto, la Corte determinará las consecuencias jurídicas de los hechos que ha tenido por demostrados dentro del marco de su competencia, señalará si existe o no responsabilidad del Estado por violación de la Convención y no examinará las manifestaciones de las partes sobre la presunta responsabilidad penal de las supuestas víctimas, materia que corresponde a la jurisdicción nacional.

Hoy día, con ocasión de la aprobación del Estatuto de Roma y para los países que lo han ratificado, la declaratoria de responsabilidad penal individual correspondería, de manera “complementaria” a las jurisdicciones nacionales, a esa instancia judicial.

2. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR HECHO ILÍCITO

La responsabilidad internacional como obligación secundaria se genera por el incumplimiento de la norma primaria que establece el deber o la obligación de Derecho Internacional. Tal incumplimiento se traduce en la realización de un hecho ilícito que, al igual que en el derecho interno¹⁰ genera la obligación de reparar.

A los efectos de la determinación como “ilícito” del hecho atribuible a un Estado Parte, resulta fundamental la regla del artículo 1.1 de la Convención, pues dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. Así se estableció en la sentencia del 29 de julio de 1988 recaída en el caso “**Velásquez Rodríguez**”.

Como afirma Aguiar,¹¹ la ilicitud internacional es jurídicamente autónoma. La calificación de la acción u omisión reputable de ilícita se hace, justamente, conforme a lo dispuesto en el Derecho Internacional sin importar lo que impongan las normas del derecho interno del Estado, sean éstas de rango constitucional,¹² legal o infralegal.

Según se ha establecido jurisprudencialmente¹³ y se ha propuesto por la CDI, el acto ilícito generador de la responsabilidad internacional del Estado puede

¹⁰ Según el artículo 1185 del Código Civil venezolano “el que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo”.

¹¹ *Ob. Cit.* p. 112.

¹² Así fue establecido en el caso “La última tentación de Cristo” donde la norma violatoria de la libertad de pensamiento y expresión se encontraba en la propia Constitución chilena (Art. 13.4).

¹³ En efecto, en el caso “*Meneses Reyes contra Chile*” decidido mediante sentencia del 15 de octubre de 1996, la Corte asentó que si bien internamente los poderes ejecutivo, legislativo y judicial son distintos e independientes, los tres poderes del Estado conforman un sola unidad indivisible del Estado de Chile que, en el plano internacional, no admite tratamientos por separado y, por ello, Chile asume la responsabilidad internacional por los actos de sus órganos del poder público que transgreden los compromisos internacionales derivados de los tratados internacionales.

provenir de cualquiera de sus órganos, comprendidos en éstos los tradicionales poderes públicos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial)¹⁴ –como consecuencia del principio de unidad de los Estados en sus aspectos políticos y territoriales– e incluso de particulares que ejerzan atribuciones del Poder Público.¹⁵ En el caso venezolano, por cuanto el texto constitucional de 1999 creó dos nuevos poderes públicos: Electoral y Moral, debe entenderse que los actos de éstos que violen alguna obligación internacional, igualmente podrían comprometer la responsabilidad internacional del Estado venezolano.

2.1 EL ACTO LEGISLATIVO COMO SUPUESTO DE HECHO ILÍCITO

En cuanto a la responsabilidad internacional del Estado por actos legislativos, la Corte Interamericana ha sostenido que los Estados partes en la Convención *no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella*, de tal forma que un Estado que dicte disposiciones contrarias a lo establecido en la Convención o que omita dictar las normas a que está obligado por el artículo 2º de la misma, puede incurrir en responsabilidad internacional¹⁶ (cursivas nuestras).

El criterio de la Corte Interamericana en relación con la responsabilidad internacional por actos legislativos quedó plasmada en la Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994 (*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*) solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En tal opinión se asentó:

31. La primera pregunta planteada por la Comisión se refiere a los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viole las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. Al contestar la pregunta la Corte entenderá la palabra “ley” en su sentido material y no formal.

32. Implícitamente, esta pregunta viene a referirse a la interpretación de los artículos 1 y 2 de la Convención que establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en

¹⁴ Así se contempla en el artículo 4 del Proyecto de la CDI.

¹⁵ Así se asentó en el caso “*Blake*” (Guatemala) en el cual a la Corte le correspondió determinar si deberían o no considerarse agentes del Estado las patrullas civiles responsables de la desaparición y muerte del ciudadano Nicholas Blake.

¹⁶ *Vid.* Del Toro Huerta, *Ob. Cit.* p. 678.

ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

33. Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención. Estas últimas serían las “leyes” a que se refiere la pregunta planteada por la Comisión.

(...)

35. Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, N° 17, p. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, N° 44, p. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, N° 46, p. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), pp. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

36. Es indudable que, como se dijo, la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades.

37. Ya en una ocasión anterior esta Corte ha dicho:

Son muchas las maneras cómo un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención [Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A N° 13, párrafo 26].

38. Para el caso de que un Estado emitiera una ley contraria a la Convención, esta Corte ha dicho

[q]ue la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella [...] (*Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, supra 37, parte resolutive 1*).

39. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Comisión directamente al Estado (Art. 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención.

(...)

41. Es conveniente señalar, en primer lugar, que una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las llamará “leyes de aplicación inmediata” en el curso de esta opinión.

42. En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, *per se*, violación de los derechos humanos.

43. En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, indi-

vidual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza.

(...)

45. La razón de que la Comisión no pueda someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas, es que, conforme al artículo 61.2 de la Convención, “[p]ara que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” y para que esos procedimientos puedan ser iniciados es indispensable que la Comisión reciba una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados.

(...)

50. La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.

(...)

57. La Corte concluye que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron.

En este caso la Corte, por unanimidad, opinó:

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.

2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.

Antes, con ocasión de la solicitud formulada por el gobierno de la República de Costa Rica, la Corte había emitido una opinión consultiva sobre la Compatibilidad de un *Proyecto de Ley* con el artículo 8.2.h. de la Convención sobre Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991), es decir, aun cuando se trataba de un acto legislativo no aprobado por el órgano competente y por ende, no vigente, el citado órgano jurisdiccional estimó que el examen *a priori* de la situación planteada evitaría forzar al Estado a consumir la lesión.

Durante el procedimiento dirigido a la emisión de tal Opinión Consultiva el gobierno del Uruguay consideró que:

[...] la opinión consultiva solicitada por el Gobierno de Costa Rica no puede ser contestada por la Corte, en virtud de que no se cumple con lo dispuesto por el Art. 64.2 de la Convención, que en su OC 6/86 [*La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6*] respecto de una opinión consultiva formulada por Uruguay, la Corte ha dicho: “Que la palabra leyes en el Art. 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”, y que siguiendo este criterio expresado por la Corte en su más reciente jurisprudencia, sólo las reglas de derecho que han recibido aprobación legislativa y promulgación ejecutiva, pueden ser objeto de opinión consultiva obligatoria.

No obstante lo anterior la Corte declaró que:

17. Cuando la Corte interpretó la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención, fue precisa en recalcar que no se trataba de dar una respuesta aplicable a todos los casos en que la Convención utiliza expresiones como “leyes”, “ley”, “disposiciones legislativas”, “disposiciones legales”, “medidas legislativas”, “restricciones lega-

les” o “leyes internas”. En cada ocasión en que tales expresiones son usadas, su sentido ha de ser determinado específicamente (*“La expresión ‘leyes’”, supra 8, párr. 16*).

El artículo 30 de la Convención es una norma de carácter especial que presupone que ciertas restricciones al ejercicio de derechos y libertades sólo pueden ser aplicadas conforme a leyes que han entrado en vigor.

18. Esa Opinión Consultiva y la definición de ley que la Corte dio en esa oportunidad se refieren, entonces, solamente al artículo 30 de la Convención Americana y no pueden ser trasladadas, sin más, al artículo 64.2 de esa Convención. El argumento del Uruguay no basta, por consiguiente, para rechazar la presente solicitud.

Adicionalmente, la Corte entendió que dar una respuesta a las preguntas de Costa Rica, “podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, distorsionaría el sistema de la Convención” y que el procedimiento contencioso es, por definición, una oportunidad en la que los asuntos son discutidos y confrontados de una manera mucho más directa que en el proceso consultivo, de lo cual no se puede privar a los individuos que no participan en éste. Los individuos son representados en el proceso contencioso ante la Corte por la Comisión, cuyos intereses pueden ser de otro orden en el proceso consultivo”. Esto último obedeció a la circunstancia de que la Comisión llegó a abrir nueve casos sobre la supuesta violación del artículo 8.2.h) de la Convención por parte del estado costarricense, pero que sin embargo, la Comisión se pronunció sólo en el primero de los casos presentados. En los demás la Comisión no se pronunció, pendiente el cumplimiento de la recomendación efectuada al Estado costarricense de adecuar su legislación interna a lo prescrito por la Convención, dado que “dicha modificación legislativa tendría efectos generales y no sólo para un caso concreto, y en consecuencia, beneficiaría a todos los demás peticionantes”.

2.2 CAUSACIÓN DEL DAÑO COMO CRITERIO PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD POR ACTO LEGISLATIVO

Si las obligaciones internacionales son obligaciones *erga omnes* y, por tanto, irrelajables, el incumplimiento de alguna de ellas genera responsabilidad internacional para el Estado, con prescindencia de que se haya o no generado un daño. Este fue el criterio sostenido por el Juez Antonio Cançado en su voto

disidente en el caso “*El Amparo*”, por considerar que la Corte debió pronunciarse sobre la compatibilidad del Código de Justicia Militar venezolano y de diversos reglamentos castrenses con la Convención Americana, sin embargo, el citado órgano jurisdiccional estimó que se requería la presencia de un daño resultante de la efectiva aplicación del Código en cuestión. En efecto, en su sentencia sobre reparaciones e indemnización del 14 de septiembre de 1996, la Corte resolvió, por cuatro votos contra uno, “que no proceden las reparaciones no pecuniarias ni pronunciamiento alguno sobre la conformidad del Código de Justicia Militar y los reglamentos e instrucciones castrenses con la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Declaró el citado órgano jurisdiccional:

56. En resumen, la Comisión concreta las reparaciones no pecuniarias en la reforma del Código de Justicia Militar y de los reglamentos e instrucciones castrenses que resulten incompatibles con la Convención; la investigación y sanción efectiva a los autores materiales e intelectuales, cómplices y encubridores de los hechos que dieron origen al presente caso; la satisfacción a las víctimas mediante la restitución de su honor y fama, y el establecimiento inequívoco de los hechos; la satisfacción a la comunidad internacional mediante la declaración de que no se tolerarán hechos como los del caso; y la creación de una fundación para la promoción y la difusión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la región donde ocurrieron los hechos.

(...)

59. En la Opinión Consultiva OC-14/94 esta Corte dispuso:

La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención (*Responsabilidad in-*

ternacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie ANº 14, párr. 49).

60. La Corte, de acuerdo con lo expresado en la Opinión Consultiva citada, se abstiene de pronunciarse en abstracto sobre la compatibilidad del Código de Justicia Militar de Venezuela y sus reglamentos e instrucciones con la Convención Americana, y por lo tanto no cabe ordenar al Estado de Venezuela la reforma solicitada por la Comisión.

En su voto disidente sostuvo Cançado que:

2. El señalamiento por la Corte de que lo dispuesto en el artículo 54 (2) y (3) del Código de Justicia Militar “no ha sido aplicado en el presente caso” (párrafo 58), no la priva de su competencia para proceder a la determinación de la incompatibilidad o no de aquellas disposiciones legales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En mi entendimiento, la propia existencia de una disposición legal puede *per se* crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana. Una ley puede ciertamente violar estos derechos en razón de su propia existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la *amenaza* real a la(s) persona(s), representada por la situación creada por dicha ley.

3. No me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño (material o moral) para que una ley pueda ser impugnada; puede serlo sin que esto represente un examen o determinación *in abstracto* de su incompatibilidad con la Convención. Si fuera necesario aguardar la aplicación efectiva de una ley ocasionando un daño, no habría cómo sostener el deber de prevención. Una ley puede, por su propia existencia y en la ausencia de medidas de ejecución, afectar los derechos protegidos en la medida en que, por ejemplo, por su vigencia priva a las víctimas o a sus familiares de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales, así como de las garantías judiciales plenas (en los términos de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana).

4. Al abstenerse de pronunciarse sobre la materia, la Corte dejó de proceder, como le competía, al examen o determinación de la incom-

patibilidad de la vigencia del artículo 54(2) y (3) del Código de Justicia Militar de Venezuela con los deberes generales consagrados en la Convención Americana de *garantizar* los derechos en ella reconocidos (artículo 1) y de adoptar disposiciones de derecho interno (medidas legislativas o de otro carácter) que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos (artículo 2). Consideró la Corte plenamente habilitada a pronunciarse sobre este punto específico, aun ante la invocada no aplicación de las referidas disposiciones del Código de Justicia Militar en el *cas d'espèc*.

Posteriormente, con ocasión del caso “*Suárez Rosero*” la Corte cambia su criterio y estima que la sola existencia *per se* en el derecho interno ecuatoriano de normas violatorias de la Convención Americana comprometía la responsabilidad internacional del Estado y le ordenó su reforma. En el caso “*Suárez Rosero*” la Comisión Interamericana denunció la violación, en perjuicio del señor Rafael Iván Suárez Rosero, por parte del Ecuador, de los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) todos ellos en relación con el artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención como resultado del arresto y detención del señor Suárez en contravención de una ley preexistente.

En la sentencia del 12 de noviembre de 1997 la Corte estableció:

97. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella (*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A N° 14, párr. 36). Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 *bis* del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho.

98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa

norma *per se* viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.

99. En conclusión, la Corte señala que la excepción contenida en el artículo 114 *bis* citado, infringe el artículo 2 de la Convención, por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención.

Este criterio ha sido ratificado en decisiones posteriores. Tal como aconteció en el caso “Castillo Petruzzi y otros” mediante sentencia del 30 de mayo de 1999 y más recientemente en los casos “La última tentación de Cristo” del 5 de febrero de 2001 y “Barrios Altos” del 14 de marzo del mismo año.

En el caso “Castillo Petruzzi” la Comisión presentó el caso “con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, en perjuicio de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez, de los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 20 (Derecho a la Nacionalidad), 29 (Normas de Interpretación) en combinación con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y 51.2, todos ellos de la Convención, como resultado del juzgamiento de cuatro ciudadanos chilenos, todos procesados en el Estado peruano por un tribunal sin rostro perteneciente a la justicia militar, y condenados a cadena perpetua bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria conforme al Decreto-Ley N° 25.659”.

En su sentencia la Corte señaló:

205. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ésta. La Corte ha establecido que una norma puede violar *per se* el artículo 2 de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en el caso concreto.

(...)

207. (...) El deber general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo

de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Evidentemente, el Estado no ha llevado a cabo, en lo que atañe a las disposiciones aplicables al juicio de los inculpadados, lo que debiera realizar a la luz del artículo 2 de la Convención.

208. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

La Corte, por unanimidad resolvió:

(...)

14. Ordena al Estado adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna.

En el caso “*La última tentación de Cristo*” se denunció la violación por parte del Estado chileno de los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 12 (Libertad de Conciencia y de Religión) de la Convención, en razón de la censura judicial impuesta a la exhibición de la película *La última tentación de Cristo* con fundamento en lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Constitución de Chile, censura que fue confirmada por la Corte Suprema de ese país.

En su sentencia de fondo la Corte estableció:

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención.

Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.

La Corte por unanimidad:

4. Decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

En el caso “Barrios Altos” se alegó la violación de los artículos 4, 5, 8 y 13 de la Convención a raíz de la promulgación y aplicación por parte del Estado peruano de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492, con las que se exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que hubieren cometido violaciones a derechos humanos en el período comprendido entre los años 1980 y 1995, situación esta que impedía el posible enjuiciamiento de los responsables del asesinato de 15 personas y de las graves heridas ocasionadas a otras cuatro, una de las cuales quedó permanentemente incapacitada, acaecidos el 3 de noviembre de 1991 en un vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima por parte del ejército peruano.

En su sentencia de fondo la Corte declaró la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención, en los siguientes términos:

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrado en el artículo 2 de la misma.

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.

En su voto concurrente el Juez A.A. Cançado Trindade sostuvo:

(...)

8. En mi voto disidente en el caso El Amparo (Interpretación de Sentencia, 1997), sostuve la tesis de que un estado puede tener su responsabilidad internacional comprometida “por la simple, aprobación y promulgación de una ley en desarmonía con sus obligaciones convencionales de protección (párrafo 21 - 22- 23), como lo son, en el presente caso Barrios Altos, las llamadas leyes de autoamnistía. Mientras dichas leyes permanecen en vigor, conformase una situación continuada de violación de las normas pertinente de los tratados de derechos humanos que vinculan el estado en cuestión (en el presente caso, los artículos 8. 25, en concordancia con los artículos 1(1) y 2 de la convención).

(...)

11. Siendo así, las leyes de autoamnistía, además de ser manifiestamente incompatibles con la convención Americana, y desprovistas en consecuencia, de efectos jurídicos, no tienen validez jurídica alguna a la luz de la normativa del derecho internacional de los derechos humanos, son más bien la fuente (*Fons et origo*) de un acto ilícito internacional: A partir de su propia adopción (*tempus commisi delicti*), e independientemente de su aplicación posterior, comprometen la responsabilidad internacional del estado su vigencia crea *per se* una situación que afecta de forma continuada derechos inderogables, que pertenecen, como ya lo he señalado, al dominio del *jus cogens*, configurada, por la expedición de dichas leyes, la responsabilidad internacional del estado, encuéntrase éste bajo el deber de hacer cesar tal situación violatoria de los derechos fundamentales de la persona humana (con la pronta derogación de aquellas leyes) así como, en su caso, de reparar las consecuencias de la situación lesiva creada.

(...)

13. La responsabilidad internacional del estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados —incluidas las configuradas mediante la expedición y aplicación de leyes de autoamnistía— y la responsabilidad penal individual de agentes perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos y del

Derecho Internacional Humanitario, son dos faces de la misma moneda, en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia (...).

De la evolución doctrinaria y jurisprudencial precedentemente relacionada, se desprende claramente que la responsabilidad internacional del Estado por actos legislativos no sólo resulta comprometida cuando se dictan disposiciones legales contrarias a la Convención, sino también cuando se deja de legislar en una determinada materia, evitándose con ello el establecimiento de la justicia. Tal situación explica el intenso debate verificado en el Senado colombiano con ocasión de la discusión del Código de Procedimiento Penal vigente en ese país desde enero del presente año y que condujo al establecimiento de limitaciones respecto de la aplicación del principio de oportunidad bajo el argumento de que la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, Derecho Humanitario y Derecho Penal Internacional establecen la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar adecuadamente las violaciones graves de los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el delito de genocidio, entre otros. A estos efectos debe considerarse que en Colombia, al igual que en Venezuela (Art. 23 de la Constitución) el Derecho Constitucional incorpora los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado.

Ciertamente, como se afirma en la noticia aportada por Catalina Botero,¹⁷ permitir al fiscal disponer del ejercicio de la acción penal y, por ende, la posibilidad de no investigar hechos que impliquen violaciones a los derechos humanos establecidos en instrumentos internacionales ratificados por Colombia (Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo), podría ser interpretado como la legitimación legal de la omisión del deber de investigar, con lo cual se comprometería su responsabilidad internacional. Por otra parte, las facultades que se asignaban al Fiscal podían llegar hasta el punto de dar lugar a una especie de indulto impropio o amnistía judicial –si cabe el término–, dado que se abría la posibilidad del perdón judicial a personas que han cometido delitos que no son susceptibles de indulto o amnistía, es decir, que no pueden ser perdonados ni por el poder político ni por el Poder Judicial.

