

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Alexander Espinoza Rausseo\* (Venezuela)**

## **La reserva legal en el derecho penal y los derechos fundamentales. Estudio comparado entre Alemania y Venezuela**

### **RESUMEN**

En el presente estudio revisaremos algunos aspectos del principio de legalidad penal en un proceso comparativo entre el estándar del derecho alemán y la actual aplicación del derecho penal en Venezuela. La doctrina de los derechos fundamentales constituye un valioso aporte para el análisis del ámbito de aplicación y los subprincipios del principio de legalidad penal. En la práctica venezolana encontraremos numerosas imprecisiones, que ponen en evidencia que enfrentamos un tema aún en evolución. Se trata de indicios claros del desarrollo de una justicia con connotación ideológica, donde se desconocen los límites que derivan de los derechos fundamentales, en favor de una absoluta discrecionalidad del juez.

**Palabras clave:** reserva legal, principio de legalidad penal, prohibición de analogía, costumbre, precedentes judiciales, confianza legítima, determinabilidad de la ley.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit einigen strafrechtlichen Aspekten des Legalitätsprinzips mittels eines Vergleichs des deutschen Rechtsstandards mit der derzeitigen Anwendung des Strafrechts in Venezuela. Die Grundrechtslehre leistet dabei einen wertvollen Beitrag zur Bestimmung des Anwendungsbereichs des Legalitätsprinzips und den ihm zugrundeliegenden Prinzipien im Strafrecht. In der venezolanischen Rechtspraxis gibt es jedoch zahlreiche Ungenauigkeiten, die zeigen,

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas; magister legum, Universidad de Passau (Alemania); pasantía de investigación, universidades de Freiburg y de Würzburg (Alemania), presidente de la Fundación Instituto de Estudios Constitucionales de Caracas. Docente UCV. contacto@estudiosconstitucionales.com. <http://www.estudiosconstitucionales.com>.

dass es sich immer noch um ein nicht endgültig geklärtes Thema handelt. Es gibt klare Anzeichen für eine Ideologisierung der Justiz, die sich über die aus den Grundrechten abgeleiteten Grenzen zu Gunsten uneingeschränkter Richterwillkür hinwegsetzt.

**Schlagwörter:** Gesetzesvorbehalt; strafrechtliches Legalitätsprinzip; Analogieverbot; Gewohnheit; Präzedenzfälle in der Rechtsprechung; Vertrauensschutz; Bestimmtheitsgrundsatz.

## ABSTRACT

In this study we analyze some aspects of the legality principle in criminal law and compare the standard in German law with the actual application of criminal law in Venezuela. The doctrine of fundamental rights is a valuable contribution to the analysis of the scope of the criminal law principle of legality and its subsidiary principles. In the practical application of Venezuelan law we find numerous imprecisions which reveal that the matter is still evolving. They are clear indications of the development of a type of justice with ideological connotations, in which the limits placed by fundamental rights are ignored and replaced by the judges' absolute discretion.

**Keywords:** Requiring regulation by parliament, legality principle in criminal law; prohibition of interpretation by analogy; customary rules; judicial precedents; legitimate expectation; determinability of law.

## 1. Justificación

El principio de reserva legal general es manifestación de la separación de poderes,<sup>1</sup> del principio del Estado democrático<sup>2</sup> y liberal de derecho. En el derecho penal, deben ser tomados en consideración, adicionalmente, los principios de prevención general y de culpabilidad, así como el principio de fragmentariedad. La posibilidad del individuo de conocer la existencia de una prohibición y la amenaza penal con anterioridad al hecho también guarda relación con el principio de dignidad humana.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> José Peña Solís, *Manual de derecho administrativo*, vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 602.

<sup>2</sup> BVerfGE 40, 237/249; Volker Krey, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 2008, p. 21.

<sup>3</sup> Boris Krivec aus Moers, *Von Versailles nach Rom*, Dissertation, Hamburg, 2004, p. 14; BVerfGE 95, 96/130 – Guardianes del Muro.

## 2. Ámbito de aplicación

### 2.1. Las normas de la parte general

**Caso 1: Dolo eventual (parte I).** Carlos Eduardo fue condenado por el delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, por el arrollamiento de una persona al conducir la unidad de transporte colectivo, sin luces delanteras y a alta velocidad. La Sala de Casación Penal sostuvo que el dolo eventual no aparece contemplado en el ordenamiento jurídico penal y que se traduciría en una aplicación analógica de la ley penal (SCON-TSJ, 12 de abril de 2011, Exp. 10-0681).\*

\* Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/420.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/420.htm).

La prohibición de analogía comprende, en primer lugar, los tipos penales de la parte especial y las conminaciones de pena o penas abstractas previstas, aunque estas se encuentren excepcionalmente en la parte general.<sup>4</sup>

Los presupuestos generales de la punibilidad que no están regulados expresamente en la ley, tales como las teorías sobre la relación causal, sobre la delimitación entre acto preparatorio y tentativa, sobre dolo, imprudencia y error, o sobre consentimiento, delitos omisivos y autoría mediata, pueden ser determinados por la jurisprudencia o por la costumbre, aunque vayan en perjuicio del autor.<sup>5</sup>

#### **Solución del caso 1: Dolo eventual (parte I)**

*Relación jurídica.* El Estado protege el derecho a la vida a través del derecho penal y limita la libertad general de actuación de las personas. Tal limitación debe ser realizada mediante una ley formal.

*Tipicidad.* La conducta aparece descrita en los artículos 405 y 409 del Código Penal (dar muerte a alguna persona). La conducta en el artículo 405 debe ser intencional, mientras que en el artículo 409 debe ser “*con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes e instrucciones*”.

