

**ELSIE ROSALES**

Doctora en Derecho, Investigadora PPI II  
en el Instituto de Ciencias Penales  
y Profesora de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas  
y Políticas de la Universidad Central de Venezuela



# **SISTEMA PENAL, LEY PENAL Y ESTADO CONSTITUCIONAL**

**(CUATRO ESTUDIOS)**

Tribunal Supremo de Justicia  
Colección Estudios Jurídicos N°18  
Caracas / Venezuela / 2007

**KHW5419**  
**R788s**

**Rosales, Elsie.**

**Sistema penal, Ley penal y Estado constitucional / Elsie Rosales. – Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2007.**

**p. 214 — (Colección Estudios Jurídicos, N° 18)**

**1. Derecho Penal -- Venezuela. 2. Estado Constitucional -- Venezuela. 3. Ley Penal -- Venezuela**

**El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las ideas expresadas por la autora**

© República Bolivariana de Venezuela  
Tribunal Supremo de Justicia  
Colección Estudios Jurídicos, N° 18  
Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:  
ISBN:

**ELSIE ROSALES**  
Doctora en Derecho, Investigadora PPI II  
en el Instituto de Ciencias Penales  
y Profesora de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas  
y Políticas de la Universidad Central de Venezuela

**SISTEMA PENAL,  
LEY PENAL Y ESTADO  
CONSTITUCIONAL  
(CUATRO ESTUDIOS)**

**Tribunal Supremo de Justicia  
Colección Estudios Jurídicos, N° 18  
Caracas/Venezuela/2007**

## **TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

### **SALA CONSTITUCIONAL**

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño  
*Presidenta del Tribunal  
y Presidenta de la Sala*  
Dr. Jesús Eduardo Cabrera  
*Vicepresidente de la Sala*  
Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz  
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López  
Dr. Marcos Tulio Dugarte Padrón  
Dra. Carmen Zuleta de Merchán  
Dr. Arcadio Delgado Rosales

### **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. Luis Alfredo Sucre Cuba  
*Segundo Vicepresidente del Tribunal  
y Presidente de la Sala*  
Dr. Luis Martínez Hernández  
*Vicepresidente de la Sala*  
Dr. Rafael Arístides Rengifo Camacaro  
Dr. Juan José Núñez Calderón  
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba

### **SALA DE CASACIÓN CIVIL**

Dra. Yris Armenia Peña Espinoza  
*Presidente de la Sala*  
Dra. Isbelia Josefina Pérez Velásquez  
*Vicepresidenta de la Sala*  
Dr. Antonio Ramírez Jiménez  
Dr. Carlos Oberto Vélez  
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández

### **SALA DE CASACIÓN SOCIAL**

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

### **SALA DE CASACIÓN PENAL**

Dra. Deyanira Nieves Bastidas  
*Primera Vicepresidenta del Tribunal  
y Presidenta de la Sala*  
Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte  
*Vicepresidente de la Sala*  
Dra. Blanca Rosa Mármol de León  
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores  
Dra. Miriam del Valle Morandy Mijares

## **ACTA DE ASCENSO A LA CATEGORÍA DE ASOCIADO DE LA PROFESORA ELSIE ROSALES**

Quienes suscriben, Profesores **Rogelio Pérez Perdomo**, titular de la Cédula de Identidad N° **2.154.827**, y **Roberto León**, titular de la Cédula de Identidad N° **3.551.915**; miembros principales del jurado designado por el Consejo de Facultad; y la Profesora **Lola Aniyar de Castro**, titular de la Cédula de Identidad N° **1.637.136**, miembro principal designado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela para evaluar el Trabajo de Ascenso presentado por la Profesora **ELSIE ROSALES**, a los fines de su ascenso en el escalafón universitario a la categoría de **ASOCIADO**, dejan constancia de lo siguiente:

1.- Leído como fue, el Trabajo de Ascenso, conformado por cuatro (4) artículos arbitrados pertenecientes a la línea de investigación Sistemas Penales; titulados “Sistema Penal y Reforma Penal. Capítulo Criminológico; Sistema Penal y Reforma Penal: La tensión entre el Estado Policial y el Estado Constitucional; Sistema Penal y Estado Constitucional, y Control Judicial de Constitucionalidad de Leyes Penales”, por cada uno de los miembros del jurado, se fijó el día viernes 18 de mayo de 2007, a las 10:30 am, para que el autor lo exponga, lo que hizo en la Sala de Sesiones del Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas; mediante una exposición oral de su contenido, luego de lo cual respondió a las preguntas que le fueron formuladas, todo de conformidad con lo establecido en el Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela.

2.- Una vez finalizada la defensa del Trabajo de Ascenso, el jurado decidió por **UNANIMIDAD** de acuerdo con el artículo 97 del Reglamento del Personal Docente y de Investigación **ADMITIRLO** por con-

siderar que cumple con los requisitos establecidos en los artículos 89 y 91 del citado Reglamento, por cuanto se trata de cuatro artículos en revistas arbitradas y de reconocido prestigio, y la memoria muestra la coherencia con la línea de investigación emprendida.

3.- De conformidad con el artículo 99 del mismo Reglamento, el jurado **POR UNANIMIDAD**, acordó otorgar **MENCIÓN HONORÍFICA**, por cuanto constituye un aporte personal en una materia compleja y profundamente debatida. Esa contribución se apoya no sólo en el Derecho Penal sino en una perspectiva que incorpora el análisis constitucional, político y criminológico.

En fe de lo cual se levanta la presente acta, en la Ciudad Universitaria de Caracas, a los 18 días del mes de mayo de 2007, dejándose expresa constancia que de conformidad con lo establecido en el artículo 93 del Reglamento citado, que actuó como Coordinador del jurado el Profesor **Rogelio Pérez Perdomo**.

Por el Consejo de Facultad  
**Prof. Rogelio Pérez Perdomo**  
Coordinador del Jurado

Por el Consejo de Facultad  
**Prof. Roberto Briceño León**

**Prof. Lola Aniyar de Castro**  
Por el Consejo de Desarrollo  
Científico y Humanístico



## Palabras Preliminares

El número 18 de la Colección Estudios Jurídicos, intitulado Sistema Penal, Ley Penal y Estado Constitucional: Cuatro Estudios, reúne cuatro ensayos de Elsie Josefina Rosales García –Elsie Rosales, simplemente–, presentado en la Muy Ilustre Universidad Central de Venezuela, a los fines de su ascenso en el escalafón universitario a la categoría de Asociado. El jurado –integrado por los profesores Rogelio Pérez Perdomo, Roberto Briceño León y Lola Aniyar de Castro– decidió por unanimidad, primero, admitirlo “por cuanto se trata de cuatro (4) artículos arbitrados pertenecientes a la línea de investigación Sistemas Penales”, divulgados “en revistas arbitradas y de reconocido prestigio y la memoria muestra la coherencia con la línea de investigación emprendida”; y segundo, otorgarle mención honorífica, “por cuanto constituye un aporte personal en una materia compleja y profundamente debatida” apoyada tanto en el Derecho Penal como “en la perspectiva que incorpora el análisis constitucional, político y criminológico”.

¿La autora –designada tercera Suplente en la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, según reza la Gaceta Oficial N° 38.287 de cinco de octubre de 2005– es Doctora en Derecho, Investigadora PPI II en el Instituto de Ciencias Penales y Profesora en los cursos de postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, amén de ser autora de múltiples investigaciones sobre justicia penal en materia de drogas, Constitución y Derecho Penal, la cuestión penitenciaria y temas de seguridad.

Debe destacarse que uno de los estudios recopilados en este libro –*Sistema penal y reforma legal en Venezuela: La tensión entre el Estado Constitucional y el Estado Policial*, fue difundido en la obra **Derecho Penal: Ensayos**, N° 13 de esta misma Colección, Caracas 2005.

Los otros son *Sistema Penal y Reforma Penal; Sistema Penal y Estado Constitucional; y Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes Penales en Venezuela*, todos ellos vinculados con “el ámbito de Sistemas Penales, dedicado al Sistema Penal, Ley Penal y Estado Constitucional”, enfocado desde el ángulo de dos líneas de investigación previamente desarrolladas por la autora: constitución y ley penal, por una parte, y por la otra, administración de justicia.

La unicidad de los cuatro ensayos es destacada por la autora al señalar: desde el punto de vista metodológico, “conservan una trama que va más allá de su natural afinidad al desarrollar supuestos contemplados dentro de una misma área temática que, específicamente, versa sobre el *sistema penal, la ley penal y el Estado Constitucional*, sino que, además, guardan una íntima imbricación, ya no sólo formal, sino sustantiva, por ir permitiendo abordajes que van cronológicamente desde perspectivas más amplias a otras más concretas, siempre concatenadas y sin perder el aporte que cada uno ofrece en relación con los otros, así como a la vez muestran hallazgos que pueden ser útiles para otros estudios”.

Este Alto Tribunal espera que esta nueva publicación, además de ser recibida con el mismo beneplácito con que han sido recibidas las anteriores de su sello editorial, sea de gran utilidad a su destinatario, la comunidad jurídica nacional.

Caracas, primero de octubre de 2007

*Luisa Estella Morales Lamuño*

# Contenido

<b>Introducción</b> .....	13
<b>PRIMER ESTUDIO</b>	
<b>Sistema penal y reforma penal</b> .....	21
1. El sistema penal entre la política y el derecho .....	22
2. Reforma penal y política democrática .....	25
3. Estado constitucional y orden jurídico penal .....	34
3.1 Democracia en clave constitucional: de la Constitución de 1961 a la de 1999 .....	34
3.2 La realidad del sistema penal o ¿un Código Penal para cuál realidad? .....	36
3.3 Contexto jurídico internacional: La tensión entre el Derecho de los derechos humanos y la globalización expansionista del control penal .....	39
3.4 Fórmulas relativas al control penal contrarias al Estado Constitucional incluidas en la Constitución de 1999 ...	42

## SEGUNDO ESTUDIO

<b>Sistema penal y reforma legal en Venezuela: La tensión entre el Estado Constitucional y el estado policial .....</b>	<b>49</b>
1. Seguridad <i>versus</i> libertad en las políticas penales: las reformas penales actuales .....	50
2. Situación de la política legislativa de reforma del Código Penal.....	55
3. Política legislativa y sistema penal .....	57
3.1 Selectividad policial y abuso de poder .....	64
3.2 Tasa de encarcelamiento .....	66
4. Hacia una política legislativa humanista: aspectos básicos a considerar para fortalecer la política legislativa democrática en materia penal .....	70
4.1 El objeto a regular: el poder punitivo del Estado expresado en el sistema penal .....	70
4.2 Realidad legislativa en el Área .....	71
4.3 El Código Penal como eje del proceso rearticulador de la normativa penal .....	74
5. Reforma Parcial del Código Penal: un nuevo ensayo de comprensión del sistema penal contrario al estado Constitucional .....	77
5.1 Parte general .....	79
5.1.1 Régimen de la pena de multa (artículo 96) .....	79
5.1.2 Regulación de la prescripción (artículos 108 y 110).....	79
5.1.3 Algunas cuestiones no tratadas en la Parte General.....	83
5.2 Parte Especial .....	83
5.2.1 De los delitos .....	83
5.2.2 De las faltas .....	86
5.3 Norma derogatoria .....	86
5.4 Otras cuestiones de fondo .....	88
6. Los dos ejes transversales de la Reforma .....	88
6.1 Aumento de las penas .....	89
6.2 Proscripción de fórmulas alternas a la privación de libertad .....	94

7.	El veto presidencial: dos cuestiones fundamentales .....	94
8.	Caracterización de la Reforma parcial del Código Penal como uno de los eslabones expresivos del Derecho Penal del Enemigo .....	96
9.	Modificaciones específicas de cada dispositivo .....	97
10.	Impacto sobre el régimen del COPP .....	105

**TERCER ESTUDIO**

<b>Sistema penal y Estado Constitucional en Venezuela .....</b>	<b>107</b>
1. Una noción de sistema para comenzar... ¿Sistema o sistemas? ...	108
2. Caracterización .....	111
2.1 El sistema penal como portador de ideologías penales bélicas: Derecho penal máximo, de emergencia, del enemigo, Derecho penal autoritario .....	111
2.2 Un caso actual e ilustrativo: el mal llamado “Derecho” penal del enemigo .....	114
2.3 Utiliza la relegitimación constante por parte del Derecho penal .....	118
2.4 El error de origen .....	119
3. Reproduce las tesis penales eurocéntricas .....	124
4. Los vaivenes del sistema penal en datos y el caso venezolano...	125
4.1 Selectividad policial y abuso de poder .....	134
4.2 Tasa de encarcelamiento .....	137
5. Constitución y Derecho penal. Un callejón sin salida: ¿El Estado constitucional qué papel puede jugar?.....	141

**CUARTO ESTUDIO**

<b>Control judicial de constitucionalidad de las leyes penales en Venezuela .....</b>	<b>153</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>153</b>
1. Una síntesis de la evolución del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho .....	156
2. Jurisdicción constitucional y control judicial de las leyes penales.....	164

---

3.	Constitucionalidad de la ley penal: reglas y principios .....	194
3.1	Reglas de constitucionalidad de la ley penal .....	195
3.2	Legislación bélica portadora del “antiDerecho” penal del Enemigo.....	202
	<b>Conclusión</b> .....	212

## Introducción

Los estudios que componen esta obra derivan de la línea de investigación **Sistemas Penales** que he cultivado intensamente durante los últimos diez años, conformada como un espacio emergente de la evolución de dos líneas de investigación previas, una referente a la cuestión constitución y la ley penal y la otra relativa a la administración de justicia. A su vez, estos cuatro aportes forman parte del ámbito de Sistemas Penales dedicado al Sistema Penal, ley penal y Estado Constitucional.

En efecto, **sistemas penales** es el escenario donde me he planteado poder organizar y compartir la investigación en ciencias penales y hoy cuenta con un equipo conformado por investigadores comprometido con esta forma de concebir la producción intelectual en un área del conocimiento que cada vez más demanda por respuestas con alta pertinencia social. De modo que sistemas penales se ofrece como el sendero, la matriz o la plataforma desde la cual se promueve la investigación científica y en general la producción intelectual (en Criminología, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Filosofía del Derecho Penal, Política Criminal, sólo para citar algunas ramas), referente a la actividad de los sistemas penales, entendidos éstos como el conjunto de procesos, instituciones, áreas y relaciones correspondientes a la intervención punitiva del Estado y al control penal. En definitiva, se trata de *explicar* el comportamiento de los sistemas penales, vistos en sus distintas dimensiones espacio temporales, así como también de algún sistema penal en particular que interese caracterizar para que se facilite así la explicación

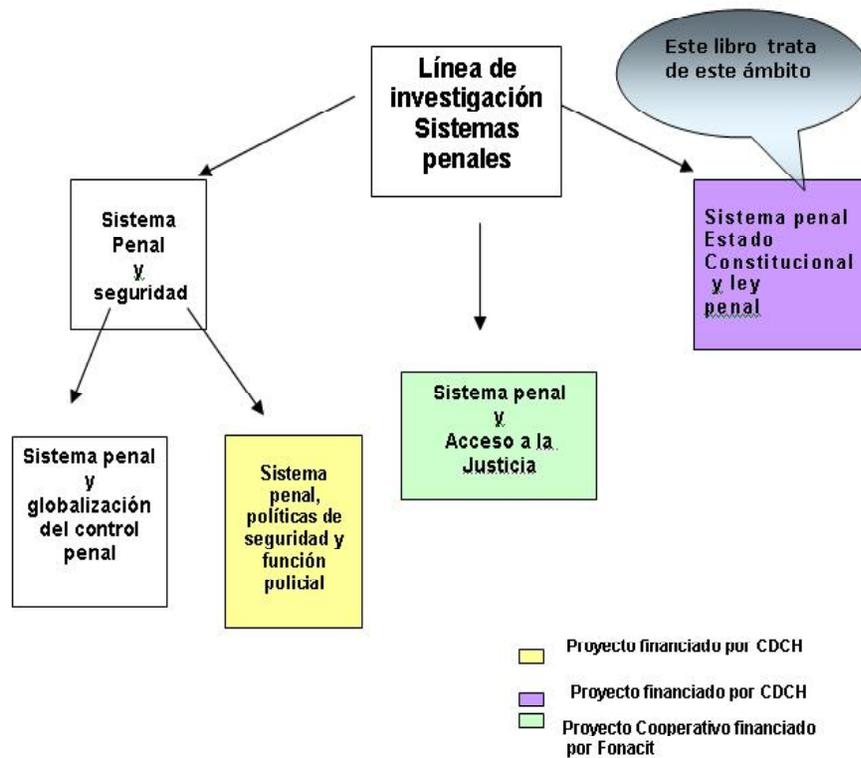
acerca de su comportamiento y de sus relaciones con la sociedad, el derecho y la política.

En la actualidad, los tres ámbitos hacia los cuales sistemas penales dirige su atención se encuentran:

Sistema Penal, Estado Constitucional y ley penal

Sistema Penal y acceso a la justicia

Sistema Penal, seguridad y globalización del control penal



El ámbito destinado a **Sistema Penal, Estado Constitucional y ley penal** aborda al Sistema Penal en su relación con el Estado Constitucional, entendiendo a éste último “como Estado de garantía de los derechos humanos, en el sentido progresivo del término, para lo cual éste cuenta con mecanismos que buscan preservar la supremacía constitucional, hacer realidad a la Constitución como norma jurídica y ejercer el control judicial del ejercicio de poder público, en aras de una justificación fundamental cual es la garantía de protección de los derechos humanos” (Rosales, 2005) y su relación con la ley penal, entendiendo que la legislación constituye el bagaje normativo que le sirve de sustento a la función u operatividad del sistema penal.

Desde un punto de vista metodológico, los cuatro estudios conservan una trama que va más allá de su natural afinidad al desarrollar supuestos contemplados dentro de una misma área temática que específicamente versa sobre el *sistema penal, la ley penal y el Estado Constitucional*, sino que además, guardan una íntima imbricación, ya no sólo formal, sino sustantiva por ir permitiendo abordajes que van cronológicamente desde perspectivas más amplias a otras más concretas, siempre concatenadas y sin perder el aporte que cada uno ofrece en relación con los otros, así como a la vez muestran hallazgos que pueden ser útiles para otros estudios. Esto sin desdeñar que cada uno de ellos, por razones de viabilidad y necesaria delimitación para resguardar la indispensable rigurosidad independientemente de lo complejo que pueda ser el fenómeno estudiado y la perspectiva desde la cual se lo aborda, toca aspectos específicos que constituyen desarrollos ulteriores de hallazgos encontrados en el anterior o aspectos particulares que demandaban un tratamiento especial.

Así, el primer estudio **Sistema penal y reforma penal** se aproxima a una explicación de algunas de las bases conceptuales que servirán de sustento a los otros trabajos, colocándose desde el binomio Política – Derecho como contextos indispensables para derivar las relaciones entre el Derecho Penal, su expresión normativa (le ley penal) y el Estado Constitucional, mientras en el segundo estudio **Sistema penal y reforma penal: la tensión entre el Estado policial y el Estado Constitucional** se incursiona directamente en el sistema penal venezolano así como en las específicas consecuencias que tiene el abandono de los postulados del Estado Constitucional en la ley penal que cede espacios ante el estado policial, usando para este analizar esta tensión, sus dificultades y contradicciones observadas en una legislación en particular y

de primera importancia, cual es la reforma del Código Penal venezolano. En el tercer trabajo **Sistema penal y Estado Constitucional**, se proponen bases conceptuales para profundizar en estos dos conceptos, de modo que se explana con mayor profundidad la noción de sistema penal para entrarle a algunos aspectos clave de las concepciones actuales del Derecho Penal que propician la adaptación o el alejamiento de la legislación penal de la forma de Estado democrático entendido como Estado Constitucional, lo cual no sólo permite sostener la crítica de la ley penal autoritaria y antidemocrática y las tendencias que la amparan, sino, sobre todo, relacionar íntimamente la cuestión penal con el orden constitucional al punto de que el trabajo culmina ofreciendo algunas soluciones teóricas para aliviar la disociación entre postulado constitucional, garantista, y ley penal que tiene como resultado mayor crisis del sistema penal, con la consecuente aflicción de los derechos.

Por último, **Control judicial de constitucionalidad de leyes penales**, constituye un desarrollo específico de uno de los rasgos fundamentales del Estado Constitucional determinado en el estudio anterior tanto para caracterizarlo como para conformar una de las propuestas específicas y particularmente útil ante la ley penal lesiva: el control judicial de las leyes, mostrado como herramienta para resolver las desviaciones de la ley penal, de modo que se trata de una concreción de los desarrollos anteriores que además le imprime la novedad de cerrar este conjunto de estudios mediante un aporte que cuenta con la capacidad de concretarse en soluciones aplicables dentro del sistema penal y la práctica del Derecho.

Otro dato de interés es que los cuatro estudios no sólo son *pertinentes* por responder a la indispensable explicación de los sistemas penales que desde diversos enfoques y propuestas se vienen adelantando, sino que en particular, esos cuatro estudios, inéditos en cuanto a sus contenidos en el contexto venezolano, relacionan visiones y conocimientos que transitan por las disciplinas penales con situaciones concretas del sistema penal venezolano contemporáneo, su orden constitucional y su ley penal.

Más detalladamente, el primer estudio **Sistema penal y reforma penal** propone:

Reflexionar sobre las relaciones entre la Política y el Derecho son definitorias de la orientación de cualquier legislación penal, para lo cual es

necesario evaluar el estado del sistema penal y el papel que puede jugar el Derecho penal y la ley que lo desarrolla en la democratización del poder punitivo de cara al fortalecimiento de Estado Constitucional entendido como Estado de los derechos humanos

Para lo cual su contenido transita por la inserción del sistema penal entre la política y el Derecho, el compromiso de las reformas penales de cara a la política penal democrática y algunos aspectos de constitucional que tocan a la cuestión penal y en particular a la ley penal y su reforma.

De modo que este trabajo se inicia por una perspectiva del sistema penal que va más allá de su visión estática a una comprensión dinámica y compleja alusiva a su fuerte *capilarización* en la vida social y como esas relaciones del control penal muestran una muy difícil relación entre el Derecho penal y la Política que no puede ser desatendida por los estudiosos de los sistemas penales. Desde ahí el estudio discrimina dos expresiones claves entre las relaciones del control penal y el conocimiento jurídico que lo sustenta: 1) en el ámbito de la ciencia jurídica penal 2) en su expresión normativa (las leyes penales), para concentrarse en esta última, específicamente para plantearse la inquietud acerca de la necesidad de las reformas penales y su conexión con el Estado Constitucional mediante el abordaje de algunos de sus aspectos más palpitantes.

El segundo estudio **Sistema penal y reforma penal: la tensión entre el Estado policial y el Estado Constitucional** se basa en el ejercicio de abordar a la reforma parcial del Código Penal venezolano para aplicarle las explicaciones que correlacionan a la política y al Derecho penal con la concepción de Estado que permita apreciar las contracciones entre la forma de Estado Constitucional de Derecho, Social y de Justicia proclamado en el orden venezolano con la realidad político-jurídico de un Estado Policial que se manifiesta en leyes como la examinada. Para ello, el estudio se introduce desde la aparente tensión entre libertad y seguridad que permite ir contrastando tesis penales extremistas planteadas desde las perspectivas del Derecho penal máximo, del enemigo, o autoritario que obran contra la concepción de un Estado Constitucional, para luego demostrar cómo el alejamiento de las leyes portadoras de esas ideologías se correlaciona con la crítica situación del sistema penal, sus extravíos y abusos. Observar estas contradicciones entre dos modelos de Estado constituye la herramienta desde la cual se aborda la

reforma parcial del Código Penal 2005, como expresión de la ley penal contraria al orden constitucional.

En resumen:

“Desde las perspectivas jurídica y sociojurídica, se aborda la Reforma Parcial del Código Penal venezolano promulgada el 16/3/05, en tanto que la ley penal regula y delimita la administración de la más dura expresión del poder político: el poder punitivo, mediante el cual se desenvuelve el sistema penal. Ello supone considerar algunas de sus relaciones: poder político y ley penal, política legislativa penal y función simbólica de la legislación, ámbitos del sistema en los cuales se puede apreciar la interacción entre ley y sistema penal y el impacto de la reforma penal. En particular, se atiende a la asociación ideológica jurídica entre la ley penal confeccionada bajo las premisas del Derecho Penal máximo, expansivo o “del enemigo” y el desenvolvimiento del control penal propio del Estado Autoritario o Policial, marco jurídico y político de un sistema penal inhumano y bélico que lucha y se opone, por el otro lado, al Estado Constitucional propugnado constitucionalmente en Venezuela, el cual está asociado a un ideario democrático y humanista, que apuesta por el fortalecimiento de un sistema penal limitado y delimitado por la ley penal enmarcada en el desarrollo de los derechos y el respeto a las garantías”.

Como se puede observar, el contenido no sólo utiliza los contextos constitucionales y socio jurídicos para explicar un fenómeno complejo, sino que la tercera parte de estudio se dedica a explicar desde la perspectiva dogmática del derecho Penal el análisis que permite explicar muchos de los defectos ‘técnicos de los que ha sido portadora esta reforma del Código Penal, en el entendido de que éstos no son meras situación técnicas sino el resultado de una concepción *punitivista* de la ley penal propia de las tendencias autoritarias , maximizadoras o bélicas (“Derecho penal del Enemigo) tributarias del Estado Policial por lo que un análisis con un mínimo de profundidad obliga a poner en evidencia su intrínseca inconstitucional por negar las bases conceptuales de la forma de Estado constitucionalizada.

La tercera investigación **Sistema penal y Estado Constitucional** de carácter más teórico y de un modo más profundo incursiona directamente en la relación entre el Estado Constitucional y el sistema penal, planteando, en su primera parte, una definición del sistema penal que se

inicia con el concepto propuesto por la autora en el **1. El sustento y la actuación desequilibrada del sistema penal Una noción de sistema para comenzar...¿sistema o sistemas?**, hasta exponer su caracterización y su relación básica con el Derecho Penal, relación en la cual intervienen de modo importante las orientaciones más o menos democráticas de las ideologías penales de las cuales es portador un determinado saber penal. Por eso, en esa primera parte del estudio, se emplea para ilustrar esa relación, un paradigma vinculado al momento actual: el caso del Derecho penal del Enemigo, desde el cual se puede explicar la relación de justificación o pretendida “legitimación” del sistema penal que el Derecho penal persigue y cómo la orientación de este último es funcional a los extravíos, perversiones y abusos del sistema penal en sentido antagónico a los postulados constitucionales. Por lo que el ensayo se organiza con los títulos que prosiguen:

### Caracterización

#### 3. El sistema penal: portador de ideologías penales bélicas

- Derecho penal máximo, de emergencia, del Enemigo o Derecho Penal Autoritario
- Un caso actual e ilustrativo: el mal llamado Derecho penal del Enemigo

#### 2. Utiliza la relegitimación constante del Derecho penal

#### 3. Reproduce tesis penales eurocéntricas

Pero aunque con un evidente sentido explicativo y crítico, el estudio no se queda en hacer evidente estas relaciones, sus contradicciones y dificultades –para lo cual cierra esta primera parte con un panorama del sistema penal venezolano denominada: **4. Los vaivenes del sistema penal y el caso venezolano**– sino que, la segunda parte de la investigación se destina a estructurar una primera aproximación a propuestas de Derecho constitucional que, tejidas al hilo del Estado Constitucional, puedan ir allanando el camino a soluciones jurídicas para enfrentar distintos extravíos del Derecho Penal y de las leyes penales que pretendan *legitimar* el sistema penal del Estado Policial. Esto se propone bajo el título: **2. Constitución y Derecho penal**. Un callejón sin salida: ¿El Estado Constitucional qué papel puede jugar?

En el cuarto estudio **Control judicial de constitucionalidad de leyes penales** —es un resumen *in extenso* de un trabajo mucho mayor— que se concentra en el desarrollo teórico de una de las propuestas jurídicas concretas que emanan de la segunda parte de la investigación anterior **Sistema penal y Estado Constitucional**. De modo que específicamente versa sobre el control judicial de constitucionalidad de las leyes penales, para lo cual se inicia con el abordaje del contexto jurídico constitucional de la forma de Estado, para desde ahí proponer una crítica a los extravíos del Poder Legislativo en su misión de dictar leyes conforme a los postulados de un determinado modelo de Estado alcanzado mediante el acuerdo político fundamental que se plasma en el orden constitucional.

Así, el trabajo explica este mecanismo de control judicial de leyes y su correlación con la evolución del constitucionalismo moderno y de lo que hoy éste denomina Estado Constitucional de Derecho, como una de las plataformas constitucionales más útiles para corregir jurídicamente las desviaciones, ya no de cualquier ley, sino particularmente de la legislación penal.

Los cuatro estudios contribuyen en conjunto a los espacios de investigación que transita la línea sistemas penales y pudieren servir para fundamentar, ilustrar, contrastar o referir otros aspectos, indagaciones y perspectivas de otros.

## **Primer estudio**

# **Sistema penal y reforma penal<sup>1</sup>**

*(...) Advertimos que (como sociedad) no llegaremos muy lejos sin hacer que regresen del exilio ideas como el bien público, la sociedad buena, la equidad, la justicia, esas ideas no tienen sentido si no se las cultiva colectivamente. Tampoco conseguiremos que la mosca de la inseguridad se desprenda de la miel de la libertad individual si no recurrimos a la política, si no empleamos el vehículo de la agencia política y si no señalamos la dirección que ese vehículo debe seguir*

Zygmunt Bauman: **En busca de la política<sup>2</sup>**

- 1. El sistema penal entre la política y el derecho.**
- 2. Reforma penal y política democrática.**

---

<sup>1</sup> Publicado en *Capítulo Criminológico*, La Universidad del Zulia, volumen 32, N° 4 pp. 433-462, oct-dic 2004.

<sup>2</sup> Bauman, Zygmunt. 2001. *En busca de la política*. Primera edición en inglés, 1999. Argentina: Fondo de Cultural Económica.

- 3. Estado constitucional y orden jurídico penal:** **3.1** *Democracia en clave constitucional: de la Constitución de 1961 a la de 1999.* **3.2** *La realidad del sistema penal o ¿un Código Penal para cuál realidad?* **3.3** *Contexto jurídico internacional: La tensión entre el Derecho de los derechos humanos y la globalización expansionista del control penal.* **3.4** *Fórmulas relativas al control penal contrarias al Estado Constitucional incluidas en la Constitución de 1999.*

## 1. EL SISTEMA PENAL ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO

En el mundo del *sistema penal*, ese que tiene que ver con la ley penal, los jueces, la policía, la impunidad, la justicia y en definitiva, con la cotidianidad de las sociedades actuales, lo primordial, más allá de la estática visión de las *instituciones* que lo integran (policía, jueces y cárceles), es el *conjunto de relaciones y procesos vinculados al ejercicio de la facultad punitiva del Estado o al ejercicio del control penal y cómo tales relaciones se integran en el devenir social*. En medio de esta trama sociopolítica, el Derecho y en especial el Derecho Penal y la ciencia penal a él asociada, intervienen básicamente para intentar *legitimar* tales relaciones.

Desde esta perspectiva, comienza a develarse la íntima, oculta y profundamente difícil relación entre el Derecho Penal y la Política, pero a su vez, lo vital que es para una mayor humanización de la sociedad que los cultores y hacedores del Derecho Penal incorporen esta relación como objeto de su estudio.

Esta difícil relación ha sido recientemente calificada por Donini como *“atormentada y neurótica*, porque ninguna rama del Derecho tiene tanto que ver con la irracionalidad como el Derecho Penal: el Derecho Penal disciplina comportamientos irracionales y previene comportamientos irracionales”<sup>3</sup>. A cuyas irracionalidades se añadiría como piedra angular la *irracionalidad de poder político*, del cual, el poder penal es una de sus

<sup>3</sup> Donini, Massimo. 2004. *La relación entre Derecho Penal y política: método democrático y método científico*. Revista Penal. Enero N° 13. *La Ley*. Universidad de Huelva. Universidad de Salamanca. Universidad Pablo de Olavide. p. 69.

expresiones más irracionales. Lo que pone sobre el tapete la paradoja del Derecho Penal y su ciencia cuando se desvelan afanados en su permanente y frustrante intento por dotar de *legitimidad* a tal poder.

De modo que vista la *política* como la *trama* en la cual actúan todas las expresiones del poder presentes en la sociedad, ésta tiene la misión de actuar como *medio* de pacificación y de equilibrio sociales, por lo que *todo ejercicio de poder* debe afrontar a la *conflictividad social*, no como mero escenario de violencia, sino como una herramienta de comprensión de la sociedad y por tanto, de positiva transformación en la medida en que el poder y muy especialmente, el poder penal, son capaces de gestionar el conflicto en clave democrática.

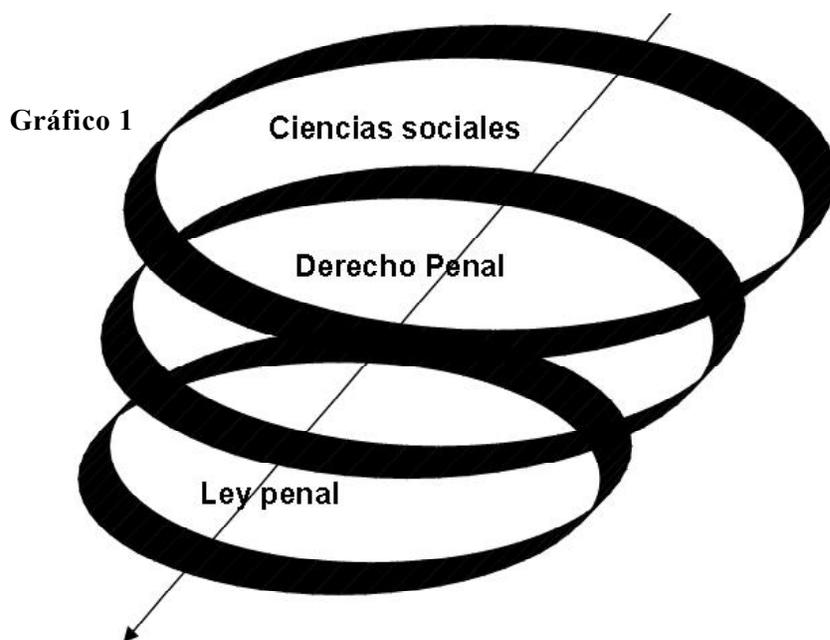
La relación conformada por la política y el Derecho penal permite explicar porqué las *relaciones* derivadas que conforman el *control penal* y *se tejen con la vida social* permiten en los hechos calibrar lo cerca o lejos que se está del ideal de sociedad democrática, tal y como se infiere de la concepción material del Estado de Derecho y su acción hacia la sociedad democrática que aportó en los años sesenta Elías Díaz<sup>4</sup>.

De modo que la medición de *las características que las relaciones del control penal expresa en cada sociedad como definitorias de una sociedad más o menos democrática*, en principio, apunta a los dos objetivos siguientes:

1. En el *ámbito de la teoría jurídico penal*: El necesario interés que debe tener el Derecho y la ciencia penal por el estudio y comprensión de tales *relaciones* y por tanto, asimilar que ellas forman parte de su *objeto de estudio*, según se podría inferir de la propuesta de Donini<sup>5</sup> y que por tal, la ciencia penal como ciencia social no puede limitarse a ninguna clase de *normativismo* por más sofisticado que éste parezca, pues debe considerar el dato que aporta la realidad sobre la cual actúa, pero que además necesita beber en las fuentes de las otras ciencias, en especial de la sociología y la política, así como de la criminología e incorporar las preguntas y soluciones que le atañan, formuladas por éstas (gráfico 1).

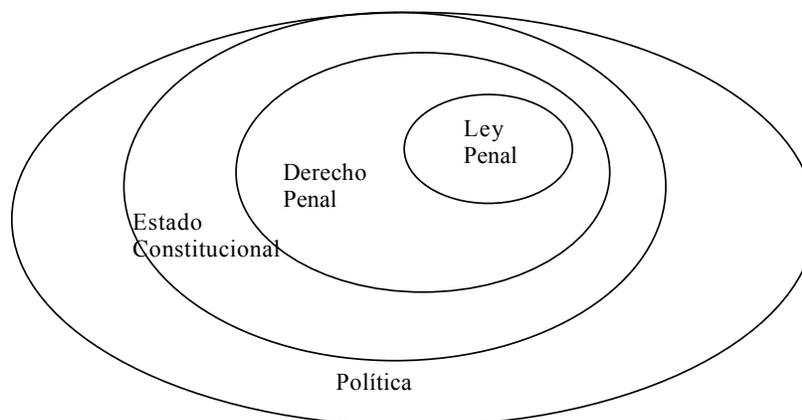
<sup>4</sup> Díaz Elías. 1998. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Primera edición. 1966. Barcelona: Taurus.

<sup>5</sup> *Ob. Cit.* p. 68.



2. En el *plano práctico*: La *legislación penal* no puede limitarse a la muy primitiva reproducción mecánica de supuestas soluciones normativas a los problemas de “la criminalidad” actual y a las demandas de seguridad subjetiva planteadas en la sociedad que usualmente se agotan en la explicada por Hassemer *función simbólica de la legislación*<sup>6</sup>, por lo que se aspira a una progresiva *inscripción* de la ley penal en planos jurídicos y extrajurídicos democratizadores, partiendo del orden constitucional. Se advierte que se dice “partiendo” porque tal orden constitucional se asume como punto de partida necesario, pero no suficiente, para entender y regular al control penal, dado que la contribución de la política en un plano democratizador ofrece un contexto aun más amplio que configura el entorno general en el que se funda el Estado Constitucional (gráfico 2).

<sup>6</sup> Hassemer, Winfried 1989. *Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos*. Nuevo Foro Penal. N° 51. Bogotá.



## Gráfico 2

El *segundo objetivo* constituye el interés principal de este primer estudio y para ello aborda desde el *Estado Constitucional* el horizonte de la producción legislativa en el campo jurídico penal, para plantearse la inquietud acerca de la necesidad de una reforma penal y su conexión con el ideario constitucional.

## 2. REFORMA PENAL Y POLÍTICA DEMOCRÁTICA

Quizás resulte poco usual que el abordaje de la *reforma penal* se inicie por una incursión en ideas políticas claves que, sin embargo, son frecuentemente abandonadas como consecuencia de la *disociación* entre realidad social y Derecho, entre *ley penal* y *poder político*.

Tal *disociación* ayuda a explicar el desconcierto de la gente vinculada al mundo del sistema penal, sus trabajadores y cultores, operadores e ideólogos, al ver cómo su trabajo cotidiano se diluye en una constante entropía y confusión que no pueden resolver y que es el resultado de la crisis, abusos y desviación de poder penal caracterizado por la selectividad, impunidad, injusticia y violencia de los sistemas penales que, salvo por los pequeños actos de intervención sensibles que ese trabajo pueda procurar, no deja de ser una gotita de agua en el océano de dificultades que atañen al mundo penal y que además les implica y expone como

ciudadanos integrantes de la injusta sociedad contemporánea donde se ambienta la crisis de los sistemas penales<sup>7</sup>.

Estas son algunas de las razones por las que pareciera indispensable abordar cualquier discusión sobre la reforma penal, confrontando las *ideas políticas* que subyacen en la base de la existencia del *poder penal*, o al menos advirtiendo la necesidad de pensar al *Derecho como medio regulador de la intervención de ese poder penal estatal en la conflictividad social* y no como mera entidad normativa o peor aún: “neutral”, que por tal, pueda continuar siendo *funcional* a la violencia e injusticia del control penal actual, insostenibles en el plano mundial y visiblemente notorio en el comportamiento de los sistemas penales de países como los de este entorno regional.

Por lo dilatado en la historia, es casi ya de Perogrullo advertir que la condición democrática de una sociedad no se mide exclusivamente, como bien sostiene Binder “por el funcionamiento de la vida parlamentaria o el desarrollo de los procesos electorales, sino por observar en ella cómo funciona la justicia penal (...)”<sup>8</sup>. Esta reflexión profundamente articulada al discurso de Zaffaroni, que ya hace veinte años advertía que una sociedad puede ser considerada más o menos democrática según se afiance, con mayor o menor medida y amplitud generalizada, el reconocimiento y respeto a los derechos humanos<sup>9</sup> (1985, 2000), permite alcanzar la conclusión de Binder: “(la

---

<sup>7</sup> Sobre la *crisis de los sistemas penales* se ha escrito en abundancia, sólo para citar algunos de los autores más destacados en Occidente se nombrará a Baratta, Bustos, Bergalli, Zaffaroni, Ferrajoli, Hulsmann, y Christie. Por su parte en Venezuela se cuenta con investigaciones sociológicas, sociojurídicas y criminológica que han evidenciado diversos aspectos de tal crisis por parte de autores como Aniyar de Castro, Del Olmo, Briceño León, Pérez Perdomo, Delgado Rosales, Morais, Birbeck, Gabaldón, Santos, Riera y Borrego. Particularmente he tratado la crisis de los sistemas penales en: *Sistema penal y relegitimación procesal*, en: *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*. 2002. comp. Roberto Briceño León. Clacso. Buenos Aires; en *El Sistema penal en apuros*, en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, 2002, así como en abordajes específicos al evaluar la administración de justicia en materia de drogas, en *La aplicación judicial de la Losep*, 1991, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV; junto a Borrego, en *Drogas y Justicia Penal*, 1992, Livrosca. Caracas. También en *Administración de Justicia y Drogas*, UCV, 1998 y más recientemente, en *Bases de un Modelo de Seguridad apegado al Estado Constitucional para la reducción de la violencia delictiva en Venezuela*, ILDIS, 2007.

<sup>8</sup> Binder Alberto. 2000. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Ad Hoc. Argentina. p. 84.

<sup>9</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. 1985. *Derecho Penal*. Parte General. Argentina: Ediar. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar 2000. *Derecho Penal*. Parte General. Argentina: Ediar.

justicia penal) es la que define cómo trata el Estado a sus ciudadanos y qué grado de aplicación tienen en la práctica las grandes garantías procesales o las grandes garantías cívicas<sup>10</sup>.

Visto así, si se parte de la premisa según la cual la *Política debe mediar en la vida social para facilitarla*, mal puede cualquier manifestación del ejercicio del poder político, en este caso el *poder penal*, servir de instrumento para lo contrario, es decir, para aumentar la injusticia o incrementar la conflictividad y la violencia. De hecho, éste ha sido el fondo de la crítica ampliamente formulada a los sistemas penales y lo que de nuevo conduce a la base del planteamiento: ¿Para qué el poder penal?

