

Gerardo J. Briceño P. (Venezuela) *

Reaccionarismo penal frente al ¿terrorismo? La crisis de los derechos fundamentales ante las reformas penales coyunturales

Introducción

El constante cambio de los cánones sociales que sirven para penalizar conductas en Venezuela nos lleva a afirmar que la legislación penal venezolana se encuentra en una fase de marcado reaccionarismo.

Entre las tareas primordiales del Estado está el garantizar la seguridad y la paz ciudadanas, labor que es uno de los grandes desafíos al Estado de derecho. En tal sentido, la respuesta ante hechos criminales ha de estar enmarcada en las normas y principios que garantiza la ley.

Partiendo del ejemplo de la respuesta al terrorismo, en primer lugar, seguido de la reforma penal en conjunto, se aborda la respuesta estatal ante las manifestaciones de hechos criminales tan solo desde la perspectiva del derecho penal, lo que en definitiva apuntaría a reducir la tarea a una función reaccionarista, apartándose de las razones que permiten el desarrollo de deseos criminales y ulteriormente su manifestación a través de conductas violentas.

Pretender controlar la criminalidad únicamente con la herramienta punitiva es una reacción violenta y tardía ante el fracaso de las políticas sociales del Estado.

1. Violencia legalizada

Con el monopolio del instrumental punitivo, el Estado dispone de un conjunto de herramientas especializadas, las cuales han de ser concebidas para el logro y el man-

* Abogado (UCAB, Venezuela). Legum Magister y Doctorando (Albert-Ludwigs Universität Freiburg, Alemania). Investigador en el Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional. Profesor del Diplomado de Estudios Avanzados en Derecho Penal Internacional (Universidad Metropolitana, Venezuela). Becario de la Fundación Konrad Adenauer. <g.briceno@iuscrim.mpg.de>.

tenimiento de la paz interna. Con dicho instrumental, éste se hace de una amplia fuente de poder y violencia física.

Weber acertaba al afirmar que la conformación, la validez y el mantenimiento de las decisiones estatales son de cierta forma garantizadas por “la amenaza continua y la utilización de la coerción física”.¹ Con todo ello, si bien la violencia punitiva se caracteriza por ser un acto de poder, al ser esta potestad concedida al Estado, dicho poder se legitima con la expectativa de seguridad que genera en la población la aplicación de la norma penal, expectativa que espera ser satisfecha en concordancia con el respeto a los derechos fundamentales de la ciudadanía.

La estructura normativa que fundamenta la persecución penal ha de provenir de la discusión en el seno del Legislativo, por lo que ciertamente debe contar con una gran influencia política. Es de esperar que esta influencia sea el resultado de un consenso entre los grupos políticos encargados de legislar, de donde habría de proponerse un instrumento de amplio espectro, con marcado respeto a la pluralidad de opiniones representadas en el Parlamento. Un ordenamiento jurídico penal parcializado podría devenir en un mecanismo ideal de encubrimiento y ocultamiento de responsabilidades en el sentido deseado.²

Por todo ello, si bien la ley se encuentra en el centro de toda estructura programática del Estado de derecho, y es ella la que gobierna y no el hombre, la *ley penal* requiere una particular consideración, así como un apego estricto a la reglamentación para la promulgación de las normas legales, en virtud de su inmenso potencial de control social.³

Indica Naucke que los fundamentos del derecho penal no han de considerarse apolíticos, sino ciertamente libres del elemento político, razón por la cual dejan de ser *democratizables* en la labor legislativa que les sirve de fuente.⁴

Por ello, los grupos encargados de legislar han de atenerse estrictamente a los mecanismos adecuados para la redacción de las leyes, lo cual no significa la renuncia al control jurídico, sino su apego a formas adecuadas de regulación, así como a medios de elaboración jurídicamente correctos, los cuales en gran medida se hallan ya contenidos en el resto del ordenamiento jurídico. La teoría de la legislación se alimenta de la

¹ Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tubinga: J. C. B. Mohr, 1972, p. 29.

² Peter-Alexis Albrecht: “Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (ed.): *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts* (pp. 429-443), tomo 50, Fráncfort: Peter Lang, 1995, p. 434.

³ Al respecto, léase el análisis realizado por Naucke sobre la fragilidad del Estado de derecho en la labor de creación de normas punitivas, en Wolfgang Naucke: *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2000, pp. 411 ss.

⁴ Naucke: o. cit., p. 429.

coexistencia entre Constitución y proceso de formación de las leyes. Mientras la primera permite la reflexión externa sobre el derecho, el segundo se refiere a la validez interna de éste.⁵

2. Legitimidad debilitada. El ejemplo de la legislación penal contra el terrorismo

La lucha a ciegas contra la criminalidad tiene efectos nocivos contra la legitimidad de los gobiernos. Esta deslegitimación se pone de manifiesto en el caso de la respuesta al terrorismo, ejemplo en el cual abarca incluso el delicado campo de confianza y diálogo propio de un sistema democrático.