Lo anterior explica el contenido de la disposición contemplada en el artículo 29 de la Constitución venezolana, donde se señala que los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra “quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, in-

¹⁷ <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/mgp/jci/revista-06notnor-col4.htm>

cluidos el indulto y la amnistía”, pues como lo ha declarado la Corte Interamericana a partir del caso “*Velásquez Rodríguez*”, un Estado puede ser internacionalmente responsable por acción u omisión. Sería responsable por omisión cuando no cumple con el deber de investigar y sancionar adecuadamente las violaciones a los derechos humanos. Así ya lo había señalado la Corte en su opinión consultiva *OC-13/93* del 16 de julio de 1993 solicitada por los gobiernos de Argentina y Uruguay. En esa oportunidad se asentó:

26. Son muchas las maneras cómo un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos.

3. UN CASO: REFORMA AL CÓDIGO PENAL VENEZOLANO (2005)

3.1 INCREMENTO DE LAS PENAS

El Código Penal reformado en el año 2005, que en esencia es el mismo Código de 1926, se caracteriza por ser un instrumento que concibe la pena con un carácter meramente retributivo, no obstante que la legislación penitenciaria que lo complementa y específicamente la Ley de Régimen penitenciario, se pronuncian por declarar que el tiempo de privación de libertad debe utilizarse para la resocialización del penado. Tal carácter retributivo se advierte claramente en las leyes penales o contentivas de disposiciones de esta naturaleza que han sido aprobadas por el Poder Legislativo sobre todo en los últimos veinticinco años, tal es el caso, entre otras, de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Ley Penal del Ambiente, Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones, Ley de Delitos contra la Actividad Ganadera, Ley contra el Robo y Hurto de Vehículos, Ley contra la Violencia hacia la Mujer y la Familia y más recientemente la Ley contra la Corrupción, la reforma al Código Penal y la Ley de Ilícitos Cambiarios. En todas estas disposiciones se aprecia que el legislador acude a la represión penal como un mecanismo para ofrecer respuesta a problemas de orden social, económico y hasta político y utiliza la privación de libertad como pena principal y, en algunos casos, exclusiva.

Ciertamente el solo incremento de las penas (privativas de libertad) no lesiona directamente las normas de la Convención, pero pone de manifiesto una política criminal expansionista que colide con el principio según el cual el Derecho Penal debe ser la *ultima ratio*. Con ello el legislador penal venezolano se coloca de espaldas a las modernas tendencias que recomiendan una política criminal reduccionista, pues como afirman CID y Larrauri,¹⁸ el mayor nivel de desarrollo social y de igualdad social de un país se demuestra por su capacidad de resolver los conflictos sociales con el menor uso de los instrumentos más coactivos, como son los utilizados por el Derecho Penal, de allí la necesidad de la descriminalización –que supone dejar sin sanción determinados hechos calificados como ilícitos penales– la despenalización –que conlleva a que determinados hechos puedan ser sancionados civil, administrativa o disciplinariamente– y la descarceración –que consiste en sancionar determinadas infracciones con penas alternativas a la privación de libertad, como es el caso de la multa, la caución, la inhabilitación, el trabajo comunitario, la probation y la reparación, entre otras–.

Ciertamente, en la legislación venezolana ha habido unos tímidos intentos de considerar tal descarceración, sin embargo, su recepción a través de fórmulas como la multa o el trabajo comunitario, lo ha sido para hechos muy leves, no sólo por su naturaleza sino fundamentalmente por su escasa frecuencia; por otra parte, en la mayoría de los casos en que se ha hecho uso de la multa se la ha considerado como pena principal adicional (y no alternativa, es decir, en lugar de) la prisión, tal es el caso de la Ley Penal del Ambiente, Ley Especial sobre Delitos Informáticos y de la Ley contra la Corrupción. Como otra fórmula se ha acudido a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, medida con más de veinte años de vigencia en el ordenamiento jurídico venezolano, cuya aplicación a partir de la reforma del año 2001 al Código Orgánico Procesal Penal (COPP) se ha visto notablemente limitada. En el caso de la reparación, tal modalidad como fórmula que permite la extinción de la responsabilidad penal por extinción de la acción, fue incorporada en Venezuela con la aprobación del COPP, no obstante en las dos reformas que este instrumento ha sufrido (años 2000 y 2001), se ha advertido una clara restricción en los supuestos de procedencia, desatendiéndose claramente la obligación que tiene el Estado venezolano conforme al artículo 30 Constitucional de procurar que las víctimas de delitos comunes obtengan una reparación por el daño causado.

¹⁸ Cid Moline, José y Larrauri, Elena: *Uso expansionista de la prisión y políticas reduccionistas*, en: *Penas Alternativas a la Prisión*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, p. 13.

Es lugar común afirmar la crisis de la prisión, pues ésta no puede ser sólo un depósito de hombres o mujeres que pasarán parte o toda su vida entre rejas, sin embargo, sin inscribirnos en una corriente abolicionista, es obvio advertir que la aplicación de tal sanción no ha cumplido el cometido previsto por el legislador, lo que ha hecho evidente su ineficacia y puesto de manifiesto la necesidad de su aplicación sólo en casos límite y sustitución por otras fórmulas más efectivas; no obstante, la reforma al Código Penal no sólo se pronuncia por incrementar las penas en algunos casos, sino además por prohibir la obtención de la libertad de imputados o penados por específicas categorías de delitos, prohibiciones estas que suponen una clara lesión a derechos fundamentales reconocidos internacionalmente.

Como afirma Cristina García Pascual,¹⁹ es innegable la labor del Poder Legislativo en la positivación de los derechos humanos, pues al legislador no le está reservada una función meramente aplicativa o garantista de la Constitución, sino una labor creadora capaz de actualizar el contenido de los derechos fundamentales.

Lamentablemente la reciente reforma realizada al Código Penal venezolano dista mucho de esa “actualización de los derechos fundamentales”. Por el contrario, se aparta drásticamente de la regulación de derechos y garantías establecidas en la Convención Americana y en la propia Constitución.

Es indudable que la Ley de Reforma al Código Penal se adecua a la noción de **leyes** desarrollada en la Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 en tanto se trata de un “acto emanado del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgado por el Poder Ejecutivo”.

Ciertamente la aludida Opinión Consultiva analiza la expresión “leyes” en el contexto del artículo 30 de la Convención, esto es, la norma referida a los instrumentos que pueden establecer restricciones “al goce y ejercicio de los derechos y libertades” reconocidos en ella, siempre que los mismos constituyan actos normativos enderezados al bien común. Por tanto se interpreta que la palabra **leyes** en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes

¹⁹ García Pascual, Cristina, 1992. *La función del Juez en la creación y protección de los derechos humanos*, en *Derechos Humanos, Concepto, Fundamentos, Sujetos*, Editorial Tecnos, Madrid, p. 216.

para la formación de las leyes. Igualmente la Corte ha establecido que nociones como la de “orden público” y la de “bien común” no pueden invocarse como “medios para suprimir un derecho garantizado por la convención” y deben interpretarse con arreglo a las justas exigencias de una sociedad democrática, teniendo en cuenta “el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la convención”. Por lo tanto, si bien el citado instrumento normativo en razón de su naturaleza podía limitar derechos fundamentales, tales limitaciones sólo podrían justificarse en la medida en que con ellas se procurare el logro del bien común, objetivo que no se advierte del articulado recientemente aprobado.

3.2 MODIFICACIONES QUE COMPROMETERÍAN LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO VENEZOLANO

La indicada reforma penal contempla en la mayoría de las disposiciones modificadas: artículos 128 (conspiración contra la integridad del territorio de la República), 140 (facilitación de actuación de organizaciones terroristas, paramilitares o subversivas), 357 (obstaculización de las vías de comunicación), 360 (daño a los puertos, aeropuertos y otros medios empleados para los sistemas de transporte), 374 (violación), 375 (violación agravada), 406 (homicidio calificado), 407 (homicidio agravado), 456 (robo impropio), 457 (robo de documento), 458 (robo agravado), 459 (extorsión), 460 (secuestro) y aprovechamiento de cosas provenientes de un delito contra las personas o la propiedad (470 *in fine*), que “quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los *beneficios procesales* de ley ni a la aplicación de *medidas alternativas al cumplimiento de la pena*”.

3.2.1 Libertad personal y presunción de inocencia

Llama poderosamente la atención, que la devolución a la Asamblea Nacional por parte del Presidente de la República del texto inicialmente aprobado por el Órgano Legislativo, se fundamentó en que la exclusión de tales “beneficios” respecto de los delitos de hurto calificado y robo genérico afectaba los artículos 19 y 272 Constitucionales, pues de conformidad con la primera norma citada “el Estado debe garantizar el principio de progresividad sin discriminación alguna”, en tanto que la segunda dispone que “las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria”.

En su veto, afirmaba el Presidente que el principio contemplado en el artículo 19 Constitucional “informa que debe existir una relación progresiva de reconoci-

miento de los derechos humanos. En efecto, *en nuestro sistema constitucional se configura la garantía de que no es permisible ninguna medida represiva adoptada en relación con derechos humanos fundamentales como la libertad*. Se trata por el contrario, de un concepto destinado a hacer cada vez más rigurosos los estándares de garantías de los derechos humanos en los países. En Venezuela, y más aún a raíz de la entrada en vigencia del Texto Fundamental, los imputados gozan de beneficios procesales, por tanto, se han erigido como derechos adquiridos de los cuales sería imposible despojar. *Ello responde más bien a las obligaciones asumidas por el Estado a través de nuestra legislación* (Constitución, Código Orgánico Tributario, tratados internacionales referidos a la organización de los sistemas penitenciarios)” (cursivas nuestras).

Respecto de la contradicción de las normas cuestionadas con el artículo 272 de la Constitución indicaba el Presidente que “nuestra Carta Magna hace prevalecer siempre la rehabilitación y la reincursión (sic) social del interno y las penas no privativas de la libertad a las medidas de naturaleza reclusoria. Entonces *la eliminación de beneficios procesales en el (sic) la Ley de Reforma Parcial del Código Penal sancionado, además de inconstitucional*, indefectiblemente redundará en una crisis carcelaria derivado del aumento de la población reclusa” (cursivas nuestras).

Si el propio Poder Ejecutivo objetaba por inconstitucionales y contradictorias con los Tratados de Derechos Humanos dos de las normas aprobadas, cabría preguntarse qué razones llevaron a no cuestionar el resto de las disposiciones contentivas de tales limitaciones, algunas de las cuales, incluso, contemplan penas inferiores a la del hurto y del robo. Tampoco la Asamblea Nacional, en uso de las facultades que le confiere el texto constitucional, efectuó modificación alguna a los demás artículos alcanzados por esas limitaciones. Obviamente no son contestes ni el Ejecutivo ni el Legislativo con los compromisos internacionales asumidos por la República, al mantener las limitaciones previstas en la normativa promulgada y actualmente vigente.

Respecto del contenido de las normas reformadas debe indicarse que, además del reconocimiento efectuado por el Poder Ejecutivo, lesiona el legislador los derechos a la *libertad personal* y a la *presunción de inocencia* contemplados en los artículos 7 y 8 de la Convención y en los artículos 44 y 49 del texto constitucional, pues el enjuiciamiento en libertad constituye un derecho consecuencia del estado de inocencia del cual disfruta la persona sujeto de un proceso y que sólo le puede ser privado por razones estrictamente procesales, como lo es el establecimiento de la justicia y la necesidad de contar con la

presencia del imputado durante el juicio, pero en ningún caso un “beneficio” que concede el Estado.

En este punto debe considerarse que la doctrina y jurisprudencia del sistema interamericano se han pronunciado por evitar que la privación de la libertad durante el proceso se convierta en una pena anticipada y de allí la necesidad de que ésta se prolongue sólo por el tiempo razonable. Así la Comisión Interamericana en su informe N° 2/96 señaló la posibilidad de que “se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie, independientemente del delito que se impute al acusado* o de la complejidad del caso”, aclarando también que “la duración de la prisión preventiva podrá no ser razonable, aun *antes* del vencimiento del plazo”. Por su parte, la Corte Interamericana (caso “Suárez Rosero”) ha sostenido que son tres los elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: “a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales” (cursivas nuestras).

Como se puede apreciar, y a diferencia de lo establecido en el Código reformado, no es el delito objeto del proceso lo que determina que el imputado deba ser juzgado bajo un régimen de detención. Precisamente por ello el Código Orgánico Procesal Penal –no obstante las dos reformas que han restringido el juicio en libertad– inmerso en una corriente mucho más garantista consecuencia de la adopción del principio acusatorio, previó como extremos para el decreto de privación de libertad en el proceso, la acreditación del riesgo de fuga del imputado o de la obstaculización de la investigación, en contraposición a la tendencia del anterior sistema procesal caracterizado por un elenco de delitos excluidos de tal “beneficio”.

Igualmente, afecta la reforma el artículo 5.6 de la Convención, según el cual “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, pues las exclusiones establecidas en las normas reformadas distorsionan el fin de la privación de la libertad durante el proceso otorgándole carácter sustantivo y constituyendo, por tanto, una pena anticipada.

Por otra parte, como afirma Navarro Villanueva,²⁰ “la opción en favor de penas largas de privación de libertad deja vacío de contenido el postulado constitu-

²⁰ Navarro Villanueva, Carmen, 1997. *La reducción de beneficios penitenciarios en la legislación vigente*, en: *Penas Alternativas a la Prisión*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, p. 228.

cional que define la orientación de las penas de privación de libertad”. Continúa señalando la misma autora²¹ que el principio según el cual “las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social” (25.2 de la Constitución española y 272 de la venezolana) no puede realizarse en el marco de una política criminal expansionista, tanto del uso como de la duración de la prisión.

En el caso que nos ocupa, la reforma se inscribe en esa línea expansionista al incrementar, en casi la totalidad de las normas modificadas, el *quantum* punitivo; así se aprecia en los delitos de amenaza a funcionario público (215), instigación a delinquir (283), instigación a la desobediencia de las leyes (285), falsedad de documentos (319), obstaculización o interrupción de las comunicaciones o asalto de taxi u otro vehículo de transporte colectivo (357), producción de daño a los puertos, aeropuertos, gasoductos u otros medios empleados para los sistemas de transporte o servicio público (360), violación (374 y 375), homicidio calificado (406), homicidio agravado (407), difamación (442), injuria (444), hurto (451), robo genérico (455), robo impropio (456), robo de documento (457), robo agravado (458), extorsión (459), secuestro (460), aprovechamiento de cosas provenientes de delito (470), usurpaciones (471, 471-A y 472) y en la falta prevista en el artículo 506 relativa a la perturbación de las reuniones públicas o reposo de los ciudadanos.

Es claro entonces que el Ejecutivo avala la línea del Parlamento en el sentido de concebir la pena como pura retribución, pues aun cuando su cuestionamiento inicial se funda en la violación del derecho a la libertad personal, la nueva regulación sustantiva disminuirá las posibilidades de que los ya condenados puedan obtener anticipadamente su libertad, dado que la normativa aprobada es mucho más gravosa que la prevista en el artículo 493 del COPP (de nuevo la violación al principio de progresividad en materia de derechos humanos) y que fue el origen de los motines carcelarios verificados a finales del año 2004. En efecto, dispone la citada norma del Código adjetivo:

Limitaciones. *Los condenados por los delitos de homicidio intencional, violación, actos lascivos violentos, secuestro, desaparición forzada de personas, robo en todas sus modalidades, hurto calificado, hurto agravado, narcotráfico y hechos punibles contra el patrimonio público, excepto, en este último caso, cuando el delito no exceda de tres años en su límite superior, sólo podrán optar a la*

²¹ *Ídem.*

suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, luego de haber estado privados de su libertad por un tiempo no inferior a la mitad de la pena que se le haya impuesto (*cursivas nuestras*).

La norma precedentemente transcrita exige, a los efectos del otorgamiento de la medida de suspensión condicional de la ejecución de la pena y a cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena –como es el caso del trabajo fuera del establecimiento, del régimen abierto y de la libertad condicional– que el interno condenado *por alguno de los delitos que allí se indican*, haya cumplido como mínimo la mitad de la pena que se le haya impuesto. Tal limitación, como puede apreciarse, opera para una específica categoría de delitos, lo que quiere decir que *quien resulte condenado por un delito distinto a los allí taxativamente señalados no requiere cumplir la mitad de la pena impuesta como lo exige la norma en referencia*.

Por el contrario, la reforma al Código Penal, inscrita como ya se ha asentado, en una política expansionista, violenta las garantías contempladas en los artículos 272 de la Constitución y 5.6 de la CADH, según los cuales deben preferirse las penas de naturaleza no reclusoria y las penas privativas de libertad tienen como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, pues prohíbe acceder a las fórmulas alternativas al cumplimiento de pena a los penados por los delitos de conspiración contra la integridad del territorio de la República, facilitación de actuación de organizaciones terroristas, paramilitares o subversivas, obstaculización de las vías de comunicación, daño a los puertos, aeropuertos y otros medios empleados para los sistemas de transporte, violación, violación agravada, homicidio calificado, homicidio agravado, robo impropio, robo de documento, robo agravado, extorsión, secuestro y aprovechamiento de cosas provenientes de un delito contra las personas o la propiedad. Sin negar la gravedad de los hechos objeto de la exclusión, es claro que con ello el legislador desconoce la tendencia moderna a la reducción de la prisión y su cuantía y a la incorporación de penas alternativas a la prisión útiles y menos criminógenas, olvidando además que las particularidades del sistema penitenciario venezolano conllevan a que la prisión esté acompañada de la lesión de derechos que no han sido restringidos con ocasión de una sentencia firme.

3.2.2 *Derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable*

Además de la afección a los derechos vinculados a la libertad ambulatoria, el Código Penal reformado afecta con las normas relativas a la prescripción el *derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable* (artículo 7.5 de la Convención).

En efecto, el legislador venezolano, quizás queriendo estar a tono con las modernas corrientes penológicas que recomiendan la supresión de la pena de presidio en razón de comportar como una de sus consecuencias la llamada “muerte civil”,²² trató de sustituir esta pena por la de prisión, sin embargo, *tales modificaciones operan sólo para las disposiciones afectadas por la reforma*, pues, los artículos que no fueron objeto de modificación y que contemplaban la pena de presidio, aun la mantienen (*V.gr.*, lesiones gravísimas, aborto seguido de muerte, falso testimonio causante de sentencia condenatoria), generándose con ello la absurda situación de que un tipo penal subordinado agravado como es el caso del homicidio calificado (artículo 406) sea sancionado con pena de prisión, en tanto que el delito de homicidio simple, ahora previsto en el artículo 405, es sancionado con pena de presidio. En las dos disposiciones aludidas se verifican, igualmente, modificaciones en el quantum punitivo, así, en el caso del homicidio calificado los supuestos del ordinal 1º son sancionados con pena de prisión de quince a veinte años (antes presidio de quince a veinticinco), los del ordinal 3º, relativo a los delitos de parricidio y magnicidio, con pena de prisión de veintiocho a treinta años (antes veinte a treinta años de presidio), manteniéndose cuantitativamente la pena correspondiente al ordinal 2º (veinte a veintiséis años). En el caso del homicidio agravado (artículo 407) antes sancionado con pena de catorce a veinte años, ahora lo es con pena de veinte a veinticinco años, manteniéndose el presidio.

En los nuevos artículos 108 y 112 que regulan, respectivamente la prescripción de la acción penal y de la pena, se prevén los plazos que deben transcurrir a los efectos de que proceda la declaratoria de prescripción de la acción o la pena de los delitos que merecen penas de *prisión o arresto*, no contemplándose mención alguna a los delitos que merecen pena de presidio (entre ellos el homicidio simple), con lo que se contraría no sólo la disposición constitucional sino la normativa internacional que contempla la imprescriptibilidad sólo de los delitos de lesa humanidad.

²² Debe recordarse que según lo establecido en el artículo 13 del Código Penal, norma que no fue reformada, la pena de presidio comporta como accesoria la “interdicción civil” durante el tiempo de la condena. Tal pena produce como efecto, según el artículo 23 *ejusdem*, privar al reo de la disposición de sus bienes por actos entre vivos y de la administración de los mismos. A ello se agrega que el artículo 185 del Código Civil venezolano prevé como causal de divorcio la condena a presidio. Con tales previsiones contraría el legislador venezolano la tendencia a imponer penas de naturaleza civil, sólo en los casos en que se trate del incumplimiento de obligaciones familiares tipificadas como delito.