No obstante la variedad de respuestas posibles acerca de *la legitimidad del poder penal*, en lo que seguramente habrá acuerdo es en que el sentido de la erogación de la facultad punitiva al Estado no puede ser el de incrementar la violencia, la conflictividad, el odio o la venganza. Sin embargo, aunque parezca paradójico para muchos “lo que sí parece evidente ‘es que el poder penal constituye un ejercicio de violencia por parte del Estado y es preciso comprenderlo así para entender la misión de la justicia penal y la idea sustancial de las garantías en un Estado de Derecho’, sostenido por Binder<sup>11</sup>. Afirmación sustentada por doctrina de mucho peso como la de Bergalli<sup>12</sup> y asimilada pacíficamente por buena parte del pensamiento político que al referirse a la facultad punitiva del Estado la denomina directamente como *violencia institucionalizada* o *violencia legítima*, con lo cual, asume de paso consecuencias más extremas al arredrar la discusión sobre *su legitimidad*. Aunque contemporáneamente ésta sea una discusión imprescindible en la doctrina penal, dentro de la que destaca de modo magistral la pluma de Ferrajoli<sup>13</sup>.

De modo que la indagación sobre *los fines políticos del poder penal* resulta definitoria de la dirección de cualquier reforma penal, máxime de la elaboración de un nuevo Código Penal, sobre todo ante el advenimiento de un fenómeno asociado al control penal que viene siendo advertido por la teoría penal contemporánea bajo la denominación de: *expansión del*

<sup>10</sup> *Ob. Cit.* p. 84.

<sup>11</sup> Binder Alberto. 2000. *Ob. Cit.*, p. 84.

<sup>12</sup> Bergalli, Roberto. 1996. *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación: Policía, Jurisdicción y cárcel*. Barcelona, España: Bosch.

<sup>13</sup> Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y Razón*. Original en italiano. Editorial Laterza, 1989. Barcelona: Editorial Trotta.

*Derecho Penal*, tal y como ha sido difundido por obra de Silva Sánchez<sup>14</sup> o más precisamente la *expansión del control penal*, expresión última que alude a las tensiones de los sistemas penales actuales y a la implicación del Estado en tal *expansión*, de donde se puede suponer que tratándose del ejercicio de un poder político intrínsecamente violento, tal fenómeno expansivo conlleva a la vez intrínsecamente a la expansión de la *violencia* del poder penal contra los ciudadanos, y con ello al sacrificio de libertades públicas y al alejamiento del ideal de sociedad democrática. Razón sobrada para que todo el que intervenga en la reforma penal, tenga de inicio la misión de calibrar con extremo cuidado *cuál ley penal debe formularse para cuál sociedad*, considerando críticamente las opciones reformistas, cuando no inútiles o abiertamente antidemocráticas que se resumen de seguidas:

1. Un Código o ley penal para satisfacer las demandas de *seguridad*, con las ilusiones y miedos tejidos alrededor de ella, no obstante “la construcción de la seguridad como concepto simbólico” en el magistral decir de Albrecht<sup>15</sup> al explicar la maniquea utilización política posmoderna del Derecho Penal;
2. Un Código o ley penal para acoplar alguna que otra institución jurídica a las modernas o postmodernas *tesis penales eurocentristas* en boga sin reparar en que ese moldeado legislativo pueda ser *funcional* al comportamiento estandarizado, violento e injusto del sistema penal;
3. Un Código o ley penal que intente ofrecer respuestas efectistas a los fenómenos de inseguridad y violencia delictivas no obstante el ya insostenible agotamiento de la *función simbólica de la legislación* que según Borrego y Rosales<sup>16</sup>, constantemente se enfrenta con la crisis de legitimidad del sistema y frente a una sociedad que cada vez desconfía más de las fal-

<sup>14</sup> Silva Sánchez, Jesús. 1999. *La expansión del Derecho Penal*. Civitas. Barcelona.

<sup>15</sup> 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. p. 474.

<sup>16</sup> Borrego, Carmelo y Elsie Rosales. 1992. *Constitución y Derecho Penal*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. pp. 286 a 294.

sas promesas; o como ya se describió hace más de quince años al tratar el tema de la reforma penal posible:

De modo que en la superficie la escena se desenvuelve entre apariencias: sombras chinescas que se agitan entre la inseguridad personal y la ley salvadora de la reforma penal, mientras que en la realidad la reforma penal, y la ley penal en general, pueden no aportar nada o tener un alcance muy limitado en la resolución del conflicto social, así como también la intervención penal puede conllevar mayores efectos negativos que las garantías de resguardo que aspira ofrecer a las personas y a la colectividad<sup>17</sup>.

4. Un Código o ley penal para conmemorar los añejos momentos de la codificación y rendirle culto a la ley, sin reparar en la *expansión de los controles* a cada vez más ámbitos de la vida social que a su paso van demoliendo la libertad e imposibilitando las garantías.

O por el contrario, abrir las opciones a una alternativa más sincera y tejida al hilo de la reflexión crítica sobre el comportamiento de los sistemas penales sostenidos ideológicamente por la ley penal que proponga:

Un Código o ley penal que acepte las limitaciones que la injerencia del control penal tiene en la intervención en los conflictos penales, pero que partiendo de las dificultades propias del poder punitivo y de la sinceridad acerca del destino del mismo, pretenda constituirse en un elemento de limitación y delimitación del poder punitivo que por esta razón y especialmente por ella, evite que éste obstaculice la búsqueda de una sociedad democrática.

Como habrá concluido el lector, son muchas las inquietudes que gravitan en torno a la discusión acerca de un nuevo Código Penal y pareciera que lo primero que debería preguntarse es *para qué el control penal*, un poco al estilo de Ferrajoli<sup>18</sup> (1989) quien ya lo planteó en el caso europeo, de tal modo que por este camino, se asista a la construcción de

<sup>17</sup> Borrego y Rosales. 1992. *Ob. Cit.*, p. 291.

<sup>18</sup> *Ob. Cit.*

la teoría que debele sin ocultamientos cuál lugar debería ocupar este poder estatal ante una sociedad cada vez más *compleja*, es decir, comprometida con procesos dinámicos de relaciones como lo ha expuesto Lewis<sup>19</sup>, en el entendido de que varios de estos procesos en el plano legal y jurídico, actualmente tienen mucho que ver con otra de las tensiones derivadas de la *globalización* en los términos que la define Beck<sup>20</sup>, y que deviene en una suerte de subrogación de los poderes políticos estatales por poderes de otros órdenes, principalmente económicos que asisten al escenario mundial y que permiten temer que estos “otros poderes” contribuyan a la quiebra de los *estados constitucionales* que con todo y sus redefiniciones y cuestionamientos, median en la vida social y potencialmente son capaces de proteger de las relaciones crudas de poder, tanto a los ciudadanos, vistos individualmente, como a las sociedades en sus conjuntos.

En otras palabras, los estados constitucionales son hoy más que nunca una herramienta real de protección de las comunidades que sin más, se encuentran dispersas en sus intereses difusos, no pocas veces considerados diminutos o insignificantes, vistos en su individualidad, ante los ojos de los grandes poderes económicos que pueden no escatimar esfuerzos en su afán de lucro y llegar a menoscabar seriamente los derechos de poblaciones enteras a partir de la disminución de “pequeños” intereses y derechos de las individualidades difuminados en la complejidad social. Ante este fenómeno la resistencia y protección que pueden ofrecer los estados constitucionales, sólo pareciera posible siempre que a los Estados, política y jurídicamente organizados, se les enriquezca en dirección democratizadora, es decir, el Estado Constitucional concebido para la búsqueda y realización de la sociedad democrática: plexo de los derechos humanos y de sus garantías. Sin que el Estado sea tergiversado, al emplearlo como trastienda o plataforma del poder autoritario de esos mismos poderes económicos o de cualquier otra fuerza autoritaria o totalitaria.

---

<sup>19</sup> Lewis, Roger Complejidad. *Metatemas 41*. Primera edición en inglés 1992. Barcelona: Tusquets Editores.

<sup>20</sup> Beck, Ulrich. 1998. *¿Qué es la globalización? Estado y Sociedad 58*. Primera edición en alemán, 1997. Barcelona. España: Paidós y en Beck, Ulrich 2002. *Libertad o capitalismo. Estado y Sociedad 100*. Barcelona. España: Paidós.

Debido a lo anterior, pareciera acertado apostar por el *fortalecimiento de los estados constitucionales*, con la correspondiente reconstrucción y enriquecimiento de su ideario político y jurídico, que en el plano del *control penal* supone *democratización, sistema de garantías e imperio de los derechos humanos*, sólo posibles, aceptando que queda por delante un enorme trabajo intelectual y cultural de abandono del autoritarismo, de reconocimiento de la conflictividad social y de aceptación de la mediación del Derecho, no como baluarte del sistema, no como *ley y orden*, sino como recurso pacificador.

Esto último, de algún modo también supone que debe definirse en la base conceptual del Derecho, si éste es concebido como *medio* para la realización de los derechos humanos o *como fin en sí mismo*, si acaso el Derecho se satisface con su propio imperio y por tanto, el respeto del Derecho, sólo implica el mandato de la norma, la prohibición normativa y la responsabilidad que conlleva el haberla irrespetado, en el falso entendido de que la norma penal proviene de un acuerdo político o de la *representación popular*, mediante la cual, se consagra un acto legislativo que la refleja a través de un procedimiento de formación de leyes que supuestamente responde a los intereses colectivos; o si, por el contrario, más allá de esta elaboración y de sus consecuencias, el Derecho se propone como *un medio* tendente a *garantizar* a través de *múltiples estrategias jurídicas la protección de derechos humanos*, cuya tutela está en la base de toda norma jurídica, le aporta legitimidad y por tanto le da sentido al *Estado Constitucional entendido como Estado de los Derechos Humanos*, según el concepto traído al pensamiento penal por Baratta y reproducido por Aniyar de Castro<sup>21</sup>, así como por Borrego<sup>22</sup>.

En síntesis y como consecuencia de todo lo expuesto, el *poder estatal* no puede ser ejercido caprichosa y menos arbitrariamente, pues si se admite que la misión de la *Política* es facilitar la vida social –cuestión nada sencilla que puede enmarcarse en la misión de promover estrategias para el imperio de los derechos humanos, entendidos estos últimos

---

<sup>21</sup> Aniyar de Castro, Lolita. 1992. *Democracia y Justicia penal*. Caracas: Ediciones del Congreso de la República. p. 35.

<sup>22</sup> Borrego, Carmelo. 2002. *Constitución y proceso penal*. Universidad Central de Venezuela-Livrosca. Caracas.

con la amplitud y riqueza que se los concibe hoy por hoy—, esta difícil misión, plena de complejidad, dinamismo y evolución, no por ello es inalcanzable. Por su parte al Derecho le toca brindar las estrategias y trama de garantías que vayan realizando tal ideal, para lo cual todo poder político debe estar claramente delimitado y limitado por la ley (*legalidad*). Según Atienza este es el sentido básico de los Estados de Derecho modernos<sup>23</sup>. Pero en la evolución y aspiraciones humanitarias del *Estado contemporáneo*, no basta la *legalidad formal*, también hace falta la *legalidad material*, que en lo penal se inicia por un juicio de *legitimidad* acerca de la prohibición y del castigo, su razón de ser y justificación, según ha expuesto magistralmente Ferrajoli en “Derecho y Razón”<sup>24</sup>.

En este contexto, el *Derecho Penal* se erige como la *ideología*, entendiéndola con Atienza<sup>25</sup>, como al sistema de conocimientos o como la construcción teórica que le sirve de sustento al *sistema penal*, según ha explicado Zaffaroni<sup>26</sup>, pero no a cualquier sistema penal, ya sea autoritario o democrático, conforme lo habría permitido la maniquea y falsamente pretendida *neutralidad* del Derecho, hoy completamente superada ante la constatación del compromiso ideológico del que es portador todo saber científico<sup>27</sup>, sino sólo al Derecho Penal acoplado a *principios democráticos* identificables dentro de la trama del sistema constitucional, pero que más allá del mero constitucionalismo, apuntan hacia la *indagación política de lo que realmente se tutela en la sociedad democrática*, que no puede ser otra cosa que la búsqueda del imperio de los derechos humanos en su más amplia acepción, dinamismo y posibilidades.

De este modo el conjunto de instituciones y principios jurídicos, pero especialmente, las instituciones jurídico-penales, sus principios y el marco regulador que los informa, tienen la misión de someter a reglas jurídicas la atribución y ejercicio del poder penal. Dicho de modo sencillo, esta es la

---

<sup>23</sup> Atienza, Manuel. 2003. *El sentido del Derecho*. Ariel Derecho. Segunda edición. Primera edición, 2001. Barcelona: Ariel.

<sup>24</sup> *Ob. Cit.* Así como se ha formulado en Venezuela por Rosales, Borrego y Bello. *Constitución, principios y garantías*, UCV. 1996.

<sup>25</sup> *Ob. Cit.*

<sup>26</sup> Zaffaroni, Eugenio. 1985. *Ob. Cit.*

<sup>27</sup> Kuhn, Thomas. 1990. *La estructura de las revoluciones científicas*. Primera edición en inglés 1962. México: Fondo de Cultura Económica.

*razón* de fondo por la cual a la ley penal, le toca regular tal ejercicio de poder estatal, pero no basta regularlo de cualquier modo, sino conforme a un contexto jurídico constitucional que le da las premisas que lo informan y forman dentro del modelo de *Estado Constitucional* que se aspira realizar y afianzar; sin olvidar, *que esa ley regulará el ejercicio real del poder penal del Estado en su intervención en los conflictos sociales*, por lo que *la pacificadora intervención* en el conflicto social debe actuar como *objetivo de la regulación*, es decir, como objetivo de la ley penal.

Por el contrario, si en cambio se teme que la intervención del poder penal pueda generar más violencia o más “dolor”, como diría Chistie<sup>28</sup>, entonces debe ser abandonada, redefinida, reconducida y repensada, pues de otro modo la ley penal y sus reformas, en vez de alivio, podría torcer las fuerzas necesarias para el cambio, abonar la entropía de esfuerzos, aunarse al desgaste de la función simbólica de la ley, propiciar la impunidad y con ella recrear mayor violencia y, aun más gravemente: servir al fortalecimiento del autoritarismo y totalitarismo penales presentes en aquellas fórmulas del llamado Derecho Penal máximo en cualquiera de sus manifestaciones o versiones, ya sea bajo el ropaje del Derecho Penal de la emergencia o más sinceramente del mal denominado “Derecho Penal del Enemigo”, denunciado por Aponte<sup>29</sup>, al referirse al concepto desarrollado por Jacobs<sup>30</sup> y también denunciado por Ocrospoma Pella para el tratamiento del terrorismo<sup>31</sup>. Ejemplos de estas últimas tendencias *maximizadoras* de lo penal se encuentran en la política internacional de *seguridad* representada por un eje con tres bastiones fundamentales y expresados en las leyes penales antiterroristas, las legislaciones penales internacionales antidrogas, el control de lavado de activos y las referentes a delincuencia organizada transnacional expuesta en la línea de la Convención de Palermo contra el crimen organizado transnacional suscrita al cierre del milenio.

<sup>28</sup> Chistie, Neals. 1984. *Los Límites del Dolor*. Fondo de Cultura Económica.

<sup>29</sup> Aponte Alejandro. 1999. *Guerra y Derecho Penal del Enemigo*. Universidad de Los Andes. Bogotá.

<sup>30</sup> Jakobs, Gunther y Manuel Cancio Meliá. 2003. *Derecho penal del enemigo*. Editorial Civitas, Madrid.

<sup>31</sup> Ocrospoma Pella, Luis Enrique. 2001. *El bien jurídico como criterio modificador del delito de terrorismo*. <http://www.derecho.com/boletín/articulos/articulo0071.htm>

### 3. ESTADO CONSTITUCIONAL Y ORDEN JURÍDICO PENAL

#### 3.1 DEMOCRACIA EN CLAVE CONSTITUCIONAL: DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961 A LA DE 1999

El ideario constitucional de 1961 promulgaba al *Estado Constitucional* así: “(...) sustentar el orden democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos (Preámbulo)”.

Desde un punto de vista jurídico formal, el replanteo en la orientación de la Constitución vigente desde 1999 significa una profundización del *Estado de Derecho democrático*. En los hechos, siempre que la política legislativa, demás políticas públicas y praxis del Derecho se encausen en tal dirección, la Constitución puede suponer una importante evolución en el desarrollo del *Estado Constitucional*, en el sentido que a éste le otorga el constitucionalismo contemporáneo entendido como *Estado destinado a garantizar la protección y vigencia de los derechos humanos*.

Al hilo del *concepto de Estado Constitucional* asumido y ampliamente tratado por Borrego en Constitución y proceso penal<sup>32</sup> los *derechos humanos* poseen un amplio significado conforme ya no sólo a su enunciado concretamente positivizado en el texto constitucional o entendido desde la perspectiva iusnaturalista inspiradora de su artículo 22<sup>33</sup>, sino fundamentalmente a tono con el *sistema de derechos humanos* organizado en el texto constitucional y guiado por los principios de *progresividad, indivisibilidad, interdependencia e irrenunciabilidad*, hoy expresamente regulados (Constitución, artículo 19); sin dejar de lado, la complejidad jurídico-política que conlleva la progresiva circunscripción del poder político y del Estado de Derecho, como su marco regulador, a una orientación teleológica claramente *garantista*.

<sup>32</sup> Borrego, Carmelo. 2002. *Ob. Cit.* pp. 18 a 49.

<sup>33</sup> Constitución, artículo 22: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Así, *Democracia, Estado Constitucional y garantías de los derechos humanos*, se constituyen en cristales de un único prisma o, como se dijo hace quince años al abordar el tema de la *reforma penal*: “(...) orden democrático y derechos humanos son dos dimensiones del mismo enfoque filosófico político...”<sup>34</sup> por lo que se explican por sí solas las palabras de Elías Díaz cuando afirma que hablar de *Estado de Derecho democrático* y de *Estado Constitucional* es, al menos, una redundancia (1998). En otras palabras:

Luce fundamental entender que *orden democrático y derechos humanos* son dos dimensiones del mismo enfoque filosófico-político que motiva la organización estatal venezolana y por ende, su sistema jurídico<sup>35</sup>.

En la Constitución del 99, la consagración del Estado Constitucional está expresamente ratificada en los artículos 2 y 3, cuando dictan que Venezuela se constituye en un *Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia*, cuyos fines giran en torno a los derechos humanos bajo el eje de la dignidad humana, como dato de la evolución marcada por la Constitución de 1961, que ya recogía la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho expuesta por Díaz y retomada por Mir Puig en su desarrollo de la dogmática penal; así como en Venezuela por Borrego y Rosales<sup>36</sup>.

De este modo, el *Derecho Penal* y la legislación dependiente del mismo, debe someterse tanto constitucional como jurídicamente al modelo de *Derecho Penal propio de un Estado Democrático*<sup>37</sup> o, en palabras de la novel constitución venezolana, al *Estado democrático y social de Derecho y de Justicia* (Artículo 2). Lo que exige la adscripción a los principios, pensamiento, teorías y aportes del *Derecho Penal contemporáneo de signo garantista*. Esta teoría penal con semblanza democrática y el *sistema de garantías* orientado a la *limitación y contención del*

<sup>34</sup> Borrego, Carmelo y Elsie Rosales. 1992. *Ob. Cit.*, 297.

<sup>35</sup> Rosales, Elsie, Carlos Simón Bello y Carmelo Borrego. 1996. *Constitución, principios y garantías penales*. Universidad Central de Venezuela. p. 27.

<sup>36</sup> Díaz, Elías. *Ob. Cit.* y en *La sociedad entre el Derecho y la Justicia Temas Clave*. Ariel. Barcelona, 1992. Mir Puig, Santiago. 1980, *El Derecho Penal en el Estado Social y democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho. Y Rosales, Bello y Borrego. 1996. *Ob. Cit.*

<sup>37</sup> Mir Puig, Santiago. 1980. *Ob. Cit.* y Bello y Borrego. 1996. *Ob. Cit.*

*control penal* se entrecruzan, en su dimensión constitucional *garantista*, con la responsabilidad que tiene el Estado de brindar la *tutela judicial efectiva*<sup>38</sup> que corresponda con el resguardo de bienes jurídicos precisos penalmente protegidos contra ataques relevantes<sup>39</sup>.

### 3.2 LA REALIDAD DEL SISTEMA PENAL O ¿UN CÓDIGO PENAL PARA CUÁL REALIDAD?

En otro lugar se ha abordado la crisis de los sistemas penales mundiales delineada por el fenómeno denominado expansión del control penal<sup>40</sup>, entre cuyos datos se puede observar:

- Los excesos del aparato penal (violencia punitiva institucionalizada).
- La crisis de la administración de justicia.
- El incremento del uso de la prisión observable en el incremento de la tasa de encarcelamiento en muchas y variadas latitudes, así como en el insostenible colapso de la prisión a pesar del calado cada vez mayor del discurso humanista.
- La lesión de derechos humanos, precario acceso a la justicia y violación de las garantías procesales (debido proceso).
- La impunidad y violencia delictiva.
- El abuso de las normas penales: Normativa internacional de expansión del control: drogas, terrorismo, delincuencia organizada.
- El relajamiento de los principios penales y garantías.

<sup>38</sup> CONSTITUCIÓN, 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 judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente (...).

<sup>39</sup> Borrego, Carmelo. 2002. *Ob. Cit.* p. 341. Un interesante ejercicio hermenéutico sobre el concepto de tutela judicial efectiva proveniente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se expone más adelante en el capítulo sobre los principios.

<sup>40</sup> 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.

La *expansión del control penal* se ha pretendido justificar en:

- La *complejización* de la cuestión penal y
- La percepción del crecimiento y sofisticación delincencial.

Tras estas dos características (*complejización* de lo penal y percepción del aumento del crecimiento delincencial), se vigoriza la tendencia a emplear a la ley penal como medio para combatir esa delincuencia “cada vez mayor y más experta”. Para que esta opción represiva sea más “eficaz”, en el sentido *eficientista* duramente criticado por Hassemer<sup>41</sup>, se acude al *abuso de las normas penales* y al *relajamiento de los principios y las garantías penales* que han sido concebidos para la contención del poder punitivo estatal y el resguardo de las libertades públicas, baluartes de la sociedad democrática. El verdadero resultado adverso ha sido el desarrollo expansivo del control penal, con el alza de la violencia, tanto de la delictiva como de la generada por el propio aparato penal, es decir, de la violencia institucionalizada, así como de su contrapartida expresada en mayor impunidad. La consecuencia es mayor lesión de derechos humanos y retrasos en el camino hacia la sociedad democrática.

También en otro trabajo, hemos esbozado el panorama del sistema penal de las últimas décadas<sup>42</sup>, cuyas ideas han sido compartidas en el documento que dicta los lineamientos para un nuevo Código Penal venezolano: *Hacia un nuevo Código Penal* presentado oficialmente el 13/3/02 con el fin de concluir que la futura legislación penal, si aspira transitar por un camino democrático, tendría varias misiones que pasan por:

1. La asunción de la filosofía penal *garantista* propia del Derecho Penal de cuño democrático;
2. La *recodificación* de la legislación dispersa, no sólo sistematizándola, sino sobre todo:

#### 2.1 Restringiendo la tendencia legislativa expansionista.

<sup>41</sup> Hassemer, Winfried. 1990. *El destino de los derechos ciudadanos en un Derecho Penal “eficaz”*. Doctrina Penal N° 49-52. Depalma Buenos Aires.

<sup>42</sup> Rosales, Elsie. 2002. *Sistema Penal y relegitimación procesal*. En: *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*. comp. Roberto Briceño León. Clacso. Buenos Aires.

2.2 Empleando criterios que constaten la legitimidad de la prohibición penal y de la sanción para cuyo objetivo la teoría del bien jurídico, en los términos propuestos por Baratta y seguidos por Aniyar de Castro se erige en una herramienta de evaluación de la ley penal basándose en el referente material sobre el cual descansa su legitimidad<sup>43</sup>.

2.3 Todo lo anterior sin apartar el valor estratégico de los principios penales contemporáneos tanto para la formulación de ley, como para acuñarlos en el texto legal a fin de que sirvan como comandos de la interpretación jurídica<sup>44</sup>.

Este panorama del sistema penal venezolano signado, de un lado, por el incremento sostenido desde 1985 de la delincuencia convencional y de la violencia delictiva y de la violencia institucionalizada, los extravíos y dificultades del aparato penal, las lesiones de derechos humanos y de las garantías del Estado de Derecho, la consiguiente escalada de la impunidad, la precariedad de la víctima y el surgimiento de formas primitivas de autodefensa, y por el otro, de los intentos de agilización y descongestión de la justicia penal y del sistema carcelario (reforma procesal y descongestión carcelaria), el renovado modelo constitucional, la asimilación de algunas propuestas de tendencias penales críticas y la paulatina y tímida divulgación a lo interno de la justicia penal de la cultura de los derechos humanos, generan diverso orden de *tensiones* que parecieran ofrecer un ambiente propicio para propuestas legislativas reformadoras.

Sin embargo, la percepción de la agudización de la crisis del sistema penal interno, las demandas de seguridad y la manipulación mediática de este tema, asociados al contexto mundial de *maximización* del control penal, apuestan por un *escenario funcional a la implantación de legislaciones punitivas de mayor expansión de lo penal* con grave riesgo para el fortalecimiento de la sociedad democrática. Además, la *expansión* del control penal en el ámbito mundial, expresado con mayor énfasis en la trilogía drogas-terrorismo-delincuencia organizada, reclama por reconocimiento en las legislaciones locales, de modo que ella se erige como entorno dúctil para dictar leyes penales antidemocráticas.

---

<sup>43</sup> Aniyar de Castro, Lolita. 1992. *Ob. Cit.* y Rosales, Elsie, C.S. Bello y C. Borrego. 1996. *Ob. Cit.*

<sup>44</sup> Rosales, Elsie, C.S. Bello y C. Borrego. 1996. *Ob. Cit.*

Los riesgos vinculados a la expansión del control penal en el ámbito internacional, pasan por el *debilitamiento de las soberanías* en el sentido aportado por Ferrajoli<sup>45</sup> y por *variadas tensiones*, entre las que destaca, la confusión planteada entre la expansión del control penal en contraposición a la evolución mundial del Derecho de los derechos humanos.

### 3.3 CONTEXTO JURÍDICO INTERNACIONAL: LA TENSION ENTRE EL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA GLOBALIZACIÓN EXPANSIONISTA DEL CONTROL PENAL

Una de las características de los Estados constitucionales actuales lo constituye la interrelación con el contexto internacional donde se ha ambientado el denominado por Faúndez *Derecho de los derechos humanos*<sup>46</sup>. Esta cuestión ha conducido al texto constitucional actual venezolano a regular expresamente la recepción inmediata de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, aunque habla de “ratificados”, siempre que se cumpla con otro postulado constitucional para su protección: el principio de *progresividad*, en la acepción del término ofrecida por Nikken<sup>47</sup> (Constitución, artículo 23), que significa la aplicación inmediata del dispositivo del convenio o tratado sobre derechos humanos que reconozca un nuevo derecho o promueva una protección o garantía de mayor alcance que la contemplada en el fuero interno<sup>48</sup>.

Esta tendencia contemporánea constituye un signo de avance en la conformación de un régimen de protección jurídico de los derechos humanos que se mueva no sólo en los ámbitos locales, sino cada vez más en el espacio mundial. Sobre ello, ha habido una línea ascendente, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, y hay múltiples manifestaciones en la cada vez más prolija doctrina de tutelaje de los derechos.

---

<sup>45</sup> Ferrajoli, Luigi. 2002. *Derechos y garantías*. Original en italiano 2001. Barcelona: Editorial Cedisa.

<sup>46</sup> Faúndez Ledesma, Héctor. 1992. *El Derecho de los derechos humanos*. Universidad Central de Venezuela.

<sup>47</sup> Nikken, Pedro. 1991. *Código de Derechos Humanos*. Compilación y estudio preliminar. Universidad Central de Venezuela.

<sup>48</sup> Bajo la vigencia de la Constitución de 1961, hubo un antecedente importante mediante una decisión del para entonces Tribunal Supremo de Justicia que en 1991 planteó la recepción inmediata de los tratados sobre derechos humanos, con ponencia del Magistrado Fariás Mata.

Sin embargo, paralelamente se adelanta legislación penal internacional, ya no para reconocer y proteger derechos directamente, sino para intentar brindar protección específicamente penal a ciertos atentados que por su gravedad constituyen delitos contra los derechos humanos, tales son los supuestos de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Esta tendencia ha marcado la creación de una Corte Penal Internacional alcanzada tras la suscripción del Estatuto de Roma, después de cincuenta años de trabajos preparatorios. Lo cual constituye un logro sin precedentes, no obstante las deficiencias y los cuestionamientos que se le puedan formular, especialmente por no haber contemplado los *delitos de agresión*, que aún esperan por el transcurso de los ocho años para su inclusión, debido a la magnitud que contra los derechos humanos comportan los atentados ligados a la invasión de un Estado por otro, peor aun si hay ocupación, y que constituyen escenarios horribles de masacres, tal y como desde 2003 sufre Irak tras la ocupación liderada por Estados Unidos.

Por consiguiente, debe discriminarse que una cuestión es la protección jurídico internacional de los derechos humanos, y otra, la regulación penal internacional de aquellos delitos que atenten contra tales derechos. El primer ámbito se asienta sobre el Derecho de los derechos humanos, el segundo es Derecho Penal. Tener clara esta diferencia es crucial para definir el tratamiento jurídico que informa a cada materia.

Por otro lado, la otra tendencia de la evolución internacional, se presenta el fenómeno de lo que denomino la *globalización del control penal*<sup>49</sup>, visible entre otros indicadores, en la cada vez mayor vocación mundial por el dictado de instrumentos jurídicos internacionales que versen sobre diversos espacios del control penal, así como en tentativas de construcción de una cultura jurídica *universalizadora*, según la tesis de Buenaventura de Sousa<sup>50</sup>.

En esta línea son paradigmáticos los tratados y convenios dictados en los últimos años vinculados al control internacional de las drogas ilegales (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico sobre Estu-

---

<sup>49</sup> Rosales, Elsie. 2003. *Terrorismo y Globalización del control penal*. Revista del Tribunal Supremo de Justicia N° 6. Caracas.

<sup>50</sup> Buenaventura de Sousa, Santos. 1999. *La globalización del Derecho*. Primera edición en portugués 1998. ILSA y Universidad Nacional de Colombia.

pefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena 1988) o en otras áreas correlacionadas como lo demuestran la Convención Interamericana contra el Terrorismo, y la Convención de Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Palermo 1998), los cuales proponen una ampliación del control penal internacional y persiguen su inserción en las legislaciones nacionales, constituyéndose en tremendos retos para los sistemas jurídicos locales si se advierte la vocación represiva y antidemocrática de la mayoría de estas normativas, por lo que sólo a tono con el Estado Constitucional y el Derecho Penal propio, de tal modelo sería posible su prudente inserción siempre que se ajustaran a los principios e instituciones del orden constitucional aplicables en materia penal desde la perspectiva *garantista*, lo cual de entrada ofrece dificultades debido a la significativa identificación de estos tratados con posturas propias de la maximización de lo penal, del Derecho Penal del Enemigo y del Derecho Penal de Emergencia.

El problema jurídico penal de cara a la formulación de cualquier legislación en estas materias, es evitar que esas tendencias *maximizadoras*, antidemocráticas y contrarias al ideario constitucional ganen espacios en las legislaciones domésticas muy comunes en los modelos adoptados para formular legislaciones penales especiales, en materias especialmente sensibles como son el terrorismo y el control del comercio de drogas ilegales. Uno de los más tristes ejemplos experimentado por Venezuela en las últimas décadas, evaluado en estudios anteriores, ha sido la legislación antidrogas de la mano de su irracional aplicación judicial<sup>51</sup> que ha servido para darle cabida tanto a múltiples abusos de poder, como a la mayor tergiversación de la justicia penal y a la paradójica institucionalización de la lesión de derechos y garantías por parte del aparato penal a cambio de nada, o peor aun, con la contrapartida de variados perjuicios humanos y costos sociales, con lo cual se ha canjeado Estado de Derecho democrático por la ilusión del *eficientismo penal*, tras la quimera del combate al “narcotráfico” que no sólo sigue campante sino que para colmo, parece que se ha robustecido.

---

<sup>51</sup> 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. *Drogas y Justicia Penal*. 1992. Livrosca. Rosales, Elsie. 1998. *Drogas y Administración de justicia*. UCV-Livrosca. Caracas.

Otros problemas legislativos de las directrices y recomendaciones internacionales en áreas críticas como las citadas, es la *agudización de la dispersión legislativa y el incremento de la confusión entre regulaciones*, pues otra característica de esta orientación es su inclinación a que el control penal abarque cada vez mayores terrenos, con lo que de paso, se abona su expansión en detrimento de los desarrollos orientados al fortalecimiento de la sociedad democrática, vista como sociedad de los derechos humanos.

Pero, quizás el *problema* más palpitante de la actual situación jurídica del control penal, es la tendencia a *confundir la necesidad de avanzar en la protección jurídico penal de los derechos humanos con la regulación de áreas de especial interés criminal en el escenario internacional*, muy notable en el eje “drogas-delincuencia organizada y terrorismo”.

Un ejemplo de ello se aprecia en la Constitución venezolana, que no obstante su semblanza democrática, contiene elementos antidemocráticos producto de esa asimilación o influencia de posturas autoritarias o totalitarias que atentan contra sus propios postulados. Paradójicamente la Constitución democrática del 99 contiene especies antidemocráticas y por tal, inconstitucionales, al contrariar sus postulados básicos y las líneas maestras de su concepción como Estado de Derecho Social, Democrático y de Justicia.

### 3.4 FÓRMULAS RELATIVAS AL CONTROL PENAL CONTRARIAS AL ESTADO CONSTITUCIONAL INCLUIDAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Específicamente demuestran la *confusión* entre la necesidad de avanzar en la protección jurídico penal de los derechos humanos y la regulación de áreas de especial interés criminal en el escenario internacional, los artículos 29 y 271 de la Constitución que contienen algunas de las cláusulas constitucionales referentes a la regulación del poder punitivo estatal. Así, ambas fórmulas *niegan la prescripción* de los atentados contra los derechos humanos, pero el artículo 271 añade varias limitaciones extensivas a los delitos de comercio de sustancias ilegales, delitos contra la cosa pública y delincuencia organizada (ver Tabla 1). La confusión en un mismo dispositivo de normas referidas a la protección penal de los derechos humanos conjuntamente con otros ámbitos del control penal asociados a los intereses de la globalización y de poderes

económicos foráneos, debilita la intención garantizadora de los primeros y confunde la escala de valores empleada con su homologación.

**TABLA 1**

**ALGUNAS DE LAS FÓRMULAS RELATIVAS AL CONTROL PENAL CONTRARIAS AL ESTADO CONSTITUCIONAL INCLUIDAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999**

Artículo 29	Artículo 271
Título De los derechos humanos y de las garantías	Título de la Organización del Poder Público Nacional
<p>Imprescriptibilidad de delitos contra los derechos humanos</p> <p>Prohibición de indulto y amnistía en delitos contra los derechos humanos</p>	<p>Imprescriptibilidad de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Delitos contra los derechos humanos</li> <li>• Delitos contra Patrimonio Público</li> <li>• Delitos de tráfico de drogas</li> </ul> <p>Confiscación de haberes provenientes de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Delitos contra patrimonio público</li> <li>• Tráfico de drogas</li> </ul> <p>Prohibición de negativa de extradición de extranjeros:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Lavado de activos</li> <li>• Drogas</li> <li>• Delincuencia organizada</li> <li>• Patrimonio público</li> <li>• Delitos contra los derechos humanos</li> </ul>

En tal sentido, es vital avanzar en la protección penal contra las violaciones a los derechos humanos y sacarle el mayor provecho a esta novel dimensión internacional abierta para su protección, pero para lograrlo hay que impedir que tan importante desarrollo sea interferido por otras áreas del control penal u otros delitos internacionales que puedan socavar ese camino debido a que usualmente las legislaciones signatarias de ese control penal globalizado son portadoras de fórmulas lesivas a los derechos. De modo tal que obstaculizan el fortalecimiento de los estados constitucionales y retrasan el camino hacia la auténtica sociedad democrática entendida como sociedad de los derechos.

Otras menciones constitucionales, como sucede con el régimen de *seguridad ciudadana* y su inclusión en el significativo Capítulo de la *Seguridad de la Nación*, desdice del cariz democrático del texto constitucional plasmado en los primeros capítulos.

Las vías jurídicas de solución de las dificultades de inconstitucionalidad planteadas en algunas partes del propio texto, pueden ser atendidas por vía hermenéutica de control de la constitucionalidad concentrado o difuso. En esto el rol del Tribunal Supremo es fundamental y ha habido avances en el desarrollo de algunos conceptos ligados al debido proceso acerca del cual se ha desarrollado un interesante ejercicio hermenéutico sobre el concepto de *tutela judicial efectiva* en la trama constitucional<sup>52</sup> y a ciertos mecanismos de protección del orden constitucional, aun cuando en los supuestos indicados en párrafos anteriores, no se ha logrado superar las contradicciones del texto constitucional en resguardo del Estado Constitucional al cual se debe.

De modo que en el campo jurisprudencial trazado por el Supremo, es más visible la demanda de desarrollo de los espacios de garantías y protección constitucional aliados a aspectos pragmáticos insertos en la cotidianidad de la justicia y que impulsan muchas de las declaraciones judiciales sobre el debido proceso, mientras que la tutela del sistema de derechos es ocasionalmente sacrificado en la aplicación de la ley penal sustantiva, más aun, si se trata de áreas de control penal máximo, que no son usualmente advertidos y ante los cuales pareciera haber un autismo generalizado incapaz de percibir tal enfrentamiento.

---

<sup>52</sup> Como importantes ejemplos de ello: Sala Constitucional, Sentencia del 10/5/01 con ponencia del Magistrado Jesús E. Cabrera Romero y Sentencia del 11/9/02 con ponencia del Magistrado Antonio García García.

Así ocurre en ámbitos específicos del control penal, la interpretación de muy corto alcance de algunos dispositivos constitucionales y conceptos jurídicos ha devenido en la difusión y eventual imposición de criterios profundamente autoritarios y lesivos del propio *sistema de protección a los derechos* que le dan sentido a la Constitución. Esta insólita disociación guarda relación con la incomprensión de las relaciones básicas que se tejen entre el poder político y el control penal, sobre lo cual se ha tratado en este trabajo. Sencillamente, éstas son percibidas como esferas separadas y su estrecha vinculación no constituye un elemento de la cultura de la sociedad, ni siquiera de los ámbitos judiciales y especializados profesionalmente.

En tal sentido, ha habido decisiones que golpean gravemente el orden constitucional y su debida correspondencia en el Derecho Penal democrático, tal y como sucedió con la interpretación que calificó a los delitos relativos a las drogas ilegales como delitos de *lesa humanidad* (Sala Constitucional, sentencias de 2/4/01; 12/9/01 y 9/12/2002, entre otras; producto de la acogida en sede judicial constitucional del superficial y jurídicamente pobre pronunciamiento de la Sala Penal de fecha 28/3/00), postura ni siquiera adoptada por las muy represivas políticas o legislaciones internacionales sobre la materia y cuyo concepto no ha sido adoptado en ningún texto legal o política criminal, ni siquiera por las vertientes más represivas.

Este extravío interpretativo demuestra claramente la *confusión* que se analiza en este ensayo.

El problema concreto tiene varias aristas que van desde la incomprensión de conceptos jurídicos como el de *delito de lesa humanidad*, la errónea lectura del Estatuto de Roma y el abandono de los principios penales democráticos, expuesto en algunas de sus dimensiones por Malaguera y Ferreira<sup>53</sup>. Pero sobre todo, es prueba de la *confusión* entre las incriminaciones de los atentados contra los derechos humanos y los delitos transnacionales derivados de la expansión penal en áreas de control estratégicas para las políticas propuestas desde las élites del poder mundial y orquestadas mediante el proceso de globalización, que de paso, abarcan también a la expansión de una determinada cultura

---

<sup>53</sup> Malaguera Rojas, José y Ferreira de Abreu, Francisco. 2004. *Los crímenes de lesa humanidad y el delito de tráfico de drogas ilícitas*. Revista Cenipec N° 23. ULA. Mérida. Venezuela.

jurídica y a la reproducción y unificación de modelos legislativos acordes con los intereses de tales esferas que, por lo general, no se corresponden con los intereses y necesidades de la inmensa mayoría de la población mundial pobre.

Una herramienta específica para ayudar a resolver dificultades en el mundo jurídico como las planteadas son los *principios penales*, los cuales son útiles tanto para implantar una nueva legislación penal como para hacer posible su aplicación acorde con el marco constitucional. Ellos son imprescindibles como *elementos jurídicos* que permiten comandar tanto la actividad formadora como la hermenéutica. De ahí el *valor estratégico de los principios*, pero no sólo afianzando su mero valor instrumental, sino reconociendo *su valor cultural* o *ideológico* dentro de un contexto jurídico determinado.

Tener claro el horizonte, permite proyectar los principios penales rectores como instrumentos cumbres en la actividad creadora y hacedora del Derecho conforme al ideario democrático propugnado constitucionalmente, que como se podrá inferir, es de clara orientación humanista.

Sin embargo, el *déficit* de cultura jurídica democrática en ámbitos como el venezolano permite apreciar serias dificultades en el proceso de aplicación de ley:

(...) en la tarea interpretativa que debe realizar el juzgador para aplicar la ley, se percibe el desconocimiento o conocimiento muy superficial de los principios básicos del Derecho Penal –sobre todo en lo referente al significado y redimensión que de muchos de ellos ha hecho la doctrina penal mundial más moderna y del sentido que puede atribuírseles con base en los postulados y protecciones constitucionales–, de suerte tal que muchas de las decisiones judiciales al no utilizar o mal emplear los principios penales en la labor interpretativa, generan efectos contrarios a los que realmente se aspira dentro de la sana aplicación de la ley. (Rosales, 1996).