En este sentido, los daños que un acto terrorista ocasionaría sobre un Estado podrían considerarse menores, en comparación con el peligro que para el mantenimiento del Estado de derecho significaría una respuesta desmedida ante dichos ataques. Con ello, de un lado el agente terrorista habría cumplido su objetivo político, mientras del otro quedaría en juego la legitimidad de la violencia estatal, al permitirse en democracia una respuesta *in extremis* de parte del Ejecutivo (con la previa autorización legislativa), lo cual atenta contra las bases del sistema democrático.

La principal amenaza para la legitimidad y estabilidad de los Estados democráticos en esta tarea radica en la incapacidad de los gobiernos de respetar y garantizar los principios y derechos fundamentales en las acciones de respuesta al terrorismo. Esta falla se presenta no sólo en el irrespeto a los derechos inherentes a la persona humana, sino, además, en las carencias que reflejan los mecanismos de control entre poderes públicos, en especial de parte de los garantes de la constitucionalidad.

Conceptualmente, el fenómeno terrorista se encuentra en una *zona gris*, razón por la cual a veces es definido como guerra y otras como delito. Si bien la definición depende de su adaptación a las necesidades ejecutivas de respuesta, las instituciones democráticas se encuentran en el dilema de no ser capaces de amoldarse con facilidad a las múltiples facetas que presentan estas acciones antisociales. Por ello la respuesta inicial de los Estados es del tipo restrictivo: *la suspensión o restricción de los derechos fundamentales*.

La respuesta estatal se manifiesta a través del incremento de las medidas de seguridad, invocando poderes especiales para las fuerzas militares y de policía; el impulso de reformas legislativas para la situación emergente; el aumento del control y la vigilancia sobre los ciudadanos (en especial en el área migratoria); la censura a los medios de comunicación masiva; las medidas especiales de supervisión en materia financiera, entre otras.

⁵ Un trabajo detallado sobre la validez y racionalidad de las leyes penales en el Estado constitucional, es el desarrollado por Gema Marcilla Córdoba: "Racionalidad de las leyes penales y Estado constitucional", en *Jueces para la Democracia*, n.º 52, Madrid, marzo 2005 (54-62), pp. 54 ss.

Con ello, es diversa la gama de acciones que acarrea la respuesta gubernamental ante la amenaza terrorista, todas ellas dirigidas a uno de los principales objetivos perseguidos por grupos terroristas: *la desestabilización del orden democrático*.

El temor latente que deja el terrorismo en la población viene a reflejarse tanto en los índices de inseguridad como en la vulnerabilidad de los ciudadanos ante dichas acciones. No será posible obtener la seguridad mientras no se reduzca la amenaza terrorista, lo cual sólo se logrará combatiendo las causas que la generan. Queda de nuestra parte, la de los ciudadanos comunes, hacernos más fuertes ante dicha amenaza, a fin de reducir nuestra vulnerabilidad. Pero, ¿somos capaces de lograr esto por nosotros mismos?

Esta es una labor de *cogestión*. Mientras por una parte el Estado ha de disponer de los recursos (técnicos, económicos y humanos) necesarios para atacar las causas subyacentes al fenómeno terrorista, los ciudadanos, paralelamente a esa acción estatal, hemos de establecer mecanismos para reducir nuestra vulnerabilidad frente a esta amenaza.

Partiendo de la premisa de que una de las funciones principales de los gobiernos democráticos es el mantenimiento del orden legal, el cual da sostén al Estado mismo, y aceptando que el fenómeno terrorista ataca los fundamentos del Estado, surge la siguiente interrogante: ¿Cómo pueden las sociedades democráticas responder a este flagelo sin debilitar las bases del sistema que les sirve de fundamento?

La clave es la *proporcionalidad* en la respuesta. Antes de proponer las medidas para combatir el terrorismo y responder en un estado de conmoción, ha de analizarse y establecerse el nivel de amenaza terrorista del cual son objeto, y ofrecer medidas que sean acordes con las necesidades particulares de la sociedad en la cual regirán.

Éste es un permanente desafío para la sociedad democrática actual, la cual está llamada a armonizar las normas de control con el ejercicio propio de ese control, sin caer en el autoritarismo. Ahora bien, ¿cómo puede asegurarse que un Estado democrático cuente con los instrumentos necesarios para protegerse de las amenazas al ordenamiento jurídico y a la seguridad interna, manteniendo un sistema de control por medios violentos (penales), sin que en su aplicación se torne autoritario?⁶

Resulta paradójico que, en una sociedad democrática, la respuesta ante el terrorismo deje justamente de ser democrática para tornarse autoritaria al establecer mecanismos de restricción de derechos contrarios a los principios que el Estado está llamado a preservar.