*Determinabilidad de la ley (lex certa).* El Código Penal no describe en detalle lo que entiene por “*intencionalidad*”, ni tampoco desarrolla el término “*imprudencia*”. Pero tales conceptos indeterminados pueden ser objeto de interpretación, como en efecto lo han sido por parte de abundante doctrina y

<sup>4</sup> Claus Roxin, *Derecho penal*, t. I, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 156.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 159; Johannes Wessels y Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 42ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2012, p. 15.

jurisprudencia. El legislador pudo haber desistido de tomar partido en la controversia para permitir su desarrollo científico.\*

*Prohibición de la analogía (lex stricta).* Los límites de la interpretación de la ley penal en contra del individuo son los establecidos por el sentido de las palabras (interpretación literal). En la jurisprudencia y la doctrina se admite pacíficamente que bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.\*\*

Esta interpretación no excede los límites de la interpretación gramatical, por lo que no es contraria al principio de prohibición de la analogía.

\* El legislador alemán suprimió las definiciones propuestas, debido a las múltiples cuestiones controvertidas existentes al respecto. Roxin, *op. cit.*, p. 428.

\*\* Roxin, *op. cit.*, p. 415.

## 2.2. Aplicación *in malam partem*

**Caso 2: Código de Justicia Militar (parte I).** El artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar establecía: “Incurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o alguna de sus unidades”. La Corte Interamericana observó que el tipo penal se limita a prever la pena a imponerse, sin tomar en cuenta el dolo específico de causar descrédito, lesionar la buena fama o el prestigio, o inferir perjuicio al sujeto pasivo. Según la Corte, al no especificar el dolo requerido, dicha ley permite que la subjetividad del ofendido determine la existencia de un delito, aun cuando el sujeto activo no hubiera tenido la voluntad de injuriar, ofender o menospreciar al sujeto pasivo.\*

\* Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 56.

El carácter de garantía individual de libertad también es relevante para establecer el ámbito de protección del principio de legalidad. Dado que se trata de la protección del individuo frente a una penalización no previsible, ello supone que sólo es aplicable cuando la disposición afecta desfavorablemente al individuo,<sup>6</sup> mientras que siempre es admisible la interpretación analógica, incluso a través de

<sup>6</sup> Albin Eser y Björn Burkhardt, *Strafrecht 1*, 4ª ed., München, Verlag C. H. Beck, 1992, p. 19.

una reducción teleológica del tipo penal, así como la costumbre, cuando resulta más favorable al reo.<sup>7</sup>

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en admitir que, por analogía, sería posible extender las regulaciones de eximentes y atenuantes a hechos no previstos por ellas. En este sentido se acepta la analogía *in bonam partem* para solucionar lagunas que afectan a casos genéricos que merecen un tratamiento liberador o atenuador de pena, pero que carecen de esa regulación legal.<sup>8</sup>

### 2.3. Derechos fundamentales como causas de justificación

**Caso 3: Uso de armas de fuego en manifestaciones.** Mediante Resolución dictada por el Ministro para la Defensa, se reguló la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en reuniones públicas y manifestaciones.\* Entre otras normas, el artículo 15, numeral 9, establece una excepción a la prohibición de portar o usar armas de fuego en el control de reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, cuando por la necesidad y proporcionalidad de los medios empleados para contrarrestarla sea necesario su porte y uso. El artículo 22 indica en el numeral 7 que, frente al riesgo mortal, la funcionaria o funcionario militar aplicará el método del uso de la fuerza potencialmente mortal, bien con el arma de fuego o con otra arma.

\* Resolución 008610 del 23 de enero de 2015, dictada por el Ministro del Poder Popular para la Defensa, GO 40.589 de 27 de enero de 2015.

Estimamos que el ejercicio de los derechos fundamentales constituye una causa de justificación en el derecho penal,<sup>9</sup> aun cuando sus efectos irradiantes también pueden irrumpir en el derecho penal, a través de la interpretación de los elementos del tipo (BVerfGE 82, 236/266 – Schubart).<sup>10</sup> Así también lo ha considerado la

<sup>7</sup> Ingo Bott y Paul Krell, “Der Grundsatz ‘nulla poena sine lege’ im Lichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen”, *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, 6/2010, p. 694; Ralf Peter Schenke, *Die Rechtsfindung im Steuerrecht, Konstitutionalisierung, Europäisierung und Methodengesetzgebung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 189; SCP, 10 de diciembre de 2003, Exp. 02-043.

<sup>8</sup> Juan Pablo Montiel Fernández, *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*, tesis doctoral, Barcelona, 2008, p. 18; Alberto Arteaga, *Derecho penal venezolano*, 11ª ed., Caracas, Ediciones Liber, 2009, p. 81. Sin embargo, rechaza, en principio, la analogía en favor del reo.

<sup>9</sup> Karl Lackner y Kristian Kühl, „Vor §32,“ n.m. 28, *Strafgesetzbuch Kommentar (StGB)*, 26ª ed., München, Verlag C.H. Beck, 2007.

<sup>10</sup> Disponible en:

[http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/BVerfGE-82-236.html](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE-82-236.html).

jurisprudencia en Argentina<sup>11</sup> y alguna sentencia de instancia en Venezuela.<sup>12</sup> Un criterio distinto ha sido sostenido, sin embargo, por la Primera Sala de lo Penal del Ecuador<sup>13</sup> y por la Sala Constitucional de Venezuela.<sup>14</sup>

En Alemania, el parágrafo 193 del Código Penal establece que el ejercicio de intereses legítimos (entre los que se encuentran los derechos fundamentales a la libertad de opinión, de información, artística, etc.) puede justificar la afectación del bien jurídico del honor de otra persona. Tal disposición es considerada una causa de justificación.<sup>15</sup> Ello implica que la aplicabilidad de la norma depende de la ponderación entre los intereses en conflicto del autor y el ofendido, y que el autor del hecho no puede hacer valer tal disposición cuando la valoración de sus intereses no prevalezca frente a los del ofendido.<sup>16</sup>

El tema es relevante también en cuanto al principio de legalidad, en razón de que no sería necesaria una norma legal expresa para que el juez penal se encuentre obligado a ponderar la importancia de la conducta protegida por un derecho fundamental, como una circunstancia que eventualmente excluya la antijuridicidad.