Como indica Arenas Candelo,²³ la prescripción de la acción extingue la pretensión punitiva del Estado antes de producirse una sentencia condenatoria, bien sea porque la acción penal no se ha propuesto, o bien se trate de que iniciado el proceso, ha transcurrido el lapso que establece la propia ley para que opere la prescripción.

Esto supone que el Estado como único titular de la acción penal renuncia al ejercicio de tal pretensión, lo cual genera su extinción. Igual renuncia se verifica cuando el transcurso del tiempo impide hacer efectiva la ejecución de la pena impuesta, lo que constituye el fundamento de la prescripción de la pena.

Para Binder²⁴ la prescripción “no es un problema de mayor interés estatal o social en la persecución sino de una garantía del individuo que funciona aun cuando exista el máximo interés estatal en proseguir con la persecución o en mantener viva la facultad de penar”. Plantea este autor la interrogante acerca de si es admisible en un Estado de Derecho que existan delitos imprescriptibles, aun aquellos atroces, como el genocidio y se responde afirmando: “si el Estado está en condiciones de ejercer positivamente el poder penal no es propio de la idea de un Estado de Derecho otorgarle ese poder de un modo temporalmente ilimitado”.

Ahora bien, el debido proceso regulado en el artículo 49 Constitucional está concebido no sólo para las actuaciones judiciales sino también para las administrativas. Tal garantía comporta, entre otros aspectos, el derecho a ser notificado del hecho objeto de la imputación, a ser oído en un plazo razonable por un tribunal imparcial, a disponer de asistencia técnica, a recurrir del fallo, a que se presuma la inocencia del imputado, a no ser constreñido a reconocer culpabilidad y ser juzgado por el juez natural. De tales aspectos interesa particularmente a los efectos de este trabajo, el *derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable*. En tal sentido en el artículo 49.3 de la Constitución se asienta lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y *dentro del plazo razonable determinado legalmente*, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad... (Cursivas nuestras).

²³ Arenas Candelo, Omar, 1980. *A propósito de la prescripción de la acción penal*, en: *Ciencias del Delito*. Estudios varios en homenaje a Tulio Chiossone, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, p. 66.

²⁴ Binder, Alberto, 1993. *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, p. 127.

Sin embargo, de manera contradictoria, el mismo texto constitucional después de aparecer como un instrumento de vanguardia en la regulación de los Derechos Humanos, amplió en la regulación de los derechos fundamentales, contempla dos disposiciones vinculadas con la garantía constitucional antes descrita que inciden en ese derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable. Se trata de las previsiones de los artículos 29 y 271 constitucionales, normas que respectivamente, disponen:

Artículo 29: ...Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles... Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.

Artículo 271: ...No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes...

En el mismo sentido, en la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, se ordena a la Asamblea Nacional dictar, en el término no mayor de un año a partir de la entrada en vigencia de ese texto constitucional, una reforma del Código Orgánico Tributario que establezca, entre otros aspectos:

4. *Eliminar la prescripción legal* para delitos tributarios graves, los cuales deben ser tipificados en el Código Orgánico Tributario.

(...)

6. La ampliación de las penas y la severidad de las sanciones contra delitos de evasión fiscal, *aumentando los periodos de prescripción* (cursivas nuestras).

No obstante estar reconocido el derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable como uno de los aspectos del debido proceso, el propio texto constitucional, al declarar la imprescriptibilidad de la acción penal para enjuiciar determinados delitos, imposibilita, respecto de tales hechos, la concreción del derecho fundamental antes indicado. A estos efectos Pastor²⁵ ha definido la prescripción como “realización procesal del derecho a la definición del proceso penal en un plazo razonable, en cuanto limitación temporal del poder penal del Estado”.

²⁵ Pastor, Daniel, 1993. *Prescripción de la Persecución y Código Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, p. 40.

Ciertamente, considerados los lapsos establecidos en nuestra legislación penal a los efectos de la declaratoria de la prescripción penal, no aparece este instituto como un mecanismo verdaderamente efectivo para garantizar el derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable, pues no puede considerarse que quince años –que es el máximo de tiempo que puede transcurrir para que opere la prescripción–²⁶ es el plazo razonable para que se haga efectivo el enjuiciamiento de una persona a quien se impute la comisión de un delito que merezca más de diez años de prisión, y a que se establezca en consecuencia, su responsabilidad o no en el hecho que se le atribuye.

El derecho material que se concreta a través del proceso penal debe hacerse efectivo en un plazo razonable, no sólo por disposición expresa de la propia Constitución que reconoce en el artículo 49.3 tal derecho fundamental, sino porque además esa carta fundamental²⁷ le reconoce jerarquía constitucional y dispone la prevalencia en el orden interno de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución y demás leyes de la República. Por tanto, en nuestro criterio, la declaratoria de imprescriptibilidad de la acción penal a que aluden los artículos 29 y 271 de la Constitución contrarían no solamente la previsión del artículo 49 de ese mismo texto fundamental, sino también las disposiciones de los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁸ y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁹

En relación con el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas ha asentado el Tribunal Constitucional español lo siguiente:

El derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, constitucionalizado como fundamental por el Art. 24.2 CE y que no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales, comporta la utilización de un concepto jurídico indeterminado que necesita ser dotado de contenido concreto, en cada caso, atendiendo a criterios

²⁶ Ordinal 1º del artículo 108 del Código Penal.

²⁷ Artículo 23.

²⁸ “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y *tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable* o a ser puesta en libertad...”. (cursivas nuestras).

²⁹ “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y *dentro de un plazo razonable* por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...” (cursivas nuestras).

objetivos congruentes con su enunciado genérico (SSTC 5/1985, 36/1984, 223/1988 y 50/1989). Dichos criterios objetivos son, según ha afirmado este Tribunal de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad y márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en el proceso arriesga el demandante, su conducta procesal, actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes (SSTC 223/1988, 28/1989 y 50/1989) y la consideración de los medios disponibles (STC 81/1989).³⁰

En el mismo sentido se pronunció una sentencia del 8 de febrero de 1995 del Tribunal Supremo español,³¹ criterio que fue reiterado en otra sentencia del 22 de septiembre del mismo año. En la primera decisión aludida se declaró:

La institución de la prescripción, en general –se dice en la STC 157/1990, de 18 de octubre–, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el Art. 9.3 de la Constitución, puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas; desenvolvimiento que, en el ámbito del Derecho Penal, se completa y acentúa en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (*Vid.* Art. 24.2 de la Constitución Española).

Binder³² se ha manifestado en contra de la imprescriptibilidad al señalar que “en un Estado de Derecho, fundado en la democracia republicana, el poder penal del Estado es SIEMPRE un poder especialmente limitado, porque se trata de un poder de alta intensidad, y en el concepto mismo del Estado de Derecho se encuentra la idea del poder limitado. Por lo tanto, si se trata de un poder de alta intensidad –y lo es porque implica el ejercicio directo de violencia sobre los ciudadanos– los límites deben ser mayores y más precisos... En el caso

³⁰ C.p. Esparza Leibar, Iñaki, 1995. *El Principio del Proceso Debido*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, España, pp. 214-215.

³¹ C.p. Rey González, Carlos, 1999. La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995). Segunda edición, Universitat Internacional de Catalunya, Facultat de Ciències Polítiques i Jurídiques, Àrea de Dret Penal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona.

³² *Ob. Cit.* pp. 130-131.

específico del límite temporal al ejercicio del poder penal del Estado, su función consiste en garantizar que ese poder no sea utilizado mas allá de los límites de la necesidad social, porque ese poder sólo existe para garantizar el orden social y es políticamente preferible presumir que el tiempo ha restaurado ese orden social, que otorgarle al Estado un poder penal temporalmente ilimitado. Debe quedar en claro, pues, que la restauración de ese orden por el simple transcurso del tiempo es una simple presunción o ficción, que busca ‘explicar’ el modo como en un Estado de Derecho se resuelve la colisión entre las necesidades sociales de orden y seguridad y las exigencias de respeto a la persona y la limitación al poder que ello implica; no obstante, de ningún modo le otorga ‘fundamento’ al límite temporal”.

Por su parte Godoy Fonseca³³ señala que, así como la sociedad tiene derecho para perseguir y hacer castigar a los delincuentes, éstos tienen el derecho de que tal persecución tenga un tiempo determinado, corrido el cual deba cesar, pues sería una verdadera iniquidad que quien ha delinquido tuviera toda la vida levantada sobre sí la espada de la justicia.

Todas estas reflexiones nos llevan a cuestionar la regulación contemplada en los artículos 108 y 112 del Código Penal, que imposibilitarían la declaratoria de prescripción de la acción o de la pena de los delitos todavía sancionados con presidio en la legislación venezolana, pues parece sumamente ligero el argumento según el cual, aun cuando la norma se refiere a la prescripción de la acción o de la pena de los delitos que merecen pena de prisión, ante la ausencia de mención a los delitos sancionados con presidio, debe entenderse que éstos quedan comprendidos en esa regulación.

Al margen de lo anterior debe considerarse que tal como está planteado el vigente artículo 108, los tres primeros ordinales resultan prácticamente inaplicables, pues podría interpretarse que todos los delitos que merezcan una pena de prisión de más de tres años prescriben por cinco.

3.2.3 *Libertad de expresión*

A lo anterior se suma la violación a la *libertad de expresión* contemplada en el artículo 13 de la Convención Americana con la regulación de los llamados delitos de desacato, desatendiéndose la recomendación formulada en el informe

³³ Godoy Fonseca, Pablo (1930). *Comentarios al Código Penal Venezolano*, Tomo I, Tipografía Americana, Caracas, p. 151.

sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela (OEA/Ser. L/V/II.118) de fecha 29 de diciembre de 2003, en el que se recomendó que se promoviera “la derogación de las leyes que consagran la figura de desacato, ya que restringen el debate público, elemento esencial del funcionamiento democrático, y además son contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Ya en el informe de fecha 24 de octubre de 2003, la Comisión Interamericana, en el capítulo referido al Derecho a la Libertad de Expresión y Pensamiento, había identificado como áreas de especial atención en materia de libertad de expresión “la existencia de decisiones judiciales y proyectos de ley que de aplicarse, podrían afectar adversamente el ejercicio pleno de la libertad de expresión de los habitantes de Venezuela” y “la iniciación de procesos administrativos por parte de CONATEL y el Ministerio de Infraestructura a medios de comunicación relacionados con el contenido de su programación, aplicándose para ello legislación que sería contraria al sistema interamericano”.

Tal situación ha motivado que en fecha 28 de Marzo de 2005, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestara su preocupación por la aprobación de la Ley de Reforma Parcial del Código Penal por parte de el Parlamento venezolano, por considerar que “la nueva legislación no sólo mantiene el delito de desacato sino que además amplió los funcionarios públicos protegidos por ese delito. El artículo 148 del Código Penal anterior a la reforma incluía al Presidente de la República y el artículo 149 al Vicepresidente del Ejecutivo, los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, los Ministros del Despacho, los Gobernadores de Estado y el Alcalde Metropolitano; la ley modificada agregó los diputados y diputadas de la Asamblea Nacional, los rectores o rectoras del Consejo Nacional Electoral, los miembros del Alto Mando Militar, el Defensor del Pueblo, el Procurador General, el Fiscal General y el Contralor General de la República”.³⁴

Continúa señalando la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión que “el Principio 11 de la ‘Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión’, aprobada por la CIDH en octubre de 2000 sostiene que ‘Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como ‘leyes de desacato’ atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información’. Este principio resulta acorde con las conclusiones de la CIDH sobre la incompatibilidad de las leyes de desacato con la Conven-

³⁴ <http://www.globovision.com/documentos/cartas.comunicados/2005.03/28/oea/index.php>

ción Americana sobre Derechos Humanos expresadas en un informe realizado en 1995 (ver OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995); sintéticamente los argumentos fueron: a) las leyes de desacato proporcionan un mayor nivel de protección a los funcionarios públicos que a los ciudadanos privados, en directa contravención con el principio fundamental de un sistema democrático, que sujeta al gobierno a controles, como el escrutinio público, para impedir y controlar el abuso de sus poderes coercitivos; y b) las leyes de desacato disuaden las críticas por el temor de las personas a las acciones judiciales o sanciones monetarias”.

Si bien los actuales artículos 147 y 148 mantienen las penas establecidas en el Código reformado, se aprecia la reiteración por parte del Estado venezolano y, específicamente de su Poder Legislativo, en no acatar la recomendación formulada por los órganos del sistema interamericano en cuanto a la despenalización del delito de desacato, pues en estos casos la protección dirigida a evitar ataques infundados a quienes ejercen cargos de importancia en los diferentes poderes públicos consiste en el cumplimiento para quien pretenda querellarse en su contra, de una serie de requisitos procesales contemplados tanto en la Constitución como la ley (COPP).

4. SURGIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD

Tratándose de actos provenientes del Parlamento, los cuales, por regla general, tienen vocación de permanencia y se dictan para regir casos futuros, es menester determinar a partir de qué momento puede afirmarse que resultaría comprometida la responsabilidad del Estado,³⁵ pues se podría estar en presencia de una norma vigente que, sin embargo, nunca sea aplicada. Tal situación obliga, en el caso del derecho interno venezolano a formular algunas consideraciones sobre el proceso de formación de la ley.

Conforme lo establecido en el artículo 202 de la Constitución “la ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador”. En las disposiciones siguientes se establece el trámite para que tal acto pueda surgir, primero como iniciativa y después su discusión hasta ser sancionado y promulgado. Respecto de su impugnación por supuesta inconstitucionalidad, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ya se ha pronunciado, declarando que el recurso de nulidad por inconstitucionalidad no procede contra Proyectos de Ley.

³⁵ No obstante que en su Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991, la Corte Interamericana consideró la posibilidad de analizar la adecuación de un Proyecto de ley con la Convención.

Distinta es la situación a nivel del Derecho Internacional, pues como se ha señalado páginas atrás, la Corte Interamericana se ha pronunciado por analizar la adecuación de un proyecto de ley a la Convención. Ahora bien, si la norma hubiere sido aprobada sin que se considerare su adecuación a la normativa internacional, debe entenderse que por tratarse de una obligación de garantía, su sola promulgación, con prescindencia de una posible *vacatio legis* o su aplicación en un caso concreto, *per se* compromete la responsabilidad internacional del Estado. En este sentido se manifestó Antonio Cançado en su voto concurrente en el caso “*Cantoral Benavides*” al señalar:

3. Si la ocurrencia del hecho –acto u omisión– ilícito internacional se debe a una norma de derecho interno, el *tempus commisi delicti* es el del momento de la promulgación de esta norma, que *per se* compromete la responsabilidad del Estado Parte por configurarse como incompatible con la normativa de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La vigencia de una norma de derecho interno incompatible con la Convención constituye, en el contexto de un caso concreto, una violación continuada de la Convención. Establecida la responsabilidad del Estado, tiene éste el deber de restablecer la situación que garantice a la víctima en el goce de sus derechos lesionados (*restitutio in integrum*), haciendo cesar la situación violatoria de tales derechos, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de dicha violación.

Por otra parte debe tenerse presente que ya la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre la necesaria independencia e imparcialidad del Poder Judicial (casos “*Ivcher Bronstein*” y “*Tribunal Constitucional*”, ambos contra Perú), lo que facilitaría el reclamo ante esa instancia, dada la situación venezolana.

4.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA

En el caso de la responsabilidad por actos legislativos, la responsabilidad se genera frente a los particulares que podrían resultar perjudicados por la aplicación de la norma, máxime cuando según la jurisprudencia de la Corte Interamericana no es menester la producción del daño, pues la obligación internacional es una obligación de garantía, hecho este que fue el fundamento del voto salvado del Juez Antonio Cançado en el caso “*El Amparo*”, momento en el cual la Corte todavía consideraba el daño como un elemento constitutivo de la responsabilidad. El juez disidente señaló que:

5. Fue necesario esperar muchos años para que se admitiera la posibilidad de plantear la cuestión de la incompatibilidad de medidas

legislativas y prácticas administrativas con las obligaciones convencionales internacionales en materia de derechos humanos, en el contexto de casos concretos. La jurisprudencia internacional en el presente dominio, en los planos tanto regional como global, ha evolucionado a punto de admitir hoy día que un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas. Puede efectivamente hacerlo ante el simple *riesgo* de ser directamente afectado por una ley, ante la amenaza continua representada por el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada. Se reconoce actualmente que un individuo puede efectivamente impugnar una ley que todavía no ha sido aplicada en su perjuicio, bastando para esto que dicha ley sea *aplicable* en forma tal que el *riesgo* o *amenaza* que él sufra sus efectos sea real, sea algo más que una simple posibilidad teórica.

6. Un entendimiento en contrario minaría el *deber de prevención*, consagrado en la jurisprudencia de esta Corte. Se ha precisado el amplio alcance de tal deber, el cual abarca todas las medidas, legislativas y administrativas y otras, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las violaciones de éstos sean efectivamente tratadas como hechos ilícitos acarreando sanciones para sus responsables. La reparación, como concepto genérico, abarca también estos elementos, además de las indemnizaciones debidas a las víctimas. La reparación plena, que en el presente contexto se configura como la reacción del ordenamiento jurídico de protección a los hechos violatorios de los derechos garantizados, tiene un amplio alcance. Incluye, a la par de la *restitutio in integrum* (restablecimiento de la situación anterior de la víctima, siempre que posible) y las indemnizaciones (a la luz del principio general del *neminem laedere*), la rehabilitación, la satisfacción y –significativamente– la garantía de no repetición de los hechos violatorios (el deber de prevención).

7. A partir del momento en que se constatan violaciones de los derechos humanos protegidos, el examen de la incompatibilidad de disposiciones legales de derecho interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos deja de ser, a mi modo de ver, una *cuestión abstracta*. Una ley puede *per se* configurarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, inhiba el ejercicio de

los derechos protegidos, aun en la ausencia de una medida de aplicación. Una ley puede *per se* revelarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, no imponga límites precisos al poder discrecional atribuido a las autoridades públicas de interferir en el ejercicio de los derechos protegidos. Una ley puede *per se* mostrarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, dificulte las investigaciones en curso, u ocasione obstrucciones en el proceso judicial, o conlleve a la impunidad de los responsables por las violaciones de los derechos humanos.

8. El cuestionamiento de la compatibilidad con la Convención de la vigencia de una ley que *per se* crea una situación legal que afecta los derechos humanos protegidos es una *cuestión concreta*. En mi entendimiento, es la *existencia de víctimas* la que provee el criterio decisivo para distinguir el examen simplemente *in abstracto* de una disposición legal, de la determinación de la incompatibilidad de dicha disposición con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el marco de un caso concreto, como el de *El Amparo*. La existencia de víctimas torna jurídicamente inconsecuente la distinción entre la ley y su aplicación, en el contexto del caso concreto.

9. En la presente Sentencia sobre reparaciones, la decisión de la Corte de abstenerse de pronunciarse sobre la incompatibilidad de la vigencia del artículo 54(2) y (3) del Código de Justicia Militar de Venezuela con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (punto resolutivo N° 5) busca fundamentarse (párrafos 59-60) en un *obiter dictum* de su Opinión Consultiva (sobre la *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención*, OC-14/94), del 09 de diciembre de 1994, según el cual “no existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención”. La Corte deja de responder a la cuestión previa si una ley, por su propia existencia, afecta, o puede afectar, los derechos protegidos por la Convención.