⁶ Gert-Joachim Gläeßner: *Sicherheit in Freiheit. Die Schutzfunktion des demokratischen Staates und die Freiheit der Bürger*, Opladen: Leske & Budrich, 2003, p. 85.

3. Penalización reactiva. Debilidades de la democracia en la lucha contra la criminalidad

En un Estado de derecho, la labor de los grupos criminales se ve resguardada por las garantías que les brinda el propio sistema jurídico, el cual se ve limitado en la lucha contra la criminalidad, lo que le permite a estos antisociales contar con:

- a. libertad de movimiento y capacidad de organización;
- b. la posibilidad cierta de llevar a cabo acciones con fines criminales.

Según el modelo democrático, son principios del Estado de derecho la tolerancia, la pluralidad política, el apego a la legalidad, pero, sobre todo, una alta valoración de la dignidad humana. Ello se lleva a cabo en el marco de una política criminal coherente y libre de pasiones, basada en la sensatez, la cual se pone de manifiesto en el análisis especializado del fenómeno criminal por parte del encargado de legislar. En desarrollo de ésta, los derechos constitucionalmente garantizados servirán de marco en el esperado amplio campo de acción del legislador.⁷

Pese a ello, la cooperación esperada entre el Legislativo y los órganos gubernamentales puede desviarse de sus principios al servir como vía para *ejecutivizar* las instrucciones de Gobierno,⁸ al darles forma de ley a sus designios. De esta manera, pretende otorgárseles el apelativo de *decisiones eficientes contra la criminalidad*, sin que dejen de ser un mero reaccionarismo ante situaciones inesperadas de conmoción social.

En este punto cabe citar la frase de uno de los integrantes de la Escuela de Fráncfort: “una estructura política deficiente no puede ser jamás compensada por el derecho penal”.⁹

En Estados emergentes, el recurso al derecho penal sirve como una útil herramienta para ocultar las reales carencias del Estado. En ejercicio de la más evidente demagogia punitiva,¹⁰ se ejecutan planes de emergencia, los cuales conllevan la creación de tribunales con competencia especial en materia de terrorismo,¹¹ con lo que se

⁷ La función rectora de los derechos fundamentales y la Constitución ante el desarrollo de la política criminal se encuentra ampliamente explicada en la parte V de la obra de Otto Lagodny: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tubinga: J. C. B. Mohr, 1996, pp. 511 ss.

⁸ Como consecuencia de una reforma penal que exceda o irrespete los lineamientos concebidos para su elaboración, se obtendría un instrumento concebido para cumplir no más que una labor “ejecutiva” de atribución de competencias a los órganos de justicia en labores que exceden su capacidad. Sería pues darle forma de ley a instrucciones del Ejecutivo.

⁹ Albrecht: o. cit., p. 443.

¹⁰ Gerardo Briceño: “La emergencia del derecho penal”, en *Tecnoiruris, Podium Jurídico*: <<http://www.tecnoiruris.com/modules.php?name=News&file=article&sid=978>>, (1.12.2004).

¹¹ Tal fue la respuesta del máximo Tribunal de Justicia de Venezuela, con motivo del homicidio del fiscal del Ministerio Público Danilo Baltazar Anderson, hecho ocurrido a finales del año 2004 en la ciudad de Caracas. Resulta curioso que el acuerdo del Tribunal Supremo de Justicia se refiere a “combatir el terrorismo y la impunidad”, como si la segunda no fuese una función del sistema de administra-

pretende brindar protección y seguridad a la población a expensas del desdén de los derechos y garantías fundamentales.

Una política criminal seria ha de tomar como premisas índices de criminalidad concretos, de los cuales se pueden inferir las causas generadoras de hechos antisociales. Reaccionar aisladamente aumenta el instrumental penal sin aportar respuestas concretas al hecho criminógeno.

La afectación de los derechos fundamentales sobre el escenario de la lucha contra el terrorismo es mucho más amplia que la simplemente derivada de reformas al sistema punitivo. Su accionar abarca espacios propios de los derechos y garantías constitucionales. En el ejercicio de sus funciones, el Estado, a través de sus órganos, es un potencial sujeto activo de violaciones del derecho a la vida, al debido proceso, el derecho de propiedad, a la seguridad personal, entre otros derechos, los cuales en principio estaría obligado a garantizar.

4. Reforma penal emergente

4.1. ¿Terrorismo legal?

En el momento de escribir estas líneas, se discute en la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela un proyecto de ley de reforma parcial al Código penal —sería la cuarta en menos de un año—, la cual tiene como objeto (cito textualmente parte de su contenido): “prevenir, perseguir y sancionar los delitos cometidos por la Delincuencia Organizada, establecer los delitos considerados propios o específicos de estas organizaciones criminales, así como la pertenencia a estas asociaciones delictivas organizadas, sin que ello obste para que se observen las disposiciones que establece la Ley Contra la Delincuencia Organizada y la Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos”.¹² En definitiva, es una maniobra legislativa para promulgar lo que no se ha logrado como ley especial, al incluirlo como un nuevo título en el Código

ción de justicia en conjunto. El acuerdo establece el otorgamiento de competencia exclusiva a tres tribunales de control para conocer de todos los actos terroristas que se sucedan en el ámbito nacional. A los mismos fines se atribuyó competencia especial a dos Salas en la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. Al respecto véase la nota de prensa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en <<http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasprensa/notasdeprensa.asp?codigo=1649>>, (23.11.2004).