Otro tanto ocurre con la práctica legislativa, mediante la cual históricamente se han dictado leyes penales lesivas del Estado Constitucional. Esta observación es fundamental en momentos como el actual, en el que se propone reformar la legislación penal sustantiva.

Por ello la acción de los principios penales, partiendo del modelo de Estado de Derecho Constitucional, debe promover el paso de su concepción teórica a su inserción en la realidad, lo cual debe abordarse por múltiples vías, unas aliadas a la formulación de la ley (creación y reforma de la ley) y otras, a su proceso de aplicación (principalmente en la administración de justicia).

Por lo que los principios penales deben redundar en la protección de los derechos humanos vinculados a la justicia penal, tal y como se ha venido sosteniendo y desarrollado con anterioridad<sup>54</sup>. De donde la inscripción de los principios básicos anotados en la tabla 2 en toda propuesta de reforma de la ley penal persigue concretar cuáles son imprescindibles, o constituyen, como dijo Baratta los “requisitos mínimos de respecto a los derechos humanos en la ley penal”<sup>55</sup>, a tal extremo que su regulación en Derecho Positivo, constituye una de las opciones válidas para su progresiva inserción en la cultura jurídica democrática indispensable en el proceso de consolidación del Estado Constitucional, cuestión política y jurídicamente imprescindible en el camino hacia la sociedad de los derechos humanos.

---

<sup>54</sup> Rosales, Elsie 1994. *La reforma constitucional, principios penales y derechos humanos*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Rosales, E. C.S Bello y C. Borrego. 1996. *Constitución, principios y garantías penales*. Universidad Central de Venezuela.

<sup>55</sup> Baratta, Alessandro. 1985. *Requisitos mínimos del respeto a los derechos humanos en la ley penal*. Capítulo Criminológico N° 13. ULA.

**TABLA 2**  
**RESUMEN DE LOS PRINCIPIOS PENALES**  
**IMPRESINDIBLES PARA TODA REFORMA PENAL**

<b>Legalidad</b>	<b>Tipicidad estricta</b>	<b>Reserva legal</b>	<b>Lex previa</b>	<b>Irretroactividad</b>
	Proscripción de tipos penales abiertos, confusos o ambiguos propios del ejercicio autoritario y abusivo del control penal	Realización del principio de división de poderes, por lo cual un Poder Público distinto al Poder Legislativo Nacional actuando como legislador, no puede legislar en materia penal	Sólo son punibles las conductas previamente tipificadas (seguridad jurídica y eficacia de la ley)	Contrapartida de <i>lex previa</i> . Consecuencia del principio <i>tempus regit actum</i> . Supone inaplicación de tipos penales en forma retroactiva salvo supuestos según principio de <i>favorabilidad</i>
<b>Principio de bien jurídico</b>	Sólo puede preverse como delito conductas que afecten (en forma de daño o peligro concreto) <i>relevantemente</i> (excluye peligro abstracto) bienes jurídicos tutelados. Evita tentaciones autoritarias del poder al castigar penalmente hechos que no lesionan intereses de la sociedad. Obliga a sistematizar y jerarquizar las normas penales conforme a valores suscritos por la sociedad democrática dentro del marco del Estado Constitucional			
<b>Principio de subsidiariedad</b>	Obliga al Estado mediante el ejercicio de la facultad punitiva a propiciar fórmulas de intervención en los conflictos menos gravosas que la penal. Disminuye la violencia institucional y las consecuentes lesiones de los derechos humanos. Permite que se consideren y ensayen fórmulas de resolución de los casos que mejoren la posición de las víctimas			
<b>Principio de Derecho Penal de Acto</b>	Restringe la incriminación únicamente a <i>conductas</i> por lo que impide basarla en la <i>personalidad</i> o en la <i>peligrosidad</i> del agente, así como coadyuva a la proscripción de las incriminaciones basadas en situaciones de hecho u otras fórmulas distintas a la conducta que amplían indebidamente el espectro punible			
<b>Culpabilidad</b>	Permite proscribir la <i>responsabilidad objetiva</i> y establecer la responsabilidad criminal sobre la base de un juicio que evalúa la elección personal que se rebela contra el precepto o prohibición normativa. Coadyuva a la vigencia del principio de <i>intrascendencia de la pena</i>			
<b>Racionalidad, necesidad y proporcionalidad de la respuesta punitiva</b>	Impone un marco de actuación al establecimiento de la responsabilidad penal en todo momento e instancia de la intervención punitiva: sólo es razonable la <i>intervención útil</i> que ejerce el control penal con el menor gravamen al tiempo que evita la <i>impunidad</i> , que se justifica en su <i>necesidad</i> por no existir otro mecanismo menos lesivo para cumplir con tal control, que es <i>proporcional</i> a la lesión ocasionada al bien jurídico, sin excesos pero sin liberalidades que propicien la impunidad			

# **Sistema penal y reforma legal en Venezuela: La tensión entre el Estado Constitucional y el estado policial<sup>1</sup>**

- 1. Seguridad *versus* libertad en las políticas penales: las reformas penales actuales.**
- 2. Situación de la política legislativa de reforma del Código Penal.**
- 3. Política legislativa y sistema penal: 3.1 *Selectividad policial y abuso de poder.* 3.2 *Tasa de encarcelamiento.***
- 4. Hacia una política legislativa humanista: aspectos básicos a considerar para fortalecer la política legislativa democrática en materia penal: 4.1 *El objeto a regular: el poder punitivo del Estado expresado en el sistema penal.* 4.2 *Realidad legislativa en el Área.* 4.3 *El Código Penal como eje del proceso rearticulador de la normativa penal.***
- 5. Reforma parcial del Código Penal: un nuevo ensayo de incompreensión del sistema penal contrario al estado Constitucional: 5.1 *Parte general:* 5.1.1 *Régimen de la pena de multa (artículo 96).* 5.1.2 *Regulación la prescripción (artículos 108 y 110).* 5.1.3 *Algunas cuestiones no tratadas en la parte general.* 5.2 *Parte especial:* 5.2.1 *De los delitos.* 5.2.2 *De las faltas.* 5.3 *Norma derogatoria.* 5.4 *Otras cuestiones de fondo.***

---

<sup>1</sup> Publicado en *Estudios de Derecho Penal*. Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 2005.

6. **Los dos ejes transversales de la Reforma:** 6.1 *Aumento de las penas.* 6.2 *Proscripción de fórmulas alternas a la privación de libertad.*
7. **El veto presidencial: dos cuestiones fundamentales.**
8. **Caracterización de la Reforma parcial del Código Penal como uno de los eslabones expresivos del Derecho Penal del Enemigo.**
9. **Modificaciones específicas de cada dispositivo.**
10. **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*<sup>2</sup> 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 contruados, 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”.

Lo que generalmente no tiene claro la comunidad atemorizada debido a la construcción o sensibilización ante los miedos –reales, contruados 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

<sup>2</sup> Una explicación sobre esta dualidad, puede verse en: Rosales, Elsie. 2002: *Terrorismo y globalización del control penal*. Especialmente pp. 35 a 40. Revista del Tribunal Supremo de Justicia N° 6. República Bolivariana de Venezuela.

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<sup>3</sup>. 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: Christie<sup>4</sup> 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 considerado 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 desigualdad social, *banalización* de la violencia<sup>5</sup>). 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

---

<sup>3</sup> 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 de Criminología. Mérida, noviembre 2004 y publicada en *Capítulo Criminológico*, La Universidad del Zulia, volumen 32. N° 4. pp. 433-462, oct-dic. 2004.

<sup>4</sup> Christie, Nils. 2001. *Crime Control as Industry*, Roulegte. England.

<sup>5</sup> Briceño León, Roberto. 1999. *La violencia en Venezuela*. Mimeo. Lacso.

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 lo que va del nuevo milenio, 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 comprometedora 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 en vigor a partir de su publicación en *Gaceta Oficial* el 16/3/05<sup>6</sup>. 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.

---

<sup>6</sup> *Gaceta Oficial* extraordinario 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, en 2005 el Tribunal Supremo enarboló 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 dieron los primeros pasos para adelantar una reforma integral, pero en los últimos tiempos se ha debilitado esta labor, en cuya determinación sin duda obró, 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 aún más, ciertos delitos. Esto es una constante histórica en los delitos de corrupción, pero ha llegado a niveles insoportables 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*<sup>7</sup>, 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,

---

<sup>7</sup> Hassemer, Winfried. 1989. *Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos*. Nuevo Foro Penal. N° 51. Bogotá.

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 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 DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Como es sabido, al cierre 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 una nueva Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas habían sido aprobadas en primera discusión parlamentaria a finales de 2001 y finalmente se promulgaron al cierre de 2005. Otros proyectos atinentes al control penal continúan siendo discutidos en la Asamblea, tal y como ocurre con el Proyecto de Ley contra la Extorsión y el Secuestro, que durante la primera semana de marzo de 2005 fue desempolvado dentro del desarrollo de una política gubernamental de control penal fronterizo y en 2007 continúa incluido en la agenda legislativa para su posible aprobación. Es de hacer notar que estas legislaciones penales complementarias vienen contribuyendo al desmembramiento del Código Penal y a la instauración de modelos penales solapados y dispersos contrarios al ideario constitucional de garantías. En esta misma línea se inscribió la Ley sobre Robo y Hurto de vehículos el 26/6/2000 (*Gaceta Oficial* N° 37.000) que hasta hoy en nada ha aliviado este delito y por el contrario, ha contribuido a la desarticulación legislativa. De igual forma, en el 2005 se dictó la Ley contra ilícitos cambiarios (*Gaceta Oficial* N° 38.272 de fecha 14 de septiembre de 2005) como parte complementaria del control de cambio impuesto dos años atrás por razones político económicas.

De modo que para noviembre de 2004, se había superado la cresta de la atención política cifrada en el proceso de referéndum presidencial y en 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, entrado el nuevo milenio la Asamblea Nacional ha cursado las siguientes propuestas:

- La redacción de un nuevo Código Penal encomendada en el 2002 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 y que cesó de modo definitivo en sus funciones, aportando un documento con la propuesta de reforma de la parte general de Código Penal.
- Una reforma parcial (de 38 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 y que desde 2006 espera por un pronunciamiento acerca de su posible inconstitucionalidad por parte de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.
- Finalmente, el Anteproyecto de Código Penal de 1.038 artículos, propuesto por el Tribunal Supremo de Justicia, cuya elaboración fue encomendada al Magistrado Ángulo Fontiveros y para cuya redacción le acompañaron José Luis Tamayo, Mónica Fernández, Miguel Villarroel Sierralta y Gladys Hernández que no ha sido estimado y que responde a las tendencias

*maximizadoras* del Derecho Penal, así como con diversas inconstitucionalidades.

Hasta el segundo semestre del 2007, no pareciera considerarse el dictado de un nuevo Código Penal y las iniciativas legislativas en materia penal sustantiva parecieran seguir la tendencia hacia soluciones parciales a especies delictivas en particular. Por otro lado, el interés principal en materia relativa a la cuestión penal a lo largo de todo 2006 y 2007 ha sido la posibilidad de dictar la legislación policial que dio lugar desde abril del 2006 hasta enero de 2007 a la constitución de una Comisión Nacional de Reforma Policial que a partir de una amplísima consulta nacional y de un exhaustivo diagnóstico de la policía venezolana, formuló un modelo policial para el país que constituye el insumo primordial de la normativa que se deba dictar sobre esa materia. Ello unido a la propuesta de reforma constitucional que absorbe la atención legislativa principal a todo lo largo de 2007, deja por el momento, la cuestión de un posible nuevo Código Penal fuera de la agenda legislativa.

### 3. 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<sup>8</sup>. 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*<sup>9</sup>, leyes desarticuladas, efectistas, *inmediatistas*, de urgencia, concebidas contra “un terrible enemigo”,

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

“Derecho Penal del Emergencia” o “Derecho Penal del enemigo” en la expresión de Jacobs<sup>10</sup>; y, sobre todo, portadoras de la *cultura autoritaria* que lamentablemente ha signado por siglos al planeta y que se hace visible en esta 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<sup>11</sup>.

Estas legislaciones se han fincado en la búsqueda de sus *efectos simbólicos*<sup>12</sup>, 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<sup>13</sup>, 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<sup>14</sup>, con lo cual se considera también los aspectos polí-

<sup>10</sup> Citado por Aponte A., 1999. *Guerra y Derecho Penal del Enemigo*. Universidad de Los Andes. Bogotá y por Cancio Melía, Manuel 2002. *Derecho penal del Enemigo y delitos de terrorismo*. Jueces para la democracia N° 44.

<sup>11</sup> Marcuse, Herbert. 1972. *La sociedad opresora*. Editorial Nuevo Tiempo.

<sup>12</sup> Hassemer. 1989, *Ob. Cit.* y Rosales, Elsie, C.S. Bello y C. Borrego, 1996. *Constitución, principios y garantías penales*. Universidad Central de Venezuela.

<sup>13</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2000. *Derecho Penal*. Parte General. Argentina. Ediar.

<sup>14</sup> Recasens, Amadeus y otros. 2003. *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Atelier. Barcelona.

ticos del fenómeno de globalización de la cultura jurídica como ha abordado Buenaventura de Sousa<sup>15</sup>.

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 pautas homogeneizadoras impuestas por aquellos (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"<sup>16</sup>.

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.

<sup>15</sup> Buenaventura de Sousa, Santos. 1999. *La globalización del Derecho*. Primera edición en portugués 1998. ILSA y Universidad Nacional de Colombia.

<sup>16</sup> Recasens, *Ob. Cit.*, p. 367.

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 el “gran negocio” ha permanecido impune, según ha demostrado la investigación sociojurídica y dogmática del tema<sup>17</sup>.

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)<sup>18</sup>. Como se concluirá: el *agotamiento de la función simbólica* de la ley debilita

---

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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.

*la confianza de la comunidad en el Estado. Por tanto, evitar el abuso de normas penales*<sup>19</sup> no es un problema técnico para el deleite de juristas, sino un problema *político de consolidación del Estado Constitucional democrático*<sup>20</sup>.

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:

1. La realidad de siglos de *injusticia social* y por tal, de graves carencias en la realización de los derechos humanos.
2. La *fragilidad histórica del Estado de Derecho* y con él, de todo lo que le compete en cuanto a organización del Estado,

---

<sup>19</sup> 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, aquellos 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.

<sup>20</sup> 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.

funcionamiento de los poderes públicos y leyes que lo desarrollen en clave democrática<sup>21</sup>.

3. 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)<sup>22</sup>.

4. La profusión de la *cultura de la violencia*, funcional a las estrategias de mercado de la sociedad de consumo.

5. 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<sup>23</sup>, contrario a las ideologías humanistas del pensamiento penal orientado al fortalecimiento del Estado Constitucional<sup>24</sup>.

6. La *entropía* en la administración de los esfuerzos y recursos del sistema penal.

7. La *desarticulada, confusa y autoritaria legislación penal* que le sirve de sustento al sistema penal, muy especialmente en tres ámbitos:

a) La *legislación penal sustantiva* (Código Penal y leyes penales especiales y colaterales).

---

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> Pérez Perdomo, Rogelio. 1978. *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*. Monte Ávila Editores. Caracas.

<sup>23</sup> Aponte y Cancio Meliá, *Ob. Cit.*

<sup>24</sup> 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.

b) La ausencia de regulación democrática de la función policial.

c) 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 décadas*<sup>25</sup> se describe 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 padecen 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*.

*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<sup>26</sup>. Como se puede infe-

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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.

rir, 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 *inmediatas* 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*.

### 3.1 SELECTIVIDAD POLICIAL Y ABUSO DE PODER<sup>27</sup>

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)<sup>28</sup>. Esto se relaciona con diversas variables que 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 “muer-

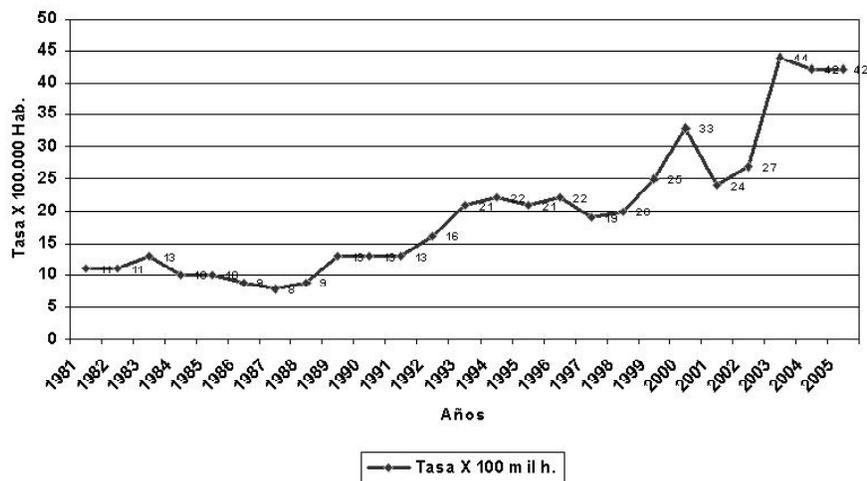
---

<sup>27</sup> 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 delincencial 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.

<sup>28</sup> Pero que están bien documentadas en la literatura explicativa del fenómeno, así Briceño León, entre otros: *La violencia delictiva en Venezuela*. Ob. Cit.

tes” 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**  
**1981-2005**



Elaboración 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<sup>29</sup>.

### 3.2 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 por cien mil habitantes, mientras que Estados Unidos exhibe tasas de más de 700 personas por cien mil (Tabla 1). Cuando Christie en su

---

<sup>29</sup> 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.

sugerente estudio<sup>30</sup> *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**<sup>31</sup>, 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).

<sup>30</sup> *Ob. Cit.*

<sup>31</sup> Tal y como se pretendió llevar adelante hace aproximadamente dos años, desde la Alcaldía Metropolitana al ensayar a lo criollo el modelo que Braton implantó en la ciudad de New York durante el gobierno del Alcalde Guliani, 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 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, al 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.

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<sup>32</sup>, 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<sup>33</sup>. 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*<sup>34</sup>. 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 grupos sociales más desfavorecidos. Es fundamental relacionar esta explicación con la situación de la población carcelaria

---

<sup>32</sup> Zaffaroni, 2000. *Ob. Cit.*

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Foucault, Michel. 1977, *Vigilar y Castigar*. Siglo XXI Editores. México.

venezolana (ubicada para marzo de 2006 en 18.147 personas<sup>35</sup>) que tras haber experimentado un agudo incremento durante la década de los ochenta que la llevó a treinta mil personas y que fue revertida drásticamente al cierre de los noventa con la implantación de la reforma procesal y que ha tenido vaivenes en estos últimos años, unida a serias dificultades visibles en los indicadores sobre violencia carcelaria analizados en publicaciones anteriores<sup>36</sup>.

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.

---

<sup>35</sup> Según dato de Informe Provea. 2006 p. 317, levantada sobre información suministrada por el MPPIJ. Para uno observar la data desde 1999 hasta 2006, ver Capítulo *Derechos de las personas privadas de libertad*. Disponible: [http://www.derechos.org.ve/publicaciones/infanual/2005\\_06/pdf/privadaslibertad.pdf](http://www.derechos.org.ve/publicaciones/infanual/2005_06/pdf/privadaslibertad.pdf)

<sup>36</sup> Sobre violencia carcelaria y realidad carcelaria venezolanas una obra ya con muchos años pero extraordinaria vigencia: Linares, Mirla, *El Sistema penitenciario venezolano*. 1980. Así como 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.

#### 4. HACIA UNA POLÍTICA LEGISLATIVA HUMANISTA: ASPECTOS BÁSICOS A CONSIDERAR PARA FORTALECER LA POLÍTICA LEGISLATIVA DEMOCRÁTICA EN MATERIA PENAL

##### 4.1 *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<sup>37</sup>.

En una perspectiva actualizada del contenido del *sistema penal* se puede afirmar que forma parte del sistema penal no sólo el conjunto de instituciones 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 *punicción* (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)<sup>38-39</sup>.

---

<sup>37</sup> Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. 1997. *Lecciones de Derecho Penal*. Editorial Trotta. Madrid y Zaffaroni, 1985, *Ob. Cit.*

<sup>38</sup> Rosales, Bello y Borrego. 1996, *Ob. Cit.*; Rosales, 2000.

<sup>39</sup> En cuanto al concepto de "punicción", 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

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.
  - 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.

#### 4.2 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.

---

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, *ultima ratio* y subsidiariedad, lo cual implica que sólo entra en la esfera de conocimiento penal la afcción 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.*).

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 fraguar en leyes. En estos últimos años la Asamblea Nacional ha venido 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 regulan 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, cuya reformulación también se ha planteado). En materia procesal el novel Código Orgánico Procesal Penal ha sido reformado dos veces tras su promulgación en 1999, así como en 2006 sufrió una modificación específica<sup>40</sup> para resolver problemas penitenciarios. 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 Hassemer<sup>41</sup> y de “expansión del Derecho Penal” en los términos utilizados por Silva Sánchez en su estudio sobre este tema<sup>42</sup>. De tal modo que existen más de ochenta leyes regulando espacios pertenecientes al Código Penal, entre leyes penales especiales y colaterales

---

<sup>40</sup> El 4/10/06 se promulgó la reforma parcial de los artículos 493 y 500 del Código Orgánico Procesal Penal.

<sup>41</sup> Hassemer, Winfried. 1990. *El destino de los derechos ciudadanos en un Derecho Penal eficaz*. Doctrina Penal N° 49-52. Depalma Buenos Aires.

<sup>42</sup> Silva Sánchez, *Ob. Cit.*

(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 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<sup>43</sup>, 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.

#### 4.3 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, inició desde noviembre de 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 principal eje de la concepción moderna del Estado de Derecho (Constitución, 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

<sup>43</sup> Gabaldón, Luis Gerardo. 2001. *La reforma penal en Venezuela*. Capítulo Criminológico Vol. 29; N° 3. La Universidad del Zulia. p. 33.

que se traduce en solapamientos de normas, confusión y desconocimiento, lo cual además entraba 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 pre-

tender 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<sup>44</sup>), 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.

---

<sup>44</sup> *Ob. Cit.*

## 5. 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:

1. 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).
2. Suprimió dos artículos de la Parte Especial (artículos 143 y 393, numeración anterior).
3. Creó dos dispositivos con letras A complementarios de sendos artículos (artículos 296-A y 471-A, numeración actual).
4. 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:

Nº de artículo de Ley de Reforma Parcial	Nº antes de reforma	Tabla 2 Norma o tipo penal	Nº actual
<b>Parte General</b>			
1	96	Concurso de Multas	96
2	108	Prescripción de la acción: lapsos aplicables según pena	108
3	110	Prescripción: interrupción	110
4	112	Prescripción de la Pena	112
<b>Parte Especial</b>			
<b>Libro Segundo: de los delitos en particular</b>			
5	128	Traición a la patria	128
6	140	Favorecimiento bélico	140
7	143	Admitir dádivas u honores de gobierno extranjero	suprimido
8	148	Ofensas a jefe de Estado	147
9	149	Ofensas a alto funcionario	148
10	216	Violencia o resistencia a la autoridad	215
11	284	Instigación pública a delinquir	283
12	285	Limitación a la penalidad del instigador del art. 284	284
13	286	Excitación a la desobediencia de las leyes	285
14		“Terrorismo” informativo	296-A
15	320	Falsedad documental	319
16	358	Riesgo común	357
17	361	Riesgo común	360
18	375	Violación (tipo básico)	374
19	376	Violación agravada	375
20	393	Atenuante por sujeto pasivo cualificado (prostituta)	suprimido
21	408	Homicidio calificado	406
22	409	Homicidio agravado	407
23	444	Difamación	442
24	446	Injuria	444
25	452	Difamación e injuria: prescripción especial	450
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
<b>Libro tercero: de las faltas</b>			
37	508	Vociferaciones y ruidos molestos	506
38		Disposición final (sobre derogación)	

En líneas generales, las modificaciones fueron las siguientes:

## **5.1 PARTE GENERAL**

### **5.1.1 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 *desactualización* 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.

### **5.1.2 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**

<i>Código Penal antes de la reforma parcial</i>	<i>Código Penal Reforma con Parcial 2005</i>
<b>Artículo 108.- Salvo el caso en que la ley disponga otra cosa, la acción penal prescribe así:</b>	<b>Artículo 108.</b> 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.	1°. Por quince años, si el delito mereciere pena <b>de prisión</b> que exceda de diez años.
2.- Por diez años, si el delito mereciere pena de presidio mayor de siete años, sin exceder de diez.	2°. Por diez años, si el delito mereciere pena de <b>prisión</b> mayor de siete años sin exceder de diez.
3.- Por siete años si el delito mereciere pena de presidio de siete años o menos.	3°. Por siete años, si el delito mereciere pena de <b>prisión</b> de siete años o menos.
4.- Por cinco años, si el delito mereciere pena de prisión de más de tres años.	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)<sup>45</sup>, aunque falte aún mucho desarrollo jurídico normativo y doctrinal, para resolver adecuadamente muchos de los casos que pudieren presentarse. El punto crucial es que la 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 tenían 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 los ordinales 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 comportaban una tal gravedad, que exigía tales

---

<sup>45</sup> “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 este 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.

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 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<sup>46</sup>, 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.

---

<sup>46</sup> En reunión departamental celebrada en marzo de 2005, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.

### 5.1.3 *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 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 LOPNA. 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.

## 5.2 *PARTE ESPECIAL*

### 5.2.1 *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 impropriadamente dice la Ley de Reforma) dos artículos: el 143 y el 393 (...) ([www.EUD.com](http://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<sup>47</sup>, que ha sido mucho mayor debido, en síntesis a las siguientes incongruencias:

---

<sup>47</sup> 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.

1. 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.

2. *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).

3. 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 muchísimos 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 Anti-drogas (Losep, 1993) o con regímenes especiales como el contenido en la LOPNA.

4. 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.

5. 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 dispendian enormes esfuerzos, se dan “soluciones” contradictorias y se afecta muy especialmente la actividad jurisdiccional y fiscal.

### 5.2.2 *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 pudiere generarse como consecuencia de la actualización de las penas de multa aplicables, tras la homologación general a unidades tributarias.

## 5.3 *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<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> *Gaceta Oficial* N° 20.546 de fecha 22 de julio de 1941.

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 194º de la Independencia y 145º 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 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<sup>49</sup>, desde el punto de vista

---

<sup>49</sup> 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.

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.

#### 5.4 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<sup>50</sup>, lo cual supone una de las expresiones de la denominada “expansión del Derecho Penal” reformulada bajo esta expresión por Silva Sánchez<sup>51</sup>.

## 6. 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*

<sup>50</sup> 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.*

<sup>51</sup> *Ob. Cit.*

*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.

### 6.1 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*<sup>52</sup>:

---

<sup>52</sup> 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 todos los tipos penales reformados.

**TABLA 4**  
**MODIFICACIÓN DE LA PENA DE PRESIDIO**  
**POR PRISIÓN Y DE SU DURACIÓN EN HOMICIDIOS**  
**SIMPLE Y CALIFICADO**

<b>Tipo penal</b>	<b>Código Penal de 1964 reformado en 2000</b>	<b>Código Penal reformado 2005</b>
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 a 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 reprochables 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
<p><b>TÍTULO X</b> <b>De los delitos contra la propiedad</b></p> <p><b>CAPÍTULO I</b> <b>Del hurto</b> <b>Artículo 453.-</b> Hurto simple Prisión de seis meses a tres años Valor menor a cien bolívares, la pena será de arresto de uno a tres meses.</p>	<p><b>TÍTULO X</b> <b>De los delitos contra la propiedad</b></p> <p><b>CAPÍTULO I</b> <b>Del hurto</b> <b>Artículo 451.-</b> 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.</p>
<p><b>Artículo 455.</b> Hurto agravado Prisión de cuatro a ocho años</p>	<p><b>Artículo 453.-</b> Hurto agravado Prisión de cuatro a ocho años <i>Igual</i></p>
<p><b>CAPÍTULO II</b> <b>Del robo, de la extorsión y del secuestro</b> <b>Robo genérico propio</b> <b>Artículo 457.-</b> Presidio de cuatro a ocho años.</p>	<p><b>CAPÍTULO II</b> <b>Del robo, de la extorsión y del secuestro</b> <b>Robo genérico propio</b> <b>Artículo 455.-</b> Prisión de seis a doce años.</p>

<p><b>Robo Impropio</b>  <b>Artículo 458.-</b> En la misma pena del artículo anterior.</p> <p><b>Arrebatón</b>  Prisión de seis a treinta meses.</p>	<p><b>Robo Impropio</b>  <b>Artículo 456.-</b> En la misma pena del artículo anterior</p> <p><b>Arrebatón</b>  Prisión de dos a seis años.</p>
<p><b>Robo de documento</b>  <b>Artículo 459.-</b> Presidio de tres a seis años.</p>	<p><b>Robo de documento</b>  <b>Artículo 457.-</b> Prisión de cuatro a ocho años.</p>
<p><b>Agravantes</b>  <b>Artículo 460.-</b> Presidio de ocho a dieciséis años.</p>	<p><b>Agravantes</b>  <b>Artículo 458.-</b> Prisión de diez a diecisiete años.</p>
<p><b>Extorsión</b>  <b>Artículo 461.-</b> Presidio de tres a cinco años.</p>	<p><b>Extorsión</b>  <b>Artículo 459.-</b> Prisión de cuatro a ocho años.  Subtipo agravado: Aumento de un tercio</p>
<p><b>Secuestro</b>  <b>Artículo 462.-</b> Presidio de diez a veinte años.</p> <p><b>Secuestro para causar alarma:</b>  Dos a cinco años de presidio.</p>	<p><b>Secuestro</b>  <b>Artículo 460.-</b> Prisión de veinte a treinta años.</p> <p><b>Secuestro para causar alarma:</b>  Diez a veinte años de prisión</p> <p><b>Planificación y financiación específicos:</b> Prisión no menor de 15 años ni mayor de 25 años  <b>Parágrafo Segundo:</b> Agravante específica  <b>Parágrafo Tercero:</b> Subtipo agravado por fines políticos 12 y 24 años de prisión.</p>

<p><b>CAPÍTULO V</b>  <b>Del aprovechamiento de cosas provenientes de delito</b>  <b>Receptación</b>  <b>Artículo 472.-</b> Prisión de tres meses a un año.  Subtipo agravado prisión de seis meses a dos años.</p> <p><b>Límite de la mitad.</b>  <b>Habitualidad:</b> prisión de uno a tres años en el primer caso aquí previsto, y de dieciocho meses a cinco años en el segundo.</p>	<p><b>CAPÍTULO V</b>  <b>Del aprovechamiento de cosas provenientes de delito</b>  <b>Receptación</b>  <b>Artículo 470.-</b> Prisión de tres a cinco años.  <b>Subtipo agravado:</b> Prisión de cinco a ocho años.  <b>Subtipo agravado sujeto activo funcionario público:</b> Penas del último aparte y destitución inmediata del cargo que ejerza.</p> <p><b>Límite de dos tercios.</b>  <b>Habitualidad:</b> Prisión agravada en una tercera parte de la prevista</p>
<p><b>CAPÍTULO VI</b>  <b>De las usurpaciones</b>  <b>Artículo 473.-</b> Prisión de cuatro a quince meses.  Usurpación violenta: Prisión de seis a treinta meses</p>	<p><b>CAPÍTULO VI</b>  <b>De las usurpaciones</b>  <b>Artículo 471.-</b> Prisión de uno a cinco años.  <b>Usurpación violenta:</b> De dos a seis años</p>
	<p><b>Artículo 471-A.</b> Invasión de inmueble prisión de cinco a diez años y multa de cincuenta (50) a doscientas (200) unidades tributarias.</p>
<p><b>Perturbación violenta de posesión pacífica</b>  <b>Artículo 474.-</b> Prisión de uno a seis meses.  Subtipo gravado prisión será de seis a dieciocho meses.</p>	<p><b>Perturbación violenta de posesión pacífica</b>  <b>Artículo 472.-</b> 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.</p>

## 6.2 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.

## 7. 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 cons-

titucionales 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 reclusorias*, 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 algunos 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 aún habrá que mejorar mucho más el texto normativo, a fin de adecuarlo al Estado Constitucional de los derechos y garantías propugnado constitucionalmente.

## 8. 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 expresión: 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 Meliá<sup>53</sup> 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”<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> *Ob. Cit.*

<sup>54</sup> *Ob. Cit.*, p. 21.

## 9. 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 el cual además se incluye dos columnas que especifican la intervención del veto presidencial y sus resultados.

**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
<b>PARTE GENERAL</b>				
96	Concurso de Multas	96	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	<b>Traición a la patria</b>	128	<p>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 uno de las redacciones donde se denota un alto afán por el <b>casuismo</b> normativo que desmejora las cualidades de abstracción y determinación precisa. Como es sabido, el <b>casuismo</b> 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.</p> <p>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.</p> <p>Además, se cambió la pena de presidio a prisión lo cual técnicamente supone una rebaja. Se incluyó el párrafo único que prohíbe la procedencia de formas alternas a la privación de libertad durante el juicio durante el cumplimiento de la condena.</p>
140	<b>Favorecimiento bélico</b>	140	<p>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.</p>

143	<b>Admitir dádivas u honores de gob. extranjero</b>	Se suprimió	No se vetó
148	<b>Ofensas a jefe de Estado</b>	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.
149	<b>Ofensas a alto funcionario</b>	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.

**(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 los funcionarios, pero en las reformas sucesivas se suprimió la lista con lo cual se amplió el sujeto pasivo a todo funcionario de modo 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 a código penal venezolano La Nación, Costa Rica.

Martes, 29 de marzo de 2005 en [Analitica.com](http://Analitica.com) y Es Hora de Echar Cuentas.

Especial para [www.libertad-prensa.org](http://www.libertad-prensa.org) 23 diciembre 2004 por Eduardo 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.

<b>(TÍTULO V: DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO)</b>			
<b>284</b>	<b>Instigación pública a delinquir</b>	<b>283</b>	<p>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 medio”, en cuyo caso se habría desvirtuado una exigencia 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 un 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.</p>
<b>286</b>	<b>Excitación a la desobediencia de las leyes</b>	<b>285</b>	<p>Se modifica el verbo “excitar” por “instigar” con lo cual paradójicamente se torna más exigente el tipo penal. Se eleva considerablemente la pena.</p>
<b>297</b>	<b>“Terrorismo” informativo</b>	<b>297-A</b>	<p>Añade como terrorismo la difusión de informaciones que pretendan causar o causen pánico en la colectividad. Veto de fondo (se solicitó levantar la sanción)</p>

<b>(TÍTULO VI: DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA)</b>				
<b>320</b>	<b>Falsedad documental</b>	<b>319</b>	Falsedad de acto o documento absurdo	No se vetó cambiaron el tipo de modo
<b>DELITOS DE RIESGO COMÚN O (TÍTULO VII: DELITOS CONTRA LA CONSERVACIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS Y PRIVADOS)</b>				
<b>358</b>	<b>Riesgo común</b>	<b>357</b>	Suprimieron el tipo que castigaba el solo hecho de colocar los artefactos Se solicitó modificar	Vetado
<b>361</b>	<b>Riesgo común</b>	<b>360</b>	Olvidaron cambiar penas de los sub-tipos agravados	No se vetó
<b>DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL O (TÍTULO VIII: DELITOS CONTRA LAS BUENAS COSTUMBRES Y EL BUEN ORDEN DE LAS FAMILIAS)</b>				
<b>375</b>	<b>Violación (tipo básico)</b>	<b>374</b>	Aumento de penas Tipo casuístico Cambió el tipo a menor de 13 años Prohíbe medidas alternativas 376: Amplía los tipos deroga 393	Vetado Se solicitó modificar
<b>376</b>	<b>Violación agravada</b>	<b>375</b>		
<b>393</b>	<b>Atenuante por sujeto pasivo cualificado (prostituta)</b>			Derogado

<b>DELITOS CONTRA LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y MORAL O (TÍTULO IX: DELITOS CONTRA LAS PERSONAS)</b>				
	<b>Homicidio calificado</b>	<b>406</b>	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
	<b>Homicidio agravado</b>	<b>407</b>	Varía las penas y deja "presidio" Prohíbe medidas alternativas	
	<b>Difamación</b>	<b>442</b>	Aumento de penas Duplicación privativa y multa Valor probatorio pleno a copia de publicación Restricción de MA ¼ después de condena	
	<b>Injuria</b>	<b>444</b>		
	<b>Difamación e injuria prescripción especial</b>	<b>450</b>		
<b>DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO O (TÍTULO X: DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD)</b>				
<b>453</b>	<b>Hurto Simple</b>	<b>451</b>	Suprime adecuadamente los ordinales 1 a 8 por estar previamente derogados según <b>Ley Penal de Protección de la Actividad Ganadera</b> , publicada en G.O N° 25/7/97	
<b>455</b>	<b>Hurto Calificado</b>	<b>453</b>	Aumento de pena <b>Conforme al veto se eliminó el Parágrafo único que proscribe toda fórmula para procesados y/o condenados alterna a la privación de libertad</b>	Veto de fondo (se solicitó levantar la sanción)
<b>457</b>	<b>Robo propio</b>	<b>455</b>	Aumento de penas Desproporcionado en arrebatón <b>Conforme al veto se eliminó el Parágrafo único que proscribe toda fórmula para procesados y/o condenados alterna a la privación de libertad</b>	Veto de fondo (se solicitó levantar la sanción)
<b>458</b>	<b>Robo impropio y arrebatón</b>	<b>456</b>	Se aumentó la pena de prisión para el arrebatón de 6 a 30 meses a prisión de 2 a 6 años y conforme al veto se modificó el Parágrafo único que proscribe toda fórmula para procesados y/o condenados alterna a la privación de libertad, dejando sólo la prohibición de libertad durante el juzgamiento	Veto de fondo (se solicitó levantar la sanción)

459	<b>Robo para destruir documento</b>	457		
461	<b>Extorsión</b>	459	Aumento de pena Añade subtipo de extorsión por amenaza de calamidad	
462	<b>Secuestro</b>	460	Deja tipo básico Aumenta pena Crea subtipos agravado en párrafos: Confunde formas de participación Casuismo Autoría intelectual No entiende que es delito permanente Privilegia a los cooperadores inmediatos Sustituye agravaciones genéricas Prohíbe fórmulas alternas	Vetado Se solicitó modificar
472	<b>Aprovechamiento de cosas provenientes de delito</b>	470	Aumento de penas Errores de redacción (Himiob) Receptación de funcionario en averiguación penal	Vetado Se solicitó modificar
473	<b>Daño a inmueble Invasión de inmueble (nuevo)</b>	471 471-A	Nuevo. Desarticulado del artículo 473 Confunde figuras de participación Viola garantías procesales (flagrancia) prohíbe fórmulas alternativas	
474	<b>Perturbación violenta y armada de posesión pacífica</b>	472	Aumento de pena absurdo	
<b>DE LAS FALTAS EN GENERAL: (TÍTULO I: DE LAS FALTAS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO)</b>				
508	<b>Vociferaciones y ruidos molestos</b>	506	Aumento de pena y se amplió el tipo penal de "vociferaciones" que se ha denunciado como "punición 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
<b>DISPOSICIÓN FINAL</b>				
	<b>Disposición final (sobre derogación)</b>		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

## 10. 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”<sup>55</sup>, 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 los resultados 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)<sup>56</sup>.

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 aun 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

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> Borrego, *Ob. Cit.*

tres años, amén de otras exigencias sobre reconocimiento de culpabilidad y oferta de reparación de daños.

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.

## **Sistema penal y Estado Constitucional en Venezuela<sup>1</sup>**

- 1. Una noción de sistema para comenzar... ¿Sistema o sistemas?**
- 2. Caracterización:** **2.1** *El sistema penal como portador de ideologías penales bélicas: Derecho penal máximo, de emergencia, del enemigo, Derecho penal autoritario.* **2.2** *Un caso actual e ilustrativo: el mal llamado “Derecho” penal del enemigo.* **2.3** *Utiliza la relegitimación constante por parte del Derecho penal.* **2.4** *El error de origen.*
- 3. Reproduce las tesis penales eurocéntricas.**
- 4. Los vaivenes del sistema penal en datos y el caso venezolano:** **4.1** *Selectividad policial y abuso de poder.* **4.2** *Tasa de encarcelamiento.*
- 5. Constitución y Derecho penal. Un callejón sin salida: ¿El Estado constitucional qué papel puede jugar?**

Las ideas que prosiguen que tan siquiera aspiran al estatus de ensayo, son el resultado de las reflexiones surgidas *pensando* al sistema penal y sus relaciones con el Derecho. Como se evidencia, son aún ideas sueltas e inmaduras que a tientas persiguen alcanzar alguna aproximación a un fenómeno altamente complejo tras el sueño trasnochado cuando no extraviado en el Derecho, pero aún vivo por la pasión de no entregar bajo su licencia, más derechos al poder punitivo.

---

<sup>1</sup> Publicado en *Capítulo Criminológico*. La Universidad del Zulia, diciembre 2005.

## 1. UNA NOCIÓN DE SISTEMA PARA COMENZAR... ¿SISTEMA O SISTEMAS?

El concepto de sistema penal aquí considerado persigue redimensionar la concepción tradicional según la cual éste estaría conformado por el conjunto de instituciones encargadas de la potestad punitiva del Estado –policía, jueces y cárceles– y abarcaría los subsistemas policial, judicial y penitenciario (incluso el postpenitenciario).

Asimismo, tal concepto no significa que se transfiera un modelo de las ciencias llamadas tradicionalmente naturales, de corte positivista, ya superado, ni tan siquiera en la versión actual de Maturana; tampoco se adopta como enfoque para explicar al sistema la comprensión *luhmaniana* de sistemas sociales<sup>2</sup> entronizadas en la *función*, propia del funcionalismo sociológico sistémico, descendiente de la teoría de sistemas. Sin embargo, sí se considera la evolución del pensamiento de lineal a complejo que aporta la evolución del paradigma newtoniano al paradigma cuántico, explicada por Del Grosso<sup>3</sup> con lo que se rescatan los caracteres de apertura, dinamismo y transformación propia de los modelos *complejos*.