10. Un órgano de protección internacional de los derechos humanos no debe, a mi juicio, partir de la premisa de que una ley, por su propia existencia, “no ha afectado aún” los derechos protegidos, debiéndose por lo tanto aguardar medidas de ejecución que aca-

reen la ocurrencia de un daño. No debe hacerlo, aun más cuando toda la evolución del ordenamiento jurídico de protección se orienta y se inclina hoy día claramente en otro sentido. La decisión de la Corte sobre este punto específico, basada en el referido *obiter dictum* de su Opinión Consultiva OC-14/94, colide, a mi modo de ver, con la letra y el espíritu del artículo 62(1) y (3) de la Convención Americana, en virtud del cual la competencia contenciosa de la Corte se extiende a *todos los casos relativos a la interpretación y aplicación* de las disposiciones de la Convención. Estas últimas incluyen los deberes de los Estados Partes de garantizar los derechos reconocidos y de adecuar su derecho interno a la normativa de la Convención para tornar efectivos tales derechos.

11. Por consiguiente, la determinación de la incompatibilidad de una ley interna con la Convención no es prerrogativa exclusiva del ejercicio de la competencia consultiva de la Corte. La diferencia reside en que, en el ejercicio de la competencia consultiva (artículo 64(2) de la Convención), la Corte puede emitir opiniones sobre la incompatibilidad o no de una ley interna (e inclusive de un proyecto de ley) con la Convención *in abstracto*, mientras que, en el ejercicio de la competencia contenciosa, la Corte puede determinar, a solicitud de una parte, la incompatibilidad o no de una ley interna con la Convención *en las circunstancias del caso concreto*. La Convención Americana efectivamente autoriza la Corte, en el ejercicio de su competencia contenciosa, a determinar si una ley, impugnada por la parte demandante, y que por su propia existencia afecta los derechos protegidos, es o no contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte tiene la competencia *ratione materiae*, y debía, pues, haber procedido a esta determinación y a la fijación de sus consecuencias jurídicas.

No obstante, debe destacarse que la Comisión Interamericana se ha apartado del criterio judicial precedentemente indicado, pues la declaratoria de inadmisibilidad de la solicitud formulada por un grupo de editores por violación de la Convención a raíz de la publicación de la sentencia 1013 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se fundamentó en que no demostró el daño causado a ninguno de los ciudadanos que acudieron a esa instancia.

CONSIDERACIONES FINALES

Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos suficientemente explanada en las páginas precedentes, la sola promulgación por un Estado Parte de normas contrarias a la Convención genera una ruptura del orden internacional y, por tanto, se erige en un hecho ilícito que compromete la responsabilidad del Estado, de allí que la reforma penal sustantiva verificada en Venezuela y vigente a partir del 16 de marzo de 2005, fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela y por tanto de aplicación inmediata según lo dispuesto en el artículo 1º del Código Civil, compromete la responsabilidad internacional del Estado por violación de los artículos 2, 5, 7, 8 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en el caso que nos ocupa concurren los dos extremos exigibles para la declaratoria de tal responsabilidad: el elemento objetivo dado por la promulgación del texto legal en cuestión y el elemento subjetivo que supone la atribución al Estado venezolano (en razón de un acto de su Poder Legislativo) de ese hecho.

Como también ha sido declarado reiteradamente por la Corte Interamericana, tal responsabilidad estatal puede devenir de la acción u omisión de cualquiera de los Poderes Públicos, independientemente de su licitud en el orden interno. En este caso se trataría de un acto formalmente lícito que emana de uno de los Poderes Públicos del Estado y ha sido refrendado por otro.

Finalmente, debe indicarse que en atención a la jurisprudencia vigente la sola aprobación del instrumento legal violatorio de la Convención compromete la responsabilidad estatal por lo que no es menester para denunciar su infracción con el orden internacional, su aplicación a un caso concreto.

Alteraciones psicosomáticas, criminalidad y responsabilidad penal

Katia YASSÍN ISSA*

SUMARIO:

1. Normalidad y salud.
2. La enfermedad.
3. El crimen y los trastornos mentales.
4. Los trastornos mentales: 4.1 *La psicosis*: 4.1.1 Definición y síntomas. 4.1.2 La psicosis y el crimen. 4.1.3 Tratamiento legal. 4.2 *Las neurosis*: 4.2.1 Significado. 4.2.2 Tipos. 4.2.3 Las neurosis y el crimen. 4.3 *Los trastornos de personalidad*: 4.3.1 Definición. 4.3.2 Clasificación. 4.3.3 Los trastornos de personalidad, el crimen y el Derecho. 4.3.4 Los rasgos de personalidad. 4.4 *Los estados pasionales*.
5. Los trastornos sexuales: 5.1 *Los trastornos en el ciclo de la respuesta sexual*. 5.2 *Las parafilias*: 5.2.1 Tipos. 5.2.2 Tratamiento legal.
6. El retraso mental: 6.1 *Tipos*. 6.2 *Tratamiento legal*.

* Universidad Católica Andrés Bello, Abogada. Instituto Universitario de Policía Científica, Especialización en criminalística. Universidad Central de Venezuela, Psicóloga, especialización en clínica dinámica. Universidad Santa María, Profesora. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, Abogada.

7. Los trastornos relacionados con sustancias: **7.1** *Trastornos por consumo de sustancias.* **7.2** *Trastornos inducidos por sustancias.* **7.3** *Tratamiento legal.*

Los fenómenos que alteran la psique y el soma son los trastornos mentales (psicosis, neurosis, trastornos de personalidad, los estados pasionales), los trastornos sexuales, el retraso mental y los trastornos relacionados con la ingesta de una sustancia (entre los que se destacan la embriaguez y la fármaco-dependencia). Antes de desarrollar estas alteraciones debemos partir de la noción de salud y enfermedad.

1. NORMALIDAD Y SALUD

Salud del latín *salus-utis*. Según el Diccionario de la Lengua Española (2001) “es un estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”. La salud desde el punto de vista morfológico se entiende como ausencia de malformaciones, lesiones, cuerpos extraños,... etc. desde la perspectiva funcional “sano” es aquel cuyas funciones vitales se localizan dentro de los límites que definen la norma que rige para su especie, estando este concepto ligado al de rendimiento.

Pasando al plano psicológico y desde la óptica conductual, un comportamiento es sano cuando se ajusta a las pautas habituales exigidas socialmente, porque en definitiva, es la sociedad quien evalúa lo que es estar sano y enfermo, que depende a su vez de las situaciones de hecho existentes en ese momento (desarrollo educativo, económico, circunstancias políticas, ambientales, experiencias culturales... etc.) de allí lo que hoy es salud para un determinado grupo social, dentro de algunos años puede no serlo.

Según el criterio estadístico, lo normal es lo que aparece con más frecuencia. Es decir, todos aquellos comportamientos que en relación con el grupo social con el que se comparan, quedan dentro del área de la normalidad de la curva de Gauss con una desviación estándar por encima y una por debajo de la media aritmética.

Desde el punto de vista psicodinámico, un sujeto es normal cuando es capaz de equilibrar y armonizar las presiones de sus pulsiones o instintos (ello), las exigencias de su yo y la normativa rectora de su instancia censora (super yo).

2. LA ENFERMEDAD

La enfermedad, etimológicamente hablando, viene del latín *infirmitas*, esto es, lo que no es firme y en consecuencia no puede mantenerse por sí mismo.

Partiendo del concepto de salud orgánica, la enfermedad sería la ausencia de alteraciones visibles en el soma. Y desde la psique, el concepto de enfermedad está muy ligado a criterios subjetivos (lo psíquico es lo no explicable orgánicamente, que es lo verificable de manera empírica, científica y objetiva).

Tomando la relación triangular médico, paciente y sociedad, la enfermedad tendría los vértices siguientes:

Para el médico la enfermedad se manifiesta principalmente con la observación de desórdenes objetivos de tipos orgánicos (bioquímicos, celulares y anatómicos) y funcionales (ya sea por intensificación, disminución, abolición o alteración de funciones fisiológicas).

Laín-Entralgo¹ señala cinco momentos importantes en la vivencia (para el enfermo) de una enfermedad:

- a) La aflicción: porque la enfermedad es lamentable.
- b) El impedimento: porque limita la vida, impide hacer cosas.
- c) La amenaza: el enfermo siente riesgo de morir.
- d) La soledad: la enfermedad aísla al centrar al enfermo en su “aquí” y su “ahora”. Genera una posición del enfermo ante sí mismo, además de la que adoptan las personas que le rodean.
- e) El recurso: porque libera de los deberes que la sociedad impone.

Y, el último vértice, nos dice que es la sociedad y sus juicios la que construyen el concepto de lo que es enfermedad, al menos las de carácter mental. Así, una conducta puede ser considerada normal y saludable en una cultura, pero aberrante en otra. No obstante no podemos aseverar que una persona es sana en la medida en que está adaptada a su cultura, pues la sociedad puede estar inmersa en irracionalidad. Por ejemplo, un ciudadano de la Alemania Nazi que se sintiera feliz y adaptado a tal régimen no puede ser considerado sano mentalmente, por lo menos por nosotros, mas, sí lo era para esa sociedad.

El comportamiento humano es consecuencia de una serie de operaciones psíquicas que se exteriorizan. Entonces, ¿cuándo ese comportamiento es normal? ¿Cuáles son los límites en salud mental?

¹ Laín-Entralgo, P. *Concepto de Salud y Enfermedad*. Barcelona: Toray. 1965. p. 13.

Hoy día resulta fácil equiparar los conceptos de enfermedad mental y anormalidad. Sin embargo, gracias a las tendencias humanitarias modernas, a la pérdida de control de la religión, más aún la católica, al prestigio de la medicina y al terrero que han ganado la psicología y sociología, el concepto de anormalidad que antes tuvo consecuencias punitivas porque se entendió como sinónimo de maldad, ahora ha pasado al plano de enfermedad, ganándole el tratamiento espacio a la sanción.

3. EL CRIMEN Y LOS TRASTORNOS MENTALES

El crimen en todas las épocas ha interesado a la humanidad. Bien describe el libro de Génesis el fratricidio premeditado de Caín contra su hermano Abel por motivos de celos.

Los griegos fueron los primeros en estudiar las enfermedades mentales con un método científico, separando el estudio de la mente de los conceptos religiosos. Uno de los grandes aportes fueron los tratamientos psicológicos utilizados, entre los cuales hay que destacar la inducción al sueño, interpretación de los sueños y el diálogo con el paciente. Hipócrates en este sentido afirmó que las enfermedades se producían por la falta de equilibrio entre los humores esenciales (flema, bilis y sangre) que daban lugar a personalidades flemáticas, coléricas y sanguíneas. Fue el primero en afirmar que los sueños son expresiones de nuestros deseos cuando se elimina la censura de la realidad. Así mismo, otro de sus grandes aportes en esta materia fue la clasificación de las enfermedades mentales en epilepsia, manía, paranoia, delirio tóxico, psicosis puerperal, fobias e histeria.

Sócrates trató de establecer un perfil del delincuente con su frase célebre: “el hombre malvado no lo es por su nacimiento, sino por su falta de cultura”.

Los romanos siguieron las filosofías griegas sobre las pasiones y los deseos insatisfechos, que catan en el alma, produciendo enfermedades mentales

Durante la Edad Media, las ciencias ocultas y la religión fueron las que se ocuparon de estudiar el crimen y sus causas. La astrología destacó los estudios que relacionaron los signos del zodiaco y los tipos de crímenes. Así los signos de fuego (Aries, Leo y Sagitario) fueron considerados como propensos a reacciones agresivas; los de aire (Géminis, Acuario y Libra) los relacionaron con comportamientos antisociales y delitos sexuales; los de tierra (Tauro, Virgo y Capricornio) con conductas egoístas que tendían a la delincuencia patrimonial, y, los signos de agua (Cáncer, Escorpio y Piscis) con propensión al desequilibrio emocional y a crímenes pasionales.

La brujería y la demonología consideraron que la razón de ser del delito se encontraba en el pecado, de allí la inquisición no sólo desencadenó la caza de brujas sino a los dementes y herejes, pues éstos eran considerados brujos por pacto, inducción o posesión.

El renacimiento, que ofreció la promesa de un nuevo espíritu de humanismo y conocimiento, se convirtió en un cruel capítulo para la historia de la psiquiatría. En 1484 los teólogos alemanes Heinrich Kramer y Johann Sprenger con el apoyo del Papa publicaron el *malleus maleficarum* (el martillo de las brujas) que atribuyó la causa de todas las enfermedades mentales al demonio, siendo el único tratamiento válido la tortura y la cremación como un acto de piedad para “liberar el alma”, y que unido a la existente misoginia de la iglesia, dieron lugar a la muerte de miles de personas en su mayoría mujeres.

El imperio árabe a diferencia de los cristianos, no creía que los enfermos eran poseídos por los demonios, sino más bien que tenían cierta condescendencia divina y por ello el trato fue de cierta forma benevolente. De allí que construyeron hospitales con secciones para este tipo de enfermos.

Después de la etapa acientífica llegaría la pre-científica que se inicia aproximadamente en el siglo XVI con tres corrientes que explicaron el crimen de manera distinta: para la utopía, los factores sociales como la pobreza, oportunidades culturales, guerras... etc., eran determinantes de la criminalidad; para la ilustración era el consenso de todos los ciudadanos y las normas que de allí emanaban las que determinaban lo que era crimen (principio de legalidad); y, para la corriente clásica, que tuvo como postulado el contrato social, el delincuente es una persona normal que ha hecho mal uso de su libertad apartándose de la sociedad.

Finalmente la etapa científica en la criminología aparece con el positivismo, que consideró que una persona nace con una predisposición para el bien y el mal, en otras palabras, defendió la predisposición para el crimen. El delincuente sería un ser atávico, degenerado, con anomalías de base congénita. Destaca Lombroso, padre del positivismo, que después de un análisis antropológico a una serie de delincuentes, afirmó que existen malformaciones craneales en ellos. Así estableció una correlación entre las malformaciones y algunos tipos de personalidad.

La escuela de Lyon en el siglo XIX toma postulados de la escuela Positivista y consideró al criminal como un “microbio” que si encuentra el caldo de cultivo adecuado, hace germinar al delincuente y su predisposición se convierte en aptitud criminal.

En el siglo XX los estudios más importantes los encabezó Sheldom, quien correlacionó rasgos corporales con características físicas o temperamentales utilizando datos de la embriología.

En el campo de la endocrinología se ha estudiado el comportamiento criminal aunado a procesos hormonales debido a la conexión existente entre el sistema hormonal y el neurovegetativo (responsable de la vida instintiva y afectiva). Por ejemplo, en muchos delincuentes se ha notado hipertiroidismo; otros estudios han comprobado que los reclusos violentos y los delincuentes sexuales presentan unos niveles de testosterona elevados en comparación con el resto de los reclusos y con los no delincuentes.

La genética y la fisiología son factores decisivos en el desarrollo de un asesino serial, sin embargo, no son capaces de explicarlo todo. Los factores ambientales pueden crear o destruir por completo una personalidad antisocial.

Metales como el manganeso, hierro, cadmio y cobre han sido encontrados en altos niveles dentro del sistema de varios criminales violentos. El exceso de manganeso disminuye los niveles de serotonina y dopamina en el cerebro, situación que representa el preludio de la violencia.² El alcohol acentúa la contaminación por metales en sangre. Por otra parte de acuerdo con varios investigadores, defectos en el cerebro o lesiones graves en el mismo, son un factor presente en los casos de conducta violenta. Lesiones en el hipotálamo, el lóbulo temporal o en la región límbica provocan desajustes en la conducta y/o en la personalidad.³

El hipotálamo regula el sistema hormonal y las emociones. El llamado “cerebro superior” tiene poco control sobre esta región. Y existe una gran cercanía física entre las regiones que controlan la sexualidad y la agresividad dentro del mismo hipotálamo. Esta región cerebral puede lesionarse a través de un accidente o por desnutrición. El lóbulo temporal es más susceptible al daño físico debido a que la parte del cráneo que lo protege es muy delgada.

El investigador Pavlos Hatzitaskos demostró que una gran porción de los condenados a muerte tuvo severas lesiones cerebrales y que 70% de los pacientes que sufrieron algún daño cerebral desarrollaron alguna conducta violenta:

² José Manuel Alemán Falcón en flcn74@icqmail.com

³ Pamela Y. Blake, Jonathan H. Pincus and Cary Buckner *Neurologic abnormalities in murderers*, *Neurology*, 45, September 1995, pp. 1641-1647.

La mayoría de los asesinos seriales sufrieron lesiones en la cabeza durante las golpizas de que fueron objeto, golpes completamente accidentales, etc. Entre ellos tenemos a Leonard Lake, David Berkowitz, Kenneth Bianchi, John Wayne Gacy y a Carl Panzram.⁴

4. LOS TRASTORNOS MENTALES

El concepto psiquiátrico de enfermedad mental es mucho más amplio que el concepto jurídico; para el Derecho sólo cuentan las alteraciones de las facultades superiores como el juicio, el intelecto y la conciencia, entendiendo por juicio en sentido estricto el conocer las consecuencias de los actos que se realizan, el razonamiento y la voluntad libre. Para la psiquiatría se extiende a los trastornos de la inteligencia, los trastornos de personalidad, la neurosis, los trastornos sexuales,... etc.

Codón y López Saiz (1968) hablan de un concepto psiquiátrico y un concepto jurídico de enfermedad mental. Desde el punto de vista psiquiátrico comprende muy diversos y heterogéneos trastornos de psiquismo humano que no se refieren de manera exclusiva a las perturbaciones patológicas de las funciones mentales (psicosis), sino que se extiende al desarrollo defectuoso del psiquismo (oligofrenias), la pérdida de las facultades intelectuales (demencia), la desarmonía entre los diferentes factores psíquicos (psicopatías) y a las reacciones anormales de la personalidad (neurosis). El concepto jurídico de los autores mencionados coincide con el criterio del Tribunal Supremo Español en torno a la enfermedad mental como:

Un trastorno del psiquismo total o parcial, permanente o transitorio, de base psicopatológica, no buscado a propósito para delinquir, que produce la anulación o alteración de las facultades superiores en diversos grados.

El tema que nos ocupa es la relación entre las alteraciones psicosomáticas y la criminalidad, de allí que estudiaremos en lo posible las principales alteraciones de la psique y del soma que se relacionan con el crimen. Comenzamos definiendo los grandes síndromes psiquiátricos y su correlación con la segunda variable en estudio, para luego hacer una pequeña referencia en torno a su tratamiento legal.

⁴ *Ibidem.*

4.1 LA PSICOSIS

4.1.1 Definición y síntomas para su diagnóstico

Según el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-IV *“La definición más restrictiva del término psicótico se refiere a las ideas delirantes y a las alucinaciones manifiestas, debiendo presentarse estas últimas en ausencia de conciencia de su naturaleza patológica”*. Una definición algo menos restrictiva también incluiría las alucinaciones manifiestas que son reconocidas como experiencias alucinatorias por el sujeto. Finalmente, el término se ha definido conceptualmente como una pérdida de las fronteras del ego o un grave deterioro de la evaluación de la realidad.

Se trata entonces de un trastorno mental generalmente severo, que desorganiza la personalidad, desconecta al sujeto con el mundo real y lo incapacita psicológicamente al tomar como ciertas sus propias elaboraciones mentales y al carecer de conciencia de su enfermedad.

Tradicionalmente se clasificaban en endógenas y exógenas. Hoy se prefieren los términos “psicosis funcional” y “psicosis somatógenas”, respectivamente. Las funcionales están representadas por las esquizofrenias, por la enfermedad bipolar, las psicosis afectivas... etc. Las psicosis somatógenas se clasifican en sintomáticas (cuya etiología está relacionada con infecciones, enfermedades endocrinas, enfermedades metabólicas... etc.), las psicosis orgánicas (originadas por procesos de daños de las células nerviosas, tumores cerebrales, traumas craneales, enfermedades como sífilis neurológicas... etc.), y las psicosis provocadas por agentes tóxicos del exterior como el mercurio, plomo, alcohol, cocaína... etc.