### **Esquema para la solución del caso 2: Código de Justicia Militar (parte I)**

*Relación jurídica.* El Estado protege el interés general en la reputación\* y buen funcionamiento de la fuerza armada, a través del derecho penal, y limita la libertad de expresión de las personas. Tal limitación debe ser realizada a través de una ley formal.

*Determinabilidad de la ley (lex certa).* Según la Corte Interamericana,\*\* el Código Orgánico de Justicia Militar no establece el dolo específico de causar descrédito, lesionar la buena fama o el prestigio, o inferir perjuicio al sujeto pasivo. No compartimos del todo esa posición.

El *animus injuriandi* desarrollado en materia de libertad de expresión, no corresponde al análisis del dolo, sino más bien forma parte de la antijuridicidad.\*\*\* Para el dolo es suficiente que el autor sabía y por lo menos toleraba que lo expresado podía afectar la reputación. Pero en la causa de justificación tiene mayor peso la intención de narrar o de informar acerca de un hecho de interés general, frente a la lesión del bien jurídico protegido.

<sup>11</sup> *Caso Dahlgren, Jorge Eric c/ Editorial Chaco SA y otros/ daños y perjuicios*, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, D. 828. XL. Fuente: "Libertad de Expresión" Secretaría de Jurisprudencia, Considerando 5°.

<sup>12</sup> Juzgado Superior Primero Civil, Caracas, 13 de octubre de 2010, Exp. 10.10220.

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de Casación Penal, Quito, 29 de octubre de 2004, Serie 17, Gaceta Judicial 15, 29 de octubre de 2004, Considerando séptimo.

<sup>14</sup> SCON-TSJ, 15 de julio de 2010, Exp. 09-1003.

<sup>15</sup> Lackner y Kühl, *op. cit.*, §193 StGB, n.m. 1.

<sup>16</sup> En este sentido, la jurisprudencia reiterada de la Corte Federal desde BGHSt 18, 182 (Sent. del 15 de enero de 1963, Exp. 1 StR 478/62).

Es cierto que sería por lo menos conveniente que la ley estableciera claramente los parámetros para que la aplicación de las normas de protección del honor y la reputación no dejen vacío el ejercicio de la libertad de expresión. Pero su omisión no impide al juez cumplir con su deber de sujeción directa a la Constitución y exigir tales estándares en el caso concreto. Falta entonces el elemento negativo de la reserva legal, relativo a la prohibición de los órganos de ejecución de actuar a falta de ley.

Sin embargo, aún queda por analizar si la norma cumple con el principio de determinabilidad, claridad y previsibilidad de la ley (ver más adelante, caso 5: Código de Justicia Militar (parte II)).

\* También en ese sentido, Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, cit., párr. 63.

\*\* *Ibid.*, párr. 199. [Nota: La Corte ordenó al Estado modificar el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar. Sin embargo, el Estado no ha dado cumplimiento al deber señalado, infringiendo normas de derecho internacional].

\*\*\* También en este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Dahlgren, Jorge Eric c/ Editorial Chaco SA y otros/ daños y perjuicios*, cit., Considerando 5°.

### **Esquema para la solución del caso 3: Uso de armas de fuego en manifestaciones**

*Relación jurídica.* La norma regula la eventual justificación de la conducta del funcionario militar, a partir de la legítima defensa de la vida. Se trata de una disposición que establece la competencia de un funcionario, que puede afectar el derecho a la vida y la integridad física de un particular.

*Principio de reserva legal.* La norma no tiene carácter sancionatorio, por lo que no es aplicable el principio de reserva legal penal. Sin embargo, se trata de una limitación a un derecho fundamental, por lo que es materia de reserva legal general. Tal como lo dispone el último aparte del artículo 55 de la Constitución venezolana, una limitación por parte del Estado del derecho a la vida debe encontrarse establecida por una norma dictada por el Parlamento. Sin embargo, la Resolución del Ministro para la Defensa no constituye una ley formal.

*Principio de determinabilidad.* El grado de determinabilidad debe ser proporcional a la gravedad de la afectación del derecho.\* La afectación del derecho a la vida sería definitiva e irreversible, incluso más gravosa que una sanción privativa de libertad. Por tal motivo, no es suficiente una cláusula general, como el deber de los órganos de seguridad ciudadana para brindar protección frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo. Más bien, se requiere que la ley establezca claramente en qué casos puede el Estado realizar una conducta capaz de poner en riesgo la vida de una persona.

Podría pensarse que la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana (2009) sería aplicable como fundamento legal, en la medida en que regula el uso de la fuerza mortal. En la doctrina alemana se

explica que las normas del derecho de policía no son aplicables en materia de reuniones y manifestaciones, cuando la misma se encuentra regulada en forma especial y excluyente por las leyes de la materia (BVerfG NVwZ 2007, 1180).\*\*

Además, el uso de armas de fuego en manifestaciones encuentra una prohibición constitucional expresa en el artículo 68, I de la Constitución venezolana: “*Se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas*”. La Resolución dictada por el Ministro del Poder Popular para la Defensa es abiertamente inconstitucional. Como veremos, tal prohibición no puede ser evadida a través de la interpretación de los derechos fundamentales como causas de justificación.