Zaffaroni ha mantenido la noción de sistema de control social punitivo, pero ha asumido el despliegue de un amplio conjunto de agencias en distintos ámbitos del *control* –especificándolo bajo los madurados conceptos doctrinales de criminalización primaria y secundaria– que gestionan mediante sus propios poderes, “no operan de modo coordinado sino por compartimientos estancos<sup>4</sup>”. Carencia de coordinación que ha llevado a otros –en su caso a Aniyar– a incorporar una valiosa crítica que apunta a la falta de cualidades consustanciales a un “sistema” que amerita de mecanismos de autorregulación y sostenimiento con unos criterios de ordenación que parecen estar muy distantes de la verdadera naturaleza del aparato penal, más cercano a la arbitraria aplicación del control penal según las lógicas de cada grupo de agen-

<sup>2</sup> Luhmann, Niklas. 1998. *Sistemas sociales*. Lineamientos para una teoría general. España: Antropos-Universidad Iberoamericana.

<sup>3</sup> Del Grosso, José. 2000. *Más allá de mente y conducta*. Ediciones de la Universidad de Los Andes. Mérida.

<sup>4</sup> “Por *sistema penal* se entiende el conjunto de agencias que operan la criminalización (*primaria y secundaria*) o que convergen en la producción de ésta (...)” Zaffaroni, *Ob. Cit.* 2000. p. 17.

cias o “sistemas”. Sin embargo, una comprensión flexible y dinámica del concepto permite su útil aplicación a este *universo* desordenado, no coordinado y contradictorio.

Otra advertencia es que la utilización del concepto de sistema aquí esbozado, no priva de la comprensión de sus *relaciones* como *conflictivas*, tanto en cuanto a las tensiones generadas por las relaciones que suceden entre sus distintos órganos, esferas y gestores, como en sus relaciones con los conflictos seleccionados y con el *entorno* en el que se mueve, dado que el poder penal despliega un poder político portador de altas dosis de irracionalidad administradas mediante un control violento, selectivo y arbitrario que pretende “justificarse” en el control de un presunto conflicto penal.

La asunción de una noción de *sistema* tiene el sentido de suministrar un modelo *complejo*<sup>5</sup> que permita evidenciar la relevancia política de la relación de regulación del Derecho (limitador y delimitador) sobre el poder punitivo, contextualizando en el escenario social la intervención punitiva. Ello permite resaltar que el objeto de regulación del Derecho (el control penal) se mueve en la trama social expresándose de diversas formas, así lo hará, por ejemplo, con el ejercicio de la función policial que por tal no sólo será un ámbito de regulación del Derecho Administrativo, sino también del Derecho Penal –y Procesal Penal– y por supuesto, del Constitucional, al igual que se plantea con el Derecho penitenciario, pues en ambos campos el eje no es sólo la prestación de un servicio público, sino el ejercicio del poder penal del Estado. Así, el control penal se manifestará en lo interno de la prisión, en la actuación de los órganos del sistema, en los procesos de formulación legislativa y hasta en las desviaciones en que incurra el poder punitivo.

Por consiguiente, una visión amplia del objeto de estudio evita la incoherencia propia de consideraciones individualistas, fragmentadas o sesgadas.

En definitiva, se aludirá al *sistema penal* como el conjunto de *relaciones y procesos derivados del ejercicio de la facultad punitiva del Estado*. Lo que permite tomar en cuenta *relaciones* “del control penal” que no estén dentro de los límites jurídicos “fuera del límite”, con lo que cabe más allá del control formalizado tener en cuenta al control punitivo no

---

<sup>5</sup> Lewis, Roger. *Complejidad*. Metatemas 41. Primera edición en inglés 1992. Barcelona: Tusquets Editores.

formalizado, Aniyar diría el que opera bajo el sistema penal subterráneo, es decir, aquel que implica una *punición* (restricción o supresión relevante de derechos humanos), así como deben ser tomadas en cuenta aquellas 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). Esto tiene el sentido de mostrar la interacción y tensiones entre el Estado de Derecho y el Estado Policial<sup>6</sup>. No persigue expandir los espacios de intervención punitiva, sino mostrarlos para limitarlos.

El empleo de un modelo abierto, cambiante y dinámico de sistema penal comporta su *contextualización* en la sociedad (entorno social), lo cual remite a la consideración de su dimensión *ecológica*<sup>7</sup> y exalta el impacto que la acción de tal sistema tiene en la vida social, sobre muchas otras dimensiones humanas que tendrían que ser ajenas a tal control, teóricamente de uso excepcional (imágenes 1 y 2).

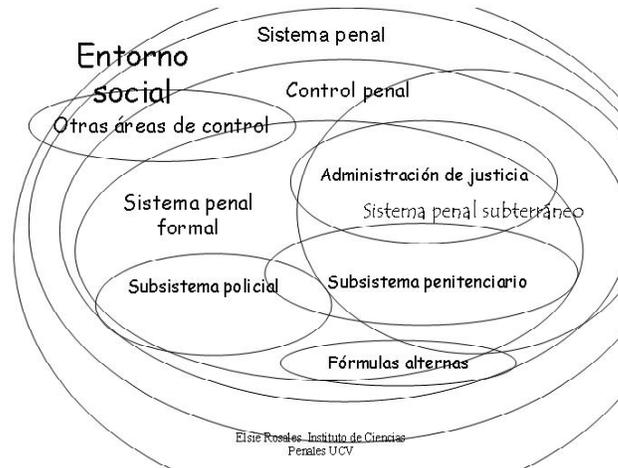
### IMAGEN 1



<sup>6</sup> Cuando aquí se habla de *restricción o supresión relevante de derechos humanos*, se quiere significar que se excluyen muchas fórmulas también punitivas propias del Derecho en general que suponen alguna afeción 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*, *ultima ratio* y *subsidiariedad*, lo cual implica que sólo debería entrar subsidiariamente en la esfera de conocimiento penal la afeción (lesividad) significativa o relevante de bienes jurídicos tutelados y no, cualquier ataque a los mismos, que constitucionalmente supondría *siempre* supondría desviación o abuso de poder.

<sup>7</sup> Capra, Fritjof. 1998. *La trama de la vida (Una nueva perspectiva de los sistemas vivos)*. Editorial Anagrama. Barcelona, España.

## IMAGEN 2



## 2. CARACTERIZACIÓN

Se inicia esta caracterización del sistema penal abordando aspectos de las teorías jurídicas que sustentan su actuación desequilibrada y que postulan legitimar su actuación.

### 2.1 *EL SISTEMA PENAL COMO PORTADOR DE IDEOLOGÍAS PENALES BÉLICAS: DERECHO PENAL MÁXIMO, DE EMERGENCIA, DEL ENEMIGO, DERECHO PENAL AUTORITARIO*

La tesis según la cual el *sistema penal es portador de un sistema penal subterráneo* sustentada por Aniyar<sup>8</sup> o que *recrea la tensión entre un Estado de Derecho democrático y un Estado policial*, que según Zaffaroni<sup>9</sup> conviven promiscuamente, explican el escenario per-

<sup>8</sup> Aniyar de Castro, Lolita. 1985. *Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo*. Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. Colombia.

<sup>9</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal*. 2000. Parte General. Ediar.

fecto para que a lo largo de la modernidad hayan pululado ideologías justificadoras de la vigencia del Estado Policial agazapado bajo la formalidad del Estado de Derecho, pero a la vez desbordado, que han transitado por escenarios tales como el Derecho penal abiertamente autoritario que exaltaba la protección del Estado fusionado con el gobierno (como en los delitos de ofensas a los altos funcionarios ubicados en los delitos contra el Estado) o mediante la falseada tutela penal del “pueblo” tan abstracto y difuso, que expresaba tesis afectas a los totalitarismos<sup>10</sup>, hasta sustentos del Estado policial actual, también desbordado de un modo insólitamente involutivo y signado por los datos que en tiempos de globalización apuntan hacia una tendencia al mayor uso del encarcelamiento demostrada por <sup>11</sup>, que actúa de modo discriminatorio según ha explicado Malthiesen<sup>12</sup>, donde proliferan leyes penales para todo tipo de conflictos y donde la tendencia marca la extensión de un control penal transfronteras cada vez más mundializado.

Así, las explicaciones al predominio ¿encubierto? del Estado Policial transitan desde la ya repetida crítica de Hassemer<sup>13</sup> a la asunción de un Derecho penal “eficaz” que promueve el sacrificio de las garantías, pasan por la construcción social de los miedos y la rentabilidad política de la oferta de “seguridad” y se entremezclan con fenómenos como “la reacción de la “emergencia”, expuesta por Ferrajoli<sup>14</sup> ante ciertos fenómenos que, como el terrorismo, pretenden servir de excusa a la dureza de las respuestas oficiales violentas o, el recurso a más encarcelamiento ilustrado por Baratta al citar específicamente en materia carcelaria la reafirmación de las cárceles de máxima seguridad y la renuncia, al menos visible en Estados Unidos, de la prevención general positiva (resocialización) por la prevención general negativa (neutralización)”<sup>15</sup>.

De modo particular, la vieja estrategia de búsqueda de rentabilidad política o electoral de la represión es bosquejada por Baumann:

<sup>10</sup> Zaffaroni, 2000. *Ob. Cit. Acerca de: Estados de Policía revolucionarios*. pp. 323 y ss.

<sup>11</sup> Chistie, Nils 2000. *Crime control as industry*.

<sup>12</sup> Malthiesen, Thomas. 1990. *Prison on Trial: A Critical Assesment*. London.

<sup>13</sup> Hassemer, Winfried. 1990. *El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal “eficaz”*. Doctrina Penal. N° 49-52. Depalma. Buenos Aires, Argentina.

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi. 1997. *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*. Editorial Trotta. España p. 807 y ss. Título original: *Diritto e ragione*. 1989.

<sup>15</sup> Baratta, Alessandro. 1999. *Anuario del Instituto de Ciencias Penales*. Universidad Central de Venezuela. p. 248.

Construir más cárceles, elaborar nuevas leyes que multipliquen el número de violaciones punibles mediante la prisión, obligar a los jueces a agravar las penas son medidas que aumentan la popularidad; muestran que son severos, lúcidos y resueltos, y sobre todo que se ocupan no sólo de la protección personal de los gobernados sino también, en consecuencia, de brindarles seguridad y certeza; y lo hacen de manera tangible, visible y por ello, convincente<sup>16</sup>.

En vista de lo convincente que pueden presentarse los operadores políticos que lucen más como anunciantes publicitarios que como servidores del bien común, no les falta el ilustrado aporte de la ciencia penal que habida cuenta de la relegitimación constante que el Derecho le brinda al sistema, le facilita ideologías y teorías, que pretenden justificar la expansión del control penal, tal y como viene aconteciendo ya no sólo con las plataformas teóricas del Derecho penal del pasado abiertamente peligrosistas o reduccionistas o positivistas y disociadas de la realidad, sino con construcciones exquisitamente elaboradas desde el *normativismo* de variados grados por cuya senda cabalga el Derecho Penal actual.

Dentro de las elaboraciones actuales, preocupa el denominado “Derecho” Penal del Enemigo, dada la popularidad que ha alcanzado y su vinculación con importantes aportes derivados del funcionalismo sistémico que vienen siendo tomados muy en cuenta por teóricos en nuestra América. Pero, además porque es una cuestión de la sobrevivencia de uno de los pilares del Estado Constitucional democrático, debido al descalabro que la relegitimación del Estado Policial mediante el Derecho Penal del Enemigo, puede procurarle a unos sistemas penales que muestran una crisis particularmente perturbadora para la superación de los más graves problemas de la región, entre ellos la pobreza y de la injusticia social en asociación directa con la protección de los derechos humanos, para lo cual el fortalecimiento de los Estados constitucionales democráticos pareciera aportar un dato clave que es silenciosamente subvertido por esta vía.

---

<sup>16</sup> Baumann, Zygmunt. 2003. *La Globalización: consecuencias humanas*. Fondo de Cultura Económica. Primera edición en inglés, 1998. p. 155.

## 2.2 UN CASO ACTUAL E ILUSTRATIVO: EL MAL LLAMADO “DERECHO” PENAL DEL ENEMIGO

En su esclarecedor trabajo, Cancio Meliá sintetiza las premisas del Derecho Penal del enemigo basadas en una suerte de legado de la combinación de Derecho penal simbólico y de punitivismo, pero de entrada advierte el “Derecho Penal del ciudadano es un pleonismo y Derecho penal del Enemigo una contradicción en los términos”<sup>17</sup>.

El problema conceptual de distinguir entre Derecho Penal del Enemigo y del Derecho Penal del ciudadano, es que el primero no es Derecho y el segundo es una redundancia, salvo que pretenda acentuar la distinción entre *ciudadano* y *persona* para perpetuar el déficit en la protección de los derechos, esta vez, con otra escala<sup>18</sup>.

El problema político es que el Derecho penal del enemigo, *aunque reducido a las normas que lo portan y no a una auténtica teoría jurídica*, es altamente autoritario y antidemocrático en su esencia, pues desconoce la *misión de control y limitación del poder punitivo* que le corresponde al Derecho Penal y a cambio de eso, lo sustituye por un mecanismo ideológico (estos dos forzados Derechos penales) que le permitirían al poder punitivo (al poder político) administrar esa diferencia entre la gente. Esto no es expansión, esto es desbordamiento, de suyo inconstitucional (va más allá de lo que es dable al poder político). En la superficie del análisis no sólo quiebra a la *igualdad*, sino que abroga el fin limitador del poder punitivo mediante el Derecho. La misión del Derecho se desvanece a conveniencia del controlado (el Estado) que a su elección puede administrar un tipo u otro de violencia penal. El error político base consiste nada más y nada menos que en la renuncia a los derechos, por cierto *irrenunciables constitucionalmente* desde otra esquina del Derecho, la de los *derechos humanos*.

A los fines políticos del control penal “de los criminales más furiosos” que perseguiría el Derecho Penal del Terrorista, perdón del Enemigo,

---

<sup>17</sup> Cancio Meliá, Manuel. 2003. *¿Derecho penal del Enemigo?* Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, editorial Civitas, Madrid, 2003.

<sup>18</sup> Es esta línea, la magistral exposición de Ferrajoli al propugnar la desvinculación de los derechos humanos, proclamados en las constituciones, de la *ciudadanía* “es decir, del último privilegio de *status* que subsiste en el derecho moderno”. 1999. *Derechos y garantías*, La ley del más débil, p. 155.

poco importa, que se desmonten todas las garantías, incluyendo todo el orden constitucional y se salga a matarlos a sangre fría, pues ello en nada contribuiría a ejercer el tan anhelado control penal “eficaz”. *Los problemas de eficacia del sistema penal no derivan de la rigidez o flexibilización de las garantías.* Este no es el problema del sistema penal, *per se* muy arbitrario e irracional.

Esto es una *cuestión metodológica* que está en la base del planteamiento. No hace falta intentar dotar de una falsa legitimidad mediante una “racionalidad a cuestas” la regulación jurídica de un sistema que durante más de dos siglos de reglas de contención, las pervierte o elude con mayor o menor desparpajo.

Los problemas del sistema penal responden a las lógicas con las que se mueve e imbrica el control en la complejidad social de la sociedad desigual, capitalista y cada vez más global. Son problemas políticos asociados al olvido del bien común<sup>19</sup> y alienadas por la embriaguez del poder de dominación en la que aun entrado el siglo XXI late la violenta e injusta sociedad desigual.

Los problemas del sistema penal aluden a la regla de la impunidad, a su déficit de intervención y a sus extravíos en bagatela o “problemas criminales contruidos o importados” como el de las drogas. Atiende a su selectividad arbitraria por desviación de poder intrínseca.

Y por tal este grave problema político, no requiere de teorías jurídicas que lo trasladen a la ficción de un enemigo identificado, convicto y confeso, acerca del cual se discute cuál dosis de veneno aplicarle, pues la fluidez del delito en un ambiente social movedizo, en cuyo contexto la intensidad de los extravíos del sistema penal por aumento de la arbitrariedad, paradójicamente promueven mayor delito y mayor violencia, presuponen que el sistema penal actuará sólo en algunos casos coyuntural o caprichosamente seleccionados, en la mayoría de ellos según el *criterio de vulnerabilidad*, según diría Zaffaroni, y no conforme a la perversidad o gravedad delictiva según sea la calaña del enemigo a neutralizar.

Pero además de metodológico, tal confusión constituye un *agravio ético* contra la comprensión del sentido que debe tener la política (búsque-

---

<sup>19</sup> Diría Bauman: al olvido de la política. Bauman Zygmunt. 2001. *En busca de la política*. Editorial Fondo de Cultura Económica. Argentina (Primera edición en inglés, 1999).

da del bien común) y la misión contendora que del poder hace el Derecho en la promoción de este *fin enunciado constitucionalmente como garantía de los derechos humanos*, vinculante para el Estado, al cual, un campo normativo como el penal, que no por capricho pertenece al *núcleo de constitucionalidad*, pretenda ahora reelaborar un Derecho penal a varias escalas<sup>20</sup> según el nivel de violencia que se le permita administrar –siempre ilegítima y arbitraria– con lo que se persigue “relegitimar” el poder punitivo del Estado totalitario o policial.

Una teoría penal consecuente con su destino, reconocería de inmediato que su misión es contener y limitar el poder penal cuando éste interviene en la *conflictividad social más dura* (*relevancia* jurídico penal, lesividad e insignificancia), con miras a ofrecer una respuesta menos violenta, pacificadora. Si eso se lograra sería más que suficiente, no haría falta nada más. Otra tarea no le es propia.

Si entonces, tales teorías del Derecho Penal, demasiado “teóricas” o más bien, formales, y sobre todo *lejanas de la realidad del poder político que supuestamente debe regular el Derecho*, se pasearan por la *realidad* del control penal, del ejercicio real del poder penal, de lo que sucede con el sistema penal, si se concentraran en *comprender esta comprometedor relación del Derecho con la Política*, comenzarían a considerar las aportaciones empíricas de los estudios sociales del Derecho, de la Criminología y de las otras ciencias sociales para *comprender* los problemas del control, acerca de los cuales, al Derecho lo que le ha correspondido es generar una teoría jurídica de regulación del poder.

Pareciera que si los cultores de estas teorías frías, de congelador, se pasearan por un barrio pobre de Venezuela, representativo de nuestra América y vieran cómo sufren muchas personas por la pobreza que se cruza con la violencia descarnada de los enfrentamientos policiales con la delincuencia, donde en medio de cualquier fuego cruzado, cae abatida una niñita de cinco años que jugaba dentro de su humilde casita, entenderían que su *problema científico es generar el conocimiento pertinente para regular –limitar– jurídicamente esa intervención*

---

<sup>20</sup> O a *varias velocidades* como pretende sostener Silva Sánchez en su trabajo sobre la expansión del derecho penal. Silva Sánchez, Jesús. 1999. *La expansión del Derecho penal*. Civitas. Barcelona.

*política* en la vida humana, que en sus múltiples manifestaciones contra los más vulnerables, es el conflicto que más sucede, es el que tiene más incidencia, que cobra más dolor; pero para algunos sectores de la comunidad científica del Derecho, estos “problemas”, es decir, el caso, el *conflicto*, no les compete, porque otras ciencias se encargan de esos “otros” ámbitos.

De modo insólito e increíble, la teoría del Derecho se refugia en la elucubración del “caso de laboratorio” aislado, cuyo único contacto con la realidad eventualmente es alimentado por el alarmismo de alguna noticia de prensa que se presenta como una pequeña ventana remota y distorsionada. Ante lo cual no importa desconocer u obviar el dato real, porque se trata de un “trabajo eminentemente teórico”, aun cuando tal trabajo *atiende a la regulación jurídica de la intervención política de un conflicto eminentemente empírico*.

Entonces, aunque se haya pretendido erigir varias escalas de intervención, unas menos garantizadoras que las otras, para supuestamente aumentar la “eficacia” del tratamiento contra sectores demarcados de la criminalidad, esta tesis no es capaz de superar la dificultad del traspaso de un lado a otro, de la permeabilidad con la cual fácilmente se saltaría de un lado a otro en la intervención punitiva real.

En resumen, los dos problemas básicos de esta tesis son:

1. El extravío de ocuparse de debilitar las garantías, en vez de contener al poder, cuando el objeto de tal elaboración teórica no se corresponde con la actividad del sistema guiada por premisas mucho más complejas.
2. No hay elementos que permitan presumir una interacción separada y controlada de cada esfera (de cada velocidad) sin permeabilidad, pues lo esperable es precisamente todo lo contrario.

Para colmo el Derecho penal del enemigo, como lo explica Cancio Meliá<sup>21</sup>, se nutre del *Derecho penal simbólico*. A ello hay que añadir que la cuestión no es sólo el debilitamiento de la confianza en el Estado, porque se agote en la promesa para calmar a la población, sino que

---

<sup>21</sup> 2003. *Ob. Cit.* p. 6.

también sirve para fundar a este “paraDerecho”, erigiendo a la *intimidación* como un “valor” y como una *facultad delegada políticamente al Estado*, lo cual es inhumano, indigno y antiético, vale decir, permite limitar los derechos humanos a cambio de nada, por lo que lo verdaderamente simbólico, no es sólo la promesa sino el canje falso, además el Estado está es para proteger a las personas, a la gente, no para amenazarlas.

El ámbito del control que cada vez más ofrece un espacio de desenvolvimiento, tanto internacional como nacional del Derecho Penal del enemigo, es lo que he denominado la *Globalización del control penal*<sup>22</sup>, portadora de fuertes contenidos bélicos y de la militarización del control penal, el eje donde es más notable su presencia es drogas, terrorismo, delincuencia organizada, ésta última tiene la vocación de arrogarse un para control donde se incluiría los dos temas mencionados, en Venezuela, esta práctica se pretende adelantar mediante una suerte de Código Penal paralelo para los “delitos de delincuencia organizada” y recién se ha promulgado la primera ley penal en este campo, a la par de otras leyes penales de similar cariz. Usar estas leyes como referencia es muy valioso, dado que experiencias previas en aplicación judicial<sup>23</sup>, por ejemplo, de la legislación antidrogas han mostrado cómo el sistema fue convertido en una suerte de maquinaria institucionalizada de violación de los derechos. Este dato se ha repetido a todo lo largo de la región de América y continúa amenazando mediante el despliegue de este tipo de legislación y las prácticas expansivas del control.

### 2.3 UTILIZA LA RELEGITIMACIÓN CONSTANTE POR PARTE DEL DERECHO PENAL

Un muy resumido bosquejo muestra las principales visiones del Derecho penal contemporáneo:

a) Las comprensiones predominantemente *ontológicas* basadas en la realidad donde el dato básico es que la realidad domina (Welzel).

b) Las comprensiones *normativistas* de diferente grado, en las cuales el Derecho es un sistema de ideas, el cual no se

<sup>22</sup> Rosales, Elsie. 2002. *Terrorismo y globalización del control penal*. Revista del Tribunal Supremo de Justicia. República Bolivariana de Venezuela.

<sup>23</sup> Borrego, Carmelo y Rosales, Elsie. 1992. *Drogas y justicia penal*. Livrosca. Venezuela.

fundamenta o nutre de la realidad, con marcadas tendencias puestas en boga tanto por Roxin como por Jacobs, desde hace unos treinta años según apunta Mir<sup>24</sup>.

c) Entre esta última, se identifica una tendencia normativista “moderada” que admite cierta base en la realidad a la que se llega por la toma de decisiones políticas (humanas), de política “criminal” basadas en la teoría del bien jurídico (Roxin). Este dato conecta al Derecho con la política que dota de contenido a la *función* jurídica, pero como esto corrompe el sistema jurídico normativo, se acude al comodín de la “política criminal” que contribuye a ocultar tan relevante relación.

Para ilustrar lo dicho tomaré como referencia reciente el pensamiento de Santiago Mir Puig, representativo de un sector importante de la doctrina penal actual de cuño europeo, pero bastante difundido en América, que admite una base empírica (hechos reales, fácticos) sobre la que se erige el sistema normativo, desde una perspectiva *funcionalista*, aunque como les preocupa esa calificación intentan infructuosamente moderarla. Mir dice expresamente: “El sentido del Derecho dependerá de la función que le atribuyamos”, cual es –según Mir– nada menos y nada más que: *regular* la vida de los seres humanos, para lo cual, la orientación de esa *función* depende de “la orientación política del Estado”<sup>25</sup>. De donde Mir incluso infiere cuál es tal *función* según el modelo de Estado adoptado: “en un Estado Social y Democrático de Derecho la función es la *prevención limitada* de delitos”. Momento cumbre de la sustentación de esta tesis donde se muestra que la dificultad parte de la base.

#### 2.4 EL ERROR DE ORIGEN

A estos siglos de la historia y de los probados desmanes del poder punitivo pareciera de Perogrullo afirmar que tal error consiste en considerar que el Derecho Penal tiene una *función de prevención* (lo que no deja de anidar una relegitimación autoritaria del sistema penal, aun en la tesis más blanda y restrictiva de evitar un mal mayor) por la sencilla razón de que todo *preventivismo* es de por sí expansivo del control penal y

<sup>24</sup> Mir Puig, Santiago. 2005. *Límites del normativismo en Derecho penal*. En: *Imputación Objetiva y dogmática penal*. Universidad de Los Andes. Mérida. Venezuela.

<sup>25</sup> *Ob. Cit.* p. 42.

esto es contrario a sus fines limitadores y a su excepcional autorización político jurídica para intervenir (*ultima ratio*). Es decir, si el Derecho penal (y la función de la intervención punitiva con la cual se entremezcla) puede ser útil para prevenir unas acciones o situaciones, podrá serlo para “prevenir” otras y otras, creciendo y expandiéndose *ad infinitum*, según los caprichos, fantasmas o decisiones políticas del poder punitivo, como de hecho se ha hecho y se viene haciendo de modo cada vez más intensivo en los últimos tiempos, siendo esta tesis *preventivista* paradójicamente *funcional* a tal expansión<sup>26</sup>.

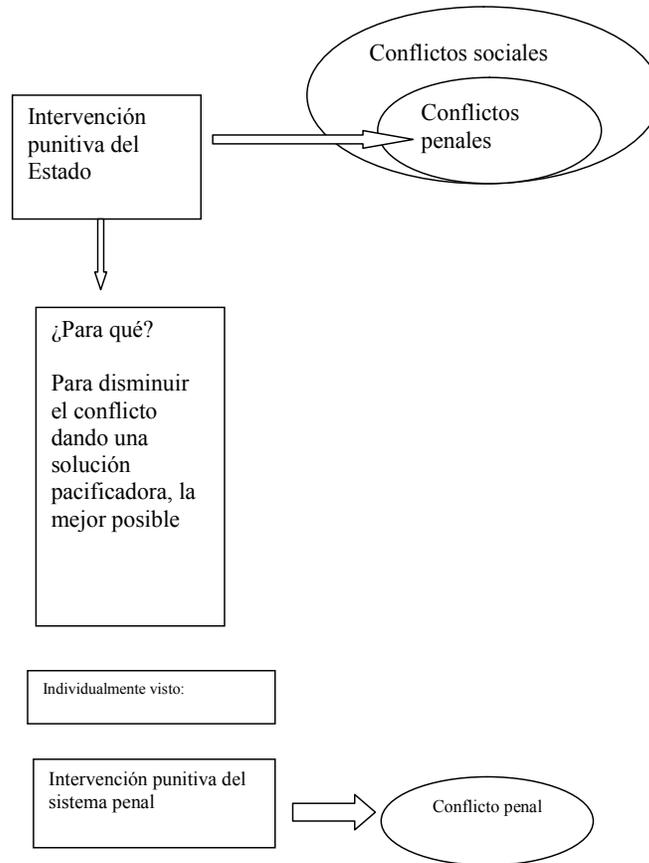
En cambio, si el sentido es simple y exclusivamente *limitante*, pacificador (en cierta medida advertido por Ferrajoli en su magistral teoría del garantismo, aunque le añade el consabido fin de tutela penal<sup>27</sup>), en tanto que la intervención conduzca a brindar la respuesta más pacificadora o menos violenta ante la violencia del delito, el sentido del Derecho se reduce y así, siempre tendrá uno reductor (que es lo razonable toda vez que se trata de administrar violencia de cara a la violencia) sobre la conflictividad social más grave, que en definitiva, es el espacio social específico de actuación del sistema penal y no sobre toda la trama social, a la cual perturba mediante el tamizado del control penal generalizado, sacrificando el principio constitucional de libertad general.

---

<sup>26</sup> Digo *paradójicamente* porque esa tendencia dogmática se ofrece como oposición a la tesis *expansiva* de los otros funcionalistas liderados por Jacobs.

<sup>27</sup> *Ob. Cit.* 1997. Textualmente dice: “(...) Si el Derecho Penal responde al solo objetivo de tutelar ciudadanos y de minimizar la violencia (...)”. p. 466.

Gráficamente:



Pero además esto amerita que la arbitraria selectividad penal tenga algún freno jurídico y cortapisas.

Por consiguiente, puesto que el criterio de *selectividad* es de carácter político, basado en una decisión política, sobre qué se protege y cómo, (casi siempre de política coyuntural, pero que luego tiende a instalarse y

se desvía), pudiera continuar utilizándose a los bienes jurídicos constitucionalizados para su mayor precisión.

De modo que esta *selectividad* sí puede utilizar *reglas de selección* derivadas de la *teoría del bien jurídico constitucionalizada*, es decir, que sólo algunos bienes jurídicos de raigambre constitucional, o extraídos del Derecho de los derechos humanos, ameritarían protección penal (fragmentariedad) con base en su caracterización específica y en la *utilidad de la intervención penal* para lograr el fin pacificador o reductor de la violencia, antes dicho. Esta consideración de la teoría del bien jurídico conecta al Derecho con la realidad y abre un puente entre el Derecho y la política. Sin embargo, debe tomarse en cuenta como bien advierte Zaffaroni, que el Derecho Penal es incapaz de crear bienes jurídicos por lo que postula una *teoría limitada del bien jurídico* y sostiene que el “bien jurídico sólo es útil como expresión dogmática del principio de ofensividad”<sup>28</sup>.

La aguda crítica de Zaffaroni a un uso expansivo de la teoría del bien jurídico sin duda ayuda en la superación de los vacíos y dificultades que tiene y que la ha hecho *desechable* por parte de un sector de la doctrina representado en el pensamiento de Jacobs. Así, el trabajo de los juristas, hacia donde apunta Ferrajoli es crítico para el desenlace de los derechos humanos, de modo que “el Estado Policial siempre avanza hasta donde el Estado de Derecho se lo permite”<sup>29</sup>, he ahí el gran compromiso ético, político y jurídico de los juristas proclamado para el mundo de hoy por Ferrajoli, quien inspirado en Dworkin postula *tomar el Derecho en serio* “reconociendo que el Derecho es como lo hacen los hombres y, por tanto, como nosotros lo construimos, comenzando por nosotros mismos, los juristas que somos en buena medida responsables de él”<sup>30</sup>.

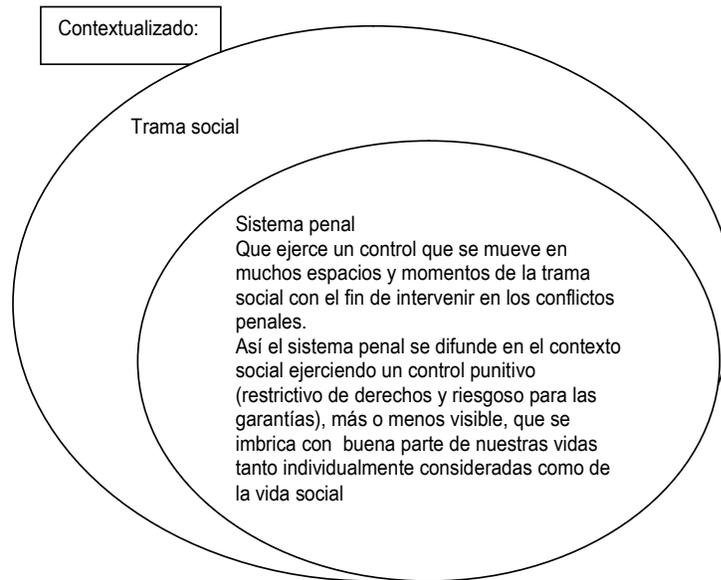
Pero al igual que la crítica de Zaffaroni, surgen otros problemas. La intervención política en el conflicto no opera con un bisturí sino que se escenifica en un contexto social de intervención penal, es decir, se ejerce mediante un sistema de control penal sobre la sociedad.

---

<sup>28</sup> *Ob. Cit.* 2000 p. 464.

<sup>29</sup> Zaffaroni, *Ob. Cit.* p .464.

<sup>30</sup> Ferrajoli, *Ob. Cit.* 1999.



Este control penal impacta a las personas, sus vidas humanas como posibles o potenciales víctimas o victimarios (sencillamente por el cohecho que ejerce sobre las libertades públicas, las garantías y los derechos), aunque en la realidad nunca individualmente se participe en conflicto penal alguno. Esta situación de control se extiende a todos, les toca, aunque, seguramente la regla sea que la *exposición personal al control penal sea mayor que la probabilidad individual real de participar en conflicto penal alguno*.

Si a ello se suma: la regla de la impunidad, el extravío y desviación del sistema y su bajísima probabilidad, para no decir imposibilidad, de ofrecer protección real, se podrá concluir que el *impacto del control* debe ser *controlado* al máximo.

Este *dato real* debe ser tomado en cuenta para regular (mediante el Derecho) a la intervención punitiva, pero ello no es así, porque para calibrar su regulación jurídica, la visión del conflicto es aislada, individualizada y de laboratorio, donde la reconstrucción del experimento social no incorpora la cosmovisión de la trama social donde se inserta el conflicto y el impacto que la expansión del control penal tiene para el desarrollo de la violencia. No obstante, estos *datos empíricos* no for-

man parte de la elaboración jurídica, ni es usual que el Derecho aproveche el aporte de otras disciplinas que le ayudarían a superar su ceguera, como sucede con la Criminología.

Por consiguiente, dado que el control penal se imbrica en la trama social y lo hace de modo violento restringiendo, suprimiendo y lesionando la libertad, la regulación del Derecho penal debe dirigirse a regular y limitar toda la intervención que opera el sistema penal, usando como directriz la *regla constitucional de la libertad*.

Esto es *libertad como regla permanente* de aplicación e interpretación de cara al poder, ello se explicaría como un juicio según el cual *siempre se tendría que tender a aumentar la libertad y a mirar con malos ojos su restricción*. No se refiere a la libertad en su manifestación ambulatoria sino a la *libertad de decisión política* que a todo ser humano le compete sobre su propia vida y destino, de modo que el Estado sólo limitaría coyuntural o *situacionalmente* la cuota de libertad mínima indispensable y consensuada colectivamente sobre la base de la irrenunciabilidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos, a fin de garantizar la de otro u otros seres humanos, todo ello siempre asociado a la búsqueda de la plenitud de los derechos.

### 3. REPRODUCE LAS TESIS PENALES EUROCÉNTRICAS

Vista la exposición anterior es obvio que todas las variantes jurídico-penales del funcionalismo de cuño europeo, terminan siendo legitimadoras. Lo cual reviste su propia gravedad, no obstante el buen aporte dado por la tensión y deliberación entre las corrientes legitimadoras y deslegitimadoras, a lo que se añade el grave efecto derivado *del ocultamiento del problema*, pues además tales variantes desconocen o se alejan de la realidad y eso las convierte en falseadoras.

Sin duda, también preocupa que aunque buena parte de la dogmática avance con su crítica al Derecho penal del enemigo, no se indague acerca de lo legitimadoras que pueden ser sus propias explicaciones del delito al sostenimiento del ejercicio arbitrario del poder punitivo y al distanciamiento del Derecho de la realidad, ante lo cual tiene la misión jurídica de contener al poder punitivo.

#### 4. LOS VAIVENES DEL SISTEMA PENAL EN DATOS Y EL CASO VENEZOLANO

Considérese ahora que las dificultades teóricas de legitimación que del sistema penal ofrece el Derecho penal lo hace en relación con sistemas penales agobiados que no han salido de su crisis a lo largo de la modernidad, por lo que su cuestionamiento ha sido una constante histórica (a título ilustrativo Beccaria, Howard, Rusch, Foucault, Pavarini y Melossi, Baratta, Aniyar, Zaffaroni). De modo que la historia ha contado los abusos del aparato penal, los horrores de la cárcel y la permanente violación de derechos humanos y de garantías procesales. Es usual en la literatura de las ciencias penales que se aluda a la crisis de los sistemas penales y a sus manifestaciones. También se ha dicho que esta crisis deviene en una multiplicación de la violencia punitiva estatal, que según Bergalli ha llegado a “un grado de exacerbación que debe ser analizado”<sup>31</sup>. Además tal crisis está vinculada a la *expansión del sistema penal* aliada a la *expansión del Derecho penal* como su ideología de sustento y caracterizada en palabras de Silva Sánchez por la ampliación de los tipos delictivos, la agravación de los existentes, la creación de nuevos bienes jurídicos, la extensión de la consideración del riesgo penalmente relevante y la laxitud tanto de las reglas jurídicas de imputación delictiva como de las líneas político criminales garantistas<sup>32</sup>.

Algunos datos de la descripción general del sistema pueden aportar elementos claves, 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 internacional, 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 con-

<sup>31</sup> Bergalli, Roberto. 1996. *Control social punitivo. Sistema Penal e instancias de aplicación: Policía, Jurisdicción y cárcel*. Barcelona, España: Bosch. p. XI.

<sup>32</sup> Silva Sánchez, Jesús María. 1999. *La expansión del Derecho penal. Algunos aspectos de Política Criminal en las sociedades postindustriales*. España, Madrid: Cuadernos Civitas pp. 17-18.

trol penal mundializado ofrece un escenario propicio en el eje formado por la trilogía: drogas ilegales y lavado, terrorismo y delincuencia organizada. Venezuela como muchos otros países de la región, 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<sup>33</sup>.

En Venezuela, la perturbadora presencia de su sistema penal se actualiza constantemente cada vez que las políticas públicas contra la criminalidad anuncian más y más medidas: se trate de una ley penal, de un operativo policial masivo o de un nuevo estallido del drama carcelario. Esto parece ser una constante de la región.

Específicamente en el país, el aumento de la delincuencia y la violencia delictiva marcan una línea ascendente significativa a partir de 1985, cuando por primera vez “califica” con indicadores suficientemente altos para ser considerado 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 desigualdad social, *banalización* de la violencia<sup>34</sup>). Esta dramática tendencia no ha cedido y por el contrario, ofrece datos alarmantes para la década de los noventa, entre ellos, 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 se mantiene.

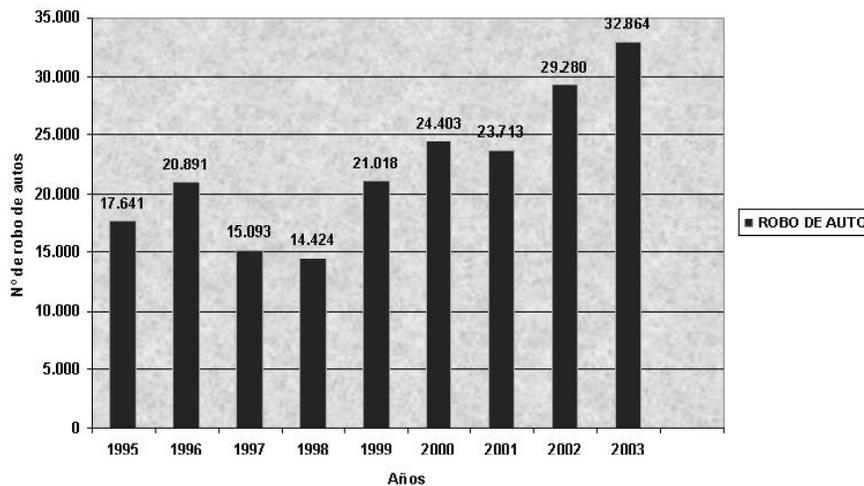
En esta línea, la política legislativa venezolana de nuevo milenio ha pretendido actualizar las incriminaciones penales mediante una reforma parcial del Código Penal, como preludio de lo que sería una reforma integral, una nueva legislación sobre delincuencia organizada y la reforma de la legislación antidrogas, ambas de 2005, para acoplarlas al nuevo conjunto de leyes penales bélicas representativas del Derecho Penal del enemigo. Es lo que he denominado el *paquete legislativo bélico*. Por supuesto que el recurso a estas ideologías plasmadas en leyes no repara en el incremento de la irracionalidad del sistema que comportan.

<sup>33</sup> Rosales, Elsie. 2002. *Sistema penal y relegitimación procesal*. En: *Justicia en América latina*. FLACSO. Eudeba.

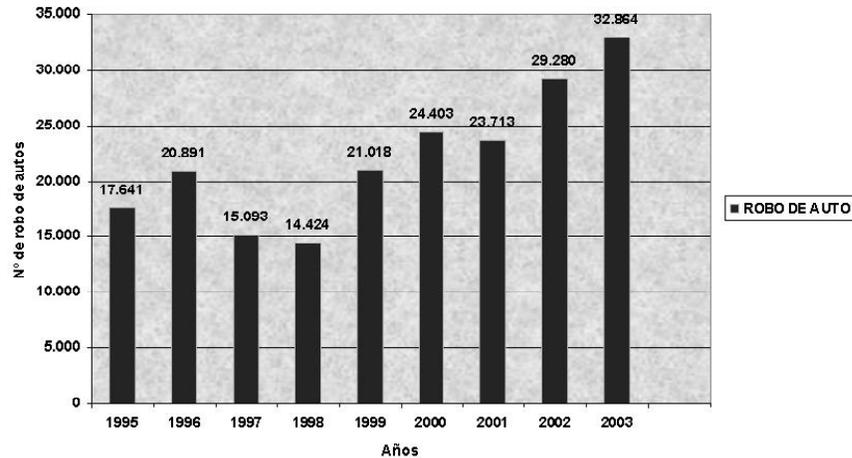
<sup>34</sup> Briceño León, Roberto. 1999. *La violencia en Venezuela*. Mimeo. Lacso.

En una línea comprensiva del sistema penal venezolano un problema crucial que sirve de ejemplo, es cómo la *inseguridad* se asocia con la tremenda *impunidad y violencia* que despliega el control penal y aún más, ciertos delitos. Al igual que en otros países de la región es por ejemplo, la impunidad una constante histórica en los delitos de corrupción, pero también ha llegado a niveles insoportables en delitos como el robo de vehículos, que adicionalmente incorpora en su ejecución un componente violento que va más allá del daño patrimonial, arriesgando gravemente la vida e integridad de las víctimas. El recurso actual más socorrido es promulgar reformas legales simbólicas, sesgadas y desarticuladas. Diminuta muestra de ello es cómo en la reforma del CP de 2000 se aumentó drásticamente la penalidad del tipo de robo a “taxi” y otros medios de transporte con pena media de 16 años y en la realidad de esos cinco años se ha mantenido constante la comisión de estos delitos con una tendencia histórica a la alza, que además representa un elevado volumen entre los casos *conocidos*, dentro del universo general de delitos (gráficos 1 y 2).