Sánchez (1966) afirma que:

La psicosis esquizofrénica representa un grupo de alteraciones caracterizadas por trastornos fundamentales en las relaciones con la realidad, con tendencia a deformar y evadir la realidad; por desarmonía emocional y discordancia en el equilibrio ideoafectivo; por desórdenes en el curso y en la organización del pensamiento; por una conducta impredecible y regresiva, y, en algunos por tendencia al deterioro.

Sin embargo, cualquier concepto de esquizofrenia y psicosis es meramente sintomatológico.

La etiología es multifactorial y abarca desde la herencia, el medio familiar, el ambiente, enfermedades médicas, inducción por sustancias... etc.

El DSM-IV intitula un capítulo “esquizofrenia y otros trastornos psicóticos” refiriendo sus síntomas principalmente a la presencia de dos o más de los siguientes:

- a) Ideas delirantes o distorsiones del pensamiento inferencial.
- b) Alucinaciones manifiestas o alteración de la percepción o las experiencias.
- c) Lenguaje desorganizado caracterizado por el descarrilamiento frecuente o incoherencias.
- d) Comportamiento catatónico o desorganizado.
- e) Síntomas negativos o restricciones de la expresión emocional como el aplanamiento afectivo, la abulia,... etc.
- f) Además de la disfunción social o laboral desde el inicio de la alteración, siendo persistentes sus signos durante al menos seis meses.
- g) Se deben excluir para el diagnóstico de la esquizofrenia los trastornos del estado de ánimo y los trastornos esquizoafectivos, el consumo de sustancias como medicamentos o cualquier tipo de droga y la presencia de una enfermedad médica.
- h) No necesariamente deben concurrir todos estos síntomas, el mismo Manual de Diagnóstico establece cuáles, cuántos y con qué frecuencia pertenecen, a qué tipo de esquizofrenia o a qué tipo de trastorno psicótico.

Así, en la esquizofrenia de tipo paranoide se exige la preocupación por una o más ideas delirantes o alucinaciones auditivas frecuentes. Aquí no hay lenguaje desorganizado ni comportamiento catatónico o desorganizado, como tampoco afectividad aplanada o inapropiada. En la de tipo desorganizado predominan un lenguaje y comportamiento desordenado, afectividad aplanada, pero no se cumplen los criterios para el tipo catatónico. La esquizofrenia de tipo catatónico está dominada por al menos dos de los siguientes síntomas: inamovilidad motora manifestada por catalepsia, actividad motora excesiva sin estímulos externos, negativismo extremo que se manifiesta en resistencia a todas las órdenes, o mantenimiento de postura rígida contra intentos de ser movido, adopción de posturas y muecas extrañas y ecolalia o ecopraxia.

El contenido y el tema de las ideas delirantes son diversos, las más frecuentes son las ideas de persecución: la persona cree que está siendo espiada, seguida,

ridiculizada, engañada,... etc. Pueden ser autorreferenciales: creer que comentarios, gestos, letras de canciones, pasajes de libros están dirigidos a ella.

Las alucinaciones pueden ocurrir en cualquier modalidad sensorial. Las más características de la esquizofrenia son las auditivas, experimentadas generalmente como voces. Su contenido puede ser variable, hay voces que ofenden, otras que ordenan, otras que elogian, sin embargo, las peyorativas o amenazantes son especialmente frecuentes. No obstante estas alucinaciones deben producirse en un contexto de claridad sensorial, así las que se producen mientras se concilia el sueño o al despertar, se consideran como una experiencia normal.

En ciertas culturas existen alucinaciones como normales en un contexto religioso.

El lenguaje puede presentar diversas formas de desorganización: saltar de un tema a otro, “perder el hilo”, respuestas no relacionadas con la pregunta; puede verse cundido de palabras misteriosas, de significados propios de juego de palabras; a otros los obliga el mutismo absoluto.

El comportamiento varía desde conductas infantiles, vestir de forma poco común, comportamientos sexuales inapropiados, agitación sin motivos (por ejemplo, gritar). Pueden presentarse comportamientos catatónicos que van desde el estupor hasta posturas catatónicas.

El deterioro emocional de estas personas se caracteriza por lo que se denomina “aplanamiento afectivo” o “autismo” donde la indiferencia y la apatía juegan un papel importante.

El juicio está absolutamente comprometido en la esquizofrenia y psicosis. Hay ausencia del saber (quién soy, dónde estoy, qué hago), del razonamiento o conciencia de las consecuencias de los actos (lo bueno y lo malo) y de la voluntad, pues ésta pudo verse coaccionada por una voz que obligó a cometer el delito.

4.1.2 *La psicosis y el crimen*

Ahora bien, entrando en materia criminal, hay crímenes que corresponden a conductas que comenten sujetos psicóticos, cuyas características dependen del tipo de psicosis que presenta, de allí la variedad de delitos. Lo común es la falta de motivación aparente, pues se trata de una persona enferma. Su crimen puede parecernos incomprensible e inexplicable. No obedecen a una planificación rigurosa, no hay conciencia del daño causado.

El homicidio o todo tipo de lesiones contra las personas se caracterizan por la banalidad o ausencia de motivación, por la crueldad o violencia al ser ejecutado, la falta de reacciones emotivas una vez hecho y la confesión pueril del mismo.

Dentro de los crímenes cometidos por este tipo de sujetos, los homicidios contra quienes la mente del enfermo constituyen sus enemigos cobran importancia. Por ejemplo, los que deliran con la idea de sanear la sociedad de algún tipo de personas (mendigos, prostitutas, políticos, homosexuales... etc.); quienes buscan transformar la sociedad con ideales políticos o religiosos, capaces de captar fanáticos y provocar suicidios colectivos o disturbios.

La psicosis puede estar acompañada del trastorno maníaco depresivo. En la fase maníaca puede ejecutar delitos contra la propiedad (hurto, robo), delitos sexuales (violación, actos lascivos, pedofilia, corrupción de menores, exhibicionismo, ultrajes al pudor), delitos contra la autoridad. En la fase depresiva el homicidio, al pretender eliminar el padecimiento propio o ajeno con la muerte. Puede tener conductas autopunitivas haciéndose responsable de crímenes que no cometió.

El esquizofrénico crea hechos fantásticos e inéditos relacionándolos con hechos irrelevantes, pero dándole una significación de absoluta certeza, esta es la causa de cometer delitos bajo la primicia de salvar el honor, proteger la vida, eliminar un mal... etc.

En la esquizofrenia simple los enfermos se convierten en indigentes por el grado de empobrecimiento social que padecen.

Jáscara Doerschlag acerca de los delitos cometidos con más frecuencia por los esquizofrénicos escribió:

Cometen delitos contra la propiedad, contra la moral y las buenas costumbres; contra las personas. Todos los delitos perpetrados a causa de la psicosis, provocados por las alucinaciones, los delirios, los trastornos de la afectividad y los trastornos conativo-motores.

El esquizofrénico, que no recibe la medicación adecuada, que tampoco tiene apoyo familiar muchas veces se convierte en un vago de las calles, el llamado loco de la zona, en cuyo caso pueden llegar a hurtos menores o a robos pequeños, para obtener quizás comida.

Otros a causa de las alucinaciones y de la propia interpretación de los acontecimientos pueden causar lesiones o hasta llegar al homicidio, en la forma más brutal y con absoluta sangre fría por la transformación de su mundo afectivo. Los esquizofrénicos paranoides cometen en mayor cuantía delitos que se caracterizan por su extremada violencia.

En un estudio estadístico realizado por el Departamento de Psiquiatría Forense del Cuerpo de Investigaciones Penales, Científicas y

Criminológicas durante el año 2000, se obtuvieron los siguientes resultados: De 1.587 pacientes evaluados, por estar involucrados en la comisión de algún delito a 10 se les diagnosticó Esquizofrenia y de estos 10, uno había cometido un homicidio; dos, violaciones, uno robo; uno lesiones; y uno violencia doméstica. Así mismo, en entrevista concedida por la Doctora Minerva Calderón, se observó que el delito esquizofrénico se caracteriza muchas veces por ser bizarro y rayar en lo absurdo; otras porque el enfermo esquizofrénico es involucrado en delitos por ser de alguna manera manejable.⁵

4.1.3 Tratamiento legal de la psicosis

Los artículos 62 y 63 del Código Penal venezolano, Ley de Reforma Parcial (2005) establecen:

Artículo 62. No es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos.

Sin embargo, cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave, el Tribunal decretará (sic) la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal. Si el delito no fuere grave o si no es el establecimiento adecuado, será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo.

Artículo 63. Cuando el estado mental indicado en el artículo anterior sea tal que atenúe en alto grado la responsabilidad, sin excluirla totalmente, la pena establecida para el delito o falta se rebajará conforme a las siguientes reglas:

1. En lugar de la de presidio, se aplicará la de prisión, disminuida entre dos tercios y la mitad.
2. En lugar de la prisión, se aplicará la de arresto, con la disminución indicada.
3. Las otras penas divisibles se aplicarán rebajadas por mitad.

⁵ Doerschlag, Jáscara, 2003. *La psicosis esquizofrénica: Su inimputabilidad*, trabajo especial de grado, Universidad Católica Andrés Bello.

Y, en torno a la conservación y conmutación de las penas, el artículo 58 expresa:

Quando el delincuente cayere en locura o imbecilidad después de recaída sentencia firme condenatoria, se procederá como lo dispone el artículo 62 en su aparte final, y si recobrare la razón, cumplirá el tiempo de pena que aún estuviere pendiente, descontando el de la enfermedad.

Tenemos entonces que en Venezuela no es castigado un sujeto que cometa un delito cuando padece una enfermedad mental y de manera suficiente con las sanciones atribuidas por la ley, porque no se le imputa como tal. No se pueden atribuir las consecuencias de un acto cuando no se tiene el libre albedrío para realizarlo. Libertad o facultad que permite elegir entre dos actos (ejecutar un delito o no hacerlo). Según Santo Tomás, el delito como acto humano debe ser ejecutado por un hombre, pero por un hombre racional y libre (*vis electiva*).

Así mismo, el legislador ordena atenuar la responsabilidad penal sin excluirla totalmente, para los casos de delitos cometidos por sujetos con algún trastorno mental, cuya deficiencia sea grave, pero no suficiente para privarlo en su totalidad de la conciencia y la libertad de sus actos.

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en torno a la psicosis, ha establecido que es la prueba de la falta de conciencia del sujeto que ha sido imputado de un delito lo que debe valorar el juez para absolverlo. Así lo disponen los fallos siguientes:

a) ...después la juzgadora, en el capítulo que se refiere a la responsabilidad penal, decidió absolver al imputado basada en lo siguiente:

...que es inimputable quien realiza la acción en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia, siendo la que aqueja al indiciado de esta naturaleza (psicosis orgánica tipo esquizofrenia)... Esta alzada acuerda entregar al ciudadano Benigno Alberto Rodríguez a su familia, previo compromiso de la misma para su tratamiento en el Centro Psiquiátrico y Custodia del procesado...

La Sala deja constancia que la Juez *a quo* para arribar a tal conclusión, transcribió parcialmente en el texto de la sentencia el informe emanado del Instituto Residencial del Este, la Constancia procedente del Ministerio del Trabajo y el examen médico forense practicado al imputado. Observa este Tribunal Supremo que el fallo de segunda instancia incurrió en un vicio de inmotivación como lo alegó el recurrente, en virtud de que omitió el análisis de esas pruebas y por consiguiente la expresión de las razones de hecho en que se funda-

mentó para apreciar de suficiente la enfermedad mental padecida por el imputado Benigno Alberto Rodríguez, para privarlo de la conciencia de sus actos y absolverlo de los cargos fiscales por la comisión de los delitos de robo a mano armada en grado de frustración y porte ilícito de arma (...) (sentencia 165 del 22 de febrero del año 2000, ponencia del Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros).

b) ...En autos se demuestra que durante el proceso seguido a Geoffrey Roa Vivas, se practicaron varios exámenes a fin de determinar su estado de salud, tanto físico como mental, cursando al folio 89 el Informe Clínico realizado por la Unidad Sanitaria de Maracay del Estado Aragua, del cual se desprende que el acusado es epiléptico. Al folio 97 cursa Experticia N° 3731, de fecha 30 de mayo de 1990, practicada por los Doctores José Hernán Ramírez Quintero y Rosa Guerrero de Arellano, adscritos a la Medicatura Forense de San Cristóbal, mediante la cual se determinó que el referido sujeto padecía de Epilepsia total y parcial, debido a un daño cerebral de curso crónico, con fenómenos paro-sísticos, alteraciones de la conciencia, estados de automatismo simples y complejos donde el individuo no registra su conducta, ni las circunstancias medio ambientales (...)

El sentenciador de la recurrida estableció en su fallo que la causa del estado de inconciencia del acusado para el momento en que cometió el delito de Homicidio, se debió a la epilepsia, razón por la que concluyó expresando que “el procesado Geoffrey Roa Vivas, no tenía percepción de la realidad, libertad de sus actos, ni conocimiento objetivo de lo que estaba sucediendo en ese momento” y que “la Epilepsia fue suficiente para privarlo de la libertad de sus actos”, por lo que estimó que se configuraba la causa de inimputabilidad prevista en el artículo 62 del Código Penal (...) (sentencia 393 del 31 de marzo del año 2000, ponencia del Magistrado Doctor Rafael Pérez Perdomo).

c) ...Ahora bien, esta Sala ha establecido en anteriores oportunidades, que la eximente de responsabilidad contenida en el artículo 62 del Código Penal, es aplicable, entre otro supuesto cuando el agente se encuentra en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos.

Para que se excluya la imputabilidad, no basta que se constate la existencia de una enfermedad mental, pues, se requiere que aquélla produzca los efectos señalados en el artículo 62 del Código Penal, los cuales consisten en afectar suficientemente la conciencia o liber-

tad de sus actos, vale decir, que afecte gravemente la capacidad de entender o de querer del sujeto (...) (sentencia 896 del 27 de junio del año 2000, ponencia del Magistrado Doctor Rafael Pérez Perdomo).

d) ...Dadas las características de la disritmia cerebral (epilepsia-petit mal), que no permite precisar si quien la padece, fuera de la crisis, está perturbado o no mentalmente, debe admitirse que el reo está amparado por la atenuante del artículo 63 del Código Penal, que se refiere al estado mental que disminuye en alto grado la responsabilidad, sin excluirla totalmente (...) (sentencia del 14 de octubre de 1966).⁶

4.2 LAS NEUROSIS

4.2.1 Significado

Significado literal: “lleno de nervios”.

La neurosis es un trastorno originado por un conflicto o evento traumático (psíquico) que por ser doloroso e inaceptable para el sujeto, lo reprime, generando angustia y pena. La angustia es la fuente dinámica común de las neurosis. Así, para controlarla, el sujeto adopta un mecanismo de defensa o de adaptación patológica, siendo que el tipo de neurosis depende del tipo de mecanismo defensivo utilizado.

La defensa es una medida involuntaria o inconsciente que adopta el sujeto con el objetivo de protegerse contra el sufrimiento que le produce una situación dolorosa (represión, negación, sublimación... etc.)

Se trata de un trastorno mental sin una base orgánica demostrable y quien la padece ha alcanzado una función mental relativamente adecuada, la personalidad no está desorganizada y no hay pérdida de la realidad.

Las manifestaciones principales incluyen angustia exagerada, síntomas histéricos, fobias, obsesiones, compulsión y síntomas depresivos.

Se clasifican en:

a) Neurosis de angustia: va desde períodos de agitación moderada hasta estados de profunda ansiedad y tensión. Aparición súbita de

⁶ Pérez Chiriboga, Belén, 2000. *Código Penal Venezolano*. Colección Textos Legislativos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, p. 79.

síntomas de miedo, aprensión, falta de aliento, palpitaciones, sensación de asfixia, miedo a “volverse loco” o perder el control.

b) Neurosis hipocondríaca: preocupación y miedo a tener, o la convicción de padecer, una enfermedad grave a partir de la interpretación personal de síntomas somáticos, que persisten a pesar de las exploraciones y explicaciones médicas apropiadas. No obstante, este miedo no es de tipo delirante como en la psicosis y no se limita al aspecto físico. Produce deterioro social, laboral... etc.

c) Neurosis histérica (conversiva y disociativa): la histeria de conversión se manifiesta a través de pérdida o distorsión de una función corporal, que sugiere una enfermedad médica, pero no hay un substrato orgánico que lo explique, no está bajo el control consciente de quien la padece y no es simulado (quedarse ciego, no poder hablar,... etc.). Los estados disociativos se manifiestan en impulsos destructivos primarios. El trastorno de conversión presenta síntomas comunes a los trastornos disociativos (convulsiones disociativas, anestesia disociativa, pérdida sensorial) ambos sugieren una disfunción neurológica y con frecuencia se manifiestan en el mismo sujeto. Generalmente las neurosis histéricas están relacionadas con actitudes de tipo dramático o histriónico, la fácil sugestionabilidad y la llamada *belle indifference* o falta de preocupación sobre la naturaleza de su padecimiento.

d) Neurosis fóbica: miedo excesivo, persistente e irracional a un objeto, ante una actividad o situación específica (estímulo fóbico) que da lugar a un deseo de evitarlo o afrontarlo con terror. Este miedo es reconocido por el propio sujeto y le produce deterioro social y laboral. El objeto fóbico puede ser de cualquier naturaleza (un animal, visión de sangre, volar, contacto con el agua, precipicios, administración de inyecciones, actuaciones en público,... etc.) y su presencia o anticipación produce una respuesta de ansiedad y evitación.

e) Neurosis obsesivo-compulsiva: pensamientos, impulsos o imágenes que de manera recurrente y persistente causan ansiedad y malestar significativos. Quienes los padecen reconocen que son producto de su mente, excesivos e irracionales y que interfieren marcadamente con la rutina diaria, sus relaciones laborales, vida social... etc. Las compulsiones o actos repetitivos van desde comportamientos (lavarse las manos, ordenar objetos, caminar en línea recta) hasta actos mentales (rezar, contar, repetir una frase) que tienen como objetivo reducir el malestar.

f) Neurastenia: caracterizada por síntomas depresivos, debilidad, fatiga, sensación de estar exhausto y en ocasiones autodesprecio.

4.2.3 *Las neurosis y el crimen*

Las neurosis a pesar de ser consideradas trastornos mentales, no sustraen del sujeto el principio de realidad y la conciencia de la enfermedad. En casos de trastorno grave se indica atención de un psiquiatra que administrará medicamentos y un psicoterapeuta para llegar a conocer y comprender la influencia que algunos acontecimientos de la vida del paciente (principalmente ocurridos en la infancia y no aclarados) han tenido sobre la personalidad, y darle a éste la oportunidad de encontrar una solución madura y apropiada a sus conflictos.

A diferencia de las psicosis, en la estructuración de las neurosis siempre intervienen conflictos psicológicos y no hay pérdida del sentido de realidad (el neurótico se reconoce enfermo o puede admitir su conflicto) por ello acude a los especialistas.

El valor criminológico de las neurosis es escaso en la medida que el criminal que la padece cuenta con una personalidad organizada, la apreciación de la realidad no se ha alterado, posee una introspección considerable y un comportamiento dentro de los límites aceptables por la sociedad; en consecuencia, sus actos en el campo del Derecho Penal son evaluados como los que ejecuta una persona completamente sana.

4.3 *LOS TRASTORNOS DE PERSONALIDAD*

Antes de hablar de estos trastornos, es oportuno definir a la personalidad como los patrones duraderos de percibir, relacionarse y pensar acerca del ambiente y de uno mismo.

Según el DSM IV un trastorno de personalidad es:

un patrón permanente e inflexible de experiencia interna y de comportamiento que se aparta acusadamente de las expectativas de la cultura del sujeto, tiene su inicio en la adolescencia o principio de la edad adulta, es estable a lo largo del tiempo y comporta malestar o perjuicios para el sujeto.