*Derechos fundamentales como causas de justificación.* En Venezuela, con anterioridad a la Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía (2008), se había admitido pacíficamente la aplicación de las normas sobre causas de justificación, tales como la legítima defensa, para determinar la antijuridicidad de una muerte ocasionada por funcionarios de policía (SCP-TSJ, 25 de julio de 2000, Exp. N-00-009, SCP-TSJ, 01 de agosto de 2000, Exp. 93-1089, SCP-TSJ, 16 de noviembre de 2000, Exp. 00-1242). Pero, en contra de la aplicación de tales normas en sustitución o para ampliar las disposiciones sobre la actuación de los órganos de policía, debe señalarse que las normas de legítima defensa y de estado de necesidad, en derecho civil y penal, están destinadas a regular relaciones entre particulares, pero no pueden justificar una evasión de la exhaustiva regulación de la legislación de policía y de sus elevadas condiciones de proporcionalidad y ponderación de bienes.\*\*\*

*Presunción de la imputación al Estado.* En principio, la actuación de los funcionarios de la fuerza armada es imputable al Estado, lo cual supone la aplicabilidad exclusiva de las normas de derecho público.\*\*\*\* No es posible admitir los mismos parámetros para la legítima defensa de un ciudadano común. El tratamiento diferenciado a los funcionarios de la fuerza armada deriva de ciertos elementos, tales como el deber de adoptar escalas progresivas para el uso de la fuerza, el deber de resistencia pasiva y la presunción de que el entrenamiento policial permanente le permite enfrentar la situación de una forma distinta. Se trata de un problema que adquiere gran complejidad\*\*\*\* en los casos en que se encuentren en juego derechos irrenunciables por el funcionario, o cuando prevalezcan elementos personales, esto es, cuando el agente actúe más como ciudadano que como funcionario. Pero en el caso planteado, podemos asumir que la autorización general para el porte y uso de armas de fuego en el control de manifestaciones, a través de una resolución, es una situación imputable sólo al Estado. Ello excluye la aplicación de las causas de justificación y exige la vigencia del principio de legalidad y de las garantías de protección de los derechos fundamentales frente a la actuación del funciona-

rio. Además, el elevado riesgo para la vida de terceros no agresores no puede ser justificado, en ningún caso.

\* Alexander Espinoza, Principios de derecho constitucional, Caracas, Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 157.

\*\* Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/BVerfG-1BvR-1090-06.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfG-1BvR-1090-06.htm).

\*\*\* Martin Kutscha, “Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt”, NVwZ, vol. 7, 2004, p. 803; a este resultado también llega, Philip Kunig, “art. 2”, en Ingo von Münch y Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 5ª ed., t. I, München, C. H. Beck’sche Verlagbuchhandlung, 2000, n.m. 85 del.

\*\*\*\* Por el contrario, Wessels y Beulke, *op. cit.*, p. 108.

\*\*\*\*\* La legítima defensa de terceros ha sido muy controversial en el caso de la amenaza de tortura, como muestran Lackner y Kühl, *op. cit.*, § 32, n.m. 17ª. En sentido negativo, Wessels y Beulke, *op. cit.*, p. 108. En sentido afirmativo, la sentencia LG Frankfurt NJW 2005, 692, dictada en el caso Daschner.

## 2.4. Derecho procesal

**Caso 4: Medidas provisionales en el proceso penal.** El artículo 242 del COPP-2012 enumera las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad. El numeral 9 establece una cláusula abierta: “9. *Cualquier otra medida preventiva o cautelar que el tribunal, mediante auto razonado, estime procedente o necesaria*”. Ejemplo de ello es la prohibición de emitir declaraciones o referirse al proceso penal, que fue impuesta a *Usón Ramírez*,\* *Oswaldo Álvarez Paz*,\*\* *Gustavo Azócar*\*\*\* y a *Antonio Rivero*,\*\*\*\* entre otros.

\* Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, cit., párr. 95.

\*\* Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Informe sobre la situación de la Libertad de Expresión en Venezuela en 2010”, contenida en el Capítulo IV del Volumen I del Informe Anual 2010 de la CIDH, párr. 9.

\*\*\* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 464.

\*\*\*\* Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe sobre la situación de la Libertad de Expresión en Venezuela en 2010, párr. 12.

De acuerdo con su origen y justificación, el principio especial *nulla poena sine lege* sólo está referido a las normas del derecho penal sustantivo.<sup>17</sup> Los motivos que le sirven de fundamento no son transferibles al derecho procesal.<sup>18</sup> Por ello se afirma

<sup>17</sup> BVerfGE 112, 304/315; Markus Möstl, “Grundrechtliche Garantien im Strafverfahren”, en Josef Isensee y Paul Kirchhof (coords.), *Handbuch des Staatsrechts VIII*, 3ª ed., Hüthig Jehle Rehm, Heidelberg, C.F. Müller, 2010, §179, n.m. 56.

<sup>18</sup> Krey, *op. cit.*, p. 28; Thomas Böckenförde, *Die Ermittlung im Netz: Möglichkeiten und Grenzen neuer Erscheinungsformen strafprozessualer Ermittlungstätigkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, p. 117.

la posibilidad de interpretación analógica en el proceso penal, en virtud de que el principio constitucional de legalidad penal no le es directamente aplicable.<sup>19</sup>

Sin embargo, no es admisible la analogía, en el caso de las normas que tienen carácter de intervención en los derechos fundamentales, tales como las medidas de coerción en el proceso penal.<sup>20</sup> Se afirma, en tal sentido, que si bien no es aplicable el principio de legalidad penal, en todo caso el derecho procesal penal se rige por el principio de reserva legal general y de determinabilidad de la ley,<sup>21</sup> así como la doctrina de la protección de la confianza.<sup>22</sup> La densidad y determinabilidad de las medidas de coerción personal en el marco de un proceso penal dependen de en qué medida constituyen intervenciones relevantes o de cierta gravedad en derechos fundamentales.<sup>23</sup>

#### **Esquema para la solución del caso 4: Medidas provisionales en el proceso penal**

(a) El artículo 242 numeral 9 COPP-2012 no establece el contenido de la medida, ni los presupuestos en que sería procedente. En cuanto a su finalidad, es posible interpretar que la medida debería ser idónea, necesaria y proporcional para satisfacer los supuestos que motivarían la privación judicial preventiva de libertad (peligro de fuga o de obstaculización), incluso desde el punto de vista de prevención frente a la reincidencia, aun cuando tal finalidad no aparece expresamente en el COPP-2012. Aunque la norma no establece una “pena”, en sentido estricto, el grado de determinabilidad y previsibilidad debe ser proporcional a la gravedad de la limitación del derecho fundamental. Tal disposición es entonces contraria al principio de determinabilidad de la ley (*lex certa*), en la medida en que permite limitaciones graves, a través de una cláusula general.