**GRÁFICOS 1 y 2**  
**HURTO DE VEHÍCULOS EN VENEZUELA, 1995-2004**



### ROBO DE AUTO EN VENEZUELA, 1995-2004



Fuente: Elaboración propia de la línea de investigación sistemas penales a partir de datos oficiales de CICPC.

La primera regla es que en todo Estado *la capacidad de intervención del sistema penal puntual y eficaz es limitada* y por tanto, debe reducir la intervención penal, ocupándose prioritariamente de los ámbitos más críticos, desde la ley (criminalización primaria) hasta su ejecución (criminalización secundaria), a fin de propiciar la protección de los derechos humanos a riesgo constante bajo la operatividad del poder punitivo, en razón de los límites que en una sociedad democrática deben imponerse al poder penal, pues la *mera expansión de la ley penal*, no sólo desarticula el 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.

La ley penal del Estado policial desconoce que su *función básica* es delimitar y limitar el poder punitivo, es decir, regular un *poder político*, seguramente el más delicado de todos<sup>35</sup>. No obstante esta idea clave, la tendencia ha sido la *excesiva proliferación legislativa*<sup>36</sup>, leyes desarticuladas, efectistas, *inmediatistas*, de urgencia, concebidas contra “un terrible enemigo” o en medio de una emergencia.

Estas legislaciones se han fincado en la búsqueda de sus *efectos simbólicos*<sup>37</sup>, leyes que dicen combatir el delito, pero que en realidad buscan sólo brindar la *sensación* de su combate, y facilitar la “rentabilidad política” sin importar que tanto los excesos de la ley penal y del aparato administrador del poder penal los pagan los socialmente más *vulnerables*, es decir, aquellos con menor acceso al disfrute de los derechos y por supuesto, más débiles ante su *arbitraria operatividad selectiva*, 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 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<sup>38</sup>, con lo cual se considera también los aspectos políticos del fenómeno de globalización de la cultura jurídica como ha abordado Buenaventura de Sousa<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> En relación con la concepción que de la política se sigue aquí: Bauman, Zygmunt. 2001. *En busca de la política*. Primera edición en inglés, 1999. Argentina: Fondo de Cultura 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.

<sup>36</sup> Silva Sánchez, 1999. *Ob. Cit.* y Hassemer, 1990. *Ob. Cit.*

<sup>37</sup> Hassemer, 1989. *Ob. Cit.*

<sup>38</sup> Recasens, Amadeus y otros. 2003. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Atelier. Barcelona.

<sup>39</sup> Buenaventura de Sousa, Santos. 1999. *La globalización del Derecho*. Primera edición en portugués, 1998. ILSA y Universidad Nacional de Colombia.

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 pautas homogeneizadoras impuestas por aquellos (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"<sup>40</sup>.

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 norteamericana* y seguida por distintas instancias internacionales, la cual, 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 en un mercado cada vez más desregulado por el ritmo de la globalización.

El modelo venezolano de política antidrogas, al igual que es conocido en el resto de la región, demostró cómo desde 1984, cuando se dictó la

---

<sup>40</sup> Recasens, *Ob. Cit.* p. 367.

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 el “gran negocio” ha permanecido impune<sup>41</sup>.

A la inversa, otro claro ejemplo venezolano de *ley simbólica*, equiparable a la región ha sido el destino de las leyes anticorrupción (Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público de 1983, derogada por la recién promulgada Ley contra la Corrupción de 2003). En 1983 aquella legislación penal se ofreció con pompas y platillos. A diez años de su aplicación se demostró que *menos del uno por ciento de los casos conocidos* por la justicia penal, lo eran por la aplicación de esta ley<sup>42</sup>. De donde deriva otra regla del sistema: 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*<sup>43</sup> no es un problema técnico para el deleite de juristas, sino un problema *político* de consolidación del Estado Constitucional democrático.

Otra de las graves consecuencias de la reproducción en leyes penales importadas es que los limitados recursos (humanos, organizativos, económicos) del Estado y del sistema penal para atender con una mínima racionalidad el problema de la criminalidad se dedican a la persecución de los más vulnerables (los pobres). 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 cri-*

---

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> Hassemer. 1989, *Ob. Cit.*

*minimalidad* y que en particular, sistemas penales como los de la región los tienen 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<sup>44</sup>.
- 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)<sup>45</sup>.
- La profusión de la cultura de la violencia, funcional a las estrategias de mercado de la sociedad de consumo.
- 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 del Enemigo, contrario a la tendencia garantista del pensamiento penal orientado al fortalecimiento del Estado Constitucional<sup>46</sup>.
- La *entropía* en la administración de los esfuerzos y recursos del sistema penal.

---

<sup>44</sup> Díaz Elías. 1998. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Primera edición. 1966. Barcelona: Taurus. Ferrajoli, 1997. *Ob. Cit.* y del mismo autor: *Derechos y garantías*. 2001. Barcelona: Editorial Cedisa.

<sup>45</sup> Pérez Perdomo, Rogelio. 1978. *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*. Monte Ávila Editores. Caracas.

<sup>46</sup> Aniyar de Castro, Lolita. 1992. *Democracia y Justicia penal*. Ediciones del Congreso de la República. Caracas y Baratta, Alessandro. 1985. *Requisitos mínimos del respeto a los derechos humanos en la ley penal*. Capítulo Criminológico N° 13. ULA.

– La *desarticulada, confusa y autoritaria legislación penal* que le sirve de sustento al sistema penal plagada de 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, lo cual lo deslegitima, pues no puede cumplir con una de sus misiones fundamentales. Entender este proceso permite considerar que el Estado 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<sup>47</sup>. Como se puede inferir, la opción por fortalecer el Estado de Derecho Constitucional, no es un tema para el deleite de juristas, sino un *objetivo político* clave en el decurso de los pueblos contemporáneos que reconocen su compromiso con el futuro (visión prospectiva), es decir, con la posibilidad de ir construyendo una sociedad cada vez más *democrática* de manera sustentable.

La perversa ideología y la violenta operatividad del sistema penal, no sólo atenta contra los derechos de los más débiles dentro de la comunidad, sino que extravía al aparato penal incrementando la *impunidad de todo sistema*, conforme a la regla complementaria según la cual sus esfuerzos y recursos son limitados y por tanto, deben ser *racionalizados* al máximo. Paradójicamente, como afirma Zaffaroni el sistema penal de esta modernidad es sustancialmente irracional, irracionalidad visible incluso en la acción de las autodefensas como expresión criminógena de un sistema que por exceso y por déficit aumenta la violencia.

Dos indicadores permiten tocar 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*.

---

<sup>47</sup> Para una explicación de esta tesis: Rosales. 2004. *Sistema penal y reforma penal*. Capítulo Criminológico N° 32, especialmente: *Reforma penal y política democrática*. Además sobre el sentido de la globalización empleado: Beck, Ulrich. 1998. *¿Qué es la Globalización?. Estado y Sociedad* 58. Primera edición en alemán, 1997. Barcelona. España: Paidós.

#### 4.1 SELECTIVIDAD POLICIAL Y ABUSO DE PODER<sup>48</sup>

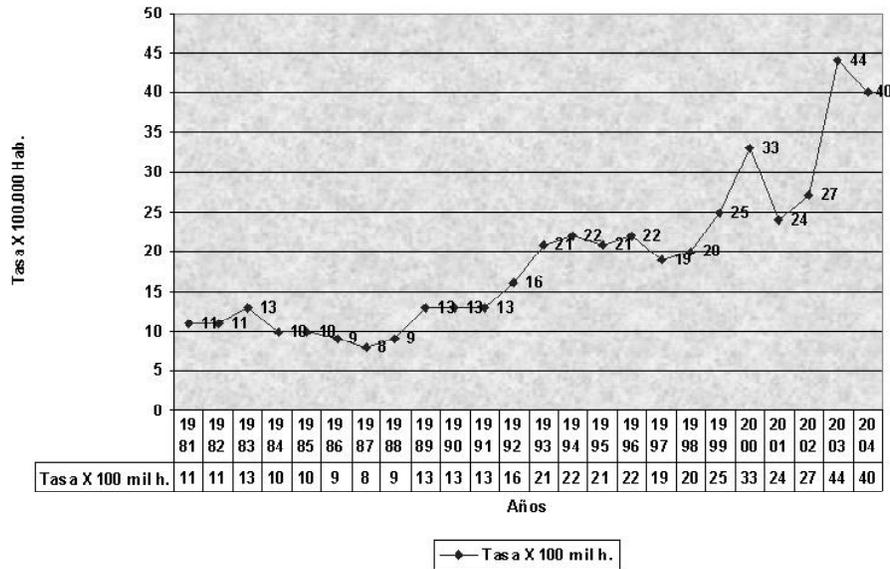
En Venezuela la *tasa de homicidios por cien mil habitantes* ha subido geoméricamente desde 1983 hasta el presente (Gráfico 1)<sup>49</sup>. Esto se relaciona con diversas variables que ahora no se analizarán. En este dramático indicador (muy por encima de la media mundial y que por tanto coloca en tela de juicio a la capacidad de cualquier Estado para proteger algo tan elemental como la vida), se incluye las muertes de personas en manos de la función policial que arroja cifras alarmantes, quizás entre una cuarta y una tercera parte del total. 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.

---

<sup>48</sup> 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 delincencial igualitario al cual alude falsamente la ley penal. Zaffaroni, Eugenio Raúl. 1985. *Derecho Penal*. Parte general. Ediar. Argentina.

<sup>49</sup> Pero que están bien documentadas en la literatura explicativa del fenómeno, así Briceño León, entre otros: *La violencia delictiva en Venezuela*. Ob. Cit.

**GRÁFICO 1**  
**TASA DE HOMICIDIOS EN VENEZUELA, 1981-2004**



Elaboración nuestra dentro de la línea de investigación *Sistemas Penales* sobre datos oficiales del CICPC.

La tasa de homicidios de algunos países de América mostrada por la Organización Panamericana de la Salud documenta:

**TABLA 1**  
**TASA DE HOMICIDIOS EN AMÉRICA**

<b>País</b>	<b>Tasa bruta de homicidios por cien mil habitantes</b>
Brasil (1999)	25
Colombia (2000)	65
Estados Unidos (2000)	6,1
México (1999)	12,5
Canadá (1997)	2,0
Jamaica (2001)	44
Cuba (1997)	6
El Salvador (1999)	77,1
Honduras (1999)	33,8
Costa Rica (2002)	5,0
Ecuador (1999)	14,8

**Fuente: OPS. Hoja informativa del informe Mundial sobre la violencia y la salud. 2002.**

Según la Organización Panamericana de la Salud, la tasa bruta de homicidios en América Latina es de 14 por 100.000 habitantes, “una de las más altas del mundo”. Las tasas de la región muestran que aun por debajo de los indicadores venezolanos de estas últimas décadas, el problema de la violencia que se refleja en este indicador es crucial.

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, tal y como Zaffaroni había advertido en “muertes anunciadas”, más 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 en su cometido pacificador en la intervención en los conflictos*. La función mediadora y pacificadora del Estado en la conflictividad social se debilita, o peor aún, se anula o simplemente se evidencia su inexistencia, consecuencia del distanciamiento 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 el Derecho Penal y la ley asociada a éste tendrán que contener al máximo las posibilidades de abuso de poder consustanciales al poder punitivo.

#### 4.2 TASA DE ENCARCELAMIENTO

Es sabido que 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 por cien mil habitantes, mientras que Estados Unidos exhibe tasas de más de 700 personas por cien mil, siendo aun más alar-

mante su tasa de sujeción al sistema, la cual se ubica por encima de mil trescientas por cien mil habitantes (Tabla 2). Es un ejemplo que incita a la reflexión: Cuando Christie<sup>50</sup> en su sugerente estudio *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, 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 a la hora de plantear la posibilidad de considerar emular sus *políticas de seguridad*<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Christie, Nils. 2001. *Crime Control as Industry*, Roulegte. England.

<sup>51</sup> Tal y como se pretendió llevar adelante hace aproximadamente dos años, desde la Alcaldía Metropolitana al ensayar a lo criollo el modelo que Braton implantó en la ciudad de New York durante el gobierno del Alcalde Guliani, 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 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.

**TABLA 2**  
**TASAS DE ENCARCELAMIENTO EN VARIOS PAÍSES**  
**2000**

<b>País</b>	<b>Tasa de encarcelamiento por cien mil habitantes</b>
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.

Por tanto, si se cruza el efecto de *incremento de la violencia* propiciada por la expansión del sistema penal con la dirección que toma hacia los más vulnerables (selectividad), el resultado arroja una doble criminalización secundaria de la pobreza<sup>52</sup>, pues los valiosos recursos que bien podrían destinarse al proyecto político para su superación social, se pierden en el incremento de la violencia del sistema penal. Esto último puede apoyarse en el siguiente dato: Según Durán, por cada persona

---

<sup>52</sup> Zaffaroni, 2000. *Ob. Cit.*

recluida, el Estado podría alfabetizar a 17 personas<sup>53</sup>. Indicadores como éstos saltan en los análisis sobre los costos de los sistemas penales.

Pero, además en las cárceles más se está por pobre que por delincuente (Malthiesen<sup>54</sup>). Aquí, el punto no es que esta apreciación abunde en los estudios penitenciarios y criminológicos, sino la triste realidad que comporta: *la cárcel reproduce en grado máximo la injusticia social*.

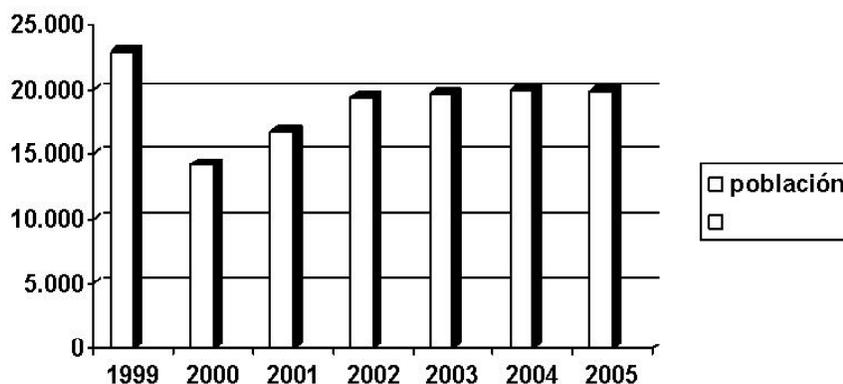
Es fundamental *relacionar* esta explicación con la reciente tendencia al incremento de la población carcelaria venezolana (ubicada a julio de 2003 en 21.342 personas) tras haber experimentado un agudo incremento durante la década de los ochenta revertida progresivamente durante los noventa y con una nueva tendencia al alza a partir del 2001, unida a serias dificultades visibles en los indicadores sobre *violencia carcelaria*. Este fenómeno se asocia a otro desliz del sistema penal al implantar la reforma procesal penal, en línea con otros países de la región. El efecto legitimador del sistema penal adelantado por la reforma procesal ha exacerbado sus extravíos en una tendencia fuertemente pragmática de la justicia, que después de haber descargado significativamente las cárceles venezolanas, ha comenzado nuevamente a llenarlas, con la desventaja de que ahora el sistema penal ha exacerbado de modo general su violencia y que las leyes penales bélicas actuales cada vez más se alinean dentro de la óptica del Derecho penal del enemigo. Podría especularse que la tendencia será a un aumento del drama carcelario, pero con una clientela seleccionada sobre criterios de selectividad mucho más autoritarios y despiadados. El gráfico 3 muestra el volumen bruto y la oscilación de la población penitenciaria en los últimos años en Venezuela, cuya población penal había disminuido progresivamente desde su máximo histórico de treinta mil personas en el año 90 hasta la más severa disminución experimentada con la entrada en vigor de la reforma procesal penal en 1999, cuando pasa de casi 23 mil personas a casi catorce mil. A partir de ese momento, la reforma procesal ha sido sometida a dos fuertes constricciones (2000 y 2002) que aumentaron nuevamente las potestades policiales y retomando más abiertamente el Estado Policial, con lo cual, la ten-

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> Malthiesen, 1990. *Ob. Cit.*

dencia ascendente ubica a la población actual en casi veinte mil personas con progresiva tendencia alcista<sup>55</sup>.

**GRÁFICO 3**  
**POBLACIÓN PENITENCIARIA**  
**1999 - 2005**



## 5. CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

### UN CALLEJÓN SIN SALIDA: ¿EL ESTADO CONSTITUCIONAL QUÉ PAPEL PUEDE JUGAR?

“La dimensión y operatividad de las agencias punitivas específicas del sistema penal constituyen una cuestión de naturaleza constitucional en el plano jurídico (Zaffaroni<sup>56</sup>, 2001 86)”.

Aquí se parte de la comprensión del Estado Constitucional como Estado de garantía de los derechos humanos, en el sentido progresivo del término, para lo cual cuenta con mecanismos que buscan mantener la supremacía constitucional, hacer realidad a la Constitución como norma jurídica y ejercer el control judicial del ejercicio de poder público, en aras de una

<sup>55</sup> Población penal al 4/10/05 se ubicó en 19.853 personas.

<sup>56</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2001. p. 86.

justificación fundamental cual es la garantía de protección de los derechos humanos.

Sobre esta concepción abrazada al concepto de Estado Constitucional se ha pronunciado la doctrina constitucional, así como también ha sido fructífero el desarrollo de las tendencias que observan a la Constitución abierta y a la Constitución como sistema de valores materiales, explicada en una síntesis que las complementa por la pluma de Aragón Reyes<sup>57</sup> al sostener que esta vertiente se expresa en los sistemas norteamericano y europeo continental, tanto en la “*preferrer position* de las *libertades* en la primera enmienda constitucional” que animaría principalmente la jurisprudencia norteamericana, como en “la doctrina alemana de la más fuerte pretensión de validez” y en la jurisprudencia “como “valores jurídicos supraordenados”, expresada en la cita de Schneider:

Los derechos fundamentales (*mejor: humanos*) son simultáneamente la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente.

Pero sucede que por contraste, hoy se asiste a variados procesos legales y jurídicos que tienen mucho que ver con otra de las tensiones derivadas de la *Globalización*, que he interpretado como una suerte de subrogación de los poderes políticos estatales por poderes de otros órdenes, principalmente económicos que asisten al escenario mundial y que permiten temer que estos “otros poderes” contribuyan a la quiebra de los *estados constitucionales* que con todo y sus redefiniciones y cuestionamientos, median en la vida social y potencialmente son capaces de proteger a los ciudadanos vistos individualmente y a las sociedades en sus conjuntos, de las relaciones crudas de poder.

En otras palabras, los *Estados constitucionales* son hoy más que nunca herramientas reales de protección de las comunidades, que sin más, se encuentran dispersas en sus intereses difusos, no pocas veces considerados diminutos o insignificantes, vistos en su individualidad, ante los ojos de los grandes poderes económicos que pueden no escatimar esfuerzos en su afán de lucro y llegar a menoscabar seriamente los derechos de poblaciones enteras, partiendo de “pequeños” intereses y

---

<sup>57</sup> Aragón Reyes, Manuel. 1999. *Constitución y control del poder*. p. 43.

derechos de las individualidades difuminados en la complejidad social. Pero ocurre que la resistencia y protección que pueden ofrecer los estados constitucionales ante el embate de otros poderes autoritarios, sólo pareciera posible siempre que a los Estados, política y jurídicamente organizados, se les nutra en dirección democratizadora, es decir, el Estado constitucional concebido para la búsqueda y realización de la sociedad democrática: plexo de los derechos humanos y de sus garantías. Sin que se pretenda tergiversarlo, al emplearlo como trastienda o plataforma del poder autoritario de esos mismos poderes económicos o de cualquier otra fuerza autoritaria o totalitaria.

Debido a lo anterior, pareciera acertado apostar por el *fortalecimiento de los estados constitucionales*, con la correspondiente reconstrucción y enriquecimiento de su ideario político y jurídico, que en el plano del *control penal supone democratización, sistema de garantías e imperio de los derechos humanos*, sólo posibles, aceptando que queda por delante un enorme trabajo intelectual y cultural de abandono del autoritarismo, de reconocimiento de la conflictividad social y de aceptación de la mediación del Derecho, no como baluarte del sistema, no como *ley y orden*, sino como recurso pacificador, en el entendido de que el Derecho es un medio y nunca un fin en sí mismo.

Centrándose en la *dimensión constitucional del Derecho penal*, una primera misión es exaltar la relación con los principios constitucionales y con el sistema de garantías con la consideración de pautas como las siguientes:

1. La ampliación y legitimación del poder punitivo mediante la *asignación de fines preventivos* constituye un atentado contra el *principio constitucional de libertad*, pues coloca un juicio *ex ante*, con lo cual, retrotrae o adelanta la intervención penal a un hecho del futuro no acaecido y aumenta su fuerza simbólica, lo cual no sólo es un fraude político sino parte de una corrida antidemocrática al transmitir un mensaje amenazante mediante el *preventivismo*, donde, la amenaza es lesiva de la dignidad con prescindencia de su eufemismo e incapacidad de acción real. Un ejemplo venezolano reciente de este tipo de amenazas se ha planteado con el delito de ofensas al Presidente que no fue modificado por la reforma penal reciente –abril 2005– aun cuando debido a su fuerte función simbólica, se difundió como parte del aumento de la represión que sí

se planteó en los delitos de ofensas a los altos funcionarios, así como en mayor severidad en los supuestos desacatos (violencia y resistencia a la autoridad).

Como se puede inferir, la expansión alienta al Estado Policial contra la forma de Estado Constitucional.

2. La expansión mediante el *preventivismo* permite erigir o interpretar bienes jurídicos ampliándoles a bienes jurídicos “comodín” aliados de tal concepción y por tal con el Estado Policial como sucede con el concepto de *seguridad* bajo cuya impronta se puede “legitimar” el poder punitivo de nuevas y variadas formas de intervención.

3. La regulación del Derecho penal debe dirigirse a regular y limitar toda la intervención que opera el sistema penal, usando como directriz la *regla constitucional de la libertad* a partir del legado liberal en esta materia, parafraseado por Ferrajoli en cita de Kant, según la máxima: “la (única) tarea del Derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno”<sup>58</sup> y la importante evolución posterior que le corresponde alcanzar a tal principio en el contexto del Estado Constitucional contemporáneo.

Esta fórmula de importante reedición liberal responde a una amplia tradición que Ferrajoli remonta a Aristóteles, según lo cual “las prohibiciones, no menos que los castigos, son un mal *artificial* o *contra natura*, y concluye justificándolas sólo por la necesidad de defender los derechos fundamentales (...)”<sup>59</sup> y puede ser aprovechada por la relación entre el constitucionalismo contemporáneo y el Derecho penal de un modo más intenso. Así en la constitución venezolana, al igual que en muchas otras constituciones con textos parecidos, encuentra consagración expresa:

**Artículo 20.-** Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social.

<sup>58</sup> Ferrajoli. *Ob. Cit.* p. 467.

<sup>59</sup> *Ob. Cit.* p. 465.

Que aunque culmina de un modo absurdamente limitativo, no tiene otra vía que la interpretación contextualizada a tono con el dispositivo previo (artículo 19) que consagra el sistema de derechos humanos al iniciar el desarrollo de las Disposiciones generales del capítulo sobre los derechos humanos y la suscripción al modelo de Estado Social del Derecho, profundizado en comparación con la Constitución de 1961, que expresamente se asume en el artículo 2 del texto constitucional<sup>60</sup>, así como la delineación de los valores y principios constitucionales prescritos desde su preámbulo, con énfasis en el contenido de su artículo 1 que estatuye como principio fundamental a la *libertad*, ratificado a lo largo de la trama normativa constitucional.

Sólo en la medida que la *juridificación* abrigue un valor específico como es la misión y el sentido del Estado de tutelar los derechos humanos (aporte de liberalismo), esta dimensión garantista del Estado hoy es profundizada a la luz de la evolución del Estado Constitucional que podría ir saliéndole al paso al desbordamiento del sistema penal.

Esto significa que el modelo actual de Estado Constitucional ha venido madurando la asunción de la fuerza normativa de la Constitución trascendiendo al Estado legal y con ello superando la sujeción a la ley formal en pro de la garantía efectiva de los derechos humanos. Pareciera que esta evolución constitucional, aunada al fortalecimiento del sistema de derechos humanos podrían ser más intensamente aprovechados para enfrentar la acometida de las leyes penales bélicas y en general, el desbordamiento del poder punitivo, toda vez que existen medios jurídicos para demostrar su inconstitucionalidad, así como se han venido afinando los controles de constitucionalidad para hacer efectivo el correctivo específico en su caso.

Ferrajoli<sup>61</sup> directamente clama por acudir a las constituciones y a la cada vez más nítida normativa internacional sobre protección de derechos humanos. En Venezuela, al menos la Constitución de 1999 amplía espacios para la democracia, la tutela de los derechos en una gama amplísima guiada por el principio de progresividad, innova una jurisdic-

---

<sup>60</sup> Constitución, artículo 2. “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, (...)”

<sup>61</sup> *Ob. Cit.* 1999.

ción constitucional, suscribe un modelo social profundizado y en general, adopta el principio de descentralización, a pesar de ciertos dislates inconstitucionales incluidos en su propio texto<sup>62</sup> permite profundizar el desarrollo del Estado constitucional democrático.

Pero cómo lograr algo así sin caer en reformismos después de tantos esfuerzos y propuestas teóricas de gran peso:

1. Como *desideratum* debería propugnarse la disminución de *la violencia* del sistema penal como parte de la comprensión del control penal. Prueba del impacto que tanto en la región como en Venezuela tiene la violencia en cuya generación contribuye decisivamente el sistema penal se han mostrado algunos indicadores vinculados, en el caso de la tasa de homicidios, que llaman a la asunción de protección de la vida y de construcción de la paz, sólo posibles mediante la exaltación del Estado constitucional como Estado de los derechos humanos. Ello pasa por la edición en la agenda regional de un programa contra la violencia que le dé la prioridad que tiene y enerve el predominio de políticas que responden a intereses foráneos como sucede con la declaratoria de lucha contra las drogas o contra el terrorismo que expanden tanto la violencia. En el caso venezolano, podría decirse que el terrorismo no constituye una prioridad y en términos generales no le aqueja, en cambio, la tasa de homicidios sí es un problema grave le aqueja y terrorismo por lo que hay que rediseñar la agenda de prioridades de la región conforme a sus necesidades y no conforme a la directriz internacional<sup>63</sup>. Para ello hay que denunciar expresamente a la ideología de la *seguridad* utilizada como justificación de las incursiones bélicas recientes y como plataforma ideológica de la globalización del control penal expresada principalmente en el control antidrogas, hoy inclinado hacia los aspectos económicos del delito, el terrorismo y la delincuencia organizada.

---

<sup>62</sup> Rosales, Elsie. 2004. *Sistema penal y reforma penal*. Capítulo Criminológico N° 32. La Universidad del Zulia. Especialmente: Fórmulas relativas al control penal contrarias al Estado Constitucional incluidas en la Constitución de 1999

<sup>63</sup> Rosales, Elsie. 2002. *Terrorismo y globalización del control penal*. Revista del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela.

Arrastrada a las tesis de los riesgos en materia penal y a la acción virulenta del control penal, la tesis de Beck sobre la sociedad de los riesgos opera de modo funcional a la construcción y reforzamiento de los miedos que promueve la construcción social y política de falsos consensos basados en la falsa ideología de la *seguridad* (Baratta<sup>64</sup>) que no hace más que sumir a la comunidad en una suerte de guerra entre la delincuencia y el orden, en la cual paradójicamente las principales víctimas son la gente, de carne y hueso, en especial la más vulnerable.

La reconceptualización del concepto de *seguridad* en la línea apuntada por Baratta supone su restricción a la seguridad de los derechos y jamás a un pretendido derecho a la seguridad. En la perspectiva aquí seguida, todo lo que suponga una protección remota o mediata de otros bienes jurídicos se presta a una maniquea manipulación a la cual es muy proclive el concepto de seguridad, insólitamente interpretado en el texto de la Carta de las Naciones Unidas, donde aparece al lado de la Paz, para amparar actos de agresión<sup>65</sup>. Pareciera que con la protección directa de los derechos humanos la mención de la seguridad *per se* sobra. Esta consideración es muy importante para Venezuela, donde al igual que en otros lugares de la región se reedita la ideología de la seguridad bajo variadas formas para ampliar el control. En efecto, la Constitución venezolana incorporó un pretendido dispositivo sobre seguridad en el capítulo sobre derechos humanos, cuya única interpretación garantista tendría que inclinarlo hacia el deber de protección del Estado y aun así ofrecería dificultades<sup>66</sup>.

2. Confrontar de modo específico la caracterización y efectos jurídicos del Derecho penal del Enemigo y otras formas maximalistas con el Estado Constitucional, esto es poner en evidencia en el plano constitucional la inconstitucionalidad de sus postulados y consecuencias en legislaciones bélicas.

<sup>64</sup> Baratta, Alessandro. 2001. *Seguridad*. Capítulo Criminológico. La Universidad del Zulia.

<sup>65</sup> Rosales. 2002. *Ob. Cit.*

<sup>66</sup> Para una reflexión sobre este tópico: Rosales, Elsie. 2003. *Seguridad y función policial*. Capítulo Criminológico. La Universidad del Zulia.

En la Venezuela de este último tiempo, distintas variables han confluído para que en este año se adelante un auténtico paquete legislativo bélico conformado por una reforma puntual de 38 artículos del Código Penal, cuyos ejes han sido un aumento generalizado de las penas, la proscripción de los beneficios libertarios y un adelantamiento y ambigüedad de la prohibición penal en la redacción de los tipos penales<sup>67</sup>; una reforma a la Ley antidrogas y lo más significativo de todo, la promulgación de la Ley orgánica contra la delincuencia organizada transnacional.

3. Contrarrestar la injerencia interna y expansión internacional de la globalización del control penal mediante el fortalecimiento del Estado Constitucional. La idea es que el debilitamiento de los estados constitucionales arrastrada por efecto de la globalización debe ser contrarrestada mediante la confrontación de los postulados constitucionales con tales propuestas internacionales y que para el plano internacional, amerita una acción a la inversa, es decir, llevar los postulados del Estado Constitucional, sus principios y sistema de garantías a la producción legislativa internacional y a sus instancias de decisión.

Dado que la posibilidad de contaminación del Derecho interno es particularmente proclive en el campo del *control penal* y en las leyes que lo regulan (códigos y leyes penales) debido a la injerencia de poderes foráneos que mueven buena parte del proceso de globalización mundial y a la “reducción de la soberanía estatal” característica de este proceso, según expone Bauman<sup>68</sup>.

Esta dificultad del proceso de globalización ha sido tratada por doctrina jurídica desde diversos campos, así Muñoz Machado en el capítulo de su Tratado titulado *Del Estado legal al Estado Constitucional* sostiene:

(...) el fenómeno de la globalización económica lleva también aparejada una globalización jurídica cuya previsión no se sitúa,

<sup>67</sup> Rosales, 2004. *Ob. Cit.*, y Rosales, Elsie. 2004. *Sistema penal y reforma legal en Venezuela: La tensión entre el Estado Constitucional y el Estado policial*. Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia.

<sup>68</sup> *Ob. Cit.* p. 156.

en contra de lo que ocurre con los fenómenos antes descritos en la Constitución. Son las circunstancias económicas, el poder de las grandes corporaciones con implantación mundial, las respuestas parciales que se tratan de poner en pie en el marco de acuerdos multilaterales los elementos explicativos de otra quiebra de la soberanía de los Estados y, desde luego, del dominio pleno que éstos tenían sobre el Derecho<sup>69</sup>.

No por mero culto al constitucionalismo, sino porque trae herramientas jurídicas para:

4. Relacionar constantemente el Derecho penal con el Estado constitucional (y por tanto emplearlo como puente con la garantía de los derechos, libertad, etc.) reeditando por tanto a cada momento la necesidad de control del poder, en particular, del poder punitivo. Gráficamente:

Ante el aumento del control penal	Contrarrestarlo con un aumento del control del poder
Mediante la congruencia del Derecho penal con el Estado Constitucional	

El aumento del control del poder y en este caso con mayor celo del poder punitivo, se inscribe en la necesidad de equilibrios, mediante pesos y contrapesos<sup>70</sup> –tal y como lo ha expuesto La Vega<sup>71</sup>– a los que debe circunscribirse todo el poder público y para lo cuales el establecimiento de límites ha sido un

<sup>69</sup> Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*. Tomo I. Civitas, p. 324.

<sup>70</sup> Inserto en el constitucionalismo norteamericano mediante la importación inglesa de la teoría del *checks and balances*, con lo cual se destaca la idea de equilibrio de poderes, ya no sólo mediante la división del poder, sino principalmente mediante el control del poder.

<sup>71</sup> De Vega, Pedro. 1985. *La reforma constitucional y la problemática del poder*. Colección temas clave de la constitución española. Tecnos. España.

factor primordial. Ello porque desde la ya clásica teoría de la Constitución de Loewenstein, todo poder que no se controle tiende, por naturaleza, a extralimitarse e invadir competencias que le son ajenas por eso, la esencia de toda democracia consiste en arbitrar mecanismos de control y limitación del poder.

5. Aumentar los contenidos garantizadores del Estado Constitucional. Para este objetivo es necesario someter la legislación penal a escrutinio de su constitucionalidad con base en reglas como las aportadas por Suay en su “Refutación del *ius puniendi*”<sup>72</sup>. En su caso, conjuga diez reglas de constitucionalidad de la ley penal que confrontadas con la caracterización de las leyes del Derecho penal del Enemigo y de otras formas maximalistas demuestran su abierta inconstitucionalidad sólo en cuestiones técnicas referidas a la excesiva ampliación de los tipos, el adelantamiento de la punibilidad, el aumento excesivo de las penas, el desmontaje de garantías, bienes jurídicos falseados, etc.

En su pluma, tales reglas son:

- a) “*Ponderación*: Las decisiones de los poderes públicos de los que derivan limitaciones de los derechos debe realizarse tras una consideración razonable y ponderada de los diversos derechos y bienes jurídicos en conflicto. De igual manera, el legislador penal debe ponderar los medios de que dispone, los objetivos que debe alcanzar y la incidencia en los derechos y libertades”.
- b) “*Constitucionalidad del objetivo perseguido con la ley penal*”. Con la limitación de los derechos y de las leyes penales sólo se debe perseguir como objetivo la protección de los derechos, intereses o bienes constitucionales.
- c) “*Necesidad*”. Las leyes penales sólo son admisibles si resultan necesarias para perseguir los objetivos constitucionales, lo cual en una sociedad democrática sólo se refiere a la protección de bienes jurídicos frente a ataques graves.

---

<sup>72</sup> Suay, Celia. 2004. *Refutación del ius puniendi*. Revista peruana de ciencias penales.

d) *Eficacia* “(...) Aunque socialmente exista la necesidad de la protección de un bien jurídico constitucional, si la concreta ley sancionadora no es un instrumento eficaz para ello, constitucionalmente no es admisible, pues en tal caso sería una ley meramente simbólica”.

e) “*Alternativa menos gravosa*. Las limitaciones a los derechos que imponen las leyes penales han de ser las que resulten menos restrictivas o menos gravosas para el derecho limitado, debiendo preferirse cualquier medida alternativa (...)”.

f) Proporcionalidad y respeto de la dignidad de las personas.

g) *Respeto del contenido esencial*, aludiendo a la parte del derecho que si se suprime no lo hace cognoscible. En el caso de la *libertad* que es el derecho central en el balance de las penas privativas, su restricción no sólo debe ser proporcional sino acorde con el principio de humanidad. Además este principio niega la posibilidad de penas perpetuas o de muerte.

h) “*Legalidad*. Las leyes penales deben incluir las garantías propias del principio de legalidad”.

i) “*Motivación*. Las limitaciones a los derechos deben estar lo suficientemente motivadas o fundamentadas. La motivación por una parte, se le debe al titular del derecho limitado y por la otra, permite a los tribunales controlar la constitucionalidad de la limitación del derecho. Así pues, la decisión legislativa de tipificar un comportamiento como delito y amenazarlo con una pena debe estar suficientemente motivada, y debe versar sobre cada uno de los 8 requisitos anteriores. En caso contrario *se puede promover jurídicamente la inconstitucionalidad de la ley penal*”.

j) “*La carga de la prueba* corresponde a quien limita al derecho. La constitucionalidad de las limitaciones debe quedar probada (...) de modo que el legislador debe aportar pruebas acerca de la necesidad, proporcionalidad, eficacia, etc. de la ley penal”.

Estas pautas de constitucionalidad elaboradas por Suay sirven como componentes que estimaría indispensables para reconducir el Derecho Penal mediante el Estado Constitucional.

6. Profundizando en el concepto de “derecho” que se utilizaría dentro de una línea que aprovecha la idea de Ferrajoli expuesta en sus “derechos y garantías” y fortaleciendo las reglas interpretativas suscritas expresamente en la Constitución venezolana sobre irrenunciabilidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad animadas por el predominio de la libertad en una sociedad democrática en los términos expuestos, es decir, como libertad de decisión y de participación política.

7. Control de constitucionalidad de las leyes y por tanto mecanismo judicial para controlar imperio de los principios constitucionales sobre la ley (dado que la ley pasa a un segundo plano). Esto es jurisdicción por encima de legalidad: Legalidad atenuada y sometida a los principios constitucionales, pero como dice Diez Ripollés no con el fin de disminuir a la legalidad, sino de dotarla de una racionalidad que permita la actualización de los principios constitucionales de sus valores y postulados éticos y teleológicos<sup>73</sup>.

8. Incrementar la racionalidad legislativa y jurisdiccional conforme al Estado Constitucional democrático, según el concepto manejado por Diez Ripollés, según lo cual serviría la idea de que con la racionalidad “se expresa la capacidad para mantener con un sector de la realidad social una interacción que se corresponde, que es coherente, con los datos que constituyen tal realidad y que conocemos”<sup>74</sup>.

9. En definitiva, el pensamiento jurídico crítico debe fortalecer (y desarrollar los medios constitucionales de control de la constitucionalidad con un sentido teleológico en cuanto a la presencia y vigencia de los principios penales (limitadores del poder punitivo) con el fin de aportar una efectiva protección de los derechos humanos ante tal poder, protección anunciada por Aniyar en su propuesta de integración de estos conocimientos.

---

<sup>73</sup> Diez Ripollés, José Luis. 2003. *La racionalidad de las leyes penales*. Editorial Trotta. España. p. 80.

<sup>74</sup> *Ob. Cit.* p. 86.

# Control judicial de constitucionalidad de las leyes penales en Venezuela<sup>1</sup>

## Introducción

1. Una síntesis de la evolución del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho.
2. Jurisdicción constitucional y control judicial de las leyes penales.
3. Constitucionalidad de la ley penal: reglas y principios: 3.1 Reglas de constitucionalidad de la ley penal. 3.2 Legislación bélica portadora del “antiDerecho” penal del Enemigo.

## Conclusión

## INTRODUCCIÓN

Con la profundización teórica del Estado constitucional democrático propugnado en la Constitución venezolana de 1999 se acentúan también las posibilidades del ejercicio del control judicial de constitucionalidad de los actos del poder público y en particular del acto legislativo: la ley.

---

<sup>1</sup> Publicado en *Capítulo Criminológico*. Vol. 34. octubre-diciembre 2006. La Universidad del Zulia. El texto de la presente contribución constituye la doctrina jurídica elaborada por mí, que sirvió de fundamento a la acción de nulidad por inconstitucionalidad presentada por el Fiscal General de la República contra varios artículos del Código Penal dictado el 13/4/05. Agradezco muy especialmente a los profesores Dr. Jesús Rodríguez de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España) y Dr. José Peña Solís de la Universidad Central de Venezuela (Caracas, Venezuela) sus valiosas sugerencias y observaciones.

Sin embargo, por otro lado de un modo paradójico, se viene observando en las leyes penales una tendencia a la expansión del control penal y a la proliferación de normas penales antidemocráticas, autoritarias y lesivas de los principios constitucionales y sobre todo, de los derechos humanos. Claro ejemplo de ello son las leyes penales que se han caracterizado bajo la denominación del “Derecho” Penal del enemigo, que si bien no es una teoría jurídica, constituye una explicación, cuando no una pretendida justificación del curso bélico de tales legislaciones. Ante este escenario, la salida jurídica que se propone es enriquecer los mecanismos de protección constitucional, entre los que el control judicial de constitucionalidad de las leyes ofrece una posibilidad de contrarrestar el abuso del poder punitivo que representa el talante represivo de tales leyes penales.

Por tanto, el problema que motiva este estudio es la proliferación de legislación penal lesiva de los derechos humanos. El pensamiento penal en la voz de Hassemer ha denominado a este fenómeno “abuso de normas penales”<sup>2</sup>, el cual se caracteriza de un lado por la excesiva proliferación de leyes penales y del otro por la ampliación y ambigüedad de los tipos penales, así como por el relajamiento de garantías en la ley penal. En trabajos anteriores, he expuesto con apoyo en la doctrina penal, la caracterización de esta legislación, tanto en leyes específicas, como ha sucedido con la legislación antidrogas, antiterrorista o sobre delincuencia organizada<sup>3</sup>, como generales tal y como ha acontecido con la última reforma parcial del Código Penal<sup>4</sup>; asimismo, en otros trabajos se han propuesto soluciones por vía hermenéutica<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Hassemer, W. 1990. *El destino de los derechos ciudadanos en un Derecho Penal “eficaz”*. Doctrina Penal N° 49-52. Depalma. Argentina.

<sup>3</sup> Rosales, E. 1991. *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, C. y E. Rosales. 1992. *Drogas y Administración de Justicia (realidad judicial e interpretación jurídica)*. Livrosca. Caracas. Rosales, E. 1998. *Administración de justicia y drogas*. Universidad Central de Venezuela; Bello, CS, C. Borrego y E. Rosales. 1998. *Estudio sobre la legislación contra delincuencia organizada*. Anuario del Instituto de Ciencias Penales. Universidad Central de Venezuela. Rosales, E. 2003. *Terrorismo y globalización del control penal*. Revista del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.