¹² El texto completo que fue aprobado en primera discusión el 14 de junio de 2005 se encuentra actualmente en discusión, por lo que, en virtud del artículo 132 del Reglamento Interno de la Asamblea Nacional, el cual establece la obligatoriedad de realizar consultas públicas durante el procedimiento de formación, discusión o aprobación de los proyectos de ley, es accesible en la página electrónica del Servicio Autónomo de Información Legislativa de la Asamblea Nacional, <<http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=687>>.

Penal. Si bien el texto aún no es formalmente ley de la República, su contenido ha sido aprobado en primera discusión en el Legislativo, hecho que requiere un diáfano análisis.

Del proyecto en discusión destaca el artículo 10, contentivo del tipo penal de terrorismo:

Artículo 10. Quien pertenezca, actúe al servicio o colabore con bandas armadas, organizaciones o grupos de delincuencia organizada cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional y las instituciones democráticas o alterar gravemente la paz pública y cometa los delitos de estragos, catástrofes o incendio, o de hacer estallar minas, bombas u otros aparatos explosivos tipificados en el Código Penal y en este título, respectivamente, será castigado con prisión de diez (10) a quince (15) años.

La legislación penal venezolana, en mora con una serie de conductas punibles de trascendencia internacional, y en particular con un tema tan delicado como es el tipo terrorista, requiere un tratamiento legislativo acorde con la gravedad y el potencial destructivo de estas conductas. Considero una actitud simplista e irresponsable realizar una mera referencia en la sección tercera del proyecto, junto con el tráfico de armas, y de una manera tan general como se hace en el tipo antes citado, lo cual no significa más que una alternativa apresurada y vaga, que no cumple con los estándares mínimos requeridos internacionalmente en la lucha contra este flagelo, sin dejar de mencionar la inseguridad jurídica que en plano nacional comporta un tipo penal tan amplio e impreciso como el propuesto.

Todo Estado que pretenda sumarse a la lucha contra el terrorismo internacional debe comenzar por evaluar la capacidad de respuesta de sus cuerpos de policía e inteligencia, con el objeto de detectar —de ser posible— la amenaza terrorista y enfrentarla en atención a las normas legales. Tanto en el ámbito nacional como en el marco de la implementación de acciones extraterritoriales, en el curso de actividades de cooperación internacional, las actuaciones de los órganos de justicia han de llevarse a cabo apegadas a los estándares mínimos de protección que regulen la materia.

De la lectura y el análisis de la reforma penal *a la medida* en Venezuela, se hace firme la creencia de que nos encontramos ante un supuesto de *legalización* de directrices ejecutivas, en el supuesto de una política criminal emergente, carente de todo sentido de permanencia y estructura programática, que resulta en la promulgación de leyes al amparo del mero cumplimiento de formalidades reglamentarias.¹³

Mientras de palabra el Estado venezolano, a través de los órganos que conforman el Ejecutivo, promueve la democracia participativa, la imposición de normas a través del Parlamento cierra toda alternativa de diálogo.

¹³ Y ésta no es una vana afirmación. Violaciones constantes al Reglamento Interno de Debates de la Asamblea —con las continuas modificaciones de que éste ha sido objeto— son tan solo uno de los signos característicos de un Parlamento que en Venezuela cada vez más legisla en atención a intereses particulares y no en función de necesidades generales.

Las recientes reformas de carácter formal que ha sufrido el texto del Código Penal venezolano —modificado a escasos meses de una reimpresión anterior, la cual se llevó a cabo con objeto de corregir los errores materiales de una publicación previa— demuestran la improvisación con que se discute la reforma penal en el Legislativo, con lo cual se crea la grave situación de contar posiblemente con tres códigos penales en menos de un año: uno vigente desde el mes de marzo, que fue objeto de corrección por “error material” en su publicación durante el mes de abril, luego del veto presidencial a ciertos aspectos de la reforma, ciertos cambios¹⁴ y la *vacatio legis* de lugar; a lo cual se sumaría ahora la muy probable introducción de un nuevo título contentivo de los tipos penales contra la delincuencia organizada.