(b) La prohibición de emitir declaraciones o referirse al proceso penal es una limitación grave del derecho a la libertad de expresión, por lo que sólo puede ser dictada en virtud de una norma legal expresa. La medida excede la simple prohibición de repetir las declaraciones que hubieran dado lugar al juicio. Tampoco existe una relación entre la medida y los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad, antes indicados.

<sup>19</sup> Böckenförde, *ibid.*, p. 117. También en este sentido, la jurisprudencia venezolana SCP, 10 de diciembre de 2003, Exp. 02-043.

<sup>20</sup> Böckenförde, *ibid.*, p. 118.

<sup>21</sup> BVerfGE 112, 304/315.

<sup>22</sup> Möstl, *op. cit.*, §179, n.m. 56.

<sup>23</sup> Uwe Hellmann, *Strafprozessrecht*, 2ª ed., Berlin, Springer Verlag, 2006, p. 45.

## 2.5. Delitos de lesa humanidad

Carl Schmitt aportó al régimen nacionalsocialista la fórmula ‘*nullum crimen sine poena*’, en sentido inverso a la expresión tradicional ‘*nulla poena sine lege*’. Con ello, no quedaría “ningún crimen sin castigo”.<sup>24</sup> El Código Penal de 1935 disponía que también podía ser objeto de sanción penal un hecho que merecía castigo, de acuerdo con la sana conciencia del pueblo. Si una ley penal no era directamente aplicable, entonces la sanción debía ser impuesta, de acuerdo con el espíritu de la norma que mejor se ajustara al caso.<sup>25</sup>

Por el contrario, el principio de legalidad penal supone que por mucho que una conducta sea socialmente nociva, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico-penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley.<sup>26</sup> Tal limitación puede dar lugar a graves contradicciones valorativas. Se establece una regla de ponderación de valores,<sup>27</sup> según la cual la potestad sancionatoria del Estado debe retroceder siempre, ante la garantía de seguridad jurídica del individuo.

En casos extremos se ha reconocido una excepción a la regla mencionada.<sup>28</sup> Según la fórmula de Radbruch, no sería aplicable cuando la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance un nivel insoportable.<sup>29</sup> Tal sería el caso de normas que contraríen los principios fundamentales de la justicia, que su aplicación suponga una injusticia en lugar de derecho.<sup>30</sup> Las situaciones en las que deban desconocerse tales principios, deben ser limitadas a excepciones extremas, en virtud del elevado valor del principio de seguridad jurídica.<sup>31</sup> La vulneración debe tener tal peso que infrinja las convicciones jurídicas generales de todos los pueblos sobre el valor y la dignidad del ser humano.<sup>32</sup>

En Venezuela, según la Sala de Casación Penal, los delitos de contenido inhumano deben ser juzgados, sin que la atipicidad valga como excepción.<sup>33</sup> La jurisprudencia inicial de la Sala Constitucional había establecido que la calificación de una infracción penal como delito de lesa humanidad o contra los derechos humanos corresponde al legislador, en razón del principio de legalidad que establecen el artículo

<sup>24</sup> Udo Ebert, *Derecho penal. Parte general*, Hidalgo, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005, p. 8.

<sup>25</sup> Volker Epping, *Grundrechte*, 2ª ed., Heidelberg, Springer, 2005, p. 378.

<sup>26</sup> BVerfGE 47, 109/124 – Principio de determinabilidad; BVerfGE 71, 108/116 – Prendedor Anti-Energía Atómica; Roxin, *op. cit.*, p. 137.

<sup>27</sup> Helmut Fuchs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Wien, Verlag Österreich, 2012, p. 41.

<sup>28</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 7. II; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15. II.

<sup>29</sup> Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Edisa Editorial, 2004, p. 45.

<sup>30</sup> BVerfGE 23, 98/106 – Revocatoria de la ciudadanía.

<sup>31</sup> BGHSt 41, 101/107 – Guardianes del muro III.

<sup>32</sup> BGHSt 2, 234, 239.

<sup>33</sup> SCP-TSJ, 29 de julio de 2010, Exp. AA30-P-2010-000201.

49.6 de la Constitución y, entre otros, el artículo 9 del Estatuto de Roma, así como en resguardo de la seguridad jurídica (SCON-TSJ, 15 de abril de 2005, Exp. 04-2533).<sup>34</sup>

No compartimos la actual doctrina de la Sala Constitucional, que ha calificado como de lesa humanidad delitos cometidos por empleados de instituciones financieras,<sup>35</sup> delitos contra el patrimonio público y delitos de drogas,<sup>36</sup> o el encubrimiento y simulación de hecho punible, en un caso conexo con el delito de homicidio calificado,<sup>37</sup> sin previsión legal expresa. En nuestro criterio, no se trata de conductas que puedan ser calificadas como una “injusticia insoportable y evidente”, sino que pone en evidencia la ligereza en el manejo de una categoría de orden excepcional, en favor de una absoluta discrecionalidad del juez.

Con base en tal calificación se ha declarado la imprescriptibilidad de la acción penal,<sup>38</sup> la inaplicación de la retroactividad penal,<sup>39</sup> de la amnistía,<sup>40</sup> así como la negativa de importantes garantías procesales,<sup>41</sup> como las medidas cautelares sustitutivas de la medida de privación de libertad.<sup>42</sup>

### 3. La costumbre y los precedentes judiciales (*lex scripta*)

**Caso 5: Dolo eventual (parte II).** La Sala de Casación Penal modificó el criterio que había mantenido en forma unánime con respecto a la existencia de la figura del dolo eventual. En su nueva decisión negó la aplicación de tal figura y dictó una condena más leve que las proferidas por la instancia, bajo el sustento del dolo eventual. La Sala Constitucional declaró que tal proceder había infringido la expectativa plausible que radicaba en cabeza del Ministerio

<sup>34</sup> Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/428.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/428.htm).