<sup>4</sup> Ambos estudios forman parte de este libro y se publicaron en: Rosales, E. 2004. *Sistema penal y reforma penal*. Capítulo Criminológico Vol. 32. N° 4. La Universidad del Zulia. Rosales, E. 2005. *Sistema penal y reforma penal: la tensión entre el Estado Constitucional y el Estado Policial*. Temas Penales. Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela.

<sup>5</sup> Rosales, Bello y Borrego. 1996. *Constitución, principios y garantías penales*. Universidad Central de Venezuela.

En esta ocasión, mi interés se centra en aproximarse a soluciones jurídicas desde la óptica constitucional.

Para ello, apreciar la evolución de la forma de Estado desde la perspectiva del constitucionalismo permite comprender la importancia del fortalecimiento de los controles de constitucionalidad como mecanismos eficaces para contribuir en la auténtica garantía de los derechos humanos. Esto debido a que mientras a lo largo de poco más de dos siglos, se erigió y avanzó el moderno Estado de Derecho, se fue comprendiendo que la formalización en el texto constitucional de los derechos reconocidos tenía un alcance muy limitado si no se contaba con diversos mecanismos de control de su auténtica protección. La cuestión constitucional fue ir madurando un sistema de control de constitucionalidad que hiciera cada vez más eficiente su capacidad de autosustento, autorregulación y protección constitucional.

En el centro de esta idea subyace el sentido del control de constitucionalidad que también evolucionó de su forma política (control político) a su expresión judicial (control judicial) y que se ejerce sobre todos los actos de los poderes públicos, entre ellos, aquellos actos que de modo más visible sirven para expresar legalidad: las leyes. Se avanza entonces en el despliegue y fortalecimiento de mecanismos de control de constitucionalidad de todos los actos de los poderes públicos, entre ellos, aquellos actos emanados del poder legislativo cuando actúa como legislador. De este modo se arbitran y afinan mejores medios de control judicial de constitucionalidad de las leyes, para que cualquier ley que contradiga la Constitución pueda ser declarada nula por vía judicial.

Ahora bien, este estudio versa exclusivamente sobre el control judicial de constitucionalidad de las leyes penales, entendido como uno de los medios jurídicos idóneos para ejercer correctivos sobre esa posibilidad de abuso de poder que constituyen las leyes penales inconstitucionales, medio que conduce a la declaratoria de nulidad de la ley, pero que además tiene la virtud de alcanzar efectos *erga omnes* y restablecer de modo general la vigencia constitucional.

Avanzar en su comprensión y en el establecimiento de las lesiones de la legalidad penal que constituyen vicios de constitucionalidad por cercenar potencialmente los derechos humanos y sus garantías, es el sentido de esta aproximación al control judicial de constitucionalidad de la ley penal, dada la incorporación desde 1999 de una fórmula de jurisdicción constitucional concentrada para estos defectos legales.

## 1. UNA SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO LEGAL DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

A partir de la concepción del siglo XVIII del Estado como *Estado de Derecho*, signada por las ideas iluministas y el pensamiento de teóricos como Hobbes, Locke, Montesquieu y Rousseau, la modernidad se desenvuelve bajo la impronta de una renovada *legalidad*.

Esto significa que en esa fase de la modernidad, la concepción del Estado apunta a la *sujeción del Estado a la legalidad*, hacia la delimitación de las competencias del Poder Público realizada mediante la ley. Sin embargo, esta relación jurídico política sólo mostraba un poder limitador del Estado, que si bien constituyó un importante avance, no lograba satisfacer los problemas de realización de los derechos humanos. De hecho, la paradoja de esa fórmula es que un Estado sólo sometido a la *legalidad formal* podía desempeñarse autoritariamente y la sola legalidad formal no garantizaba el imperio de un Estado democrático<sup>6</sup>.

Debido a las coyunturas políticas visibles con el advenimiento de la Revolución Francesa, el *Estado sometido al Derecho* se expresa como *Estado Liberal* y por tal, da paso al *liberalismo* que comporta la incorporación política a la concepción del Estado de ideas humanistas y libertarias, aun cuando, no alcanza a introducir en el modelo constitucional ideas lo suficientemente progresistas como para considerar el dato social en una dimensión de mayor alcance que permita una comprensión sincrética de lo individual y lo social, en medio de la complejidad<sup>7</sup>.

En ese estadio, el Estado no alcanza a equilibrar la vida social en pro de valores superiores de la humanidad, inspirados en la igualdad, la diversidad, la solidaridad y la justicia social, con el fin de moderar las diferencias en amparo del más débil; lo cual permitió una revitalización del capitalismo con su carga de injusticia y violencia, perfectamente expli-

<sup>6</sup> Rosales, 1996. *Ob. Cit.* pp. 21-30.

<sup>7</sup> “Complejidad” entendida aquí desde la perspectiva de la teoría de la complejidad, como la inserción del fenómeno social y por tal, político y jurídico, contextualizado en múltiples entornos que promueven la consideración de gran variedad de relaciones dinámicas, que en la vida de los pueblos supone relaciones de tensión y dominación, muchas veces de conflicto que deben ser atendidas por el modelo constitucional en pro del desarrollo de equilibrios indispensables para la coexistencia humana y planetaria en paz, igualdad y justicia.

cable al considerar su devenir a lo largo de los últimos cinco siglos. En este sentido, sintetiza Zaffaroni con la contundencia que lo caracteriza, que el poder mundial se ha desplegado, primero bajo la revolución *mercantilista* del siglo XV al XVIII, cuyo signo fue el *colonialismo*; luego bajo la revolución *industrial* que ejerció el poder mediante el *neocolonialismo* –en sus dos fases con el ascenso de la burguesía del siglo XVIII hasta mediados del XIX y su asentamiento hasta finales del siglo XX– y por último, mediante el poder de la revolución *tecnológica* de finales del siglo XX, que se ejerce bajo el designio de la *globalización*<sup>8</sup>. Todas muestran el devenir de la modernidad, todas refieren el tránsito del *capitalismo*. Todas hablan de inequidad, desigualdad e injusticia.

La fórmula del Estado de Derecho sigue su rumbo y con el advenimiento del siglo XX y de los escenarios bélicos mundiales, se fortalece la evolución del Estado bajo el modelo de *Estado Social* que abraza la idea del Estado interventor, en tanto que supone intervención en la economía y en las relaciones sociales a fin de darles mayor equilibrio. No obstante, la concepción constitucional es dúctil a variadas organizaciones políticas y sistemas económicos y en ese estadio, aún ese modelo continúa operando dentro del marco de relaciones sociales desiguales, por lo que no es capaz de enfrentar las dificultades asociadas a la pobreza y otros males sociales trascendentes para el desarrollo humano sustentable. No cuenta aún con madurez política y jurídica suficientes.

Esta primera semblanza del Estado Social instaurado como *welfare state* o *Estado de bienestar*, afronta al pensamiento crítico, tal y como lo ha sostenido Bergalli<sup>9</sup> por su incapacidad para realizar la justicia social y por ser portador del modelo de la sociedad de consumo, funcional a tales relaciones.

Sin embargo, ese Estado deviene hacia la forma de *Estado social asociándose a las otras dimensiones evolutivas del Estado de Derecho como Estado democrático*, donde el énfasis se traslada hacia su *carácter democrático* en tanto que *la participación del poder político* es crucial para alcanzar diversos fines de reivindicación humana, de

---

<sup>8</sup> Zaffaroni, E.R. 2005. *En torno de la cuestión criminal*. Colección Maestros del Derecho Penal. Julio César Faira editor. Argentina. p. 31.

<sup>9</sup> Bergalli, R. 1992. *¿Garantismo penal? ¿Cómo, por qué y cuándo? Justicia Penal y Sociedad*. Revista Guatemalteca de Ciencias Penales. Año 2, N° 2.

justicia social y por tal, de mayor fortalecimiento de la sociedad democrática en la medida en que se distribuya el poder político entre la comunidad de modo cada vez más horizontal.

En Venezuela, debido a la impronta de lo que Lander y otros han denominado el *eurocentrismo*<sup>10</sup>, esta fórmula comienza a apuntalarse en la Constitución de 1961, con sus virtudes y defectos.

Aun en la actualidad, muchos teóricos, en lo jurídico y en lo político, abogan por el fortalecimiento del *Estado social y democrático de Derecho* y ello tiene sentido en tanto que se le conciba como *Estado democrático*, pues supone mayor y mejor distribución del poder político y coloca en un primer plano a los derechos humanos, dado que buena parte de su vigencia depende del acceso y distribución del poder, al punto que, la *evolución de los derechos humanos y muy especialmente de la capacidad garantista de los Estados, va marcando el devenir del constitucionalismo y de la forma de Estado contemporáneos*.

Sin embargo, aun considerando las bondades del modelo social y democrático de Estado, expresadas en los años sesenta por la pluma magistral de Elías Díaz en su reconocido libro publicado en 1966 sobre el Estado social y democrático de Derecho<sup>11</sup>, y plasmado en la Constitución de 1961, su praxis política siguió siendo débil, ante los intereses económicos mundiales y los desequilibrios sociales que para aquel entonces ya mostraban el comportamiento de esta fase del capitalismo con la instauración acelerada de la globalización, descrita desde diversas perspectivas por autores tan disímiles como Bauman y Beck, en contraposición a Soros<sup>12</sup>.

Así, no obstante las virtudes del texto constitucional de 1961, producto de la evolución política y jurídica del Estado, signataria de la *democracia representativa*; sus fuertes componentes presidencialistas (por

---

<sup>10</sup> Lander, E. (editor). 2000. *La colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales*. UNESCO-FACES. Universidad Central de Venezuela.

<sup>11</sup> Díaz, E. 1998. *El Estado Social y democrático de Derecho*. Taurus. Primera edición, 1966. España.

<sup>12</sup> Bauman, Z. 2003. *La Globalización: consecuencias humanas*. Primera edición en inglés, 1998. Fondo de Cultura Económica. México. Beck, U. 1998. *¿Qué es la globalización? Estado y Sociedad* 58. Primera edición en alemán, 1997. Paidós. España. Soros, G. 2002. *Globalización*. Planeta. Primera edición en inglés, 2002. España.

ejemplo: sin elección popular de gobernadores), no estaban atemperados con un sistema de *descentralización* que permitiera la participación directa del pueblo en la *gestión social*, ni en su *control*, así como en la *toma de decisiones*. En el ámbito de los derechos humanos, a pesar de enunciarlos en un sentido amplio y Venezuela suscribir múltiples convenciones internacionales, no estaba presente un *sistema* verdaderamente garantista que es el elemento clave del constitucionalismo actual, la *capacidad protectora del sistema constitucional*, y por tal, el amparo constitucional como uno de sus mecanismos de tutelaje, se abría paso a tientas.

Adicionalmente, durante estas últimas décadas, el *sistema político* venezolano hizo aguas en su crisis, en medio de una fuerte avanzada del proceso de globalización. Pero *el sistema político no es otro que el Estado de Derecho*, débil ante las premisas económicas que marcan el destino de los derechos de los pueblos ante la escalada del capitalismo que muestra en datos cómo de manera insólita se distancia, de modo cualitativo y cuantitativo la brecha entre ricos y pobres (afirmación hecha sobre datos contundentes del Programa Mundial sobre Población de Naciones Unidas, especialmente significativa en la región, según lo cual, a pesar del aumento de crecimiento económico mundial, éste no se ha revertido en menos pobreza, sino que por el contrario, ésta ha aumentado<sup>13</sup>). Situación específicamente aplicable a Venezuela, donde al igual que el resto de la región, durante las últimas décadas y en particular a partir de los ochenta, aumentó el empobrecimiento y junto a él, la aparición de indicadores importantes sobre violencia delictiva que interpreta Elías Carranza como uno de los efectos de la globalización para toda la región. Según el Director del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la prevención del Delito:

En América Latina la frecuencia delictiva es más alta (...) y se ha agravado a partir de los ochenta (...) en los países de me-

---

<sup>13</sup> En el Informe *Gente, Pobreza y Posibilidades*, publicado por el Fondo para la Población de Naciones Unidas en 2002, se afirma:

Respecto del tema específico del ingreso se advierte, que si bien la economía global ha experimentado un avance sostenido, este factor enmascara importantes diferencias de una región a otra, de un país a otro o dentro de un mismo país. La desigualdad del ingreso dentro de un mismo país es otro factor importante de agitación y conflicto interno. La proporción de la concentración de la riqueza del 20% más rico del mundo frente al 20% más pobre en los últimos 30 años es pasmosa: la brecha era en 1960 de 30 a 1; esta proporción aumentó pronunciadamente, hasta 78 a 1 en 1994, para decrecer levemente hasta 74 en 1999.

dianos y bajos ingresos la situación empeora, al tiempo que en los de altos ingresos mejora (ONU, 2003) se trata de uno de los efectos sociales negativos de la globalización”<sup>14</sup>.

En consonancia con estas consecuencias, la debilidad de los Estados de Derecho acentúa las dificultades de protección de los derechos y justamente en Venezuela en las últimas décadas ha padecido el déficit de consolidación de su Estado de Derecho.

Como quiera que desde una lectura optimista de la teoría de conflictos propiciada por Dahrendorf<sup>15</sup>, en medio de la crisis del sistema político, también la fuerza de los cambios se abre paso, de modo que en Venezuela, desde finales de la década de los ochenta se comenzó a promover una nueva Constitución que definitivamente fraguó en 1999 y que si bien arranca de las premisas constitucionales del modelo implantado con la Constitución de 1961, supone una profundización de la democracia y del Estado Constitucional, ahora como Estado garantista, como Estado de los derechos bajo una denominación particular que lo enuncia como “Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia”. Este ideario constitucional es sólo realizable en la medida en que la praxis política y jurídica, su implantación cultural y el imperio de su vigencia, se hagan también realidad.

En este renovado modelo constitucional se trazan *ejes estratégicos* para el avance humano sustentable aliado a la justicia social, mediante la conformación de un *sistema* de derechos y garantías, la edición de la democracia participativa, el reequilibrio de los poderes públicos con una novel redistribución, la descentralización y en particular: la innovación de una *jurisdicción constitucional* que tiene como misión ejercer el *control de la constitucionalidad*, vale decir, la implantación de una instancia judicial específica y directa de protección constitucional.

Estos trazos van delineando los contenidos del Estado Constitucional en el cual la nota característica es la *asunción constitucional directa del programa político*. Es decir, el Estado de Derecho no es suficiente, sólo puede devenir vacío o llenarse de contenidos autoritarios y totali-

---

<sup>14</sup> Carranza, Elías. 2007. *Criminalidad, Política Criminal y participación de la sociedad civil* en Aniyar y Rosales (comp). Foro Latinoamericano sobre Derechos Humanos y Cuestión Criminal: *La Perspectiva Crítica*. Caracas, Universidad Central de Venezuela.

<sup>15</sup> Dahrendorf, R. 1990. *Sociedad y libertad*. GB 297.

tarios. Ni siquiera en sus versiones más maduras antes descritas, puede superar las dificultades asociadas a la injusticia, la carencia de democracia y la lesión de los derechos. Esto significa que no ha sido suficiente el *Estado legal*, en el entendido de la *sujeción del Estado y el Poder a la Ley*, visto sólo en su sentido formal, sino que hace falta algo más: el *Estado Constitucional en tanto refiere el carácter jurídico y vinculante directo de la Constitución*, tal y como lo suscribe Antonio Manuel Peña Freites en “La garantía en el Estado constitucional”<sup>16</sup>, el *Estado constitucional promueve una relación social cada vez más directa con la toma de decisiones y el ejercicio y control del poder político, con el único fin de darle a los derechos humanos un espectro amplio y progresivo de desarrollo* que se basa en la inclinación garantista del orden constitucional, es la *Constitución como norma*, en el decir de García de Enterría<sup>17</sup>: la Constitución normativa, que posibilita el imperio de los derechos y garantías mediante la asunción de referentes materiales de la legalidad (legitimidad), una idea cumbre del *garantismo* contemporáneo que muestra la obra de Ferrajoli<sup>18</sup> y que responde a una evolución indispensable de la legalidad que observa a la legitimidad como su esencia fundamental.

Algunos signos destacan esta caracterización del *Estado Constitucional* en el texto fundamental de 1999 en tanto que la *soberanía clásica* radicada en el pueblo (Rousseau) ahora evoluciona mediante la asunción de mayores componentes de la democracia directa, expresada en variadas formas de *participación política* para su ejercicio (elecciones directas, referendos, control y participación en la gestión, entre otras); así como también se observa en el *fortalecimiento en el ámbito internacional* orientado a la integración regional (latinoamericana y caribeña) (Constitución, Exposición de Motivos y artículo 153); a la vez que asiste al *fortalecimiento institucional* en la medida que realiza el rol de protección constitucional (su efectividad y vigencia) mediante el *control de constitucionalidad de los actos del poder público* (control judicial del poder político y no sólo control político). Así como también se agudiza su acción al actuar so-

<sup>16</sup> Peña Freites, A. M. 1997. *La garantía en el Estado constitucional*. Trotta. España.

<sup>17</sup> García de Enterría, E. 1983. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Tercera edición. España.

<sup>18</sup> Ferrajoli, L. 1989. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Editorial La Terza. Italia.

bre el imperio constitucional en la garantía de los derechos humanos (conformando el *sistema de derechos y garantías*).

En este ámbito, la *misión realizadora de la jurisdicción constitucional* tiene un cometido extraordinariamente vital en la protección de los derechos y garantías, donde es fundamental el *control constitucional de las leyes penales*, por tratarse de la legislación que supone el desarrollo del más drástico de los poderes políticos (el poder punitivo), las normas que comprometen de modo más frontal a los derechos. Por ello se entiende que después de la Constitución, los códigos penales son las leyes más importantes, en ellas se expresa el código de relaciones entre el Estado y la sociedad de la manera más comprometedora 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.

Como se puede concluir, el nuevo programa político jurídico (Estado Constitucional plasmado en la Constitución) supone, como ella apunta “la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que permita el efectivo funcionamiento de una democracia social y participativa”. Esto amerita la comprensión compleja tanto de la visión como la misión que le corresponde al Estado Constitucional en esa construcción colectiva del futuro.

De este modo, en el plano teórico y específicamente en comparación con la Constitución de 1961, la de 1999 supone una profundización del Estado Constitucional. Sin embargo, como la transformación humana es lenta y compleja, este postulado es sólo realizable siempre que la práctica político-jurídica, como espacio de desarrollo progresivo de los derechos y de las garantías, así lo permita y promueva.

Dentro de esta concepción, la novel Constitución comporta no sólo una sistematización de los derechos y garantías como ha sido la tradición, sino un *sistema de derechos humanos* que jurídicamente actúa bajo la dirección de los *principios de indivisibilidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad* (Constitución, artículo 19) que al funcionar contextualizados bajo la delimitación de la *Constitución normativa*, da lugar a un marco directo de garantía de la Constitución. Una Constitución que no tiene otro destino que los *derechos*, a los cua-

les debe *su inmediata y progresiva protección*, siendo que de nada vale que se le intente desviar o endilgar otros fines, sean cuales sean, pues no pueden ser más que *medios* para la realización de este único y fundamental fin. Esta idea que está en la base del constitucionalismo no es nueva, ya para 1789 podía leerse en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución”, no obstante el olvido y embates que ha sufrido, tal y como afirma García de Enterría<sup>19</sup>.

De modo que en este especial contexto constitucional, la *legalidad* cobra renovadas posibilidades que la zafan de los límites formalistas para adentrarse en una *vertiente material* que en el campo penal apunta a la constatación de la *legitimidad* tanto de la prohibición (tipos penales) como del castigo (penas), tal y como lo ha legado Ferrajoli en su extraordinaria teoría del garantismo penal. Por consiguiente, para que la ley penal esté acorde con el orden constitucional propio de un Estado de Derecho Constitucional y democrático, s tiene que responder a los principios y reglas penales y constitucionales que permiten constatar la legalidad *tanto formal como material* de las prohibiciones y de las penas. Principios como el de legalidad, en tanto que irretroactividad, reserva y tipicidad estricta (o determinación); la proporcionalidad; los principios de lesividad, culpabilidad, racionalidad de la intervención punitiva, *favor libertatis*, humanidad de las penas –representación popular, en la línea expuesta por Baratta<sup>20</sup>–, intrascendencia de la pena y *ne bis in idem*, son signos vitales de la ley penal adecuada al orden constitucional. La violación de estos principios penales, conduce a la lesión de derechos y garantías constitucionales, partiendo desde la *libertad*, y contraviene los postulados de sustento del orden constitucional plasmados en su diseño destinado al desarrollo de los derechos humanos. En concreto, constituyen violaciones del sistema constitucional de protección de derechos y de garantía de los mismos, regulado en los artículos 2 y 3, así como específicamente en el artículo 19 (progresividad, interdependencia, indivisibilidad e irrenunciabilidad). Pero además conduce a la lesión de la *legalidad* en sus múltiples dimensiones y garantías que ofrece como sustento de toda la trama constitucional y componente clave de la

<sup>19</sup> Ob. Cit. p. 41.

<sup>20</sup> Baratta, A. 1985. *Requisitos mínimos del respeto a los derechos humanos en la ley penal*. Capítulo Criminológico N° 13. Facultad de Derecho. La Universidad del Zulia. Venezuela.

delimitación de la actuación del poder público, que en materia penal ejerce una función reguladora con carácter de exclusividad del poder punitivo del Estado, con tal celo, que la *legalidad es fuente exclusiva de producción de delitos y penas*<sup>21</sup>.

Pero tal legalidad no puede cumplir su misión de contención del poder punitivo si sólo se satisface con el dictado *formal* de la ley penal adelantado por el órgano competente, en tal caso el parlamento, por más que sea un importante órgano de representación popular. Para que la ley penal cumpla con la legalidad, es indispensable que sus contenidos se adecuen a las exigencias del *nullum crimen, nulla poena sine lege escrita*, estricta, determinada, precisa e indubitable, así como a las garantías para las cuales existe: penales, procesales, y penitenciarias, de donde emerge la importancia crucial del control judicial de las leyes penales.

## 2. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES PENALES

Con la Constitución de 1999 el *ejercicio del control concentrado de constitucionalidad de las leyes* de la República compete a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Título VIII De la Protección de esta Constitución, Capítulo I De la Garantía de esta Constitución, artículo 336, numeral 1, en concordancia con Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, artículos 1; 5, 6° y primero y segundo apartes).

Esta competencia constitucional forma parte del cometido fundamental de esta novel instancia constitucional, cual es *preservar la supremacía constitucional, hacer realidad a la Constitución como norma jurídica y ejercer el control judicial del ejercicio de poder público*, en aras de una justificación fundamental cual es la *garantía de protección de los derechos humanos*. Esta misión corresponde a la pauta que la doctrina constitucional ha dado a lo largo de un siglo de evolución y ha sido asimilado por la Sala Constitucional en fallos como la sentencia de 11/4/02, que al referirse a “los mecanismos para la *preservación de la supremacía y fuerza normativa del texto fundamental*”, añade acerca de la competencia:

---

<sup>21</sup> En esta línea es que puede interpretarse la prohibición legal de accionar por control de constitucionalidad la nulidad de leyes, fundamentándose sólo en la lesión de la legalidad sin adimnicularla a la lesión de otros derechos y garantías constitucionales (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, artículo 21), pues es obvio que en la *Constitución normativa* la existencia de la legalidad tiene exclusivamente un fin de garantía que es desentrañable a su paso.

(...) de conformidad con el último aparte del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tenga rango de Ley”.

La exclusividad competencial a la que alude el mencionado artículo 334 en materia de inconstitucionalidad, está referida a la nulidad de actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, cuyos supuestos se especifican en los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del artículo 336, que contemplan:

**Artículo 336.-** Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1.- Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución (...)<sup>22</sup>.

En principio, estos sistemas de control constitucional se asocian al *sistema de valores constitucionales* que tienen como fundamento los ideales de *dignidad humana* y *autonomía moral* con validez universal y recogidos para toda la humanidad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de tal manera que hoy no es posible entender *la libertad o la igualdad*, así como ningún otro derecho al margen de dicha Declaración –y de su evolución en otros documentos sobre derechos humanos– tal y como ha expuesto el filósofo del Derecho Jesús Rodríguez en “Poder Constituyente y derechos fundamentales”<sup>23</sup> y que sin duda, constituyen parte del valioso legado liberal que es justo reivindicar para avanzar en el fortalecimiento del Estado Constitucional contemporáneo, permitiendo el avance progresivo de los derechos humanos desde los derechos individuales de primera generación hasta los derechos de tercera generación, propios de los pueblos.

<sup>22</sup> Con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

<sup>23</sup> Rodríguez, J. 1998. *Poder Constituyente y derechos fundamentales*. Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela.

Por tanto, dentro de la gama de mecanismos de tutela y control constitucional –políticos y jurídicos– el interés de esta investigación se centra en *el control judicial del ejercicio del Poder Público*, específicamente de una de sus ramas, el *Poder Legislativo*, específicamente en cuanto al *control judicial de constitucionalidad de las leyes*. *Control de constitucionalidad* que cobra sentido en tanto que la jurisdicción constitucional *lo ejerce sobre leyes que violentan derechos humanos*, teniendo en cuenta que éstos representan los *criterios de justicia* de toda sociedad democrática.

Así, el control de constitucionalidad de los otros ámbitos del Poder Público versa sobre uno de los componentes clave del desarrollo democrático, apreciado con enorme claridad conceptual por la evolución del pensamiento constitucional, recientemente resumida en la doctrina venezolana por Margarita Escudero<sup>24</sup>, y que radica en la necesidad de *equilibrios*, mediante pesos y contrapesos<sup>25</sup> –tal y como lo ha expuesto Pedro De Vega<sup>26</sup>– a los que debe circunscribirse todo el poder público y para lo cual, el *establecimiento de límites* ha sido un factor primordial. Ello porque desde la ya clásica *teoría de la Constitución* de Loewenstein, todo poder que no se controle tiende, por naturaleza, a extralimitarse e invadir competencias que le son ajenas, por eso, *la esencia de toda democracia consiste en arbitrar mecanismos de control y limitación del poder*. Por lo que resulta crucial el *control del poder*, en los términos sostenidos por Manuel Aragón Reyes: *el concepto de control es inseparable del concepto de Constitución*<sup>27</sup>.

Sin embargo, esta concepción del *control del poder* no estaba suficientemente arraigada en la modernidad temprana que fundamentaba buena parte de la limitación del poder en la división clásica del poder público, por lo que a lo largo de los últimos dos siglos, la realidad fue

---

<sup>24</sup> Escudero, M. 2005. *El control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos*. Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Colección Tesis de Grado. Universidad Central de Venezuela.

<sup>25</sup> Inserto en el constitucionalismo norteamericano mediante la importación inglesa de la teoría del *checks and balances*, con lo cual se destaca la idea de equilibrio de poderes, ya no sólo mediante la división del poder, sino principalmente mediante el control del poder.

<sup>26</sup> 1985, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Temas claves de la Constitución española. Tecnos. España.

<sup>27</sup> Aragón Reyes, M. 1999. *Constitución y control de poder*. Temis. Bogotá.

constatando que no bastaba la existencia de varios poderes públicos, que hacía falta establecer nuevos equilibrios que se han ido alcanzando con la incorporación de variados controles, precedidos por conceptos, principios y mecanismos de protección constitucional que permiten hacer efectivo su imperio.

En el caso del Poder Legislativo, históricamente éste ha ejercido su cuota de competencia como el *representante del pueblo* encargado de elaborar las leyes, es decir, de dictar las reglas ordenadoras de la vida social, no obstante, de nuevo la realidad ha mostrado que ese modelo a lo largo de la evolución del Estado moderno se ha tropezado con la insuficiencia de la *representación* y su posible falsedad política. Así, con anterioridad se creía que con la elección popular del órgano legislativo bastaba para que éste ejerciera la representación encomendada conforme a los intereses del soberano, pero lo cierto es que se ha constatado que la representación presenta, en general, serias dificultades y que se corre el riesgo de que se comporte como una ficción si no acata la separación de poderes y desarrolla a los derechos en general, incluyendo los derechos a la participación política de las minorías (González Treviano y De Vega<sup>28</sup>). Por regla, los parlamentos del mundo se han destinado a “representar” grupos concretos, no necesariamente de talante popular o, sencillamente, se han destinado a ejercer el poder conforme con intereses de grupos de dominación, sea cual sea su procedencia, según la composición del poder en cada Estado. De ello históricamente Venezuela no ha sido la excepción. De modo notable, hasta hace algunos años el Parlamento venezolano se destinó a representar las alianzas partidistas y económicas de grupos distantes de los intereses populares. Esta realidad, se intentó revertir desde el proceso constituyente que desembocó en la Constitución de 1999, tratando de acercar el ejercicio del poder político al pueblo por vía de la *democracia directa* sin renunciar a la representativa<sup>29</sup>, y de aspectos jurídico-organizativos específicos como la *descentralización* y el *establecimiento de un sistema de garantías de*

---

<sup>28</sup> De Vega. 1985. *Ob. Cit.*

<sup>29</sup> Sobre el origen y fundamento de la divergencia entre la democracia directa y la representativa y por tal, entre la postura rousseauiana (directa o de identidad) y Montesquieu (representativa), De Vega, *Ob. Cit.*, pp. 16 a 20.

*los derechos humanos* ordenados bajo el *principio de progresividad* (Constitución, artículo 19<sup>30</sup>).

Sin embargo, la transformación humana y social es lenta, ninguna democracia real se instaura de un plumazo, hace falta transmutación permanente nítidamente orientada y para ello, hay que despojarse progresivamente de los componentes culturales consustanciales a la dominación, como son el autoritarismo, la verticalidad del poder y toda suerte de totalitarismos, padres de la injusticia, la desigualdad y la inequidad. La democracia directa es el sueño, el ideario, pero el camino a Itaca –recordando a Cavafi– no se alcanza si no se anda y se le vive al andarlo, cotidianamente, recolectando las flores y perfumes que se hayan en su paso. Así, en política, el extravío que desvíe el camino hacia la democracia directa puede ahogarla apenas en el intento, desmontar a la democracia representativa y terminar, lanzando a la colectividad a un abismo dictatorial, pues la composición política puede conservar un poder constituido que *per se* debe limitar, pues no es el soberano, aun cuando pudiere subrogarlo y actuar sin límites. De ahí la importancia de la limitación y del control del poder, en todas sus manifestaciones.

De modo que teóricamente en esta renovada concepción del Estado, la incorporación de *la jurisdicción constitucional* ha pasado a ser clave para el fortalecimiento de los mecanismos de protección constitucional y la actualización de la *justicia constitucional* del pasado, y en este caso, para el más eficaz *control de un poder* público tan importante y fundamental como el Legislativo, dado que es el que tiene la misión jurídica y política de establecer las reglas del complejo juego humano de una comunidad nacional mediante el Derecho que coadyuva a la progresiva *juridificación* de las relaciones sociales canalizadas con normativas pacificadoras, de equilibrio y de justicia, y que lo hace mediante la realización de uno de los pilares del *Estado Constitucional* desde su origen teórico: *el principio de legitimación democrática de la voluntad popular mediante el dictado de leyes*. De este modo, el cumplimiento de esta misión legislativa es vital en el mundo contemporáneo, pero es particularmente trascendente en un país heredero de graves injusticias sociales acentuadas en las últimas décadas del siglo XX debi-

---

<sup>30</sup> Este principio ya venía consagrado en el sistema de Derecho positivo venezolano en el artículo de la Convención Americana de los Derechos Humanos, pero con la Constitución de 1999 se establece expresamente en el texto fundamental.

do al devenir de los procesos mundiales con predominio de componentes económicos y *liberalistas*, propios de esta fase de expansión del capitalismo y ante los cuales, el nuevo orden constitucional promete la oportunidad de transitar por una profunda transformación humanista y democratizadora, si acaso esa es la elección colectiva y la respuesta gubernamental en la acción política.

No obstante, a pesar de la claridad ideológica del discurso constitucional, ya se ha dicho que su letra no se realiza sino en el día a día. De modo que en la cotidianidad, las tensiones consustanciales a la praxis política generan adelantos y retrocesos que acercan o alejan a la realidad del programa constitucional. Esto sucede en medio de complejos ambientes culturales en los que personas e instituciones son herederas de culturas y de logros, unas veces retrógrados, otras de avance, unas veces libertarias y humanistas, otras autoritarias y totalitarias. En esta línea, ninguna institución o poder público de ningún lugar del mundo es ajeno a estas tensiones. Específicamente, los parlamentos son espacios políticos vulnerables a todas, las históricas y las coyunturales, se mueven en medio de los hilos que tensan por adoptar una determinada política legislativa, alguna tendencia u otra perspectiva y como una consecuencia propia de esta dinámica, su aporte legislativo puede generar contradicciones.

En el caso particular del tránsito por este devenir del Parlamento venezolano actual, sin dudas ha dado pasos agigantados, máxime ante la histórica misión de desarrollar la legislación acorde con el renovado modelo constitucional de 1999. Sin embargo, no se puede afirmar de modo general que todas las leyes dictadas se correspondan con el Estado Constitucional promulgado, ni por consiguiente con el proyecto político de transformación humanista y democrática que supone.

Este fenómeno se puede presentar en todos los procesos legislativos del mundo, pero hay campos normativos especialmente proclives a la contaminación, a la recepción de conceptos y tendencias contrarios al orden constitucional, autoritarios o portadores de violencia. En ocasiones, ello es debido a la influencia de directrices internacionales que atienden a otros intereses distintos, foráneos, o como consecuencia de la pervivencia de intereses del pasado que se infiltran en las decisiones de política legislativa.

Esta posibilidad de contaminación es particularmente proclive en el campo del *control penal* y en las leyes que lo regulan (códigos y leyes penales) debido a la injerencia de poderes externos que mueven buena parte de la globalización mundial<sup>31</sup> y según expone Bauman<sup>32</sup>, a la “reducción de la soberanía estatal” que le es característica.

En tal *proceso de globalización* juegan un papel principal las fuerzas mediáticas y los medios de comunicación, incluso ya no sólo como poder sino como construcción que crea su propia realidad, expuesta por Luhmann al referirse a los *mass media*<sup>33</sup>. Éstos han sido literalmente “ocupados” por grupos que sirven a intereses imperialistas en grandes superpotencias, más preocupados por su propia preeminencia que por el bienestar y los derechos de sus propios ciudadanos. Hoy se vive en una invasión de ideas que proclaman la necesidad de aumentar las penas, reducir las alternativas a la cárcel, incrementar los controles sobre los ciudadanos al margen de las autoridades judiciales y, sobre todo, criminalizar conductas, como nunca antes había ocurrido en el mundo moderno. La globalización mediática ha llevado a un dominio del mundo “penal” por parte de los *lobbies* preservadores del poder, al extremo que apenas al cierre del año pasado, editores y dueños de medios de comunicación resultaron condenados a las penas más altas por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), por haber participado activamente en la difusión de ideas de odio que contribuyeron a uno de los episodios genocidas más tristes de la historia del último siglo<sup>34</sup>.

Como puede inferirse de las profundas explicaciones de Zaffaroni, en la *era tecnológica*, cuyo escenario de desempeño es la *globalización*, el ejercicio mediático ya no es sólo una fuente de manipulación, publicidad grosera *per se*, sino un potente aliado del escenario concreto de dominación contrario a los más elementales principios éticos, con una enor-

---

<sup>31</sup> Bauman, Beck, Soros. *Ob. Cit.*

<sup>32</sup> *Ob. Cit.* p. 156.

<sup>33</sup> Luhmann, N. 2000. *La realidad de los medios de masas*. Anthopos. España.

<sup>34</sup> Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) por los delitos de “genocidio e incitación pública a cometerlo a los llamados medios del odio, conspiración para cometer genocidio y crímenes contra la humanidad en las modalidades de persecución y exterminación”. Sentencia de 4/12/04 condenó a cadena perpetua a Ferdinand Nahimana (53 años) Director del grupo Radio y Televisión Mil Colinas (RTL). Assan Ngeze (42 años), igualmente con cadena perpetua, quien fungía como Jefe de Redacción de la Revista Kangura. Jean Bosco Barayagwiza (50), condenado a 35 años de prisión, era el fundador de la mencionada empresa Radio y Televisión Mil Colinas (RTL).

me capacidad de generar una contra “cultura” y facilitar acciones inhumanas del más alto calado<sup>35</sup>.

Si a lo dicho se añade que la tentación hacia la desviación del acto legislativo en las leyes penales tiene una explicación política clave: *en el poder punitivo es donde se administra la violencia institucionalizada*, es uno de los componentes donde los poderes políticos y económicos planetarios se juegan buena parte de su supervivencia, el control penal es el área donde la *dominación* como hilo conductor de la historia de la injusticia, muestra su cara más dura, donde el poder político muchas veces enajenado a otros poderes o fuerzas grupales establecidos por décadas, intenta mantener y hasta “legitimar” el sometimiento propio y la perpetuación de la estructura de dominación consustancial al comportamiento del capitalismo. En ese escenario, el poder punitivo y las leyes penales que lo sostienen son muy útiles como herramientas de dominación o aparentan serlo en un mundo donde cada vez más la administración de la imagen es más decisiva. Poder punitivo asistido de leyes penales que operan como control social (no delincencial) y de paso, alientan el intervencionismo de poderes mundiales, tal y como ocurre con lo que he denominado el “paquete bélico” de leyes penales del control penal globalizado (droga, terrorismo, delincuencia organizada)<sup>36</sup>.

Por consiguiente, la posibilidad de que las leyes penales se aparten de los órdenes constitucionales es una preocupación constante. Es sabido que la ley penal o su sistematización bajo la forma de Código Penal es la ley más importante de un país después de la Constitución, porque en la ley penal se expresa el código de relaciones entre el Estado y la sociedad de la manera más comprometedora 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. De ahí que

---

<sup>35</sup> Buscando al enemigo: de *Satán* al Derecho penal *cool*. Conferencia magistral en el Congreso Latinoamericano Sistema Penal, Derechos Humanos y Participación Ciudadana. Monterrey, noviembre 2005.

<sup>36</sup> Rosales, E. *Terrorismo y globalización del control penal*. 2003. Revista del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.

justamente el llamado doctrinalmente “bloque de constitucionalidad” lo compongan la Constitución junto con aquellas leyes que determinan el orden público constitucional, en especial, el Código Penal y el de desarrollo de los derechos humanos, de donde deriva la mayor gravedad de las leyes penales inconstitucionales.

De modo que como el *poder punitivo* gestiona la violencia institucionalizada (policía, juzgados, cárceles), las necesidades de la dominación de los grandes poderes transnacionales y su expansión intervencionista requieren de legislaciones penales con fuertes componentes bélicos, represivos, intransigentes, intolerantes, de sometimiento, de “ley y orden”, como en América Latina ha explicado el pensamiento criminológico crítico en voces reconocidas como la de Aniyar<sup>37</sup>. Estas leyes son consustanciales a la avanzada actual del capitalismo individualista, que valora a la riqueza material por encima de lo humano, lo cual conlleva fuertes cargas de violencia que deben ser “atendidas” con la represión dura de grandes masas humanas sometidas a la pobreza.

Insólitamente, las leyes penales propias de la expansión del control penal, en vez de limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado como les corresponde, lo subvierten y descontrolan, multiplicando la violencia que se filtra hacia la sociedad. Violencia que sucede no sólo en manos de la delincuencia convencional, económica o de cualquier orden, sino como producto de la acción del Estado en el ejercicio del poder penal, el cual tiende a desbordarse, tergiversarse y corromperse.

El empleo del poder punitivo como arma de dominación no es nuevo, históricamente forma parte del comportamiento del poder, sea cual sea éste y se encuentre donde se encuentre. Lo que sucede hoy es que cuenta con un clima social de desempeño especialmente propicio *para la expansión desbordada del control penal* en lo que la teoría sociológica en la pluma de Beck (1998) ha elaborado bajo la tesis de la *sociedad del riesgo* formulada en 1986. Ésta opera de modo funcional a la construcción y reforzamiento de los miedos y promueve la construcción social y política de falsos consensos basados en falsas ideologías como la de *seguridad* brillantemente definida por Baratta (2001), con lo cual, no se hace más que sumir a la comunidad en una suerte de

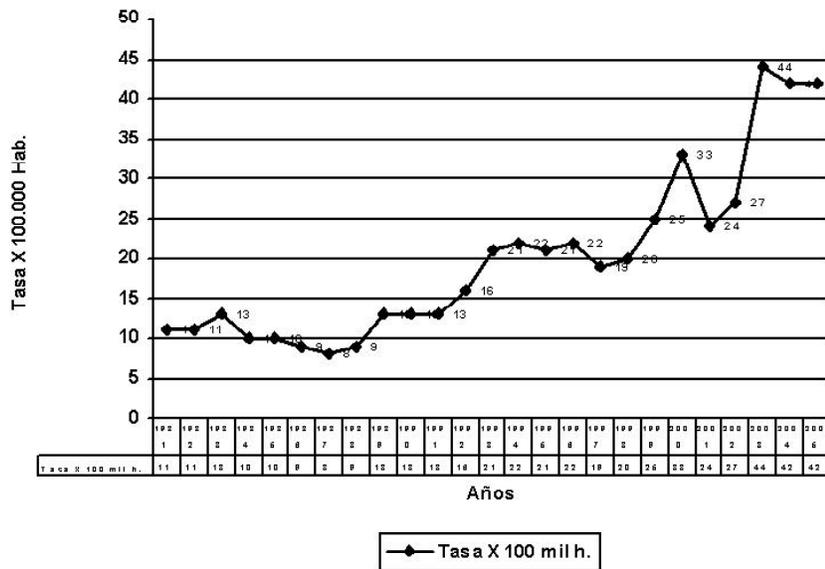
---

<sup>37</sup> Aniyar, L. 1992. *Democracia y Justicia Penal*. Ediciones del Congreso de la República. Venezuela.

guerra entre delincuencia y orden, en la que paradójicamente las principales víctimas salen de la comunidad. Dato científico de ello, salta a la vista en Venezuela con la tasa de homicidios insólita y progresivamente aumentada a partir de los ochenta (Gráfico 1) y como parte de una muestra dantesca, las muertes en manos de agentes del Estado, que a mediados de 2005 mostró uno de sus rostros más duros con el tristemente conocido caso Kennedy, donde varios estudiantes universitarios fueron asesinados por funcionarios que realizaban *razzias* de calle. Este caso que llamó poderosamente la atención pública, muestra lo que las cifras oficiales documentan y que ha sido denunciado en distintos informes, entre ellos, el último Informe de la ONG Provea sobre el estado de los derechos humanos en Venezuela 2005<sup>38</sup> (gráfico 2).