Veamos esto en detalle: El texto sancionado inicialmente por la Asamblea Nacional, el 6 de enero de 2005, fue devuelto por el Ejecutivo en fecha 10 de febrero de 2005. El veto y las observaciones realizadas por el Ejecutivo dieron lugar al respectivo informe de la comisión responsable en la Asamblea Nacional, el cual fue presentado en la plenaria el 23 de febrero del año en curso, y el nuevo código se sancionó el 3 de marzo siguiente. El texto definitivo, sin embargo, fue sometido a correcciones por “error material” en su transcripción, y se publicó finalmente en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 5 768 el 13 de abril de 2005.¹⁵

A ello se añaden los cambios en el cronograma establecido inicialmente para la discusión de la modificación del texto penal, el cual fue objeto de posteriores reformas, en atención a la solicitud de inclusión de un título completo, el cual incluiría figuras a la sombra de los acuerdos internacionales que rigen la materia y han sido ratificados por la República —tales como la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo).

La inconformidad entre el texto en discusión y el ordenamiento jurídico vigente en Venezuela llega al extremo de incluir la realización de conductas propiamente delictivas. Tal sería el caso del tipo penal de usurpación de identidad, delito que se configuraría, por ejemplo, en la entrega vigilada de drogas, en el sentido en que lo plantea el texto aprobado en primera discusión en el Parlamento. Si se pretende dotar a las fuerzas de seguridad de herramientas contra el crimen, esta transferencia de funciones ha de hacerse de acuerdo con la legislación vigente o, al menos, adaptando previamente los instrumentos legales a las nuevas necesidades de investigación.

No dejan de sorprender las incongruencias en el nuevo texto penal, con las cuales se reviven delitos, incluyendo conductas que habían sido declaradas nulas por inconstitucionalidad o habían sido derogadas expresamente con la entrada en vigencia de una nueva ley en la materia. Tal es el caso, por ejemplo, del uxoricidio¹⁶ y el

¹⁴ Estos cambios fueron sólo de forma, y corrigieron, entre otros, los errores motivo de la alteración de la numeración que contenía tradicionalmente nuestro Código Penal desde principios del siglo XX, a los cuales se añadieron las observaciones realizadas por el Ejecutivo.

¹⁵ El texto definitivo, así como los informes referidos, pueden consultarse en <<http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=559>>.

infanticidio por causa de honor.¹⁷ Aun delitos que habían sido derogados por la antigua Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, e incluidos en la reciente Ley contra la Corrupción¹⁸ —la cual fue aprobada por este mismo Parlamento— corrieron igual suerte. En general, imprecisión en el planteamiento de los tipos penales, errores ortográficos y un marcado sentido de represión política en la tipificación son los signos característicos de este nuevo Código.

4.2. Código Penal reformado: herramienta autoritaria

4.2.1. Improvisación legislativa

En la reforma inicialmente aprobada en el mes de marzo (y corregida en abril) se otorga una protección suprema a la función pública, al dársele preeminencia al Estado por sobre cualquier otro bien jurídico, lo cual reafirma el interés autoritario y se dota al gobierno de una útil herramienta para la persecución política, a la vez que coarta otros espacios ganados en el campo de los derechos fundamentales.

Es así como en el texto legal aprobado se incluyen delitos con penas excesivas para hechos tan diversos: las ofensas que pudieran ocasionarse a funcionarios públicos y las conductas que pudieran considerarse una instigación a contravenir o desobedecer la ley, por la acción de llegar a causar pánico derivado de la difusión de informaciones, hasta llegar a la obstaculización de las vías públicas.

La discriminación se vería reforzada, con la aprobación del nuevo título, aún en discusión, con tipos tan imprecisos como el citado artículo 10 del proyecto de ley, el cual castiga cualquier tipo de acto tendente a desestabilizar el orden democrático o subvertir el orden constitucional alterando la paz pública bajo el tipo penal de terrorismo.¹⁹

Con esto se hace firme la creencia de que estas reformas serían un mecanismo para dotar al Ejecutivo de un instrumento capaz de contrarrestar cualquier tipo de opinión contraria, al provenir ésta de grupos políticos disidentes cuya actividad, en virtud de la imprecisión del articulado en discusión, podría ser calificada como delictiva.

En resumen, se penaliza un conjunto de acciones que en su mayoría habían sido desplegadas como un medio de manifestación de los grupos de oposición en Venezuela, mientras la reforma desatiende cuestiones de mayor peligrosidad social, que conforman los hechos delictivos de mayor frecuencia y que encabezan las listas de los índices de criminalidad a escala nacional.

¹⁶ Declarado nulo por inconstitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia en 1980, debido a la discriminación por sexo que contenía.

¹⁷ Derogado expresamente con la entrada en vigencia de la LOPNA (Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente), publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 5 266, extraordinario, del 2.10.1998.

¹⁸ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 5 637 del 4.7.2003.

¹⁹ *Supra*, sección 4.1.