<sup>35</sup> SCON-TSJ, 27 de mayo de 2011, Exp. AA50-T-2011-0439. Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/430.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/430.htm).

<sup>36</sup> SCON-TSJ, 09 de noviembre de 2005, Exp. 03-1844.

<sup>37</sup> SCON-TSJ, 06 de marzo de 2008, Exp. 07-1783. Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/429.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/429.htm).

<sup>38</sup> SCP-TSJ, 29 de julio de 2010, Exp. AA30-P-2010-000201. Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/421.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/421.htm).

<sup>39</sup> SCON-TSJ, 27 de mayo de 2011, Exp. AA50-T-2011-0439, *op. cit.*

<sup>40</sup> Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, 16 de junio de 2008, Causa 1Aa 6894/08. Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/713.html](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/713.html).

<sup>41</sup> Recientemente, la Sala flexibilizó su criterio, al establecer, con carácter vinculante, la posibilidad de conceder a los imputados y penados por el delito de tráfico de drogas de menor cuantía, fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y a la ejecución de la pena (SCON-TSJ, 18 de diciembre de 2014, Exp. 11-0836).

<sup>42</sup> SCON-TSJ, 06 de marzo de 2008, Exp. 07-1783, *op. cit.*

Público, de que, cuando menos, esa juzgadora no aplicase el nuevo criterio al caso que lo determinó (SCON-TSJ, 12 de abril de 2011, Exp. 10-0681).\*

\* Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/420.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/420.htm).

Si bien el derecho consuetudinario ya no desempeña hoy papel alguno, sin embargo, el llamado derecho judicial creado por los denominados “precedentes” tiene tal importancia, que podría conseguir el grado de validez del derecho consuetudinario. Tales precedentes no tienen, sin embargo, carácter vinculante. Por el contrario, el juez debe decidir en forma independiente, según su convicción, si la interpretación expresada en el precedente se encuentra o no fundada en el derecho vigente. De lo contrario estaría obligado a apartarse de tal precedente.<sup>43</sup> Ello deriva del principio de autonomía e independencia de los jueces, quienes sólo deben obediencia a la ley y al derecho.

En la práctica, sólo muy raramente se dará la convicción jurídica general que junto a la praxis constante es precisa para las construcciones de derecho consuetudinario, puesto que en derecho penal son discutidas casi todas las teorías generales.<sup>44</sup>

**Esquema de resolución del caso 5: Dolo eventual (parte II).** El precedente no tiene fuerza vinculante para el juez, ni produce efectos *erga omnes*, sino sólo entre las partes. La modificación del criterio de interpretación, dentro de los límites de la norma legal, no afecta la garantía de seguridad jurídica. El autor del hecho podía conocer directamente de la ley las consecuencias de su conducta y el riesgo de la sanción penal. No puede hablarse de una aplicación retroactiva al caso concreto de un nuevo criterio jurisprudencial. Si se admitiera la aplicación del principio de irretroactividad penal en contra de la víctima, entonces sería imposible la aplicación retroactiva en favor del reo. (continúa...)

#### 4. La confianza legítima

Como fundamento del principio de confianza legítima, la Sala Constitucional ha afirmado que los jueces deben garantizar la igualdad.<sup>45</sup> No compartimos este criterio. La aplicación del principio de igualdad produciría la petrificación del precedente judicial, el cual no podría ser modificado en otros casos similares.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 430.

<sup>44</sup> Roxin, *op. cit.*, p. 160.

<sup>45</sup> SCON-TSJ, 20 de abril de 2009, Exp. 08-1478.

La confianza legítima constituye una institución jurídica distinta al principio de igualdad. La misma protege el interés de un individuo en el mantenimiento o estabilidad de una regulación, por motivos de seguridad jurídica. Tales situaciones se plantean en casos de cambios abruptos de una regulación jurídica, en las cuales se produce una limitación desproporcionada de un derecho individual.

#### **Esquema de resolución del caso 5: Dolo eventual (parte II, continuación)**

Debe determinarse si un criterio más favorable al imputado no puede ser aplicado en forma retroactiva, por ser al mismo tiempo un criterio desfavorable para la víctima o para el Ministerio Público. Tal posibilidad debe ser desestimada. La imputación y sanción penales afectan derechos de libertad del imputado. La víctima sería titular de un derecho de protección, mientras que, la colectividad (representada por el Ministerio Público) no sería titular de un derecho subjetivo, sino de un interés general jurídicamente protegido, en este caso, un interés objetivo derivado del derecho a la vida (art. 43). La decisión judicial que hubiera modificado o dejado de aplicar un criterio, con un resultado desfavorable para tales intereses no puede ser objeto de control bajo los parámetros del principio de legalidad, porque no entra en su ámbito de aplicación.