La Organización Mundial de la Salud en la décima revisión de la clasificación internacional de las enfermedades, los define como:

Alteraciones graves de la constitución caracterológica y de las tendencias conductuales de la persona, que no proceden directamente

de enfermedades, daños o de otros traumas del cerebro, ni de otros trastornos psiquiátricos. Habitualmente comprometen varias áreas de la personalidad y casi siempre se acompañan de considerable sufrimiento personal (ansiedad y depresión y de desorganización de la vida social). Generalmente se manifiestan desde la infancia o desde la adolescencia, manteniéndose hasta la vida adulta.

El DSM IV clasifica los trastornos de personalidad de la manera siguiente:

a) Trastorno paranoide de la personalidad: es un patrón de desconfianza y suspicacia hacia los otros que hace que se interpreten maliciosamente las intenciones de los demás, aunque no tengan prueba alguna que apoye estas presunciones. Quienes padecen este trastorno se sienten ofendidos o blancos de algún complot en su contra; dudan de la fidelidad de sus amigos (cuando los tienen, porque por lo general son reacios a confiar o intimar con los demás). Tal es su desconfianza que pueden vislumbrar significados ocultos en lo dicho o hecho por otras personas, desde halagos, ofertas hasta errores. Suelen albergar rencor al menor desprecio que les hayan hecho. Cuando se sienten agredidos contraatacan con rapidez y cargados de rabia. Pueden ser patológicamente celosos y justificar sus celos reuniendo pruebas triviales y circunstanciales que ayuden a confirmar sus sospechas.

Con estas personas es difícil llevarse bien debido a la suspicacia, cautela y sarcasmo con el que se relacionan.

Por ser sujetos desconfiados tienen una necesidad excesiva de ser autosuficientes. Tienden a controlar a quienes les rodean y culpan a los demás de sus propios errores.

No se diagnostica este trastorno si aparece exclusivamente en el transcurso de un trastorno psicótico o si es debido a los efectos fisiológicos de una enfermedad neurológica.

b) Trastorno esquizoide de personalidad: es un patrón de desconexión de las relaciones sociales y de restricción de la expresión emocional.

Los sujetos con este trastorno no demuestran tener deseos de intimidad y se muestran indiferentes ante la posibilidad de establecer relaciones personales, formar parte de una familia o de un grupo social, escogiendo siempre actividades solitarias o que no requieren interacción con otras personas. Como conse-

cuencia de esto, su interés en las experiencias sexuales es escaso, al igual que las experiencias sensoriales, como disfrutar de un atardecer, caminar por la playa, hacer el amor... etc. Carecen de amigos íntimos o personas de confianza, salvo algún familiar por lo general.

Son personas que se muestran indiferentes a la aprobación o crítica de los demás, muestran pocos gestos o expresiones faciales de reciprocidad en un saludo o ante una noticia.

Presentan una afectividad restringida, lucen fríos y distantes

En algunos casos este trastorno esquizoide puede experimentar episodios psicóticos muy breves o en otros casos puede aparecer como antecedente premórbido del trastorno delirante o esquizofrenia.

c) Trastorno esquizotípico de la personalidad: es un patrón de malestar intenso en las relaciones personales, distorsiones cognoscitivas o perceptivas y excentricidades del comportamiento.

Estos sujetos suelen tener ideas de referencia, por ejemplo, algún incidente tiene un significado especial; pueden ser supersticiosos o muy preocupados por fenómenos paranormales, sienten que tienen poderes especiales para saber los hechos antes de que sucedan o para leer pensamientos, creyendo que poseen un control mágico para que sucedan o no algunas cosas, por ejemplo, pasar tres veces encima de algún objeto o decir unas palabras y evitar con ello las consecuencias negativas o desgracia de cualquier pequeño accidente. Su lenguaje en consecuencia incluye construcciones propias y raras.

d) Trastorno antisocial de la personalidad: es un patrón de desprecio y violación de los derechos de los demás. Comienza en la infancia o a principios de la adolescencia y continúa en la edad adulta. Se ha denominado como “psicopatía”, “sociopatía” o trastorno disocial de la personalidad.

El significado etimológico de palabra psicópata proviene del griego *psique*, *alma* y *patos*, *dolencia*, es decir, dolencia del alma.⁷

Ahora surge el interés por entender el significado de la palabra psicopatía o personalidad psicopática. Para la Asociación Psiquiátrica Americana (APA), se define como:

⁷ Diccionario ASURI de la lengua española, tomo I, España, 1988.

Una persona cuya conducta es predominantemente amoral y antisocial que se caracteriza por sus acciones impulsivas e irresponsables, encaminadas a satisfacer sus intereses inmediatos y narcisistas, sin importar las consecuencias sociales, sin demostrar culpa ni ansiedad.⁸

Los psicópatas tienen unas emociones muy particulares, marcados por la explotación insensible de los demás (falta de sentimientos de culpa) y la incapacidad para enfatizar con los otros, tienen ausencia de nerviosismo y vergüenza, egocentrismo e incapacidad para amar, gran pobreza de reacciones afectivas básicas, la temeridad y el comportamiento irresponsable, la ausencia de vínculos afectivos íntimos (falta de amor).

Al psicópata no le retienen imperativos morales, ni sentimientos de verdadera lealtad o de auténtica intimidad, esto le permite obrar como un depredador social satisfaciendo sus propias necesidades inmediatas sin tener en cuenta las consecuencias. Los psicópatas abundan entre los asesinos multicidas y más entre aquellos que dejan pasar cierto tiempo entre un homicidio y otro. Cuando estos homicidas han cometido tres o más asesinatos reciben el nombre de “asesinos en serie”.

Pero no todos los asesinos en serie son psicópatas, también hay enfermos mentales: psicóticos y esquizofrénicos. Los esquizofrénicos como se explicó anteriormente, escuchan voces que les dicen lo que tienen que hacer.

Pero además, los psicópatas desarrollan una personalidad múltiple y de hecho se fascinan con sus propios crímenes una vez que los cometieron. Por eso es que la inmensa mayoría colecciona los recortes de la prensa o un porcentaje menor se presenta como voluntario en la búsqueda del asesino.

La cuestión de la personalidad múltiple resulta inquietante, porque es uno de los principales motivos por los cuales es tan difícil atraparlos. Los asesinos seriales suelen ser personas muy formadas, muy lúcidas, que cometen sus crímenes siguiendo un patrón determinado por la lógica de la que en algún punto son víctimas. Pero en su “conducta pública” son seres humanos completamente normales. Justamente este elemento genera en el imaginario colectivo una presunción macabra: cuando ven las fotos del autor de decenas de crímenes horrorosos, esperando encontrarse con un sujeto de cara “lombrosiana”, pero se encuentran con un amable señor de lentes y afeitado, la sensación es que cualquiera puede ser un asesino serial. Y cualquiera, además, puede ser víctima de uno de ellos.

⁸ Marchiori, Hilda. *Personalidad del delincuente*. Ed Porrúa, quinta edición, México. 1996. p. 758.

Los criterios para el diagnóstico de trastorno antisocial de la personalidad, según el Manual Diagnóstico y Estadística de los Trastornos Mentales DSM IV, son los siguientes:

a) Un patrón general de desprecio y violación de los derechos de los demás que se presenta desde la edad de 15 años, como lo indican tres o más de los siguientes ítems:

1. Fracaso para adaptarse a las normas sociales en lo que respecta al comportamiento legal, como lo indica el perpetrar repetidamente actos que son motivos de detención.
2. Deshonestidad, indicada por mentir repetidamente, utilizar un alias, estafar a otros para obtener un beneficio personal o por placer.
3. Impulsividad o incapacidad para planificar el futuro.
4. Irritabilidad y agresividad, indicados por peleas físicas repetidas o agresiones.
5. Despreocupación imprudente por su seguridad o la de los demás.
6. Irresponsabilidad persistente, indicada por la incapacidad de mantener un trabajo con constancia o de hacerse cargo de obligaciones económicas.
7. Falta de remordimientos, como lo indica la indiferencia o la justificación del haber dañado, maltratado o robado a otros.

b) El sujeto tiene al menos 18 años.

c) Existen pruebas de un trastorno disocial que comienza antes de la edad de 15 años.

d) El comportamiento antisocial no aparece exclusivamente en el transcurso de una esquizofrenia o de un episodio maníaco.

Interesa saber que el trastorno disocial es incluido en los trastornos de inicio en la infancia, la niñez o la adolescencia y que tiene como criterios para su diagnóstico los siguientes:

Un patrón repetitivo y persistente de comportamiento en el que se violan los derechos básicos de otras personas o normas sociales

importantes propias de la edad, manifestándose por la presencia de tres o más de los siguientes criterios durante los últimos doce meses y por lo menos de un criterio durante los últimos seis meses:

Agresión a persona y animales.

Destrucción de la propiedad.

Fraudulencia o robo.

Violaciones graves de normas.

e) Trastorno límite de la personalidad: es un patrón de inestabilidad en las relaciones interpersonales, la autoimagen y los afectos, y de una notable impulsividad. Las características esenciales de quienes padecen este trastorno comprenden esfuerzos frenéticos para evitar el abandono, separación o rechazo (real o imaginarios) de sujetos, objetos o situaciones que ellos quieren poseer de manera exclusiva, lo que puede ocasionar cambios profundos en la autoimagen, afectividad, cognición y conducta. Estos temores a ser abandonados se relacionan con la intolerancia a estar solos. Sus esfuerzos desesperados a evitar el abandono se pueden extralimitar en automutilaciones y conductas suicidas.

Presentan un patrón de relaciones inestables e intensas. Cambian rápidamente de idealizar a los demás a devaluarlos.

Puede haber una alteración de la identidad caracterizada por el cambio de autoimagen (cambio de color del pelo, la forma de vestirse) o de criterios, opiniones o valores.

Demuestran impulsividad. Pueden apostar y gastar dinero de manera irresponsable, abusar de sustancias, involucrarse en prácticas sexuales no seguras... etc.

Pueden tener reactividad en el estado de ánimo, por ejemplo: angustia, ira, ansiedad, que duren sólo un par de horas. Sentimientos de vacío intenso y dificultades para controlar la rabia. Este mal manejo de la rabia puede constituir el rasgo que los conduzca a la agresión de personas y con ello a la comisión del delito de lesiones.

f) Trastorno histriónico de la personalidad: es un patrón de emotividad excesiva y demanda de atención.

Estos sujetos no están cómodos cuando no son el centro de atención. Son vivaces y dramáticos; seducen a quienes están conociendo con su entusiasmo, son “el alma de las fiestas” y cuando no los toman en cuenta pueden hasta inventar historias o hacer un drama para atraer la atención sobre sí mismos. Sus emociones son vividas de forma superficial y voluble; utilizan su apariencia física para llamar la atención empleando dinero y tiempo en su imagen, pueden hasta trastornarse ante un comentario crítico sobre su apariencia o ante una fotografía donde crean haber quedado mal.

En lo que respecta a su expresión verbal, expresan sus opiniones de forma contundente, dramáticos, pero en el fondo sus argumentos son vagos y difusos.

La teatralidad y las demostraciones emotivas públicas son frecuentes, sin embargo, sus emociones se encienden y se apagan con demasiada rapidez.

Son altamente sugestionables por los demás y por la moda.

Acostumbran a considerar las relaciones más íntimas de lo que son en realidad.

g) Trastorno narcisista de personalidad: es un patrón de grandiosidad, necesidad de admiración y falta de empatía.

Estas personas tienen un sentido de importancia sobre sí que los lleva a sobrevalorar sus conocimientos, capacidades y cualidades.

A menudo se preocupan por fantasías de éxitos ilimitados, ya sean académicos, de belleza, amor... etc.

Creer que son superiores, especiales o únicos, por lo que sólo pueden relacionarse con otras personas especiales, talentosas, únicas y perfectas.

Demandan admiración, piensan que se les envidia por lo que poseen y esperan que siempre se les trate de manera especial, pudiendo irritarse si los demás no les ayudan en su trabajo, les imponen un horario o hacer una cola para cualquier trámite.

Son poco sensibles en los deseos y necesidades ajenas y se impacientan con los demás cuando éstos se refieren a sus problemas o necesidades. Pueden ser ajenos al daño de sus comentarios y con frecuencia su actitud es esnobista, arrogante o soberbia.

Sus amistades o relaciones románticas se perfeccionan sólo si la otra persona se pliega a sus designios.

h) Trastorno de la personalidad por evitación: es un patrón de inhibición social, sentimientos de incompetencia e hipersensibilidad a la evaluación negativa.

Los sujetos que presentan este trastorno evitan actividades que impliquen contacto interpersonal por el miedo a las críticas o al rechazo. En este sentido son reacios a implicarse con la gente si no están seguros que agradarán. Les preocupa la civilidad de ser criticados o ridiculizados en público.

Los envuelve un sentimiento de inferioridad que los hace verse ineptos, poco interesantes o inferiores.

No corren riesgos y por ello prefieren la opción de evitar a los demás.

i) Trastorno de la personalidad por dependencia: es un patrón de comportamiento sumiso y pegajoso relacionado con una excesiva necesidad de ser cuidado.

Estas personas tienen dificultad en la toma de decisiones solos, siempre necesitan la aprobación o el consejo de alguien, por esto necesitan que “otro” asuma la responsabilidad en las principales parcelas de su vida.

Temen a la separación, evitan expresar su desacuerdo.

No hacen proyectos a su manera. Se sienten desamparados cuando están solos, y cuando terminan una relación importante buscan con urgencia otra que les brinde el cuidado y apoyo que necesitan.

j) Trastorno obsesivo compulsivo de la personalidad: es un patrón de preocupación por el orden, el perfeccionismo y el control mental e interpersonal, que empieza al principio de la edad adulta y se manifiesta en contextos como:

Preocupación por los detalles, las normas, el orden, los horarios, que los hace perder de vista el objeto principal de la actividad que realizan.

Dedicación excesiva al trabajo con exclusión de actividades de ocio, descanso, a las amistades... etc. Posponen actividades placenteras hasta perderlas de vista. Sin embargo, cuando son aficionados o realizan actividades recreativas, se las toman de manera seria porque lo que les preocupa es que queden perfectas.

Son escrupulosos en exceso, pueden forzarse a sí mismos o a los demás a seguir principios morales rígidos y normas de comportamiento muy estrictas.

Respetuosos con la autoridad y de la ley e insisten en su cumplimiento al pie de la letra.

Todo lo guardan bajo la premisa que “nunca se sabe cuándo se necesitará”. Son incapaces de botar algún objeto, aun cuando esté gastado, inútil y sin valor sentimental.

No delegan tareas porque todo debe realizarse a su manera.

Suelen ser tacaños y llevar un nivel de vida inferior al que pueden permitirse.

Rígidos y obstinados. Para ellos existe una sola forma de hacer las cosas.

4.3.3 *Los trastornos de personalidad, el crimen y su régimen legal*

Quienes padecen de un trastorno de personalidad no son enfermos mentales, motivo por el cual responden penalmente de sus actos, justamente por su capacidad de obrar con intención, discernimiento y libertad, condiciones que desde el punto de vista psicológico debe reunir un individuo para que se le pueda atribuir la comisión de un delito.

La Sala de Casación Penal, en este sentido, ha dicho lo siguiente:

a) ...En efecto, consta en las actas del expediente el informe médico de la evaluación psiquiátrica y psicológica practicada al acusado Alberto Enrique López Camarillo, por los médicos forenses Emilio Acosta Flores y Alida Zapata, adscritos a la Medicatura Forense de la Dirección Nacional de Investigaciones Penales del Ministerio de Interior y Justicia. En dicho informe se deja constancia de que el nombrado acusado, si bien presenta la tendencia a no respetar las normas sociales establecidas, así como también su adicción al consumo abusivo de drogas, no padece enfermedad mental... (sentencia 166 del 29 de abril de 2003, ponencia del Magistrado Doctor Rafael Pérez Perdomo).

b) ...Ahora bien, el informe médico psiquiátrico practicado al procesado expresa que el mismo presenta trastornos de personalidad, tales como, inestabilidad, impulsividad agresiva, tendencia a la toxicomanía (pasivo depresiva) y celotipia o celos patológicos obsesivos, los cuales aunados a la embriaguez alcohólica plena, le producen a este sujeto conductas de reacción impulsivo-agresivas incontenibles, sin poder evitarlas ni optar por otras reacciones distintas. Pero, es el caso, que en autos no está probado que el procesado, para el momento de cometer el delito que se le imputa, haya

estado bajo los efectos de una embriaguez plena, que sumada a las perturbaciones de personalidad que sufre, hayan desencadenado las reacciones a las se refiere el médico forense (...)

No infringió, pues el sentenciador el artículo 62 del Código Penal, por inobservancia o falta de aplicación, pues, no consideró que el procesado estaba privado, suficientemente, de la conciencia o de la libertad de sus actos para el momento en que cometió el hecho imputado. El juzgador, estimó que los trastornos de personalidad padecidos por el procesado atenuaban su responsabilidad y en consecuencia aplicó la rebaja de pena prevista en el artículo 63 *ejusdem...* (sentencia 896 del 27 de junio de 2000, ponencia del Magistrado Doctor Rafael Pérez Perdomo).

4.3.4 *Los rasgos de personalidad*

Los rasgos de personalidad son formas de percibir, relacionarse y pensar sobre el entorno y sobre uno mismo, que se manifiestan en una amplia gama de contextos sociales y personales; éstos se convierten en trastornos de personalidad cuando son inflexibles y desadaptativos y cuando causan un deterioro funcional o malestar subjetivo. Todos presentamos rasgos de personalidad que apuntan hacia el orden, la sumisión, inhibición o grandiosidad, desconfianza, demanda de atención... etc. Sin embargo, mientras estos “rasgos” no se implanten tanto en nuestro interior como en nuestra conducta externa, apartándose de las expectativas culturales, nos encontraremos en los límites de la normalidad. Ejemplos: una persona puede ser “normalmente” celosa en sus relaciones afectivas, pero un sujeto con trastorno paranoide de personalidad sospecha siempre que su pareja le es infiel, sin una justificación adecuada e incluso puede reunir pruebas (triviales) para confirmar sus sospechas. Una persona puede tener la tendencia a preferir actividades solitarias, un sujeto con trastorno esquizoide de personalidad, siempre está distanciado de las relaciones sociales, no disfruta de las relaciones personales, incluso el formar parte de una familia, siempre escoge actividades solitarias, tiene escaso interés (o ninguno) en las experiencias sexuales, no tiene amigos íntimos y se muestra indiferente o aplanado en sus afectos.

El concepto de trastorno de la personalidad se encuentra mal definido desde todos los puntos de vista, tanto, que muchas escuelas de la psicología no los consideran dentro de sus clasificaciones; la psiquiatría les ha atribuido múltiples diagnósticos y la medicina legal ha encontrado diversas y severas dificultades en relación con la imputabilidad.

4.4 LOS ESTADOS PASIONALES

El Código Penal regula una zona intermedia entre la mente sana y la mente enferma conocida como “arrebato” o “intenso dolor”, que no priva al sujeto de manera total de su responsabilidad por haber cometido un crimen, sino que la atenúa, condicionando esta atenuante a una “injusta provocación”. Esto obedece a que nuestra normativa penal reconoce la exaltación del ánimo o el desenlace pasional del afecto como reacción o consecuencia de un trauma (en este caso regulado como una provocación injusta).

El shock o la explosión tipificados en el artículo 67 del Código Penal, obran sólo para individuos normales que han sido impulsados emotivamente a comportarse de esa manera por una ofensa a su dignidad, a su honor (o los de su familia). La existencia de este nexo causal excluye a la premeditación y la alevosía por parte de quien lo padece, ya que las emociones de indignación, enojo, ira, o, los sentimientos de pena, congoja y dolor, pueden privar a quien los padece de la reflexión y meditación de su conducta, obligándolo actuar de manera impulsiva y violenta.