4.2.2. Algunos detalles de la reforma penal aprobada

El menoscabo del Estado de derecho en Venezuela es potenciado al intentar silenciar la disidencia política a través de instrumentos penales, aprobados de manera fugaz, arbitraria y sin el diálogo necesario para la concepción de este ordenamiento. La agudización de la pugna política en el Código Penal vigente se demuestra con la inclusión de artículos como los siguientes:

4.2.2.1. Incremento de las ofensas al honor

En el Código penal reformado se incluye una excesiva penalización de ofensas al honor de los funcionarios públicos, al establecer:

Artículo 147

Quien ofendiere de palabra o por escrito, o de cualquier otra manera irrespetare al Presidente de la República o a quien esté haciendo sus veces, será castigado *con prisión de seis a treinta meses si la ofensa fuere grave, y con la mitad de ésta si fuere leve.*²⁰

La pena se aumentará en una tercera parte si la ofensa se hubiere hecho públicamente.

Artículo 149

Cualquiera que *vilipendiare públicamente* a la Asamblea Nacional, al Tribunal Supremo de Justicia o al Gabinete o Consejo de Ministros, así como a alguno de los consejos legislativos de los estados o algunos de los tribunales superiores, será castigado con prisión de quince días a diez meses.

En la mitad de dicha pena incurrirán los que cometieren los hechos a que se refiere este artículo, con respecto a los concejos municipales.

La pena se aumentará proporcionalmente en la mitad, si la ofensa se hubiere cometido hallándose las expresadas corporaciones en ejercicio de sus funciones oficiales.

4.2.2.2. Imprecisión en la determinación del alcance de los tipos penales

Extensión de la “amenaza” a un funcionario público, que llega a la imprecisión al establecer la figura de “pariente cercano”, sin referirse a grado alguno que permita limitar dicho parentesco:

Artículo 215

El que *amenace a un funcionario público o a uno de sus parientes cercanos*, con el fin de intimidarlo para hacer o dejar de hacer algo propio de sus funciones, será castigado con prisión de uno a tres años. Si el hecho se ejecutare con violencia la pena será de dos a cuatro años.

Cuando los hechos descritos en el aparte anterior fuesen ejecutados en perjuicio de un alto funcionario de los previstos en el numeral 3 del artículo 266 de la

²⁰ Las cursivas en los artículos reformados son del autor, con lo cual se pretende destacar la desmedida penalización de las conductas referidas.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la pena será de dos a cinco años.

Si la amenaza o acto de violencia se realizare en el domicilio o residencia del funcionario público, las penas se incrementarán en una tercera parte.

Si el autor del delito fuere un funcionario público, la pena correspondiente se incrementará en dos terceras partes.

Otra de las imprecisiones es la contenida en el tipo que contempla la instigación a delinquir, contravenir o desobedecer las leyes, concepto cuya diferenciación de la desobediencia legítima contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²¹ (en adelante CRBV) ha de ser tratado con especial atención y al amparo de unas autoridades judiciales imparciales, característica ésta debatible en la Venezuela actual. Susceptible de leerse como una limitación más para la oposición política son los siguientes delitos:

Artículo 283

Cualquiera que públicamente o por cualquier medio instigare a otro u otros a ejecutar actos en contravención a las leyes, por el solo hecho de la instigación será castigado:

1. Si la instigación fuere para inducir a cometer delitos para los cuales se ha establecido pena de prisión, con prisión de una tercera parte del delito instigado.

2. En todos los demás casos, con multas de ciento cincuenta unidades tributarias (150 UT), según la entidad del hecho instigado.

Artículo 285

Quien instigare a la desobediencia de las leyes o al odio entre sus habitantes o hiciere apología de hechos que la ley prevé como delitos, de modo que *ponga en peligro la tranquilidad pública*, será castigado con prisión de tres años a seis años.

4.2.2.3. Ataques a la libertad de prensa e información

La libertad de prensa e información vuelve a verse mermada, luego de las restricciones derivadas de la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión,²² al sumarse al catálogo punitivo supuestos como el contenido en el siguiente artículo:

Artículo 296-A. Todo individuo que por medio de informaciones falsas difundidas por cualquier medio impreso, radial, televisivo, telefónico, correos electrónicos o escritos panfletarios, *cause pánico en la colectividad o la mantenga en zozobra*, será castigado con prisión de dos a cinco años.

²¹ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 5 453, extraordinario, 24.3.2000.

Artículo 350 CRBV: “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”.

²² Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 38 081, 12.7.2004.

Si los hechos descritos en el aparte anterior fueron cometidos por un funcionario público, valiéndose del anonimato o usando para tal fin el nombre ajeno, la pena se incrementará en una tercera parte.

Este artículo será aplicado sin perjuicio a lo establecido en la legislación especial sobre los delitos informáticos, telecomunicaciones, impresos y transmisión de mensajes de datos.