## **5. La determinabilidad de la ley (*lex certa*)**

**Caso 6: Código de Justicia Militar (parte II).** El artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar establecía: “Incurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o alguna de sus unidades”. La CIDH ha señalado que esta norma penal, así como los artículos antes mencionados del Código Penal, por su estructura vaga e imprecisa, vulneran el principio de estricta legalidad.<sup>7</sup> Al respecto, la Corte Interamericana observó que el tipo penal no establece los elementos que constituyen la injuria, ofensa o menosprecio, ni especifica si es relevante que el sujeto activo impute o no hechos que atenten al honor o si una mera opinión ofensiva o menospreciante, sin imputación de hechos ilícitos, por ejemplo, basta para la imputación del delito.<sup>\*\*</sup>

**Caso 7: Código de Justicia Militar (parte III).** El ciudadano Isver Raúl Molina Cárdenas desobedeció la voz de alto en un punto de control; no presentó ningún tipo de documentación y opuso resistencia a la detención, golpeando a varios soldados. El Ministerio Público presentó acusación por los delitos militares de ofensas al centinela, previsto en el encabezamiento del artículo 502 y menosprecio a la fuerza armada, previsto en el artículo 505 del

Código Orgánico de Justicia Militar, en razón de que el ciudadano presuntamente “ofendió” de palabra y gestos a los funcionarios que fungían como centinelas en la comisión, al ignorarlos y no acatar la orden de alto, “*como si estuvieran pintados en la pared o su labor militar no sirviera para nada e incluso los ofendió en gestos al agredirlos físicamente con golpes*”. El Juzgado Militar desestimó la acusación, por la comisión del delito militar de menosprecio a la fuerza armada nacional, pero admitió la acusación por el delito militar de ofensa al centinela.<sup>\*\*\*</sup>

\* Fuente: Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 402.

\*\* Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, cit., párr. 56.

\*\*\* Tribunal Militar Décimo Tercero de Control con Sede en la Fría, 2 de noviembre de 2011.

La Corte IDH ha señalado que si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal. En la elaboración de los tipos penales es necesario utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.<sup>46</sup>

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha señalado reiteradamente que el principio de legalidad penal obliga al legislador a describir con precisión los presupuestos para la punibilidad de la conducta.<sup>47</sup> La ley debe determinar la extensión y el ámbito de aplicación del tipo penal o, por lo menos, estos deben ser determinables mediante interpretación.<sup>48</sup> El grado de determinabilidad y densidad de la ley depende de la gravedad de la sanción. El legislador debe determinar las condiciones de punibilidad con mayor precisión, en la medida en que la sanción sea más grave.<sup>49</sup>

El principio de legalidad garantiza que en el ámbito del derecho penal, en atención al amplio alcance de sus consecuencias, sea únicamente el legislador quien decida –de manera general y abstracta– sobre la punibilidad de una conducta. El principio de determinabilidad constituye una orden dirigida al legislador penal para actuar y, al mismo tiempo, una orden dirigida al juez penal de abstenerse de actuar. Por estos motivos, el principio de legalidad prohíbe también al juez penal corregir por propia iniciativa una ley indeterminada.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 63; Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela* Sentencia, cit., párr. 55; Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 174.

<sup>47</sup> BVerfGE 105, 135/152; BVerfGE 92, 1/11 – Bloqueos sentados II.

<sup>48</sup> BVerfGE 92, 1/11 – Bloqueos sentados II.

<sup>49</sup> BVerfGE 14, 245/251; BVerfGE 26, 41/43.

<sup>50</sup> BVerfGE 105, 135/153.

### **Esquema de resolución del caso 6: Código de Justicia Militar (parte II)**

Disentimos del criterio establecido por los órganos del Sistema Interamericano, en razón de que el principio de legalidad penal no excluye la posibilidad de aplicación de conceptos, que requieren la interpretación por parte del juez. Como ha sostenido el Tribunal Federal Constitucional de Alemania,<sup>\*</sup> el legislador tiene la necesidad de tomar en cuenta la multiformidad de la vida. Además, debido a la generalidad y abstracción de las normas penales, es inevitable que en los casos particulares existan dudas sobre si un comportamiento cae o no dentro del tipo legal. En todo caso, los destinatarios de las normas, basados en las disposiciones legales, deben poder prever si un comportamiento es punible.

Podríamos considerar que se trata de una posición superada por la jurisprudencia de la Corte IDH. Al pronunciarse acerca de una disposición de responsabilidad civil, relativa a una conducta descrita en términos generales (“perturbando de cualquier modo su intimidad”), señaló que no fue la norma en sí misma la que determinó el resultado lesivo e incompatible con la Convención Americana, sino su aplicación en el caso concreto por las autoridades judiciales del Estado.\*\*

\* BVerfGE 92, 1/12 – Bloqueos sentados II. También, en el caso del delito de injuria, BVerfGE 93, 266/292.

\*\* Corte IDH, *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91.

### **Esquema de resolución del caso 7: Código de Justicia Militar (parte III)**

*Relación jurídica.* El Estado protege el interés general en la reputación<sup>\*</sup> y el buen funcionamiento de la fuerza armada, a través del derecho penal y limita la libertad de expresión de las personas. Tal limitación debe ser realizada a través de una ley formal.

*Determinabilidad de la ley.* El caso ilustra que el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar es aplicado por los tribunales en términos muy amplios. Pero el exceso en la interpretación de la norma constituye un vicio en la sentencia judicial. Para la interpretación de la norma, debe tomarse en cuenta su finalidad protectora de la reputación y buen funcionamiento de la fuerza armada, y su ámbito de aplicación en torno a la libertad de expresión. En el caso concreto, la conducta del sujeto activo habría afectado la integridad física del funcionario y la validez de la orden de detenerse e identificarse. Tales bienes jurídicos también se encuentran protegidos por normas penales, que pertenecen a la jurisdicción ordinaria y no a la jurisdicción militar. En tal caso, habría que determinar si tales órdenes eran o no contrarias a derecho y si el individuo tenía el derecho a no acatarlas (CPV-2005, art. 220; StGB, § 113, aparte 2\*\*).

Por lo tanto, la aplicación extensiva de la ley penal constituye en este caso una infracción del principio de determinabilidad de la ley (*lex certa*).

\* También en ese sentido, Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, cit., párr. 63.

\*\* BVerfG NVwZ 2007, 1180, *op. cit.*, nota al pie 26.