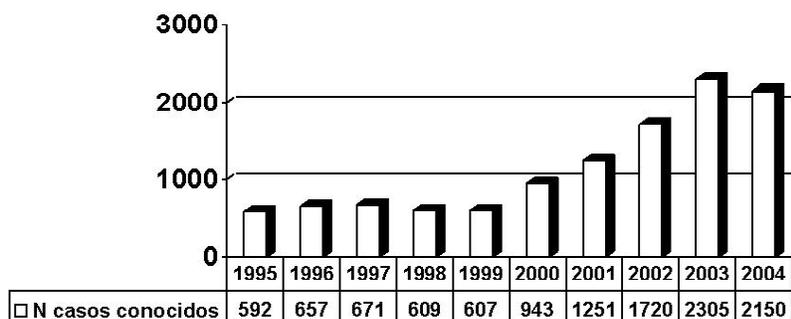
**GRÁFICO 1**

**TASA DE HOMICIDIOS EN VENEZUELA, 1981-2005**



Elaboración línea de investigación Sistemas Penales sobre datos oficiales del CICPC, tomado de Rosales, 2004 y 2005.

<sup>38</sup> Disponible en: [www.provea.org.ve](http://www.provea.org.ve). Informe del 8/12/05.



Fuente: Copiado del elaborado por el Centro para la Paz y los Derechos Humanos UCV a partir de información suministra por el Ministerio de Interior y Justicia, CICPC. Tomado del Informe Provea, 2005 p. 18.

De igual forma, Núñez en su detallado estudio “Violencia policial y derecho a la vida”<sup>39</sup> utilizando además de los informes de Provea, las memorias y cuentas del Fiscal General de la República en las cuales se denuncia estos casos, explica el patrón ascendente de lo que ella denomina “muertes institucionales”, como un significativo dato demostrativo de la violación al derecho de la vida por parte de los órganos encargados de la protección directa de los derechos civiles.

Ese es el ambiente del “*Derecho*” Penal del enemigo, aliado del abuso de las normas penales, de la maximización del control, de ideologías como la de Cero Tolerancia<sup>40</sup>, que al igual que manipula atemorizando a la gente y ofreciendo “mano dura contra el hampa”, se ha entronizado en parte de la política legislativa penal y ha hecho del Parlamento una de sus presas. Sin saberlo y probablemente con la mejor voluntad, el Legislador venezolano de este tiempo, comprometido con el desarrollo del programa constitucional que por definición es garantizador de los derechos, paradójicamente adopta la línea represiva de políticas penales que emulan las directrices que la política exterior norteamericana exporta al mundo so pretexto del combate antidrogas, antiterrorismo o antidelincuencia

<sup>39</sup> Núñez, G. 2006. *Violencia policial y derecho a la vida*. Capítulo Criminológico. La Universidad del Zulia.

<sup>40</sup> Innovada en 1982 por Kelling y Wilson.

organizada como bien explica Chomsky<sup>41</sup> o sencillamente se deja seducir por la vieja estrategia de búsqueda de rentabilidad política o electoral de la represión. Como expone Bauman:

Construir más cárceles, elaborar *nuevas leyes que multipliquen en número de violaciones punibles mediante la prisión, obligar a los jueces a agravar las penas son medidas que aumentan la popularidad*; muestran que son severos, lúcidos y resueltos, y sobre todo que se ocupan no sólo de la protección personal de los gobernados sino también, en consecuencia, de brindarles seguridad y certeza; y lo hacen de manera tangible, visible y por ello, convincente<sup>42</sup> (destacado nuestro).

De este modo, muchas de las leyes bélicas, propias de la expansión del control penal, se diluye en su *fuerza simbólica*, concepto explicado por el reconocido jurista Wilfred Hassemer<sup>43</sup>. Es decir, no importa la aplicación de la ley, simplemente se emplea como símbolo, mensaje o peor aun como amenaza; aunque en la práctica también puede hacer mucho daño que no se advierte con anterioridad a su promulgación, y así se alinea con las estrategias de dominación mundial que buscan perpetuar la vieja estructura de poder y que son reproductoras de cuanta violencia les sea posible propiciar para prolongar su estancia global, así como la de grupos de poder que perviven en el país como auténticos reproductores de otros poderes y fuerzas globales.

Este hecho no es casual, la directriz internacional que aprovecha al control penal como una de las líneas estratégicas de desmontaje de las soberanías locales, de intervencionismo, de *unilateralismo*, es una tendencia que viene fortaleciéndose cada vez más desde hace cincuenta años, particularmente alentada bajo la égida de la globalización, la cual viene marcando una tendencia legislativa en proceso de generalización y a la cual muchas legislaciones no escapan, hasta en países con Estado de Derecho relativamente estables como España, se da un giro represivo en sus textos legales, aun y a pesar de las advertencias y severas

---

<sup>41</sup> Chomsky, N. 2003. *El terror como política exterior de Estados Unidos*. Alfadil Ediciones. Venezuela.

<sup>42</sup> *Ob. Cit.* p. 155.

<sup>43</sup> Hassemer, Winfried, 1989. *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Nuevo Foro Penal. N° 51. Colombia.

críticas de la comunidad académica y científica, tal y como ha acontecido recientemente con las últimas reformas al Código Penal de 2003 y 2004, y como lo ha sostenido Muñoz Conde<sup>44</sup>.

Esta situación ya ha sido advertida por la Doctrina, incluso de modo específico al tratar el tema del Estado Constitucional. En tal sentido Santiago Muñoz Machado en el capítulo titulado *Del Estado legal al Estado constitucional* de su Tratado, sostiene:

(...) el fenómeno de la globalización económica lleva también aparejada una globalización jurídica cuya previsión no se sitúa, en contra de lo que ocurre con los fenómenos antes descritos, en la Constitución. Son las circunstancias económicas, el poder de las grandes corporaciones con implantación mundial, las respuestas parciales que se tratan de poner en pie en el marco de acuerdos multilaterales los elementos explicativos de otra *quiebra de la soberanía de los Estados* y, desde luego, del dominio pleno que éstos tenían sobre el Derecho<sup>45</sup> (destacado nuestro).

Por derivación, la política legislativa venezolana históricamente ha sido reproductora de directrices foráneas y de las campañas de “ley y orden” que se han alzado para atender la cuestión criminal, esto ha respondido a la total ausencia de una auténtica política legislativa de cuño constitucional y solidaria con los intereses de la comunidad. Antes de 1999, este comportamiento era consustancial a la estructura política existente y por tal, aunque en algunos casos extremos, la ley penal podía llegar a mostrar casos de grave contrariedad con la Constitución (*v.gr.* Ley sobre Vagos y Maleantes, 1956) que debieron ser declarados inconstitucionales, aunque muy tardíamente (1997), su presencia no resultaba tan paradójica como luce a partir de 1999, cuando se promete un proyecto constitucional de corte humanista, garantista y democrático, ajeno al paquete penal legislativo del cual el Parlamento venezolano aún no se ha despojado y en cuyo contexto, la Reforma Parcial del Código Penal 2005 es apenas una primera entrega de las leyes penales aun más distantes del ideario constitucional que podrían dictarse, entre

<sup>44</sup> Muñoz Conde, F. *¿Hacia un Derecho penal del enemigo?* El País, España 15/1/03.

<sup>45</sup> *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*. Tomo I. Civitas p. 324.

las que figura la más significativa ley bélica dictada: la recién promulgada Ley contra la delincuencia organizada.

Veamos:

Entre la legislación bélica y abiertamente lesiva del orden constitucional que es parte instrumental de la crisis que el sistema penal ha mostrado por décadas, el conjunto normativo penal venezolano ha heredado leyes como la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Losep), de 1984 reformada en 1993 –que ha sido una de las leyes más dañinas para el resguardo de los derechos y el fortalecimiento del Estado de Derecho según ha demostrado exhaustivamente la evidencia científica– así como figuran en las agendas legislativas de estos seis años tres proyectos del pasado, que son: la reforma de esta misma ley dictada en 2005 y la propuesta más perversa de todas, el Proyecto de Ley contra Delincuencia Organizada, filtrado dentro de otra insólita reforma parcial del Código Penal propuesta en junio de 2005 y finalmente sancionada de modo autónomo, como ley orgánica (11-9-05), tal cual se venía planteando en el anterior Congreso de la República desde hace más de ocho años. A ello, se une la introducción de otros proyectos de leyes penales asociados al control penal internacional de áreas estratégicas como es la legislación antiterrorista.

Todas las leyes mencionadas forman parte de una tendencia que responde a directrices internacionales cuya implantación conduce, en la perspectiva política de largo alcance: al progresivo desmontaje de los estados constitucionales, únicos espacios jurídicos y políticos soberanos para el desarrollo de los pueblos y, en el enfoque concreto, a la violación sistemática de derechos y garantías constitucionales que tiene enormes costos humanos internos y que abona el camino para apartar a Venezuela del sistema internacional de protección de los derechos.

Cuando se dictan leyes penales de esta naturaleza, la ley penal se pretende “justificar” en el combate al delito, en atacar formas delictivas particularmente complicadas o dañinas como el crimen organizado, el comercio y lavado relacionado a las drogas ilegales o el terrorismo. Pero la verdad es otra: las leyes penales que desmontan las garantías constitucionales no ayudan para nada en el control delictivo, pero sí son funcionales a la violación de derechos humanos y al desmontaje del Estado Constitucional y aunque parezca insólito, promueven mayor impunidad por los desequilibrios que crean o acentúan. Uno de los proble-

mas de tal aumento arbitrario de la represión es que a la distracción del aparato penal se suma la *criminalización de la pobreza* mediante la persecución penal de los más vulnerables, que en estructuras sociales como la venezolana, sigue siendo la mayoría más pobre y todos aquellos que por razones estructurales o coyunturales tienen menor acceso al disfrute de los derechos<sup>46</sup>. En la exquisita síntesis de Bauman se contraponen el delito “invisible” socioeconómico de los poderosos mejor camuflado en la globalización, con el delito “visible” y convencional de los pobres en el ámbito local “la identificación del crimen” con “la clase baja” (que siempre es local), es decir, se trata de la criminalización de la pobreza<sup>47</sup> muy relacionada con el proceso mediante el cual el sistema penal selecciona a su clientela predilecta, no por ser realmente la que comete los hechos más reprobables y perniciosos, sino por ser la más vulnerable, al extremo que como expone Gustavo Vitale en “El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Penal”:

(...) en el marco social deteriorado (propio de la región en cuanto a injusticia social respecta) nuestro sistema penal funciona de una manera *irracionalmente selectiva*, como un modo de persecución de los sectores sociales ya excluidos por el sistema social económico de nuestros Estados<sup>48</sup>.

Es precisamente ante este panorama que se puede alzar la jurisdicción constitucional, esta vez, bajo la égida del *control concentrado de las leyes*, para limitar y reorientar el rumbo del programa constitucional, una misión de alta política propia de la justicia constitucional desde su concepción, desde Alexis de Tocqueville hasta nuestros días, pasando por la célebre expresión “gobierno de jueces” de Lambert, hasta la crítica de contemporáneos como García de Enterría<sup>49</sup>, ejercida mediante un control *ya no sólo político sino judicial de la constitucionalidad*, lo cual responde fielmente a la evolución del pensamiento constitucional contemporáneo plasmado en la Constitución venezolana remozada y sin-

<sup>46</sup> Rosales, E. 2005. *Sistema penal y reforma penal: la tensión entre el Estado Constitucional y el Estado Policial*. Temas Penales. Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela.

<sup>47</sup> *Ob. Cit.* p. 163.

<sup>48</sup> Vitale, G. 1988. *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*. Teorías actuales en el Derecho Penal. Ad-Hoc Buenos Aires.

<sup>49</sup> Tocqueville, A. 1835. *La democracia en América*. Lambert, 1921 *Le gouvernement des juges*. García de Enterría. E. 1981. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*.

crética, mediante la concepción conjunta de *la división y de colaboración de poderes*, entre otras variadas estrategias de control del poder que se expresa en la *fuerza normativa* de la Constitución que como dice Lösing “hace de ésta, no un conjunto de principios programáticos sino una verdadera norma jurídica”<sup>50</sup>, donde precisamente se asiente *el principio de supremacía constitucional* (Constitución, artículo 7), o como lo expresa Aragón: “la vigencia de la Constitución depende de su capacidad de “realización”, es decir, de su efectividad normativa”<sup>51</sup>, posible mediante el control del poder y muy especialmente, del control judicial en general y en particular, del control constitucional de las leyes, tras la evolución marcada por dos siglos desde que se inauguró en la práctica forense comparada, con aquella famosa sentencia del juez Marshall en 1803. Concepción que trasciende al *Estado legal para darle paso al Estado Constitucional* y que hace gala de un fino equilibrio entre la potestad legisladora de la cual emana el *principio de configuración legislativa*, según el cual al Poder Legislativo le es dado legislar en materia penal (reserva legal) tanto en cuanto a la descripción típica como en cuanto a las penas, modificando la ley en tanto le sea preciso y, por otro lado, las limitaciones consustanciales al poder punitivo conformadas por los derechos humanos y su sistema de garantías, que otorga a la jurisdicción constitucional el control judicial del cumplimiento de tales límites. En esta línea, la Corte Constitucional colombiana: “ha reiterado que el legislador goza de amplia competencia (libertad de configuración legislativa) para definir cuáles conductas han de ser consideradas punibles y fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Así mismo, ha indicado que frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de “control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos (Sentencia C-038 de 1995)”.

Por su parte, en consideración a los desequilibrios sociales, la Sala Constitucional venezolana también ha sentado doctrina en la interpretación constitucional del sentido del Estado de Derecho y particularmente del Estado de Derecho Social, apuntando hacia un elemento cumbre del modelo de Estado adoptado por la República y al cual toda la legislación debe someterse. En ese estadio, esa instancia judicial ha evidenciado la

<sup>50</sup> Ya aclarado tras la Constitución de 1999 mediante pronunciamiento de la Sala Constitucional de 19/5/00.

<sup>51</sup> Aragón Reyes, M. *Ob. Cit.* p. 36.

importancia del Estado Social en su función generadora de equilibrios sociales y de los derechos del débil jurídico, al explicar el alcance del Estado Social en el momento actual:

El concepto de Estado Social surge ante la desigualdad real existente entre las clases y grupos sociales, que atenta contra la igualdad jurídica reconocida a los individuos por la propia Carta Fundamental (artículo 21).

Dicho concepto (Estado Social) ha ido variando en el tiempo, desde las ideas de Ferdinand Lassalle, que se vierten en sus discursos de 1862 y 1863, donde sostiene que el Estado es el instrumento de transformación social por excelencia y su función histórica es liberar al ser humano de la miseria, la ignorancia y la impotencia a la que se ha visto sometido desde el comienzo de la historia; pasando por el pensamiento de Lorenz Von Stein, quien basado en la existencia de una clase dominante que se ha apoderado de la conducción del Estado, y de una clase dependiente que no tiene acceso a los bienes espirituales (educación), ni a los materiales (propiedad), propone que el Estado haga posible para la clase inferior la adquisición de aquellos bienes, lo cual se logra mediante una reforma política de contenido social realizada desde el Estado, utilizando un conjunto de medidas y leyes que posibiliten a todos los individuos la adquisición de esos bienes a través del trabajo. Estas ideas propugnan a la armonía social como *desideratum* del Estado Social (...)

A juicio de esta Sala, tales antecedentes son importantes para entender la vigente Constitución venezolana, que establece un Estado Social de Derecho y de Justicia, término (Estado Social de Derecho) que fue acuñado por Hermann Heller en 1929 en su obra *Rechtsstaat oder Diktatur* (Traducción al castellano: Estado de Derecho o Dictadura).

Heller, va a oponer el Estado Social de Derecho al Estado de Derecho liberal y formalista, que consideraba la norma como un instrumento técnico para regular las relaciones humanas, pero sin ninguna referencia a valores y contenidos concretos, situación notoriamente conocida en Venezuela, y que impide

que el Estado sea el motor de la transformación social. De allí, que desde los comienzos de la consolidación del concepto de Estado Social, *lo importante es entender la ley en base a principios tendentes en lo posible a alcanzar el bien común, y no como una normativa que se aplica por igual a realidades desiguales. Esto es básico comprenderlo, ya que el no hacerlo conduce a la injusticia* (Sala Constitucional Sentencia del 24-1-02 con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, destacado propio).

Pero tan importante concepción no es sólo válida para entender el compromiso del Estado en la superación de la desigualdad económica, aun con el aporte de la concepción del Estado Social remozada por Ernst Forsthoff, citado por la Sala, con lo cual el Estado participa activamente en la redistribución de la riqueza, sino que existen dimensiones no económicas asociadas al marco constitucional venezolano que ameritan la consideración del modelo de Estado Social democrático de Derecho y de Justicia, como un plexo de realización de derechos humanos, en el sentido *progresivo* del término y ante lo cual, el Estado mediante los órganos llamados a ello participa, y en su caso, la jurisdicción constitucional coadyuva a la protección del derecho a la igualdad y por tal, a la superación de la injusticia social.

Se trata de traer a colación las ideas reelaboradas por la Sala Constitucional con el fin de dotar a Venezuela de una concepción precisa del modelo de Estado adoptado donde se destaca su intervención jurídica en las relaciones sociales en aras de “armonizar intereses antagónicos” y evitar “la hegemonía sobre los más débiles, en la que las posiciones de poder se conviertan en disminución excesiva de la libertad de los más débiles, en un subyugamiento que alienta perennemente una crisis social”. De ahí que la Sala al citar a Ridder apunta: “...el Estado se habilita para intervenir compensatoriamente, *desmontando cualquier posición de poder* siempre que lo estime conveniente” y “fundado en la ley y en su interpretación desde el ángulo de los conceptos que informan esta forma de Estado”.

De modo que no sólo tiene sentido el Estado Social en cuanto a los derechos sociales, ni a la vertiente económica, sino en cuanto a otras consideraciones humanas fundamentales para equilibrar las relaciones entre los conciudadanos, en cuyo espacio *el respeto a los derechos y garantías en la ley penal juega papel fundamental*, para evitar pro-

fundizar la lesión de derechos de los más vulnerables y el clima de injusticia y de carencia en el disfrute de los derechos y de la protección de garantías de la que son los principales afectados.

A ello se añade que el aporte de la Sala Constitucional en la concepción actual del Estado Social, no sólo refiere aspectos humanos que trascienden lo económico y a los cuales el Estado Social se debe, sino que además la intervención jurídica equilibradora (de justicia) no se limita a *relaciones individuales* entre el patrón y el empleado, o a cualquiera otra relación jurídica individualizada donde se evidencia alguna desventaja o posición prevalente, sino que también es aplicable a los derechos de los pueblos (derechos de tercera generación) y es particularmente útil cuando se considera la desigualdad social y toda su carga de injusticia. En países como Venezuela, aun herederos de la injusticia, es vital la actualización del ideario constitucional en la protección de los más vulnerables y ello, no sólo se escenifica en los escenarios económicos, laborables, entre otros, también tiene presencia en la protección que el Estado le debe a sus ciudadanos muy especialmente en el mundo del *control penal*, donde el aumento de la represión no repercute en proteger sus derechos, ni aumentar su “seguridad”, sino que precisamente son los más vulnerables la clientela predilecta del sistema penal, como lo denuncia Baratta entre otros<sup>52</sup>, no porque sean los que más delinquen, sino porque el aparato penal despliega una actividad selectiva basada según Zaffaroni<sup>53</sup>, en la vulnerabilidad social que los hace más proclives a la persecución arbitraria, de ahí la afirmación tan recurrida que advierte que en las cárceles más se está por pobre que por delincuente, según se infiere del trabajo de Malthiesen<sup>54</sup>. Ahora estímesese los vaivenes siempre dramáticos de la *crisis carcelaria* donde el Estado venezolano muestra uno de los reductos más alejado del modelo constitucional y ante lo cual, todas las leyes portadoras del “paquete legislativo bélico” ofrecen un escenario propicio para su inefable prolongación. Esa situación es particularmente crítica en relación con el aparato policial que cuando aumenta la represión se desborda contra la gente, mientras más vulnerable, peor. Esta no es una afirmación sin sustento, la evidencia científica avizora que esta desviación para la región es denunciada

---

<sup>52</sup> Baratta, A. 1982. *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*. Siglo XXI Editores.

<sup>53</sup> Zaffaroni, ER 1988. *En busca de las penas perdidas*. Temis. Colombia.

<sup>54</sup> Malthiesen, T. 1990. *Prison on Trial: A Critical Assessment*. London.

en la investigación “muertes anunciadas”<sup>55</sup>, y ahora un solo dato ilustra su gravedad: dentro de la elevadísima tasa de homicidios presente en Venezuela (alrededor del 35 por cien mil habitantes), se incluyen las muertes producidas en manos de las fuerzas policiales; se hable de enfrentamientos o de lo que sea, de modo que son miles las personas que son abatidas por la policía en una suerte de aplicación arbitraria de la pena de muerte que alcanza no sólo a delincuentes sino a otros ciudadanos, transfiriendo una violencia desmedida a la sociedad que además pervierte a los cuerpos policiales y desvía su función de resguardo de los derechos ciudadanos, que de paso abona el camino para la impunidad.

Pero además, el Estado Social no existe solo, es uno de los prismas de la forma del Estado Constitucional asumido en su pluridimensión contenida en el artículo 2 como: *Estado Social democrático de Derecho y de Justicia*, con lo cual las necesidades de realización de tal Estado cobran vida en la medida en que atiende a la garantía de los derechos humanos, especialmente vulnerables ante el poder punitivo, de modo tal que la ley penal, su interpretación y aplicación dentro del sistema penal, debe acoplarse a tal modelo, pues de lo contrario, se torna inconstitucional.

Pero, ¿de cuál constitucionalidad se trata? De la constitucionalidad meramente *formal* o de la *sustancial*. Cada vez más, el constitucionalismo actual adopta y profundiza la concepción de la Constitución normativa, se hace eco del Estado Constitucional, concibe al orden constitucional como sistemas que se organizan jurídicamente para ofrecer posibilidades materiales de realización de los derechos y de su garantía. Son fiel expresión de estos lineamientos los múltiples mecanismos de control de la constitucionalidad que actúan para preservar su *vigencia*, en tanto que *validez material*, en el decir de Serrano<sup>56</sup> y ya no sólo su vigencia formal, que sin duda importa, para entre ambas conformar un complejo constitucional. La exaltación de esta dimensión material es lo que una tendencia teórica ha denominado el *paradigma constitucional*, abriendo “el sistema jurídico público al control de contenidos materiales no sólo formales” en la voz de Sarmiento Ramírez Escudero<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Zaffaroni, ER. 1993. *Muertes Anunciadas*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Temis. Colombia.

<sup>56</sup> Serrano, J. L. 1999. *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma*. Editorial Trotta.

<sup>57</sup> *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Tirant lo Blanch Valencia, 2004.

Desde esta perspectiva, el elemento clave del ideario constitucional es la *garantía de los derechos humanos* en cuyo destino el poder político del Estado será su más fiel aliado si se adopta como poder de coordinación para el logro humano de los derechos.

Sobre esta concepción abrazada al concepto de Estado Constitucional se ha pronunciado la doctrina constitucional, así como también ha sido fructífero el desarrollo de las tendencias que observan a la *Constitución abierta y a la Constitución como sistema de valores materiales*, magistralmente explicada en un síntesis que las complementa por la pluma de Aragón Reyes<sup>58</sup> al sostener que esta vertiente se expresa en los sistemas norteamericano y europeo continental tanto en la “*preferir position* de las *libertades* en la primera enmienda constitucional” que animaría principalmente la jurisprudencia norteamericana como en “la doctrina alemana de la más fuerte pretensión de validez” y en la jurisprudencia “como “valores jurídicos supraordenados”, expresada en la cita de Schneider:

Los derechos fundamentales (...) son simultáneamente la *conditio sine qua non* del Estado Constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente.

Por lo que como éste es el norte de la interpretación al tiempo de examinar la colisión con la ley que en el caso de la ley penal, cobra especial significación, pues como ya se ha planteado<sup>59</sup>, se trata del enfrentamiento con la *libertad* como derecho, garantía y principio constitucional de contrapartida necesaria para ponderar los límites del poder punitivo en todas sus manifestaciones y muy particularmente, el establecimiento de los límites que el Legislador debe observar al momento de legislar en una materia que compromete tan directamente la vigencia del Estado Constitucional.

Como lo explica Aragón, “la norma constitucional sólo puede ‘comprometerse’ jurídicamente pegando su validez con su legitimidad”, mientras que su *legitimidad no es otra que garantizar la libertad* –la

---

<sup>58</sup> Aragón Reyes, *Ob. Cit.*, p. 43.

<sup>59</sup> Rosales, E. 2005. *Estado Constitucional y sistema penal*. Conferencia presentada en Congreso Latinoamericano Sistema Penal, Derechos Humanos y Participación Ciudadana. Monterrey. México noviembre 2005, publicado en Capítulo Criminológico. 2006. LUZ. Venezuela.

garantía de los derechos humanos— y ello en una teoría constitucional general y “particularizada” en tanto que sólo es concebible por ser aplicable a un determinado modelo de Estado, que para la perspectiva venezolana es la del Estado Constitucional entendido como Estado democrático<sup>60</sup>, valga decir, de los *derechos humanos*, como lo ha sostenido Borrego en Venezuela<sup>61</sup>. Visión sustentada por Hesse y adoptada para interpretar el modelo de Estado español social y democrático por Rubio Llorente<sup>62</sup>.

Desarrollada tal legitimidad en la reflexión de García en su actual obra sobre *El Estado Constitucional en su momento maquiavélico*, explica cómo junto a la legitimidad *secundum titulum* (legitimidad de origen) “el Estado Constitucional conoce una segunda legitimidad *secundum exercitium* (legitimidad de ejercicio) que se manifiesta en los presupuestos que presiden la acción de los poderes constituidos. *El primero de los cuales son los derechos fundamentales*”<sup>63</sup>, pero tal legitimidad depende más de su realización y como advierte García apoyándose en Mario de la Cueva en su prólogo a la edición castellana de la obra de Heller, la enseñanza del Derecho Constitucional dista en demasía de una realidad que se mueve de modo tal que la ignora —caso emblemático de las leyes penales que responde a todo menos al programa constitucional de realización humana— para lo cual García sugiere “reformular el contenido de la democracia desde la libertad de un ciudadano propietario de su soberanía”<sup>64</sup>, en cuya cúspide está la *libertad* (se añadiría toda la trama de derechos) y agrega una aclaratoria extraordinariamente válida para entender el sentido actual de la *libertad* fuera de toda postura liberalista y con un sentido eminentemente social al decir: “el entendimiento de *la libertad* será la de un instrumento al servicio de la emancipación humana y no como mecanismo para el disfrute material”<sup>65</sup>,

<sup>60</sup> Para lo cual ayuda mucho la importante tesis sustentada por Habermas del Estado radicalmente democrático, asociando democracia con sociedad. Factibilidad y norma, 1998.

Aquí no se limita la expresión “democrático” al Estado signado por la participación política y el reparto del poder, sino al fin teleológico de tal estrategia constitucional, cual es la preservación y ampliación de los derechos en el sentido progresivo de los mismos.

<sup>61</sup> Borrego, C. 2000. *Constitución y proceso penal*. Universidad Central de Venezuela.

<sup>62</sup> *Ob. Cit.* p. 40. En la misma línea que sustenta la garantía de los derechos en el Estado Constitucional puede verse Peña Freites, A M. 1997. *Ob. Cit.*

<sup>63</sup> García, E. 2000. *El Estado constitucional ante su momento maquiavélico*. Cuadernos Civitas.

<sup>64</sup> *Ob. Cit.* p. 89.

<sup>65</sup> *Ob. Cit.* p. 91.

con lo cual queda claro que a la jurisdicción constitucional y al fortalecimiento del Estado Constitucional le queda por andar un camino que acerque la realidad a los postulados, en cuyo contexto *la ley penal sólo es legítima si se acopla a ese ideario de libertad mientras que las leyes penales simbólicas, expansivas, irracionales y demolidoras de los logros libertarios de la humanidad deben ser uno de los objetos centrales del control de constitucionalidad*. Un tanto a lo Dworkin en su reconocida obra: *Los derechos en serio*, cuando expresa que “el Derecho Constitucional no podrá hacer auténticos avances si no aísla los derechos en contra del Estado y no hace de él parte de su programa”<sup>66</sup>.

Asimismo, la concepción que asume a los *derechos* en la *base constitucional* ha sido además complementada por el desarrollo constitucional alcanzado mediante pronunciamientos de tribunales constitucionales como el español en su conocida sentencia STC 25/1981, en la cual según, expresa Lösing, se conjuga “la doble función de los derechos fundamentales como clave del continuo desarrollo del principio de Estado de Derecho”<sup>67</sup>.

De modo que muchas veces, la lesión del orden constitucional no es la aislada lesión de una norma constitucional, sino la vulneración de la Constitución *como norma*, en tanto que prescribe al Estado Constitucional dotado de la garantía de los derechos. La comprensión global del orden constitucional permite asumir que en ocasiones la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley se fundamenta no sólo en la lesión específica de normas constitucionales, que sin duda es un recurso técnico preciso para la interpretación constitucional, sino en la *lesión conjunta de su sistema contenido en un conjunto normativo que destaca cuál es su orientación (elemento teleológico, finalista)* y que sugiere que la contradicción de la ley con la Constitución, es una contradicción contra las bases del sistema constitucional que le sostiene.

Sobre la comprensión de la Constitución *en conjunto*, también se ha pronunciado la Sala Constitucional venezolana:

El Preámbulo de la Constitución, como tal es parte de ella, y según él, la Constitución es la base para refundar la República de acuerdo a los valores expresados en el mismo Preámbulo.

<sup>66</sup> Dworkin, R. 1993. *Los derechos en serio*. Edición inglesa 1977. Editorial Planeta. España.

<sup>67</sup> Lösing, R. 2005. *Jurisdicción Constitucional, democracia y Estado de Derecho*. p. 83.

Consecuencia de ello, es que la conceptualización de lo que es Estado Social de Derecho y de Justicia tiene que adaptarse a los valores finalistas del Preámbulo, y por ello el concepto venezolano, puede variar en sus fundamentos del de otro “Estado Social”, ya que su basamento será diferente.

Manteniéndose la columna vertebral conceptual de lo que es un Estado Social, el cual la Sala ya lo expresó, *del Preámbulo se colige que el Estado Social está destinado a fomentar la consolidación de la solidaridad social, la paz, el bien común, la convivencia, el aseguramiento de la igualdad, sin discriminación ni subordinación*. Luego, la Constitución antepone el bien común (el interés general) al particular, y *reconoce que ese bien común se logra manteniendo la solidaridad social, la paz y la convivencia. En consecuencia, las leyes deben tener por norte esos valores, y las que no lo tengan, así como las conductas que fundadas en alguna norma, atenten contra esos fines, se convierten en inconstitucionales* (destacado propio).

En este pronunciamiento –al hilvanar la interpretación constitucional acerca del concepto y sentido del Estado Social– se apunta hacia la necesidad de comprender en su conjunto el sentido y fines del texto constitucional y cómo de esa interpretación puede inferirse el alcance particular de sus preceptos. Al efecto, continúa:

La Constitución de 1999 en su artículo 2, no define qué debe entenderse por Estado Social de Derecho, ni cuál es su contenido jurídico. Sin embargo, la Carta Fundamental permite ir delineando el alcance del concepto de Estado Social de Derecho desde el punto de vista normativo, *en base a diferentes artículos, por lo que el mismo tiene un contenido jurídico, el cual se ve complementado por el Preámbulo de la Constitución y los conceptos de la doctrina, y permiten entender qué es el Estado Social de Derecho, que así deviene en un valor general del derecho constitucional venezolano* (Sala Constitucional Sentencia del 24/1/02 con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, destacado propio).

De igual forma se puede colegir que al ejercerse el control de constitucionalidad de la ley penal, es necesario contrastar su texto no sólo con

los preceptos constitucionales específicamente violados, *sino también con todo el sentido del texto constitucional*, que sin duda demuestre la colisión entre las normas penales y el orden constitucional, debido principalmente a que puedan responder a dos filosofías político constitucionales distintas y que por tal, planteen un supuesto de contradicción con los valores constitucionales. La Constitución abraza como valores fundamentales *la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la convivencia y el imperio de la ley (...)* y a ellos se debe la ley penal que entonces no podría ser tributaria del “Derecho” Penal del Enemigo, que es expresión de violencia, intolerancia, privación, represión y desigualdad, así como de cualquier otra tendencia penal maximizadora contraria al sistema constitucional.

Desde esta perspectiva García de Enterría explica:

(...) ninguna norma subordinada –y todas lo son para la Constitución– podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación al servicio, precisamente, de dichos valores (es decir) el valor específico de la Constitución, no como una norma cualquiera, de cualquiera contenido, sino como portadora de unos determinados valores materiales<sup>68</sup>.

De modo que la violación de la legalidad, así como de muchos dispositivos y principios constitucionales presentes en una ley penal inconstitucional, conduce a la vulneración de los artículos 2 y 3 de la Constitución, en tanto que se lesiona la forma de Estado que impone la sujeción a un determinado modelo de Estado, el Social, de Derecho y de Justicia. En él se exalta un modelo de *Estado Constitucional* renovado, donde la garantía de los derechos es el elemento cumbre en tanto que la Constitución *normativa* ejerce múltiples mecanismos para adelantar su imperio contra las muy variadas formas de abuso o desviación de poder.

Bajo esta concepción, la *legalidad formal* sólo aporta un dato fundamental, pero el otro componente asociado para comprender la *legalidad* actual lo muestra la *legitimidad*, de donde resulta que la legalidad es sólo preservada si las leyes penales, se alinean con el orden constitu-

---

<sup>68</sup> García de Enterría. E., 1981. *Ob. Cit.*.

cional y con el substrato material que las anima desde la *norma fundamental*. Por consiguiente, no se podría afirmar que una ley penal no lesiona la legalidad cuando ha sido dictada por el órgano legislativo mediante el procedimiento de elaboración normativa, pues si tal ley no responde a las normas, principios y garantías del orden constitucional, es ilegítima y viola la legalidad. Por consiguiente, es obligación del órgano legislativo al formular la ley, orientarla hacia un encuentro con el pueblo, quien es su soberano constructor en el origen político del poder y el acto legislativo estará viciado de inconstitucionalidad si la ley es proclive a la lesión de los derechos humanos y de las libertades públicas.

Es precisamente en este punto donde se cruza el *sentido del poder legislativo con las dimensiones constitucionales de la ley penal*, donde el sometimiento a la Constitución, a la legalidad estricta y al albor de los principios constitucionales y penales, no es un ejercicio intelectual para el deleite de juristas, sino una necesidad político jurídica básica de cumplimiento del destino constitucional, o como lo ha expresado Zaffaroni: “La dimensión y operatividad de las agencias punitivas específicas del sistema penal constituyen una cuestión de naturaleza constitucional en el plano jurídico”<sup>69</sup>, por lo que el examen de la constitucionalidad de las leyes penales abre el debate acerca del tipo de relaciones que el Estado establece con sus ciudadanos y apunta al tratamiento que la ley penal le da a la garantía máxima de *libertad*, como baluarte de los derechos ante la ley penal, y a la *legalidad*, como límite y contención del poder punitivo.

De modo que cuando la ley penal se enfrenta con la Constitución, no es sólo una pugna en la forma, sino en la sustancia, se trata de la oposición entre la Constitución y la ley penal como expresión de las reglas con las cuales lidiará el poder penal ante los ciudadanos (frente a todos los ciudadanos, no sólo ante los “delincuentes”). Cuando la ley penal se opone a la Constitución se abandona la definición de los márgenes del ejercicio del ámbito más duro del poder político de un Estado, el poder punitivo y por tal, el acto es ilegítimo en la base material de la legalidad.

Permitir que leyes inconstitucionales se consoliden, de tal manera que se disminuyan los derechos consagrados en la Constitución, tal y como viene aconteciendo en Occidente durante las últimas décadas con la

---

<sup>69</sup> Zaffaroni, ER 2001. *Derecho Penal*. p. 86. Ediar. Argentina.

proliferación legal excesiva de normas penales abusivas, supondría el mayor golpe involucionista contra el orden público democrático. En efecto, la responsabilidad histórica del control de constitucionalidad se enaltece cuando se estima que la consolidación de reformas inconstitucionales pervierte de manera irreversible el sistema constitucional, le resta *legitimidad*, que no sólo consiste en la *legitimidad de origen*, es decir, una Constitución y un sistema de valores y de derechos, sino también en la *legitimidad de ejercicio*, consistente en que los poderes llamados a desarrollar dichos valores y derechos lo ejercen con acatamiento material y ampliación de los mismos (progresividad). Por lo que ningún pragmatismo u otro género de excusas pueden permitir atrasos en el devenir constitucional.

Precisamente, precaviendo esta posibilidad, la evolución del Derecho Penal se asiste de variados principios de contención y corrección de los extravíos y abusos de la ley penal enraizados en la armazón de *derechos, garantías y principios constitucionales*, así como entre ellos, impone a *la legalidad como fuente exclusiva de producción* de tales prohibiciones y castigos en la ley penal (no como acontece en otras materias jurídicas donde otras fuentes más dúctiles en Derecho pueden generar obligaciones u otros efectos jurídicos). Con lo cual se afirmaría que en el caso venezolano, la pugna entre leyes del anti Derecho Penal del Enemigo y el orden constitucional, constituye un enfrentamiento entre el sentir humanista exquisitamente plasmado en la Constitución de 1999 y las ideologías bélicas que andan por el orbe corrompiendo a los sistemas jurídicos nacionales con el propósito de ir desmontando los Estados constitucionales, para que en vez del Derecho, impere la violencia, especialmente propicia para el predominio del más fuerte, valga decir, para que impere el sometimiento por la fuerza y no al Derecho, en contra de los derechos de los pueblos. Así resulta clara la conexión entre el desmontaje de las garantías en la ley penal y el extravío de los estados constitucionales que son, hoy por hoy, el único escudo de protección con el que cuentan los pueblos y naciones ante el fenómeno de estandarización mundial que promueve el desmontaje de las soberanías locales<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Rosales, E. 2004. *Sistema penal y reforma penal*. Capítulo Criminológico Vol. 32. N° 4 pp. 442 y 443. La Universidad del Zulia.

Por consiguiente, jurídicamente la reconducción de la ley penal al mundo constitucional que la predetermina, mediante el control de constitucionalidad de la ley penal supone la aplicación de un conjunto de *principios, derechos y garantías* que eventualmente resultan lesionados por la ley penal inconstitucional, que tergiversa los fines del Derecho Penal constitucionalmente fundados, a la vez que subvierte el orden constitucional por los tipos penales inconstitucionales que conduce a una flagrante violación del contenido esencial de los principios consagrados en el artículo 49 de la Constitución, de tal manera que *éstos no se reconocen en sus características definidoras según las reglas del Derecho Constitucional, Penal y Procesal*, es decir, se convierten en enunciados vacíos.

Específicamente en la Constitución, el Preámbulo para decretarla acoge como valores supremos del orden constitucional, entre otros a “*la libertad, la paz, la solidaridad (...)*” y estatuye como fines “asegurar el derecho a la vida (...) y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna (...) (entre otros) conforme a la *garantía universal e indivisible de los derechos humanos (...)*” y de esta forma, comienzan a configurar las líneas maestras del renovado Estado Constitucional democrático, en medio del cual al Estado se le confiere la facultad punitiva con estricta sujeción a las garantías de los derechos, de donde surge una tensión que debe manejarse en pro del equilibrio entre el valor, principio y derecho de *libertad*, en sentido lato, y la posibilidad de su restricción limitada conforme a tal sistema de garantías<sup>71</sup>.

Como bien apunta Peña Solís<sup>72</sup> “‘esta ecuación’ es aplicable a todo el sistema sancionatorio”, pero en materia penal el peso específico que cobra la *libertad* se traduce en la presencia de un derecho fundamental que además agrupa a otra serie de derechos fundamentales que también sufren cuando es aplicada una condena u ordenada la privación de libertad, de ahí la acción de las garantías y principios como barreras para la protección de los derechos más cardinales, mientras el Derecho (Constitucional, Penal, Administrativo, Internacional) se afanan para

---

<sup>71</sup> Para un desarrollo de la interpretación jurídica de la *libertad en sentido lato* como contrapartida constitucional, puede verse: Rosales, E. 2006. *Sistema penal y Estado Constitucional*. Capítulo Criminológico. La Universidad del Zulia. Venezuela.

<sup>72</sup> *La potestad sancionatoria de la Administración Pública en Venezuela*. 2005. Tribunal Supremo de Justicia.

desarrollar conceptos, teorías y reglas de interpretación que aminoren el impacto lesivo que en la realidad tiene el ejercicio del control penal.

Por ello, la doctrina penal contemporánea en línea con el constitucionalismo, ha permitido la evolución conceptual de lo que otrora era el *ius puniendi* a la comprensión de una *potestad punitiva del Estado como un poder regulado*, sometido a múltiples reglas de *limitación y delimitación* y, donde siempre, en la contrabalanza de la hermenéutica y de la aplicación debe estar permanentemente la *libertad* como principio, regla, derecho y garantía constitucional, así como el conjunto de derechos y garantías implicados en el control penal.

Entre la doctrina que ha avanzado a pasos agigantados en estos temas, se encuentra la obra cumbre de Luigi Ferrajoli *Dirritto e Ragione*, así como los importantísimos aportes de Alessandro Baratta y la sin duda trascendente y polifacética obra de Raúl Zaffaroni, entre otras valiosas contribuciones.

Estas teorías son seguidas o acompañadas por doctrina penal actual tanto alemana, italiana, española y latinoamericana, con abundante literatura que sería casi imposible citar aquí (entre los que sólo se mencionan a título referencial a Albrecht, Schunneberg, Briccola, Fiandaca, Velásquez, Bustos Ramírez, Hormázabal, Politoff, Malamud Gotti, Muñoz Conde, Hassemer, Barbero Santos, Roxin, Mir Puig, Tocora).