4.2.2.4. *Menoscabo de los derechos fundamentales y ciertas libertades políticas*

La oposición política venezolana había venido manifestando su descontento a través del cierre de las vías de comunicación de manera anárquica. Si bien considero inaceptables las consecuencias de este tipo de acciones hacia los usuarios de dichas vías, difiero de la prioridad legislativa dada a este tema y, en especial, del contenido del párrafo único de este artículo, por su clara violación a principios constitucionales, por lo cual debería ser objeto de nulidad.

A ello se suman los efectos restrictivos derivados de la eliminación de los beneficios procesales y las fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena, que considero violatorios de los artículos 19 y 272 de la CRBV, los cuales establecen la obligación estatal reflejada en el *principio de progresividad en la protección de los derechos humanos*, así como las *condiciones indispensables del sistema penitenciario* tendientes a la rehabilitación del reo. Éstos contemplan:

Artículo 19

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

Artículo 272

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

Por lo tanto, resulta criticable la respuesta dada a los *trancazos* (obstaculización de las vías públicas de tráfico). Pese a su clara contraposición al texto constitucional,

en la reforma penal aprobada se incluye el artículo dentro del capítulo referido a los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación, con el contenido siguiente:

Artículo 357

Quien ponga obstáculos en una vía de circulación de cualquier medio de transporte, abra o cierre las comunicaciones de esas vías, haga falsas señales o realice cualquier otro acto con el objeto de preparar el peligro de un siniestro, será castigado con pena de prisión de cuatro años a ocho años.

Quien cause interrupción de las vías de comunicación mediante voladuras o quien por este mismo medio cause descarrilamiento o naufragio de un medio de transporte, será castigado con prisión de seis años a diez años.

Quien asalte o ilegalmente se apodere de buque, accesorio de navegación, aeronaves, medios de transporte colectivo o de carga, o de la carga que éstos transporten, sean o no propiedad de empresas estatales, será castigado con pena de prisión de ocho años a dieciséis años.

Quien asalte un taxi o cualquier otro vehículo de transporte colectivo para despojar a tripulantes o pasajeros de sus pertenencias o posesiones, será castigado con pena de prisión de diez años a dieciséis años.

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

5. Fiscales y jueces: garantes del Estado de derecho

Establece la Constitución y desarrolla la Ley Orgánica del Ministerio Público el deber y atribución del fiscal general de la República de velar por la observancia de la Constitución, de las leyes y de las libertades fundamentales en todo el territorio nacional. Por ello extraña la tardía reacción del garante de la constitucionalidad y del Estado de derecho ante los errores de la reforma penal llevada a cabo por la Asamblea Nacional.

Pese a que a pocas semanas de haberse publicado en *Gaceta Oficial* el texto de la Ley de Reforma Parcial del Código Penal, hecho ocurrido durante el mes de marzo (corregido el mes siguiente), momento en el cual el máximo representante del Ministerio Público manifestó las fallas de aquél, la respuesta oficial de este organismo no se formalizó sino hasta finales del mes de junio.

El comunicado del Ministerio Público dado a conocer durante los primeros meses del año era firme al indicar que la Asamblea Nacional había sido impactada por una “cultura de la emergencia”.²³ Sin embargo, la solicitud de la nulidad por inconsti-

²³ Según información publicada en el diario *El Nacional*, en su edición del jueves 31 de marzo de 2005, cuerpo A, página 6. En la nota de prensa se reseña cómo el fiscal general de la República, Julián Isaías Rodríguez Díaz, lamenta que la Asamblea Nacional haya acogido la tendencia dirigida al “aumento desmedido de la represión” en el momento de reformar el Código Penal, y asevera que “lo que se logra es aumentar la desconfianza en la capacidad del Estado para atender el fenómeno criminal, se menoscaban los derechos humanos y se contribuye con el debilitamiento del Estado como estructura mediadora y pacificadora frente a la conflictividad social”.

tucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, máxima autoridad jurisdiccional encargada del control de la constitucionalidad, no ocurrió sino hasta tres meses después.²⁴

Por su parte, el ente judicial es llamado a ponderar el poder que le otorga el Legislativo al Ejecutivo, en el marco de referencias que comporta el texto constitucional. Este control de la constitucionalidad obliga que los jueces dejen de actuar como “neutrales políticos”²⁵ en materia de política criminal, al fundamentar sus decisiones en estricta atención a los principios establecidos en la Constitución y las Leyes.

Ante la disyuntiva de la vigencia de normas penales de cuya constitucionalidad se duda, cabe preguntarse qué lineamientos han de seguir los fiscales del Ministerio Público en sus actuaciones judiciales, ante la vigencia de un Código Penal sobre el cual pesa una solicitud de nulidad interpuesta por el propio fiscal general, quien paradójicamente a su vez los faculta vía delegación para regir el proceso penal en observancia de un Código Penal considerado inconstitucional.