La jurisprudencia ha dispuesto en relación con los estados pasionales lo siguiente:

...Ambas circunstancias produjeron un arrebato en el imputado. Éste sufrió una evidente e injusta provocación que le causó una ira rayana en el enajenamiento temporal, lo cual no es desmentido por su prolongación en el tiempo, ya que a veces la psique así alterada mantiene hasta por horas un estado patológico de arrebato o de intenso dolor y en este sentido existe desde antiguo el brocárdico *perseverante calore iracundiae* (“el perseverante calor de la ira”) para referirse a los delitos cometidos en ese ínterin. Ese estado anímico de iracundia e irregular por tanto, siempre configura una voluntad imperfecta. La indagación psicológica en el homicidio es indefectible cuando hubo cólera e ira causada por injusta provocación. Este proceso psicológico, que se alarga en todo el *iter criminis*, perturba la normalidad de la consciencia y de la voluntad. Y es justiciero reconocer allí una atenuación.

La Sala considera que el imputado cometió el homicidio en un momento de arrebato, determinado por la injusta provocación de la víctima. Y que por ende le debe ser aplicado el artículo 67 del Código Penal y disminuida su pena... (sentencia 657 del 16 de mayo del año 2000, ponencia del Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros).

5. LOS TRASTORNOS SEXUALES

5.1 *TRASTORNOS EN EL CICLO DE LA RESPUESTA SEXUAL*

El ciclo completo de la respuesta sexual se divide en:

a) El deseo: consiste en las fantasías sobre la actividad sexual y las ganas de llevarlas a cabo. Los trastornos en esta fase son: el deseo sexual hipoactivo, que consiste en una disminución o ausencia de fantasías sexuales de forma persistente, provoca malestar acusado y dificultad en las relaciones interpersonales y, el trastorno por la aversión al sexo, que se caracteriza por la evitación del contacto sexual genital con una pareja sexual.

b) La excitación: es la sensación subjetiva de placer sexual. Esta fase se acompaña de cambios fisiológicos (en el varón la erección y en la mujer la lubricación de la vagina entre otros). En la mujer el trastorno de la excitación sexual se caracteriza por una incapacidad persistente para obtener o mantener la respuesta de lubricación y no es debido a los efectos de una sustancia o a una enfermedad. En el varón se diagnostica con la incapacidad persistente para mantener la erección hasta el final de la actividad sexual lo que ocasiona malestar o dificultad en las relaciones interpersonales, tampoco es consecuencia de una enfermedad o efecto directo de una droga o fármaco.

c) El orgasmo: es el punto culminante del placer sexual con eliminación de la tensión sexual y la contracción rítmica de los músculos. En el varón existe la sensación de ser inevitable la eyaculación, seguida de emisión de semen. Los trastornos orgásmicos en el varón se clasifican en: trastorno orgásmico masculino que consiste en la ausencia o retraso persistente del orgasmo en el transcurso de una relación tras una fase de excitación sexual normal. El clínico teniendo en cuenta la edad del sujeto considera adecuada en cuanto al tipo de estimulación, intensidad y duración. Y, la eyaculación precoz que se presenta como respuesta persistente a una estimulación sexual mínima durante o poco tiempo después de la penetración y antes de que la persona lo desee. El clínico debe tomar en cuenta los factores que influyen en la excitación como la edad, la novedad de la pareja y la frecuencia de la actividad sexual. Los trastornos orgásmicos femeninos consisten en la ausencia o retraso recurrente del orgasmo, tras la fase de excitación sexual normal. El médico debe considerar la edad, la experiencia sexual y la estimulación sexual recibida, que en este caso es inferior a la que correspondería.

d) Resolución: sensación de relajación muscular y de bienestar general. Los varones dependen de un período de tiempo variable para una nueva erección y

orgasmo; por el contrario, las mujeres son capaces de responder a una estimulación posterior casi inmediatamente.

Otros trastornos son: la disparemia o el dolor genital persistente asociado a la relación sexual, tanto en varones como en mujeres, lo que provoca malestar; no es debida únicamente a vaginismo o falta de lubricación o efectos de alguna sustancia o a una enfermedad médica. El vaginismo, que consiste en espasmos involuntarios de la musculatura del tercio externo de la vagina que interfiere en el coito; los trastornos sexuales debidos a una enfermedad médica que se explican por los efectos fisiológicos directos de una enfermedad y los trastornos inducidos por el consumo de sustancias que van desde el alcohol, anfetaminas, cocaína, opiáceos, sedantes o ansiolíticos,... etc.

5.2 LAS PARAFILIAS

Parafilia en la sexología moderna es sinónimo de desviación sexual.

Fueron llamadas aberraciones y perversiones por la psiquiatría clásica y el psicoanálisis.

Hasta hace no poco tiempo se consideraba desviado todo acto sexual que no fuera la penetración del pene en la vagina. La liberación sexual de los años sesenta y los adelantos de la sexología, han contribuido a enmarcar en este concepto a situaciones más concretas y delimitadas. Últimamente algunos sexólogos han planteado la idea de llamar “inadecuaciones sexuales” a aquellas parafilias que se dan entre personas adultas, de mutuo acuerdo y que no producen daños graves ni escándalo público. Esta idea surge del hecho que muchas veces se estigmatiza a quien sufre una parafilia que no afecta a otra persona ni a la sociedad, y que es vivida por quien la sufre sin conflictos.

Gran aporte en este campo ha realizado la Asociación Norteamericana de Psiquiatría en el DSM, esa lista en donde se actualiza permanentemente los considerados trastornos psicológicos, a la luz de las últimas investigaciones y progresos en este campo.

Entre los actos y situaciones que han dejado de considerarse desviados, podemos destacar a la masturbación (mejor llamada auto estimulación), la homosexualidad, la gerontofilia (relaciones con adultos mayores) hoy considerada una auténtica discriminación basada en que la sexualidad desaparece con los años.

Sobre la base de la teoría de la libido formulada por Freud y Karl Abraham, las perversiones se explican como procesos de fijación y regresión a los niveles pregenitales del desarrollo (oral y anal). Nuevos estudios de Freud demostraron

que la sexualidad infantil y las pulsiones parciales dominantes no llegaban hasta la adultez sin represión, sobre todo a nivel del complejo de Edipo. Fenichel en 1945 continúa esta línea teórica y plantea que *“la perversión es una técnica defensiva para eludir la angustia de castración y el sentimiento de culpa incestuosa de la fase edípica con el fin de alcanzar el orgasmo genital”*.

No se han establecido causas científicamente demostradas de parafilias, pero es indudable según Karpman⁹ que:

...ellas derivan de la atmósfera familiar y social enferma en que se desarrolla el niño... El mal manejo por parte de los padres de la ingenua curiosidad sexual infantil y de los juegos sexuales de los mismos, tratados con represión enfermiza, evasiones, racionalizaciones y prohibiciones estrictas, cierra el camino a un desarrollo sexual normal, e inclina al niño a manifestaciones parafilicas.

Los parafilicos provienen de familias en que no se han dado otros casos de sexualidad parafilica. En otras palabras, no se hereda como tampoco se aprende por imitación, sino por represiones irracionales que cierran las vías saludables y abren caminos anómalos, inhabituales y extravagantes, elegidos entre el muy variable repertorio de nuestro capital sexual.

Las experiencias accidentales vividas por el niño y el adolescente pueden ser definitivas en la psicogénesis de las parafilias, por ejemplo: ser vestidos con ropas del otro sexo por sus padres que esperaban tener un hijo del sexo contrario, o por las niñeras; ser estimulado sexualmente por sus cuidadores, el mirar los genitales de los adultos, sus actividades sexuales, la ridiculización de los genitales por pequeños o feos, o de sus capacidades eróticas, hablan de manera elocuente en un adulto que padece alguno de estos trastornos.

Las humillaciones o castigos físicos de los padres a los hijos, las agresiones sádicas, masoquistas, la urolagnia (placer de la micción) o la clismafilia (placer del enema) o incluso el travestismo, son formaciones que compensan su vergüenza o humillación anterior, de esta forma la parafilia se convierte en un mecanismo para superar la ansiedad vivida en la infancia.

Las fantasías sexuales de la masturbación adolescente son muy importantes en la aparición de las parafilias cuando esas fantasías poseen un contenido que las favorece (exhibicionismo, voyeurismo, sadismo, masoquismo, travestismo).

⁹ Karpman, B.: *El psicópata sexual*, Paidós, Buenos Aires, 1975.

Los contenidos sexuales sádicos y masoquistas son bastante frecuentes como temática de todas las fantasías experimentadas por las personas.

El individuo sometido a una intensa represión sexual en la niñez y juventud, como adulto, puede buscar aventuras sexuales diversas y nuevas, que rompan con los límites impuestos. Todo bajo el simbolismo de liberación. En relación con esto hay quienes experimentan con la bisexualidad, la utilización de artefactos durante el coito, cada día más y variados, el cambio de parejas, la práctica del sexo en grupo, mirar el coito de otros, exhibirse ante personas conocidas o desconocidas, practicar el sadismo o masoquismo, que pueden poner de manifiesto la existencia de una disposición a las parafilias que de otra forma no se hubieran manifestado.

El DSM IV sólo comprende 8 parafilias típicas y unas 7 no especificadas.

a) Paidofilia o pedofilia. Consiste en el deseo o gusto por tener relaciones sexuales con menores de edad (niños o niñas). Castigada por ley (artículos 374 y 375 del Código Penal).

Las relaciones paidofílicas pueden ser desde tocamientos hasta la penetración vaginal o anal, en algunas ocasiones asesinan a sus víctimas para evitar ser descubiertos. Esta parafilia se caracteriza más que por la excitación sexual por el uso y abuso del poder.

b) Necrofilia. Se trata de la obtención del placer sexual con cadáveres, generalmente por medio de la cópula con o sin mutilación subsiguiente.

Es una desviación rara. Esta parafilia es castigada por la ley (artículos 171 y 172 del Código Penal). Los necrofílicos profanan tumbas, entran al servicio forense o bien asesinan a sus víctimas para posteriormente violarlas; cuando esto sucede se constituye como una forma extrema de sadismo, siendo el objeto sexual un fetiche.

Si el cadáver es violado directamente eso implica un trastorno muy profundo de la personalidad o podría tratarse de una psicosis. Aunque el necrofilico presenta escaso interés en las mujeres vivas, algunos pueden realizar el coito si la mujer permanece totalmente quieta, como si estuviera muerta.

c) Exhibicionismo. El exhibicionismo es una parafilia común que se describe como una exposición deliberada y compulsiva de los genitales en público, siempre por un varón como medio para alcanzar la satisfacción sexual. Castigada por ley como acto contrario a las buenas costumbres (artículo 381 del Código Penal).

Las mujeres por lo general obtienen más placer al exhibir otras partes de su cuerpo. En esta parafilia la satisfacción sexual se alcanza por medio de la masturbación posterior a la exhibición. Al sujeto exhibicionista lo que le excita es la reacción de la víctima que puede ser de sorpresa, asombro o miedo.

Los exhibicionistas por lo general tienden a regresar al lugar de los hechos y es así como pueden ser aprehendidos y castigados por la ley.

d) Masoquismo: Es la parafilia que se complementa con la del sadismo en donde la persona tiene gran placer sexual al ser agredida físicamente, además de ser sometida por su agresor. Para Freud los masoquistas tienen fantasías destructivas que vuelven contra sí mismos. No se castiga por la ley hasta tanto no afecte a otra persona o sus bienes.

e) Sadismo: Es el gran placer sexual y excitación que tiene una persona al agredir o someter a su pareja. Se castiga por lesiones personales, actos lascivos o violación, siempre y cuando la víctima lo denuncie por haber sido contra su voluntad.

f) Voyeurismo o escoptofilia: Parafilia que consiste en obtener placer sexual observando los órganos sexuales y las actividades sexuales de otros. Los voyeuristas se masturban mientras observan el evento. No les gusta ir a playas nudistas donde es permitido ver el cuerpo desnudo, les excita lo prohibido. En el adolescente el voyeurismo es normal como parte de la búsqueda de excitación sexual.

g) Fetichismo: Es la obtención del placer o excitación sexual a partir de objetos inanimados, por ejemplo, ropa íntima o prendas de vestir, o con partes del cuerpo (pelo). El orgasmo puede ser espontáneo al ponerse en contacto con el fetiche o por la masturbación o la cópula en presencia del fetiche.

El fetichismo es una exageración de la evaluación acentuada normal de ciertas prendas asociadas con el objeto amado. La atención excesiva a ciertas partes del cuerpo femenino (mamas, nalgas, piernas) se le conoce como parcialismo.

h) Frotteurismo o frotamiento. Se le conoce como el gusto y excitación al frotar el pene contra las nalgas o bien el cuerpo de una mujer.

Esta parafilia es frecuente en lugares muy concurridos como puede ser el metro, los cines, los estadios deportivos, etc. Este acto suele pasar desapercibido para la víctima. Los frotistas sólo son perversos si éste es el único modo de que obtengan el orgasmo.

i) Hipoxifilia o asfioxifilia. Se trata de la excitación que le provoca a la persona el asfixiarse al momento de alcanzar el orgasmo. Se han dado casos en los que los parafilicos no dimensionan la gravedad del acto y llegan a consumir la asfixia.

j) Coprofilia, Coprofagia y Coprolalia. La coprofilia es un interés anormal sexual en las heces, hay personas que a su pareja le piden que defeque en ellos durante el acto sexual.

La coprofagia es un deseo de comer heces y la coprolalia es una verborrea compulsiva de obscenidades (síndrome de Gilles de la Tourette). Estos trastornos se hallan a menudo asociados a otras perversiones (orinarse en el compañero durante el coito o que el compañero lo orine –urofilia–, o voyeurista al observar las funciones excretoras). El orgasmo generalmente se alcanza por la masturbación.

k) Zoofilia o bestialismo. Se define como el obtener el placer sexual con los animales, pero se refiere específicamente a copular con ellos.

La zoofilia puede presentarse de forma ligera en algunas personas y es de forma transitoria. La bestialidad se presenta más comúnmente en individuos que viven en áreas rurales que se hallan socialmente aisladas, tiene una personalidad esquizoide o son francamente psicóticos o retardados mentales.

l) Travestismo. Se caracteriza principalmente por obtener placer o excitación sexual vistiendo ropas del sexo opuesto (hay que diferenciarla de la transexualidad).

El orgasmo se presenta generalmente por medio del frotamiento (masturbación) con las prendas. Algunos travestis tienen rasgos fetichistas, homosexuales o masoquistas.

m) Gerontofilia. Es la obtención del placer sexual con una persona de mayor edad y de cualquier sexo.

La gerontofilia es difícil de detectar, ya que es común que una mujer joven se case con un anciano por amor o un joven con una anciana por amor, o en ambos casos por razones económicas conscientes. Pero si el individuo joven lo hace de forma compulsiva y exclusivamente prefiere compañeras o compañeros ancianos o mayores que él, constituye una perversión.

n) Transexualidad. Esta parafilia consiste en un deseo obsesional y consciente de cambiarse el sexo. Un transexual es un individuo que

piensa, siente y actúa como una hembra, pero que biológicamente es un hombre. La transexualidad a menudo se confunde con el travestismo y con la homosexualidad. También hay que referir que aquellos que piensan que están cambiando de sexo generalmente en contra de su voluntad no son transexuales, son psicóticos.

En los últimos años, los transexuales varones han tenido notorio aumento al practicarse operaciones plásticas en ellos con la castración subsiguiente y la adaptación de un órgano tipo vagina. Las transexuales mujeres recurren a la mastectomía y al uso de una prótesis (dildo).

5.2.2 Tratamiento legal de las parafilias

El estado legal de las parafilias varía ampliamente de cultura en cultura y de país en país. Por ejemplo, en muchos países a la homosexualidad no se le considera un delito cuando se practica entre adultos que consientan a ello (Estados Unidos de Norteamérica), en otros sitios, aunque no es aceptada ampliamente es tolerada y otros países donde es considerada como delito (países árabes).

Pero la responsabilidad penal es otro asunto, porque puede suceder. Puede ser que un parafilico satisfaga su perversión privadamente sin tener que hacerle daño a otra persona. Un fetichista, por ejemplo, a no ser que irrumpa en la propiedad privada o dañe a alguien para conseguir determinada prenda, no incurre en ningún delito. Cada conducta parafilica debe verse en su contexto psicológico. No se puede hacer con eso un juicio desde el punto de vista judicial ni una generalización de que todos los parafilicos cometen delito, o que todas las personas que cometen parafilia no tienen responsabilidad legal, pues sólo se exceptúan los que han cometido estos actos en estado de enfermedad mental suficiente (artículo 62 del Código Penal). Si hay mutuo consentimiento, no existen menores involucrados, no es contra la propiedad, no se produce una lesión o un daño y no se agrede públicamente a la moral y las buenas costumbres en estos actos parafilicos, no hay una situación delictiva.

Para comprender los delitos sexuales se debe estudiar la conducta sexual de cada individuo; estos delitos pueden ser cometidos por individuos considerados “normales” y la conducta sexual delictiva puede estar ligada a una circunstancia personal o ambiental momentánea (consumo de drogas y/o alcohol, situación desencadenante... etc.).

En la dinámica de las conductas sexuales delictivas se encuentran dos elementos de importancia: la particular sexualidad individual del victimario y el comportamiento eventual de la víctima (tiene mucha importancia). Con respecto a la

sexualidad y su incidencia en el crimen se pueden realizar las siguientes reflexiones: Las conductas sexuales que configuran delitos son una realidad de observación cotidiana y se utilizan todas las manifestaciones sexuales que el ser humano puede imaginar.

En relación con algunos delitos sexuales, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha dispuesto:

a) ...La Sala de Casación Penal estima necesario indicar que la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, por ser una ley especial, además con carácter orgánico, es de aplicación preferente sobre las disposiciones del Código Penal, siempre y cuando Éstas sean contrarias a las disposiciones de la ley especial.

En el caso que nos ocupa, no quedó demostrada la falta de consentimiento por parte de la adolescente, y es por esta razón que certeramente, afirma tanto primera instancia como la Corte de Apelaciones, que la conducta desplegada por el ciudadano Andrés Eloy Núñez Landáez es una conducta atípica, debido a que no puede encuadrarse dentro de ningún tipo penal; por lo tanto la acción desplegada por Núñez Landáez no es constitutiva de delito (...) (sentencia 039 del 19 de febrero de 2004, ponencia del Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros).

b) ...Además, hay circunstancias gravísimas en derredor de este caso y por las cuales considero sumamente preocupante la decisión de la Sala Penal respecto a radicar este juicio. Tales circunstancias son dos, a saber: 1) Que la violación –delito de por sí odiosísimo– haya recaído en un niño de apenas seis años de edad. 2) Que el ciudadano imputado por tan grave crimen sea un sacerdote católico.

Sobre ambas circunstancias deseo hacer algunos comentarios:

1) En efecto, la paidofilia –y en particular la violación por razones obvias– es una de las mayores aberraciones del elenco criminoso. Incluso, en el mundo preocupa sobremanera la extensión de la esclavitud y prostitución infantil: en esto ha influido mucho la Internet, pues a los niños se les hace víctimas de crímenes sexuales en la muy creciente red de prostitución infantil. Hasta se transmiten allí violaciones de niños de dos años y anestesiados. Por ello en Italia –agosto de 2000– el diario romano *La Repubblica* registraba enardecidos clamores por la castración química y pena de muerte a los pedófilos.

La propia Iglesia Católica anatematiza el crimen de violación, al punto de considerarlo un crimen de lesa humanidad si se perpetra contra niños. Con efecto, el Consejo Pontificio para la Familia (en España) expresó:

...es necesario también poner freno, mediante oportunas medidas legales, tanto a (sic) nivel nacional como internacional, a las gravísimas ofensas a la dignidad de los niños: esas ofensas son la explotación sexual (...) y las violencias de toda índole (...) ¿No se trata de auténticos delitos contra la humanidad, que como tales, por consiguiente deberían ser reconocidos y castigados, no sólo en el lugar en que se producen, sino también en los países de donde proceden los autores de esos delitos (...) (11-13 de octubre del año 2000).