Esta doctrina sustenta una concepción del Derecho Penal comprometida con un determinado modelo de Estado o como se ha dicho con anterioridad: “La determinación constitucional del Estado de Derecho y su contenido es fundamental, porque dependiendo de su elaboración dará mayores o menores espacios a la protección de los derechos humanos y ello tiene una repercusión específica en el ámbito penal, por ser ésta el área donde los derechos ciudadanos son más vulnerables”<sup>73</sup>.

Por tal, esta comprensión del Derecho Penal activa un bagaje conceptual que supone la adscripción política y jurídica a unos determinados valores y principios constitucionales y penales y profundiza su elaboración, así como el de reglas para la formulación e interpretación de la ley

---

<sup>73</sup> Rosales, E., Bello CS y Borrego C. 1996. *Constitución, principios y garantías*. 1996. Universidad Central de Venezuela.

penal, basándose en la limitación del poder punitivo y en el realce del sistema de garantías.

Pero aun más, jurisprudencialmente ha habido importantes pronunciamientos de instancias constitucionales alineadas a este pensamiento científico, de la cual, se citará a la jurisprudencia constitucional colombiana, debido a la afinidad de la cultura jurídica y a las enormes dificultades políticas que ha padecido ese país en los últimos cincuenta años que, no obstante la crisis política, se opone al resquebrajamiento de su Estado de Derecho y da cuenta de la constitucionalización del Derecho Penal, de los principios aplicables y de los límites del *ius puniendi* que representan los derechos humanos en un Estado Social de Derecho.

Así en una valiosa decisión de 2002, se retoma una prolija trayectoria jurisprudencial con el fin de fundamentar la declaratoria de nulidad de una normativa penal en estado de excepción, donde a pesar de la emergencia nacional, se declaran inaxequibles tipos penales por estar configurados como formas de peligro abstracto, o por lesionar los principios de razonabilidad o proporcionalidad, entre otros. Al efecto, la Corte Constitucional colombiana ha establecido:

(...) la Corte ha señalado que “ha habido una constitucionalización del Derecho penal, porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados –particularmente en el campo de los derechos fundamentales– que inciden de manera significativa en el Derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance”. *Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen, así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas. Así, la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad,*

*constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal.* Sobre el particular, se pueden revisar las sentencias (...) de 1992, (...) de 1993, (...) de 1995, (*entre una veintena más hasta 2001*), entre otras. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible (Sentencia de 31 de octubre de 2002 con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett, destacados propios).

De seguidas la Corte colombiana pasa a indicar una serie de *reglas de cumplimiento constitucional por parte de la ley penal*, entre las que describe la estricta observancia del principio de legalidad, el respeto a los derechos fundamentales, el deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como la prohibición de “tipificar conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables”. De modo que sobre la base de los principios penales y constitucionales es posible ejercer el control de constitucionalidad de la ley penal, para lo cual se pasa a adelantar algunas reglas de constitucionalidad de la ley penal.

### **3. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY PENAL: REGLAS Y PRINCIPIOS**

En otro trabajo vinculado a esta línea de investigación<sup>74</sup>, se ha adelantado una aproximación a “la relación entre los principios constitucionales y el sistema de garantías” que exalte la utilidad garantista del Estado Constitucional en el ámbito penal, mediante la sujeción a varias pautas, entre las que se transcriben las directamente asociadas al control constitucional de la ley penal, desarrollado en este estudio:

- Confrontar de modo específico la caracterización y efectos jurídicos del Derecho penal del Enemigo y otras formas maximalistas con el Estado Constitucional, esto es poner en evidencia en el plano constitucional la inconstitucionalidad de sus postulados y consecuencias en legislaciones bélicas (...).

<sup>74</sup> Rosales. E. 2005. *Sistema Penal y Estado Constitucional*. Conferencia presentada en el Congreso Latinoamericano Criminología, Sistema Penal y Derechos Humanos, celebrada en Nuevo León México el día 16 de noviembre de 2005, Universidad Autónoma de Nuevo León, Secretaría de Seguridad Pública, Gobierno de Nuevo León, México y publicado en Capítulo Criminológico. LUZ. 2006.

- Control de constitucionalidad de las leyes y por tanto mecanismo judicial para controlar el imperio de los principios constitucionales sobre la ley (dado que la ley pasa a un segundo plano). Esto es jurisdicción por encima de legalidad: Legalidad atenuada y sometida a los principios constitucionales, pero como dice Diez Ripollés, no con el fin de disminuir a la legalidad, sino de dotarla de una racionalidad que permita la actualización de los principios constitucionales de sus valores y postulados éticos y teleológicos<sup>75</sup>.
- En definitiva, el pensamiento jurídico crítico debe fortalecer (y desarrollar) los medios constitucionales de control de la constitucionalidad con un sentido teleológico en cuanto a la presencia y vigencia de los principios penales (limitadores del poder punitivo) con el fin de aportar una efectiva protección de los derechos humanos (...).

De modo que para considerar el cumplimiento de los requisitos de constitucionalidad de la ley penal se han tomado dos aportes doctrinales, uno se denominará *positivo*, centrado en el análisis de Suay, en cuanto a las reglas constitucionales a que se debe someter toda ley penal y el otro *negativo*, centrado en la caracterización que se ha dado en la doctrina del anti-Derecho Penal del Enemigo, en particular en la palabra de Cancio Meliá, lo cual permite comprender cómo operan estas leyes penales que aquí se denominan “bélicas” debido a sus altos componentes violentos.

### 3.1 REGLAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY PENAL

Suay<sup>76</sup> en un muy actual y estructurado aporte acerca de la “Refutación del *ius puniendi*”, refiere *los requisitos que debe tener una teoría de la ley penal para el control de constitucionalidad*, según lo siguiente:

- 1) “Ponderación: Las decisiones de los poderes públicos de los que derivan limitaciones de los derechos, debe realizarse tras una consideración razonable y ponderada de los diversos dere-

<sup>75</sup> Diez Ripollés, J. L. 2003. *La racionalidad de las leyes penales*. Editorial Trotta. España. p. 80.

<sup>76</sup> Suay, C. 2004. *Refutación del ius puniendi*. Revista Peruana de Ciencias Penales.

chos y bienes jurídicos en conflicto. De igual manera, el legislador penal debe ponderar los medios de que dispone, los objetivos que debe alcanzar y la incidencia en los derechos y libertades”.

Refiere Suay a la *legitimidad* de las prohibiciones y los castigos que impone su justificación mediante la indagación tanto acerca de la identificación del bien jurídico tutelado como de la capacidad de la intervención penal para aportar una tutela específica que justifique la limitación de los otros derechos sometidos por el ejercicio del control penal. Se trata de un ejercicio útil en distintos momentos de la intervención penal donde se debe estimar la relación de conflicto entre bienes jurídicos y la preponderancia. Son cuatro criterios convergentes: que se trate de un bien jurídico preciso, que se le compare con los bienes sacrificados por la intervención penal, que la conducta tipificada lo lesiona de modo relevante y que además tal intervención debe ser útil.

2) “Constitucionalidad del objetivo perseguido con la ley penal. Con la limitación de los derechos y de las leyes penales sólo se debe perseguir como objetivo la protección de los derechos, intereses o bienes constitucionales”.

El aporte de la doctrina penal a la “constitucionalización de los bienes jurídicos” dignos de tutela penal, ha sido muy fructífero en las últimas décadas con elaboraciones como los de Bricola, Fiandaca y Ferrajoli<sup>77</sup>, en el afán por dar respuesta a la legitimidad de la prohibición y del castigo penal. De tal modo que en este punto, Suay identifica un componente crucial para demostrar la constitucionalidad o no de la ley penal, basado en la necesidad de contar con un referente material de rango constitucional.

3) *Necesidad*. Las leyes penales sólo son admisibles si resultan necesarias para perseguir los objetivos constitucionales, lo cual en una sociedad democrática sólo se refiere a la protección de bienes jurídicos frente a ataques graves.

Esta regla se relaciona con uno de los criterios que se esgrimen aquí para considerar la ponderación (regla 1) en el sentido de no sólo exigir la existencia de un bien jurídico preciso, sino la medición de la conve-

---

<sup>77</sup> Ferrajoli, L. 1989. *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. Editorial La Terza. Italia.

niencia de la intervención penal. En ocasiones, aun existiendo un bien jurídico penal constitucionalizado, la intervención penal puede resultar perjudicial y hasta criminógena, en tales supuestos, no es razonable la penalización sino acudir a otras vías jurídicas de intervención (subsidiariedad, *ultima ratio*). Ello además tiene un efecto racionalizador del control penal que lo aleja de las intervenciones moralizantes basadas en el criterio buen-malo y no en los aspectos político constitucionales que pueden legitimar la intervención punitiva en una sociedad democrática (protección de bienes jurídicos contra ataques graves).

4) *Eficacia* “(...) Aunque socialmente exista la necesidad de la protección de un bien jurídico constitucional, si la concreta ley sancionadora no es un instrumento eficaz para ello, constitucionalmente no es admisible, pues en tal caso sería una ley meramente simbólica”.

Esta regla íntimamente relacionada con el alcance que se le da aquí a la regla anterior (regla 4) toca un aspecto medular de la política criminal ajustada o no, a un Estado de Derecho democrático. Ocurre que paradójicamente se tiende a ofrecer un aumento de la represión a fin de atender más “eficazmente” el delito, pero en la realidad los aumentos de represión en sí mismos no hacen más que dispersar los costosos esfuerzos del aparato penal en el control delincuenciales, por lo que disminuye su eficacia. En doctrina se ha planteado esta discusión y la tendencia crítica –entre la que en Derecho penal puede citarse a Hassemer<sup>78</sup>– se ha referido al *eficientismo penal* como una estrategia expansiva del control basada supuestamente en un mejor combate a la delincuencia que en los hechos se traduce en disminución de las garantías y por tal, en déficit para el Estado de Derecho que no se revierten en mayor seguridad, sino todo lo contrario, en entropía de esfuerzos y desviación del poder punitivo a extremos incluso de grave violación de los derechos (*Vr.g.* escuadrones de la muerte, autodefensas primitivas, muertes en manos de los cuerpos policiales).

De modo que la ley penal, además debe ser uno de los medios idóneos para cumplir su fin de tutelaje, pues de lo contrario no sólo deviene simbólica, sino también criminógena.

---

<sup>78</sup> Hassemer, W. 1990. *El destino de los derechos ciudadanos en un Derecho Penal “eficaz”*. Doctrina Penal N° 49-52. Desalma. Argentina.

5) *Alternativa menos gravosa*. Las limitaciones a los derechos que imponen las leyes penales han de ser las que resulten menos restrictivas o menos gravosas para el derecho limitado, debiendo preferirse cualquier medida alternativa (...).

Esta regla se relaciona con los principios de mínima intervención y su racionalidad parte de la premisa según la cual el poder penal administra violencia institucionalizada<sup>79</sup>, de modo que el límite máximo de punición debe estar demarcado por la medida menos gravosa para el derecho afectado que a la vez alcance el objetivo de control, de modo que todo exceso de este límite deviene innecesario y por tanto ilegítimo.

6) *Proporcionalidad y respeto de la dignidad de las personas*.

La proporcionalidad es un criterio de racionalidad y justicia que permite ajustar la atribución de responsabilidad conforme a la convergencia de factores que concurren en el conflicto penal (lesión al bien jurídico, aporte del autor, reparación a la víctima, evitación de mayor violencia) y que en el Estado de Derecho está demarcado por la legalidad. Es una regla asociada al respeto a la divinidad humana, porque la dignidad siempre tiene que actuar como límite general a todo despliegue de poder penal por parte del Estado, pues constitucionalmente el ejercicio estatal del poder penal sólo tiene sentido en la medida que constituye el ejercicio de una protección excepcional de los derechos lesionados por el delito mediante la restricción limitada de otros derechos (libertad) sin afectar el centro de los derechos que constituye la dignidad que actúa como límite.

7) *Respeto del contenido esencial*, aludiendo a la parte del derecho que si se suprime no lo hace cognoscible. En el caso de la *libertad* que es el derecho central en el balance de las penas privativas, su restricción no sólo debe ser proporcional sino acorde con el principio de humanidad. Además este principio niega la posibilidad de penas perpetuas o de muerte.

8) *“Legalidad. Las leyes penales deben incluir las garantías propias del principio de legalidad”*.

---

<sup>79</sup> En los términos expuestos por ejemplo por Bergalli, R. 1996. *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación: Policía, Jurisdicción y cárcel*. Barcelona, Bosh. España.

Es usual que las leyes penales béclicas penales respeten de modo aislado formalidades para su promulgación, enmascarando la auténtica lesión de la legalidad de la que son portadoras. Dado que adoptan una concepción gravemente primitiva de la legalidad que la priva de sus variadas manifestaciones. Unas referidas al cumplimiento de garantías en el proceso de formación de leyes, otras en cuanto a la legitimidad de las prohibiciones debido a violación del principio de bien jurídico, otras debido a violación de otros principios penales que se fundamentan en la legalidad (culpabilidad, *ne bis in idem*, proporcionalidad, etc.), otras relativas a la seguridad jurídica y a la legalidad en cuanto a la necesaria sistematización del material legislativo severamente afectada al modificar desarticuladamente los tipos penales dentro de un Código o en alguna ley penal o al dictar una ley penal incoherente o contraria al sistema normativo. Una de las garantías de gran importancia en la delimitación legal de las prohibiciones y castigos en los tipos penales es el principio de tipicidad estricta, usualmente lesionado mediante tipos abiertos.

9) *“Motivación.* Las limitaciones a los derechos deben estar lo suficientemente motivadas o fundamentadas. La motivación por una parte, se le debe al titular del derecho limitado y por la otra, permite a los tribunales controlar la constitucionalidad de la limitación del derecho. Así pues la decisión legislativa de tipificar un comportamiento como delito y amenazarlo con una pena, debe estar suficientemente motivada, y debe versar sobre cada uno de los 8 requisitos anteriores. En caso contrario *se puede promover jurídicamente la inconstitucionalidad de la ley penal”* (destacado propio).

Es común observar en las leyes béclicas que son dictadas tras una campaña de humo que oculta sus verdaderos fines y que no responde a estudio científico alguno sobre su necesidad, la única consideración de política legislativa es la rentabilidad de política coyuntural que pueda ofrecer, y menos se evalúa el comportamiento del sistema penal y la incidencia que pudiere tener la ley penal. De hecho, en Venezuela históricamente no ha habido una política legislativa democrática para atender realmente las necesidades sociales, sino que durante décadas se ha reproducido el modo epiléptico, simbólico y represivo que ha informado las reformas penales, así como la sumisión a directrices internacionales del control penal, muchas veces alejadas de los intereses y/o prioridades de la comunidad.

Es común que el abuso de normas penales se manifieste no sólo por la apertura de la confección típica de las normas sino por una excesiva proliferación legislativa “Derecho penal para todo”, con lo cual también se pretende dictar mega códigos penales que cubran todos los episodios de la vida social. Ello es fiel representante de la expansión del Derecho Penal, tan lúcidamente denunciada por la doctrina penal, y en los años recientes, explanada por Silva Sánchez en su trabajo sobre la expansión del Derecho Penal, con lo cual se le vuelve a hacer tributo al Derecho Penal del Enemigo que irrespeta los principios de mínima intervención, subsidiariedad y *ultima ratio*, propios del Derecho Penal plegado a un modelo de Estado Constitucional democrático. De modo que la política legislativa queda atrapada entre la coyuntura puntual abrasada por el *inmediatismo* que funge resolver los difíciles problemas de criminalidad y el afán expansivo, propio de las tendencias autoritarias apegadas al modelo del Derecho Penal de un Estado totalitario, contrario al modelo constitucional venezolano.

Ambos comportamientos legislativos son expresión del *populismo penal*, ambas son herederas de la rentabilidad política coyuntural que cree en el protagonismo de la actuación “dura contra el hampa”. Ambas son funcionales al retraso de los logros de un programa como el de la Constitución venezolana, ambas son aliadas del intervencionismo foráneo alcanzado mediante la importación de políticas penales bélicas. Ambos opuestos a la paz.

Tales leyes penales desconocen la realidad del sistema penal, como lo demuestra el hecho de adelantar normativas que complicarían el ya difícil panorama de la justicia penal venezolana desde la tergiversación y corrupción de la función policial, pasando por las fallas judiciales, hasta la crisis carcelaria. Por el contrario, la distracción del aparato penal, genera dispendio y extravío de esfuerzos valiosos y escasos, que tendrían que dirigirse racionalmente a proteger los derechos de las personas y comunidades contra el delito y que por este camino, quedan aún más indefensos.

10) “*La carga de la prueba* corresponde a quien limita al derecho. La constitucionalidad de las limitaciones debe quedar probada (...) de modo que el legislador debe aportar pruebas acerca de la necesidad, proporcionalidad, eficacia, etc. de la ley penal”.

Como apunta el trabajo citado, este requisito está estrechamente ligado al de *motivación* y junto a la *transparencia* son de gran conveniencia, pues las explicaciones acerca del apego constitucional de la ley tienen gran rendimiento político, toda vez que la comunidad puede conocer y controlar el cumplimiento del legislador y de sus promesas electorales en una sociedad democrática, además se explica que estas exigencias se corresponden plenamente con los planteamientos de Habermas en su trabajo sobre factibilidad y validez del Derecho, así como con los de Bobbio en relación con la transparencia de las decisiones de los poderes y para contrarrestar a los poderes subterráneos<sup>80</sup>.

Las leyes penales bélicas son exactamente lo opuesto a “Los principios que deben guiar la ley penal” presentados por Baratta<sup>81</sup>, así como a los postulados del *garantismo penal* de Ferrajoli<sup>82</sup> y de Raúl Zaffaroni, contradicen la muy abundante literatura penal dedicada al desarrollo de los principios penales y constitucionales que informan al Derecho Penal propio de un Estado de Derecho social y democrático (Roxin, Mir Puig, Bustos, Politoff, Siniscalco, Carbonell Mateu, Tocora)<sup>83</sup> y al contenido de los principios penales propios de tal modelo de Estado (Baratta, Carbonell Mateu, Delmas Marty, Rosales y Borrego, Fernández Carrasquilla, Vitale, entre otros).

El vértice del problema jurídico planteado para el Derecho es que las garantías penales no pueden agotarse en meras proclamas sino que deben actuar como estandartes constitucionales de la ley penal, como limitación del poder punitivo que impone a la ley ajustarse para preservar la vigencia de los principios y garantías constitucionales que es subvertida por las tendencias autoritarias en las que se inscriben las leyes

---

<sup>80</sup> *Ob. Cit.* pp. 543-544 y 545.

<sup>81</sup> Baratta, A. 1985. *Requisitos mínimos del respeto a los derechos humanos en la ley penal y Principios de Derecho Penal mínimo.*

<sup>82</sup> Ferrajoli, L. 1989. *Ob. Cit.* Bustos, J. 1982. *Bases críticas del Derecho Penal.* Temis. Colombia.

<sup>83</sup> Sólo para citar algunos pocos a título ilustrativo: Roxin, C. *Derecho Penal*; Mir Puig, S. 1982. *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado social y democrático del Derecho*; Siniscalco, M. 1976. *Principi del sistema penale e la costituzione.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Italia. Delmas Marty, M. 1990. *A favor de los principios orientadores de la legislación penal.* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLIII. Septiembre-diciembre. España. Politoff, S. 1989. *Sistema jurídico penal y legitimación política en el Estado democrático de Derecho.* Nuevo Foro Penal. N° 45. Temis, Colombia.

bélicas portadoras del antiDerecho penal del enemigo, así como de todas las vertientes maximizadoras del control penal.

### 3.2 LEGISLACIÓN BÉLICA PORTADORA DEL “ANTIDERECHO” PENAL DEL ENEMIGO

Desde la perspectiva jurídico penal estricta, la ley penal inconstitucional puede analizarse bajo la caracterización de lo que en Occidente la doctrina penal viene denunciando bajo la denominación de “*Derecho Penal del Enemigo*”. Pero antes, nótese lo duro de la expresión: un Derecho Penal que, o 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, le es extraño, ajeno; transita por la otra acera, distante y bélica, es el “otro”, un “enemigo”, y como tal hay que tratarle, según los criterios bélicos, propios de la guerra. 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<sup>84</sup>, un conocido jurista alemán, sobre la base de tres notas fundamentales:

**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”.

Téngase en cuenta la característica que Manuel Cancio Meliá<sup>85</sup> le añade para completar el cuadro:

<sup>84</sup> Jacobs, G. 2003. *Derecho penal del enemigo*, Editorial Civitas. España.

<sup>85</sup> ¿ “Derecho penal” del enemigo? 2003. Jakobs, G /Cancio Meliá, M. *Derecho penal del enemigo*, Editorial Civitas, Madrid.

- 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”<sup>86</sup>.

Las leyes bélicas (antiterrorismo, antidrogas, antidelincuencia organizada reformas penales expansivas, entre otras) son portadoras del anti-Derecho Penal del Enemigo, que es de suyo inconstitucional, tal y como sostiene la sentencia de 31/10/02 de la Corte Constitucional colombiana al sentenciar que: “Las bases del Derecho penal del enemigo, y del derecho penal simbólico, son incompatibles con valores y principios de la carta política”.

1. *Amplio adelantamiento de la punibilidad*: tal defecto en líneas generales consiste en la elaboración de *tipos abiertos* en contravención a las directrices del *principio de legalidad* que ordena la redacción de tipos cerrados a fin de contar con una delimitación precisa de la prohibición y de la pena. Se trata de conocer con claridad cuál es la conducta prohibida y con cuál pena es castigada. Ello ha permitido una importante evolución del principio de legalidad, que en su manifestación como estricta tipicidad o tipicidad exhaustiva, según cuál nomenclatura sea usada por la doctrina, refiere la necesidad de que la norma penal no sea dictada sólo mediante el procedimiento constitucional de formación de leyes, sino que las normas penales deben cumplir las exigencias propias del principio de legalidad a fin de garantizar que exista una clara delimitación de la facultad punitiva del Estado que evita límites difusos, imprecisos o ambiguos que se presten para desviaciones o abusos de poder, así como para garantizar como efecto consustancial de la legalidad a la seguridad jurídica.

Ahora bien, el “amplio adelantamiento de la punibilidad” consiste en una forma específica de *apertura típica prohibida*, por demás lesiva del *principio de Derecho Penal de Acto*, según el cual, se exige la ocurrencia de un hecho (conducta activa u omisiva) para activar la intervención punitiva, dado que al adelantarse la punibilidad, el espectro

---

<sup>86</sup> *Ob. Cit.* p. 21.

punible se extiende más allá de la conducta típica relevante hacia otros actos previos dentro del *iter criminis*, tal y como ocurre con la punición de los actos preparatorios, por regla impunes. Sin embargo, existe una fórmula jurídico penal que admite cierto adelantamiento de la punición en las figuras denominadas de “consumación anticipada”, pero dado el carácter excepcional de su tratamiento, exigen que los actos hacia los cuales se retrotrae la punición estén dirigidos inequívocamente hacia la ejecución de una conducta típica relevante, con lo cual la utilidad técnica radica en evitar la exigencia de producción de un resultado material en los delitos de esta especie.

En cambio, en las leyes bélicas es usual que se configuren con *tipos abiertos*, muchas veces de *peligro abstracto o presunto*, para obviar las exigencias típicas que someten a la prohibición penal a un juicio de legitimidad y a los cánones de la tipicidad estricta y exhaustiva (también llamado determinación).

Por consiguiente, un *tipo abierto* en materia penal como los mencionados, constituye una lesión constitucional de la *legalidad* que repercute directamente en la violación de derechos humanos, especialmente de la *libertad personal*, dado que la vigencia y aplicación de los tipos penales así redactados conlleva al ejercicio arbitrario de la facultad punitiva y por tal abroga a los principios del debido proceso, pues mediante la vigencia y aplicación de tales figuras penales puede juzgarse y condenarse a personas por hechos que no necesariamente sean conductas (violación del principio de Derecho Penal de Acto) o que no tenga bien jurídico (violación del principio de bien jurídico) o que no requiera el establecimiento de la culpabilidad por tratarse de un tipo de responsabilidad objetiva (violación del principio de culpabilidad), entre otros.

La estructura típica de las leyes bélicas prefiguran un grave atentado contra la *legalidad* en varias de sus manifestaciones, que conduce a la imposibilidad de su aplicación conforme a Derecho o a problemas de aplicación y a *vicios de inconstitucionalidad*, no sólo por la lesión a la seguridad jurídica a que conduce la inestabilidad del sistema normativo, signado por la excesiva proliferación legislativa y por el abuso de normas penales, sino además en cuanto a la lesión de *principios penales* que son las proyecciones básicas de la *legalidad* en Derecho Penal y que son característicos de un *Estado Constitucional de Derecho*, en particular: el principio de *bien jurídico* e insignificancia, como componente legitimador de las prohibiciones y castigos, pierde totalmente sus

funciones básicas, de sistematización del material legislativo y de legitimación de la prohibición; el principio de máxima taxatividad (*tipicidad estricta* o *principio de determinación*), el principio de *proporcionalidad* que “implica un juicio estricto de igualdad”<sup>87</sup>, el *principio de razonabilidad* en tanto que la ley debe respetar la coherencia en la protección equilibrada de los bienes jurídicos y calibrar la pertinencia e idoneidad de la intervención penal para atender el conflicto penal, el principio de *humanidad* de las penas y el principio de *culpabilidad*, también de referente constitucional como bien explica Peña Solís<sup>88</sup> (Constitución, artículo 49, 1 y 5; y, Código Penal, artículo 60); lesión de la *culpabilidad* que se constata al impedir el establecimiento de la responsabilidad graduando la pena conforme al aporte que resulte de la convergencia objetivo subjetiva del autor en el hecho, que a la vez satisfaga al *principio de individualización de la pena*, según ésta se adecua de modo específico y personalísimo.

Una de las muestras de la lesión de la *legalidad* se expresa en lo que la doctrina penal denomina “abuso de los tipos penales”, tal y como lo ha sostenido Hassemer<sup>89</sup>, lo cual supone una de las notas características de la denominada “expansión del Derecho Penal” en la exposición desarrollada por Silva Sánchez<sup>90</sup>.

Desde el punto de vista de los derechos constitucionales, todo ello repercute directamente en la lesión de la *libertad*, así como de otros derechos fundamentales asociados al ejercicio del control penal, toda vez que los tipos penales de las leyes bélicas propician su vulneración arbitraria, de modo que *se pierde la sujeción que la ley debe a la protección constitucional de los derechos y al bloque de constitucionalidad*.

2. *Incremento comparativo notable de las penas frente al Derecho Penal “normal”*: Una de las tres características es el aumento generalizado y/o incongruente de las penas que Jacobs expone como “rela-

<sup>87</sup> Sentencia C 125 de 1996, citada por sentencia de 31/10/02 de la Corte Constitucional colombiana.

<sup>88</sup> Peña Solís, J. 2005. *La potestad sancionatoria de la Administración Pública*. Tribunal Supremo de Justicia. p. 168.

<sup>89</sup> *Ob. Cit.* 1989.

<sup>90</sup> *La expansión del Derecho Penal*. Civitas. España. 2000.

jación o supresión de determinadas garantías procesales” mediante la proscripción de fórmulas alternas a la privación de libertad, lo cual no es más que el retorno de la cárcel como recurso principal característico de la legislación bélica propia del antiDerecho penal del enemigo.

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 realidad del sistema penal tanto en la acentuación de su valor simbólico (que debilita la confianza en las instituciones, pues la acción de la ley se agota en el mensaje punitivo) y en el deterioro del funcionamiento del subsistema penitenciario debido al aumento de la arbitrariedad del sistema en contra de los más vulnerables (la misma clientela carcelaria prolonga su estadía). A esto se añade que es usual que la ley penal bélica incorpore la *duplicación de penas* propia del *sistema de doble vía*.

Cuando la ley soslaya tal sistema axiológico, no se produce sólo la subversión del imperativo del tipo penal, sino que se violan principios constitucionales que ordenan la *legalidad* y *racionalidad* de la incriminación.

Así por ejemplo, si bien la potestad legislatora puede modificar las penas y ajustarlas a las exigencias del tiempo, debe hacerlo respetando principios y reglas constitucionales y penales que al ser desatendidas, trastocan el sistema de penas, de tanto rigor en cuanto a la legalidad y de paso se vulnera el *principio de igualdad ante la ley* al darle caprichosamente un tratamiento más severo a acciones menos dañosas y otro exacerbado a algunas no tan graves como otras no reformadas. En este sentido se presenta la lesión de la *proporcionalidad* y de la *razonabilidad*, en los términos expresados por la Corte Constitucional colombiana (sentencia de 31/10/02): “En realidad, el juicio estricto de igualdad comporta el juicio de estricta proporcionalidad (ver sentencia C-125 de 1996) del tipo, así como de la sanción (sentencia C-070 de 1996). La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal”.

Otro elemento que caracteriza las leyes representativas del *Derecho Penal del Enemigo* es que usualmente asume el antidemocrático *sistema de penas de doble vía* para castigar los delitos que considera incluidos dentro del cada vez mayor paquete legislativo bélico, donde es común incluir dos penas: pena de prisión y pena de multa, supuesto ex-

presivo de la cuestionada expansión del Derecho Penal que constituye una lesión del principio constitucional de *non bis in idem*, al duplicar la respuesta punitiva con dos penas principales (Código Penal, artículo 11), así como del también constitucional *principio de proporcionalidad*, dado que se desborda la respuesta ante un mismo hecho.

En relación con la pena, no se puede obviar el *impacto en el sistema penitenciario*, dado que el aumento del uso de la prisión, ya sea por incremento de la pena o por proscripción de formas alternas, repercute de manera negativa en este reducto del sistema penal, y para nada ensancha el espectro punible de los seleccionados por el aparato penal, que debido a sus limitadas capacidades, seleccionará por regla a un grupo más o menos similar de los más vulnerables, y porque además aumenta la estancia en prisión de la misma clientela, con lo cual se allanan dos efectos perversos: 1. Aumento de la población encarcelada y por tal de la crisis penitenciaria; y, 2. Elevación de los ya altos costos humanos del encarcelamiento. De paso, que cuando la ley penal no toma en cuenta este impacto está obviando los términos del artículo 208 constitucional en cuanto a su debida *pertinencia*.

3. *Relajación o supresión de determinadas garantías procesales*: Por su parte, la usual proscripción de fórmulas alternas a la privación de libertad en las leyes portadoras del antiDerecho penal del enemigo pretende reinstaurar la pena *ex ante* con la *restricción de formas alternas al encierro durante el proceso o mediante la proscripción de fórmulas alternas durante la condena*.

La antigua práctica de proscribir medidas alternas a la prisión para el enjuiciamiento de cierto tipo de delitos, e incluso, la supresión de medidas alternas al cumplimiento de condenas, se reedita de un modo abiertamente inconstitucional, creando distorsiones graves al sistema penal y desarticulando el régimen procesal que se rige bajo dos presupuestos: 1° El juzgamiento se da en libertad, pues de lo que se trata es de establecer la responsabilidad penal mediante un juicio justo; y, 2° como la libertad personal es la regla, no se puede restringir hasta tanto recaiga la condena privativa de libertad y sólo admite restricción durante el juzgamiento como medida de prisión cautelar basada en criterios como el peligro de fuga y obstaculización de la justicia (*periculum in mora y fumus bonis iuris*) de estricta apreciación judicial, en cada caso.

Constitucionalmente, la línea del “retorno a la cárcel” desconoce aquellos avances que por vía de *progresividad* se han podido adelantar (sistema alternativo al encierro para procesados y condenados), en desarrollo del *sistema constitucional de derechos humanos* (Constitución, artículo 19) y del *debido proceso* (Constitución, artículo 49). Por lo que tales prohibiciones no encuentran espacio ante un diseño constitucional que promueve un desarrollo progresivo, interdependiente, indivisible e irrenunciable de los derechos humanos (Constitución, artículo 19), así como la regla, principio y derecho de *libertad* y su sistema de garantías, como lo es el *debido proceso* y que encuentran sede precisa en distintos artículos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Constitución, artículos 1, 2, 3, 19, 20, 22, 24, 25, 27, 44, 49 y 272).

La Constitución señala en sus artículos 1 y 2 el principio y valor supremo de la libertad, así como en el artículo 3 enlaza este principio con los fines primordiales del Estado, a la vez que resalta el fin estatal de preservación de los derechos humanos; asimismo, el artículo 19 reconoce el *sistema de los derechos humanos* advirtiendo la necesidad de interpretar el Derecho positivo sobre la base del principio de *progresividad*, por lo que los espacios ganados en este sentido no pueden ser desconocidos, minorizados o simplemente violentados por la actividad del Estado. Es un hecho constitucional que en Venezuela las reformas procesales y de ejecución penal insertaron el modelo de medidas cautelares sustitutivas de la prisión y criterios atemperados a la sanción penal en forma *sui generis*, así como desarrollaron el carácter principal de la *libertad personal* como valor, derecho y principio constitucional, lo cual no admitiría retrocesos, so pena de inconstitucionalidad.

Por otra parte, puntualiza la Constitución en su artículo 21, la regla de la *igualdad*. En cuanto a la *igualdad jurídica* es evidente que la regla del *debido proceso de ley* y la *presunción de inocencia* rigen para todos, por tal razón la ley penal no puede establecer tratos diferenciales entre situaciones parejas o similares. La discriminación en cualquier acto del poder público nacional contradice este principio cardinal del Estado constitucional.

El artículo 49 constitucional constituye pieza esencial de la garantía para una *jurisdiccionalidad* ajustada a la regla del *debido proceso de ley*, y es el enunciado constitucional más auténtico del *principio de legalidad procesal*, sea en dirección a la ley sustantiva o en lo concerniente

a la ley procesal, a través de esta regla de garantía se consolida el ejercicio del derecho a la libertad como fin de la norma.

Por último, el artículo 272 de la Constitución que expresamente se refiere al sistema penitenciario y las características primordiales de éste, cuales serían: 1) La preferencia por un sistema de resocialización; 2) La concepción de un régimen abierto; y 3) La aplicación de medidas no privativas de libertad y necesariamente no reclusión.

Esta tendencia doctrinal, es reproducida *in extenso* por una muy reciente sentencia del *Tribunal Constitucional español* que, dentro de la lógica del principio constitucional de la *división de poderes*, comulga con la idea de dejar en manos jurisdiccionales la resolución sobre la privación o no de libertad durante el proceso con base en extremos legales estrictos ya descritos en el COPP (no en el mandato *ex ante* de la norma penal sustantiva abstracta para aplicar la restricción a todos los investigados *tabula rasa*), sino que además, considera inconstitucional cualquier determinación de privación de libertad que no se acuñe estrictamente a los términos constitucionales:

#### **TC 179/2005, de 4 de julio de 2005**

El estudio (...) debe partir de una reiterada y consolidada jurisprudencia de este Tribunal sobre la necesidad de fundamentar las resoluciones limitativas de derechos fundamentales, exigiéndose un razonamiento por el órgano judicial que justifique los motivos que la legitiman constitucionalmente. En concreto, no debemos olvidar a la hora de realizar dicho examen que, desde la STC 128/1995, de 26 de julio, este Tribunal ha venido señalando que la medida cautelar consistente en el ingreso en prisión provisional es de naturaleza excepcional (en este mismo sentido, entre otras, SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6.a; 62/1996, de 15 de abril, FJ 5; y 66/1997, de 7 de abril, FJ 4.b), así como que la legitimidad constitucional de la prisión provisional, en tanto que decisión limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro de un proceso penal, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la misma (por todas, SSTC 60/2001, de 26 de febrero, FJ 3, y 138/2002, de 3 de junio, FJ 4).

Por lo que se refiere a los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, también desde la STC 128/1995 hemos venido afirmando que están vinculados con la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente el de asegurar la presencia del imputado en el juicio y el de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo [STC 23/2002, de 28 de enero, FJ 3 a)]. Por ello, el Tribunal ha considerado que no son ajenos a la motivación de la consecución de estos fines, especialmente para el riesgo de fuga, datos objetivos como la gravedad del delito imputado y el estado de tramitación de la causa [STC 23/2002, de 28 de enero, FJ 3 b)], sin olvidar que, como se expresa en la STC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 10, es preciso distinguir dos momentos procesales diferentes en cuanto a la ponderación de estas circunstancias (...)

***Por el contrario, lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas consistentes en la declaración de los imputados u otras*** (vid., entre otras muchas: SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 28/2001, de 29 de enero, FJ 3; 8/2002, de 14 de enero, FJ 4; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3).

(...)

*Por tanto, lo que hemos de examinar es si la adopción de la prisión provisional con fundamento en el art. 503.2 LECrim, cumplió con las exigencias que se derivan de la doctrina constitucional anteriormente expuesta, que requiere que tal medida de prisión provisional sea idónea y necesaria para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos enunciados, en abstracto, y que, además, su adopción en el caso concreto contenga la motivación reforzada que resulta exigible cuando está en cuestión un derecho fundamental como el consagrado en el art. 17.1 CE.S* (se destaca).

La proscripción de fórmulas alternas a la privación de libertad durante el proceso desconoce abiertamente el *principio constitucional de pre-*

*sunción inocencia*, aspecto fundamental de la legalidad procesal en la dimensión del debido proceso y que se registra en el artículo 49.2 de la Constitución. Es decir, el texto constitucional establece que existe un único sendero válido para derribar a este principio mediante prueba suficiente que en sentencia determine la responsabilidad penal de la persona sometida a juicio. Ello implica que el proceso como medio exclusivo de obtención de justicia y la sentencia como mecanismo definidor del conflicto son presupuestos necesarios para que opere la declaratoria de culpabilidad, para así legitimar la restricción de un derecho fundamental como la libertad. Esto es que constitucionalmente no están autorizadas fórmulas anticipadas de condenas o establecimientos de culpabilidad sin que se concrete la manifestación jurisdiccional definitiva.

De tal manera, que la persona enjuiciada, el *procesado*, está protegido por el velo de la no culpabilidad, por el *principio de inocencia* y por lo tanto, no necesita hacer absolutamente nada para que le sea reconocida esta condición, simplemente el Estado está obligado por orden constitucional a garantizar que la persona sometida a juicio conserve su *status* de inocencia y por consiguiente no se le podría aplicar *ex ante* una suerte de pena privativa de libertad (la constitucionalmente proscrita aplicación anticipada de la pena), hasta que se produzca el fallo que define la causa.

Como complemento, el régimen procesal penal también admite que durante el proceso penal pudieran presentarse situaciones de excepción que den lugar a la privación de libertad, para lo cual deja en cabeza del juez la apreciación de cuándo opera o no la detención cautelar a partir de situaciones demostrables de peligro de evasión o de entorpecimiento de la investigación o del juicio. Es decir, existe un mecanismo de revisión constante y la posibilidad de libertad si el juicio se extiende más allá de los términos razonables de duración (la garantía del plazo razonable). En suma, podría afirmarse que al conciliarse la regla constitucional del artículo 49 y la prevista en el Código Orgánico Procesal Penal sobre detención cautelar y presunción de inocencia existe un equilibrio que es roto por las proscipciones anticipadas de fórmulas alternas al encierro, propias del antiDerecho penal del enemigo.

En cuanto a la *igualdad* recogida en el artículo 21 de la Constitución, se afecta a este principio al discriminar donde no es posible hacerlo bajo el marco del *principio de legalidad procesal* (debido proceso y presunción de inocencia), es decir, la legalidad rige para todos los justicia-

bles; a la vez que resulta contradictorio que se pretenda hacer igualaciones donde es necesario discriminar en razón de la responsabilidad penal de los distintos actores del delito, de modo que jurídicamente no es igual, por ejemplo, la sanción para el autor que para un cómplice no necesario, ello revela que el tratamiento de la igualdad no es aplicable cual *tabula rasa* a todos los que hayan podido contribuir al delito; por lo que la prohibición de acceso a medidas sustitutivas y alternativas no puede tener el mismo impacto contra de todos los partícipes. Por lo tanto la jurisdicción es la que debe evaluar la situación especial y subjetiva de cada supuesto, por lo que constituye un vicio de inconstitucionalidad corregible mediante control judicial.

## CONCLUSIÓN

El estudio ha permitido aproximarse a la comprensión del control judicial de constitucionalidad de leyes penales como mecanismo que profundiza el imperio de la Constitución como *norma* o *Constitución normativa*, es decir, de aquella que se realiza directamente, lo cual supone una profundización de su carácter garantista, en cuanto que su misión es la preservación de los derechos humanos en el sentido más amplio y progresivo del término.

La profundización de estos mecanismos de control como base del Estado Constitucional democrático supone una herramienta jurídica útil para arbitrar en sede judicial constitucional los vicios de constitucionalidad de las leyes penales, especialmente valiosa ante el fenómeno de proliferación de normas penales al margen de la legalidad (abuso de normas penales) que amenazan los derechos humanos y obra contra su garantía, en la actualidad muchas de estas leyes penales configuran lo que la doctrina ha denominado el “Derecho” penal del Enemigo, que en realidad no es una teoría jurídica sino sólo una caracterización de la legislación de un conjunto de legislación penal emergente que ha recibido severos cuestionamientos debido a su talante antidemocrático y lesivo de los derechos y garantías.

El desarrollo de los mecanismos de control judicial de constitucionalidad pasa por la identificación de las leyes penales y la caracterización de los tipos penales que exhiba la negación de principios penales que conducen a una lesión de principios constitucionales y del sistema de derechos humanos y de su garantía, tal y como se ha ejemplificado con citas jurisprudenciales y con la explicación de las reglas que permitirían so-

meter a la ley penal a un escrutinio sobre su constitucionalidad, además, supone asimilar que la lesión constitucional no sólo se presentará cuando exista una violación de la legalidad formal, sino también por lesiones de la legalidad material que toca el referente material de los tipos penales que le brindan legitimidad a las prohibiciones penales y a las sanciones. De igual forma, el vicio de constitucionalidad de la ley penal no sólo se presenta de modo específico cuando un determinado componente de la tipicidad lo genera, sino que también se muestra de modo general, porque una ley penal puede revelarse contra la Constitución al contradecir sus fundamentos o contrariar los valores que postula.

Por consiguiente, comprender el valor de este mecanismo jurídico, avanzar en la identificación de la inconstitucionalidad de la ley penal que pueda ser controlada *judicialmente* en sede constitucional e ir comprendiendo las correlaciones entre el defecto de la ley penal y la carga de inconstitucionalidad que deriva en la lesión de derechos y garantías ha sido el sentido de esta contribución.