Ahora bien, toda vez que el garante de la constitucionalidad en Venezuela ha advertido sobre la presunta inconstitucionalidad de la reforma que se discute actualmente en la Asamblea Nacional (en especial referencia al tema de la delincuencia organizada), ¿sería posible esperar un control menos dilatado de la actividad legislativa en este aspecto, que cumpliera con sus deberes constitucionales de manera independiente, en pro del respeto y garantía de los derechos constitucionales?

Notas finales

El proceso cognitivo que nos lleve a enfrentar las manifestaciones de la criminalidad, abriendo un espacio particular para el fenómeno terrorista, ha de ser claro y determinado por el Estado, con el objeto de evitar perder nuestro sistema de libertades.

La acción estatal no ha de estar amparada en la lucha contra un enemigo sin rostro o una guerra que jamás sucederá. Los casos hipotéticos han de dejarse a un lado. A la opinión pública hemos de darle el espacio necesario para formar su propio criterio, en atención al respeto de los derechos fundamentales. Lo contrario sería beneficiar el efecto político perseguido por los criminales, al ser limitados los derechos fundamentales por el Estado. La sociedad moderna ha de aprender a autodefenderse, con un costo que no implique la pérdida de sus valores fundamentales.

²⁴ Información detallada sobre la interposición del recurso intentado por el Ministerio Público puede leerse en la edición del diario *El Universal*, del 30 de junio de 2005, en que se publica el comunicado del fiscal general de la República sobre el tema: <http://www.eluniversal.com/2005/06/30/pol_art_30106A.shtml>.

²⁵ Peter-Alexis Albrecht: “Die Bedrohung der Dritten Gewalt durch irrationale Sicherheitspolitik”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (ed.): *Irrwege der Strafgesetzgebung* (pp. 11-25), tomo 69, Fráncfort: Peter Lang Verlag, 1999, p. 25.

Ponderación, sindéresis, diálogo y cautela han de ser el común denominador de toda política legislativa penal, la cual debe contar con el contenido preciso que le permita tener vigencia en el tiempo, para de esta forma brindarle a la población, no sólo en la lucha contra el terrorismo, sino en el más *lato sensu*, la posibilidad cierta de pasar de un derecho penal emergente a un derecho penal permanente, en el cual los principios constitucionales y el respeto a los derechos fundamentales sean la fuente de inspiración de la letra del legislador y de la acción de las instituciones de la justicia, las cuales indefectiblemente han de regirse por criterios de imparcialidad e independencia, valores sin los cuales la transparencia y objetividad requeridas para el respeto de sus acciones sería una falacia.

Lo contrario sería estimular la erosión de las normas sociales de nuestras naciones.²⁶

Bibliografía

- ALBRECHT, Peter-Alexis: “Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (ed.): *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts* (429-443), tomo 50, Fráncfort: Peter Lang, 1995.
- “Die Bedrohung der Dritten Gewalt durch irrationale Sicherheitspolitik”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (ed.): *Irrwege der Strafgesetzgebung* (11-25), tomo 69, Fráncfort: Peter Lang, 1999.
- GLÄEBNER, Gert-Joachim: *Sicherheit in Freiheit. Die Schutzfunktion des demokratischen Staates und die Freiheit der Bürger*, Opladen: Leske & Budrich, 2003.
- LAGODNY, Otto: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tubinga: J. C. B. Mohr, 1996.
- NAUCKE, Wolfgang: *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden: Nomos, 2000.
- WEBER, Max: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tubinga: J. C. B. Mohr, 1972.

Legislación

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 5 453, extraordinario, Caracas, 24.3.2000.

Código Penal. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 5 768, 13.4.2005.

²⁶ Esta frase se la debo al eminente Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Winfried Hassemer, magistrado vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal alemán, con quien tuve la oportunidad de dialogar sobre el tema objeto de este artículo.

- Ley contra la Corrupción. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 5 637, 4.7.2003.
- Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 38 081, 12.7.2004.
- Ley Orgánica del Ministerio Público. *Gaceta Oficial* n.º 5 262, extraordinario, 11.9.1998.
- Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. *Gaceta Oficial* n.º 5 266, extraordinario, 2.10.1998.

Recursos de Internet

- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Servicio Autónomo de Información Legislativa: <<http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=687>> (Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal)L; <<http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=559>> (Ley de Reforma del Código Penal).
- BRICEÑO, Gerardo: “La emergencia del derecho penal”, en *Tecnojuris, Podium Jurídico*: <<http://www.tecnojuris.com/modules.php?name=News&file=article&sid=978>> (1/12/2004).
- Diario *El Universal*, <http://www.eluniversal.com/2005/06/30/pol_art_30106A.shtml>, (30.6.2005).
- Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, <<http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasprensa/notasdeprensa.asp?codigo=1649>> (23.11.2004).

Periódicos

- MARCILLA CÓRDOBA, Gema: “Racionalidad de las leyes penales y Estado constitucional”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 52, Madrid, Marzo 2005, pp. 54-62.
- Diario *El Nacional* (Venezuela), edición del 31 de marzo de 2005.