En vista de semejante situación (de la cual no ha sido excepción Venezuela y ha habido varios escándalos en distintos Estados del país, algunos de ellos protagonizados por sacerdotes católicos imputados por el mismo delito de violación o al menos paidofilia) el proyecto de Código Penal entregado al Tribunal Supremo de Justicia, agravó drásticamente la pena para los violadores y máxime si son sacerdotes...

El repugnante delito de violación que, como es natural se agrava máximamente si es contra niños, es aun peor si es perpetrado por sacerdotes de cualquier culto y máxime si es por sacerdotes católicos, por ser la religión oficial en Venezuela y tener éstos mucho mayor ascendiente sobre la población. Semejante perversión se viene dando con una frecuencia cada vez mayor en el mundo. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, según informe de CNN en español en su página web del 27 de febrero de 2004, se indicó:

Nueva York (Reuters). Más de 10.600 niños han denunciado en Estados Unidos que fueron objeto de abuso sexual por parte de sacerdotes católicos desde 1950, en una racha que involucró al menos al cuatro por ciento de los religiosos del país, según estudios encargados por autoridades religiosas y difundidos el viernes...

La Arquidiócesis de Boston publicó el jueves cifras locales de los informes, y dijo que el siete por ciento de sus sacerdotes fueron acusados de abuso sexual en los últimos 50 años.

Ante una situación como la descrita, en la que muchísimos sacerdotes católicos están acusados de violar niños o al menos de paidofilia, es indefectible que la Iglesia Católica revise la conveniencia de man-

tener el obligatorio celibato o prohibición a los sacerdotes de casarse. Otras religiones, como la protestante, por ejemplo, no obligan a sostener la soltería a sus ministros y éstos, así como los de cultos en los cuales tampoco rija esa prohibición *contra naturam*, son mucho menos acusados por violar niños o delitos de paidofilia.

En Venezuela, reitero, varios sacerdotes católicos han sido acusados de cometer tales crímenes contra niños. Al punto de que los famosos y destacados psicólogos Vladimir Gessen y María Mercedes de Gessen, opinaron –en su leída columna Psico Salud (...) del diario Últimas Noticias– o el diario más leído en el país– lo siguiente:

‘Fuera las máscaras.

(...) Los políticos, por ejemplo, viven disfrazados de humildes, honestos y bondadosos, cuando la mayoría son prepotentes, pillos y llenos de maldad. Existen militares quienes destacan hablando de paz, mientras hacen la guerra. También el triste caso de los clérigos que pregonan el celibato en tanto que seducen a niños en su pedofilia (...)’.

Todo lo cual no significa, en modo alguno, que apriorísticamente yo crea culpable al ciudadano sacerdote imputado en este juicio. Pero hay que investigar el aberrado crimen debidamente y a ello se opone esta radicación “sine causa” e injustificada: el radicar un juicio propicia la impunidad y en torno al punto los comentarios siguientes.

La radicación es ciertamente una facultad del Tribunal Supremo de Justicia atribuida de forma indudable por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que implica una clara excepción a los principios generales de juzgamiento por la competencia territorial que están previstos en la norma adjetiva (...) (sentencia 108 del 13 de abril de 2004, voto salvado del Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros).

6. EL RETRASO MENTAL

Las características básicas del retraso mental se resumen en una capacidad intelectual significativamente inferior al promedio: lo que significa que en la evaluación del coeficiente intelectual de esa persona hay una puntuación de 70 o inferior a 70 puntos, claro está que dicha evaluación la debe hacer el clínico competente y de acuerdo con un test de inteligencia normalizado (por ejemplo, las escalas de Wechsler, Stanford-Binet, Kaufman) y administrado individualmente. Adicionalmente esta deficiencia se presenta acompañada de por lo menos dos disminuciones en las

áreas de habilidades como la comunicación, el cuidado personal, la seguridad, las actividades de la vida doméstica, laborales, de ocio, capacidad de socializar y relacionarse, en fin, la forma cómo los sujetos afrontan las exigencias de la vida cotidiana. Estas disminuciones en las capacidades adaptativas en muchos casos reflejan con mayor acierto el retraso mental que la presencia de un coeficiente intelectual debajo del promedio esperado para su edad.

El DSM IV los incluye en los trastornos de inicio en la infancia, la niñez o la adolescencia.

No obstante el especialista debe tomar en cuenta en su evaluación factores que pueden limitar el rendimiento del test, como por ejemplo, el origen socio cultural, la motivación, cooperación y educación recibida.

6.1 TIPOS

De acuerdo con el nivel de insuficiencia intelectual el retraso mental se divide en:

- a) Leve: coeficiente que oscila entre 50-55 y 70. Son personas que tienen insuficiencias mínimas en las áreas sensoriales y motoras y con frecuencia no se distingue su déficit hasta después de los cinco años de edad. Pueden desarrollar actividades laborales y sociales con autonomía mínima o bajo supervisión. Se adaptan a la comunidad y logran conocimientos académicos de educación básica.
- b) Moderado: estos sujetos adquieren habilidades de comunicación durante la niñez; posteriormente y con una supervisión adecuada pueden atender a su cuidado personal, pudiendo ser adiestrados en labores que aproximadamente no superan un segundo nivel en materia escolar; se adaptan a la vida en comunidad, pero siempre con vigilancia.
- c) Retraso Mental Grave: durante la niñez adquieren un lenguaje escaso, en algunos casi nulo; son sujetos que se beneficiarán de una enseñanza limitada como aprender a leer algunas palabras. En la edad adulta pueden realizar tareas sencillas de cuidado personal, pudiendo adaptarse a la vida familiar o en comunidad, pero siempre de manera supervisada.
- d) Retraso Mental Profundo: estos sujetos presentan una enfermedad neurológica que explica el retraso mental. Si se les somete a un adiestramiento adecuado pueden llegar a realizar tareas simples. Necesitan un ambiente altamente organizado, con ayuda de especialistas y supervisión constante para que logren desarrollar habilidades de comunicación.

La deficiencia mental, el retardo o retraso, se diagnostica sobre la premisa del deterioro de la inteligencia; este trastorno genera para la familia una serie de demandas que deben atenderse como las consultas psicológicas, psiquiátricas, evaluaciones neurológicas,... etc.

6.2 TRATAMIENTO LEGAL

El retraso mental no tiene un tratamiento jurídico como tal, sino que se inserta en los artículos 62 y 63 del Código Penal, según la gravedad del caso. Así, puede constituirse como causa de falta de responsabilidad o atenuante de la misma. En este sentido la Sala de Casación Penal ha dispuesto lo siguiente:

...Como se puede observar, la recurrida estableció la imputabilidad disminuida del acusado, pues, según el examen psiquiátrico practicado, éste presenta retardo mental de naturaleza congénita, denominada oligofrenia o debilidad mental de intensidad leve y ello, sumado a la ingesta alcohólica, hacen que las condiciones mentales del acusado sean parcialmente disminuidas. Tal situación fáctica, da lugar a la rebaja de pena prevista en el artículo 63 del mencionado Código (...)

El delito de homicidio calificado, previsto en el artículo 408, ordinal 3º, letra a, del Código Penal, tiene asignada una pena de veinte a treinta años de presidio, cuyo término medio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 37 *ejusdem*, es de veinticinco años, tomada en su límite inferior, veinte años, por aplicación de la atenuante prevista en el artículo 74, ordinal 4º, *ibidem*, en razón de ser el procesado menor de veintiún años de edad y mayor de dieciocho para la fecha de la comisión del delito, 27 de mayo de 1999, conforme se evidencia de las actas procesales, en las que se asienta que el mismo nació el día 2 de diciembre de 1979, contando por tanto con la edad de 18 años para dicha fecha. Rebajada en dos tercios, esto es, trece años y tres meses, a tenor de lo dispuesto en el artículo 63 del mismo Código, la pena en definitiva a imponer al procesado es la de seis años y siete meses de prisión... (sentencia 248 del 4 de abril de 2001, ponencia del Magistrado Doctor Rafael Pérez Perdomo).

7. LOS TRASTORNOS RELACIONADOS CON SUSTANCIAS (EMBRIAGUEZ Y FARMACODEPENDENCIA)

La embriaguez y farmacodependencia son trastornos relacionados con la ingesta de una sustancia.

La amplia gama de tóxicos incluye metales pesados como plomo y aluminio; raticidas, estupefacientes, medicamentos, alcohol, alucinógenos, anfetaminas, nicotina, opiáceos, hipnóticos, ansiolíticos, pesticidas, sustancias volátiles... etc.

Los trastornos relacionados con sustancias se clasifican en:

Trastornos por consumo de sustancias (dependencia y abuso).

Trastornos inducidos por sustancias (intoxicación, abstinencia, delirium, demencia, trastorno del estado de ánimo, trastorno amnésico, trastorno psicótico, ansiedad, disfunción sexual y trastorno del sueño).

7.1 TRASTORNOS POR CONSUMO DE SUSTANCIAS

La dependencia consiste en un patrón de auto-administración de una sustancia, que por lo general hace al sujeto tolerante a la misma, lo que conlleva a su ingestión compulsiva y a lo que se ha denominado “la necesidad irresistible de consumo”. El diagnóstico de dependencia se aplica a todo tipo de sustancia menos a la cafeína.

Según el DSM IV para el diagnóstico de la dependencia se requieren mínimo tres de los siguientes síntomas:

Tolerancia: o la necesidad de recurrir a cantidades mayores de sustancia para lograr el efecto deseado. Quienes se convierten en consumidores pueden presentar niveles de tolerancia considerables en comparación con los síntomas de toxicidad o cuadros letales que les hubieran producido cuando no eran consumidores o en sus inicios.

La abstinencia: se define como un comportamiento desadaptativo que tiene lugar cuando los niveles de concentración en la sangre de una sustancia disminuyen, en un sujeto que ha mantenido un consumo prolongado de la misma. Una vez aparecidos los síntomas de la abstinencia se intentan eliminar o aliviar tomando nuevamente la sustancia.

Uso compulsivo.

Deseo persistente de abandonar el consumo.

Inversión de tiempo en obtener la sustancia.

Deterioro de las actividades sociales, laborales, recreativas y familiares.

A pesar del reconocimiento de su problema el sujeto continúa consumiendo.

Los síntomas se deben presentar en un lapso mínimo de 12 meses.

Las características principales del abuso de sustancia consisten en la ingesta de una sustancia que ha generado el deterioro en las responsabilidades laborales, académicas, familiares; o el consumo de la sustancia en situaciones que implican riesgo (por ejemplo, conduciendo un automóvil, realizando alguna actividad laboral, en presencia de niños,... etc.); o haber tenido problemas legales relacionados con el consumo o porte de la misma, por ejemplo, haber sido revocada la licencia por conducir ebrio, ser arrestado por conductas escandalosas; o ya sea o porque el consumo continuado le haya ocasionado problemas sociales, discusiones familiares o pleitos con otros. Siempre se exige que el deterioro se prolongue en un período mínimo de un año.

7.2 TRASTORNOS INDUCIDOS POR SUSTANCIAS

Hablaremos sólo de la intoxicación y la abstinencia.

La intoxicación es la aparición de un síndrome reversible y específico de una sustancia, debido a su ingestión reciente, que ocasiona una serie de conductas desadaptativas en el sujeto debido a los efectos fisiológicos que produce la misma sobre el sistema nervioso central. Para su diagnóstico debe probarse mediante los exámenes toxicológicos de toma reciente.

Los síntomas más frecuentes son: alteración de la capacidad de juicio, agresividad, labilidad emocional y alteración del comportamiento psicomotor normal. La intoxicación depende de la sustancia implicada, de la dosis consumida, la tolerancia del sujeto, el tiempo transcurrido desde la última dosis, del lugar donde la sustancia se tomó y hasta de las expectativas del sujeto en relación con la ingesta.

La abstinencia de sustancias es la aparición de una serie de cambios en el comportamiento del sujeto y de carácter desadaptativo, debido a la disminución o cesación del uso prolongado de cantidades considerables de alguna sustancia, lo que genera deterioro en las actividades laborales, sociales, familiares, académicas,... etc.

Como en todos estos trastornos, sus síntomas no se deben a la presencia de una enfermedad física o mental.

La abstinencia y la dependencia de sustancias por lo general están relacionadas.

El alcohol, la nicotina, los opiáceos, sedantes, hipnóticos, ansiolíticos y cocaína, son las principales sustancias que dan lugar al síndrome de abstinencia.

Trastornos relacionados con el alcohol:

El alcohol es el depresor del sistema nervioso central por excelencia.

Responsable de una tasa considerable de mortalidad.

Los trastornos por consumo de alcohol (como de las demás sustancias) se clasifican en dependencia y abuso.

Los trastornos inducidos por alcohol se clasifican en:

- a) Intoxicación por alcohol.
- b) Abstinencia de alcohol.
- c) Delirium por intoxicación.
- d) Delirium por abstinencia de alcohol.
- e) Demencia inducida por el alcohol.
- f) Trastorno amnésico persistente inducido por el alcohol.
- g) Trastorno psicótico.
- h) Trastorno del estado de ánimo.
- i) Trastorno de ansiedad.
- j) Trastorno sexual.
- k) Trastorno del sueño.
- l) Trastorno no especificado.

La Organización Mundial de la Salud define el alcoholismo de la manera siguiente:

Un trastorno crónico de la conducta caracterizado por la dependencia hacia el alcohol, expresado a través de dos síntomas fundamentales: la incapacidad de detener la ingestión de alcohol una vez iniciada y la incapacidad de abstenerse del alcohol.

Desde el punto de vista clínico Vanegas Santoro lo define como:

Una alteración de la conciencia determinada por el conjunto de alcohol que se concentra en la sangre, para luego extenderse por todo el organismo produciendo una excitación a fondo del sistema nervioso central.

En resumen, el alcoholismo es el consumo excesivo de bebidas alcohólicas que genera dependencia del alcohol, lo que interfiere negativamente en la salud física y mental y en las relaciones sociales, familiares y laborales de quien lo padece.

No hay una causa definida del alcoholismo, pero hay factores que pueden jugar un papel en su desarrollo. Es más probable el desencadenamiento de un alcoholismo en las personas con algún familiar alcohólico que en otras que no lo tienen.

7.3 *TRATAMIENTO LEGAL*

En Venezuela la embriaguez por sí sola no incide en la aplicación de la pena. Son las consecuencias de la embriaguez en los procesos mentales del sujeto que ha ingerido alcohol las que dan lugar a la atenuación o agravación de la sanción que se imponga.

El artículo 64 del Código Penal establece:

Si el estado de perturbación mental del encausado en el momento del delito proviniera de embriaguez, se seguirán las reglas siguientes:

1. Si se probare que, con el fin de facilitarse la perpetración del delito, o preparar una excusa, el acusado había hecho uso del licor, se aumentará la pena que debiera aplicársele de un quinto a un tercio, con tal que la totalidad no exceda del máximo fijado por la ley a este género de pena. Si la pena que debiere imponérsele fuere la de presidio, se mantendrá ésta (sic).
2. Si resultare probado que el procesado sabía y era notorio entre sus relaciones que la embriaguez le hacía provocador y pendenciero, se le aplicarán sin atenuación las penas que para el delito cometido establece este Código.
3. Si no probada ninguna de las dos circunstancias de los dos numerales anteriores, resultare demostrada la perturbación mental por causa de la embriaguez, las penas se reducirán a los dos tercios, sustituyéndose la prisión al presidio.

4. Si la embriaguez fuere habitual, la pena corporal que deba sufrirse podrá mandarse cumplir en un establecimiento especial de corrección.

5. Si la embriaguez fuere enteramente casual o excepcional, que no tenga precedente, las penas en que haya incurrido el encausado se reducirán de la mitad a un cuarto, en su duración, sustituyéndose la pena de presidio con la de prisión.

Tenemos entonces que para atenuar o agravar la pena en estos casos, es requisito indispensable para los jueces que haya quedado demostrada la perturbación mental a causa de la embriaguez.

Así se ha pronunciado la Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal de la República:

a) ...Ahora bien: de las declaraciones de esos testigos y de la declaración de la agraviada se evidencia que el imputado estaba ebrio, cuestión esta que queda comprobada con el examen “alcotest” realizado al imputado el día que ocurrieron los hechos, que resultó positivo y reflejó en el imputado un grado alcohólico del 0,8%.

La agraviada en su declaración expresa: “...yo seguí mi camino porque nunca pensé que iba a hacerme nada...”; lo que demuestra que la embriaguez casual (no consta que fuera habitual ni que por ello se tornara a menudo agresivo) influyó en el estado mental de Anacleto José Cedeño, produciéndole una perturbación mental capaz de hacerle perder la conciencia de sus actos.

De lo antes expuesto se concluye que el imputado Anacleto José Cedeño es merecedor de la rebaja de la pena contemplada en el ordinal 5° del artículo 64 del Código Penal... (mayúsculas de la Sala, sentencia 348 del 23 de marzo del año 2000, ponencia del Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros).

b) ...El Juez de la sentencia recurrida al condenar al imputado ciudadano Arturo Abelardo Solórzano, tuvo en cuenta que el mismo había ingerido bebidas alcohólicas, y en atención a ello determinó que obró con imprudencia, graduó la culpa y lo condenó por el delito de homicidio culposo, previsto en el artículo 411 del Código Penal.

Esta Sala de Casación Penal observa que no se demostró en el proceso que el imputado estuviera perturbado mentalmente a causa de la embriaguez. También advierte la Sala, que el hecho de conducir un

vehículo en estado de ebriedad constituye una infracción a las leyes y reglamentos de tránsito. Por consiguiente en el presente caso el Juez no infringió el artículo 64 del Código Penal.

En consecuencia, esta Sala, vistos los hechos establecidos por la recurrida, considera que la presente denuncia debe ser declarada **SIN LUGAR**, al considerar que el Juez no infringió el artículo 64 del Código Penal, ya que sí tomó en cuenta la embriaguez del imputado para graduar la culpa y así condenarlo, por la comisión del delito de HOMICIDIO CULPOSO. Así se declara... (mayúsculas de la Sala, sentencia 180 del 16 de marzo de 2001, ponencia del Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros).

En este mismo orden de ideas el artículo 64 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas dispone:

Si bajo los efectos de alguna sustancia estupefaciente o psicotrópica se cometieren hechos punibles, se aplicarán las reglas siguientes:

1. Si se probare que el agente ingirió la droga con el fin de facilitarse la perpetración del hecho punible o de prepararse una excusa, las penas correspondientes se aumentarán de un tercio a la mitad.
2. Si se probare que el agente ha perdido la capacidad de comprender o querer, por empleo de alguna de dichas sustancias, debido a caso fortuito o fuerza mayor, quedará exento de pena.
3. Si no fuera probada ninguna de las circunstancias a que se contraen las dos (2) reglas anteriores y resultare demostrada la perturbación por causa del consumo de las sustancias a que se refiere este artículo, se aplicarán, sin atenuación, las penas correspondientes al hecho punible cometido.
4. No es punible el farmacodependiente (consumidor crónico) cuando su dependencia compulsiva sea tal, que tenga los efectos de una enfermedad mental que le haga perder la capacidad de comprender y de querer.
5. Cuando el estado mental sea tal, que atenúe en alto la responsabilidad sin excluirla totalmente, la pena establecida para el delito o falta se rebajará conforme a las reglas establecidas en el artículo 63 del Código Penal.

Acerca de la disposición transcrita, la Sala de Casación Penal ha dicho:

...Respecto al escrito presentado por la defensora del imputado a la Sala, en el cual solicita que, habida cuenta, la condición de farmacodependiente de su patrocinado, sea enviada con carácter de urgencia la orden de traslado a la Coordinación de Traslado de la Dirección de Custodia del Ministerio del Interior y Justicia, a fin de concretar su traslado al Centro Experimental de Reclusión y Rehabilitación Antidrogas, considera la Sala que dicho pedimento debe realizarlo la nombrada defensora por ante el Juez de Ejecución competente, de conformidad con lo pautado en el artículo 479 del Código Orgánico Procesal Penal (...) (sentencia 93 del 16 de febrero de 2001, ponencia de la Magistrada Doctora Blanca Rosa Mármol de León).