## 6. Habilitaciones en favor de reglamentos

**Caso 8: Sustancias ilícitas.** Para la determinación de cuáles sustancias se encuentran controladas, la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (LOSEP) empleaba varios mecanismos: a. *La ley enumera expresamente* las materias primas, insumos, precursores, productos químicos y disolventes para ser utilizados en la fabricación no autorizada de estupefacientes y psicotrópicos (art. 3, ap. II). También remitía a las listas I y II del anexo I de dicha ley; b. En segundo lugar, la ley hacía uso de la habilitación en favor de normas sublegales. El artículo 2, en la definición de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, disponía que el ministerio con competencia en materia de producción y comercio, *por resolución*, podría declarar bajo control las materias primas, insumos, productos químicos, solventes, precursores y cualesquiera otros no destinados a la elaboración de medicamentos. c. En tercer lugar, el artículo 25 disponía que quedaban sometidas al control del Ejecutivo nacional las materias primas, insumos, productos químicos, solventes y demás precursores químicos, *“cuya utilización pudiera desviarse a la producción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas”* (VS-SCP-TSJ, 29 de abril de 2011, Exp. 2010-363; BVerfG, - 2 BvR 509/96\*\*).

\* Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/418.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/418.htm).

\*\* Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/BVerfG2-BvR-509-96.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfG2-BvR-509-96.htm).

La reserva legal no impide que el legislador habilite las normas sublegales para regular la materia reservada, pues sería imposible que el legislador estableciera hasta los últimos detalles de la disciplina de una materia.<sup>51</sup>

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha establecido que al legislador no le está prohibido delegar al Ejecutivo la precisión más detallada de las condiciones de una conducta punible, a través de la habilitación para dictar reglamentos, siempre que tal habilitación sea suficientemente determinada, en cuanto a su contenido, finalidad y alcance. Además de tales requisitos, debe tomarse en consideración el

<sup>51</sup> SCON-TSJ, 17 de agosto de 2004, Exps. 03-0508 y 03-0527.

principio de legalidad penal, según el cual, las condiciones de la punibilidad y del tipo de pena deben poder ser previsibles desde la ley formal y no desde el reglamento.<sup>52</sup>

Lo esencial es evitar incurrir en remisiones genéricas y no delimitadas a favor de la administración, que generan lo que la doctrina ha denominado la deslegalización de la actividad del legislador.<sup>53</sup>

Las condiciones de determinabilidad de la ley son más estrictas en el caso de penas privativas de libertad, en comparación con otro tipo de sanciones.<sup>54</sup> Si el legislador determina suficientemente claro lo que debe ser penalizado, y establece además la forma y la dimensión de la pena en una ley formal, trasladando a la autoridad administrativa sólo la especificación del hecho punible, entonces se garantiza la seguridad jurídica y la libertad del individuo en el sentido y la finalidad del principio de reserva legal penal.<sup>55</sup>

### **Esquema de resolución del caso 8: Sustancias ilícitas**

1) Relación jurídica: El Estado limita la libertad general de actuación del individuo (art. 20) con el objeto de proteger la salud (art. 83) y la vida (art. 43) de eventuales consumidores.

2) Reserva legal: La norma reguladora de conducta está sujeta al principio de reserva legal, en la medida en que supone una limitación a un derecho de libertad. Tratándose de una norma penal, es aplicable el principio contenido en el artículo 49, VI de la Constitución.

3) Determinabilidad de la ley: El objeto material de la conducta típica lo constituyen las sustancias psicotrópicas o estupefacientes, así como las sustancias químicas controladas. Para la determinación de tales sustancias, la ley emplea varios mecanismos:

a. La enumeración expresa de las sustancias ilícitas y la remisión a las listas I y II del anexo I cumplen con la suficiente densidad normativa y permiten al destinatario de la norma prever la licitud de su conducta.

b. En el caso de la habilitación en favor de normas sublegales, debe revisarse individualmente si la sustancia incluida por la norma sublegal, con efectos generales y debidamente publicada, se encuentra a tal punto relacionada con las sustancias enumeradas en la ley, que el destinatario de la norma podía prever desde la propia ley que los mencionados derivados podían ser incluidos

<sup>52</sup> BVerfG 2 BvR 1101/08 – 7, Oktober 2008 (OLG Stuttgart/LG Stuttgart).

<sup>53</sup> SCON-TSJ, 27 de julio de 2004, Exp. 00-1445; SCON-TSJ, 17 de agosto de 2004, Exps. 03-0508 y 03-0527; SCON-TSJ, 21 de noviembre de 2001, Exp. 00-1455. También en este sentido, la jurisprudencia y doctrina españolas: Luis Pomed, “Algunos aspectos de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la libertad y a la seguridad”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Núm.: 17 diciembre 2006, p. 168.

<sup>54</sup> BVerfGE 14, 174/185 - Sujeción a la Ley en el Derecho Penal.

<sup>55</sup> BVerfGE 14, 174/186 - Sujeción a la Ley en el Derecho Penal.

en el ámbito de protección de la ley de sustancias estupefacientes y de sus normas penales.

c. En tercer lugar, se alude a sustancias, “*cuya utilización pudiera desviarse a la producción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas*”. Con ello parece dejar la determinación de la sustancia ilícita a la interpretación en casos individuales, por el juez o la administración pública. Una interpretación según la cual se trata de sustancias no previstas en la ley sería contraria al principio de determinabilidad de la ley.

Tal criterio es coincidente con el voto salvado de la magistrada Blanca Rosa Mármol de León, en SCP-TSJ, 29 de marzo de 2011, Exp. 2010-363.

\* Tribunal Constitucional español, Sentencia 24/2004, de 24 de febrero de 2004.

## 7. Prohibición de la analogía (*lex stricta*)

**Caso 9: Sicariato.** Yuberlis Patricia dio muerte a una joven, a petición de Ydania del Valle, quien prometió y pagó la cantidad de un millón de bolívars. Debe establecerse si se produjo el delito especial de sicariato en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada (LOcDO): *Quien dé muerte a alguna persona por encargo o cumpliendo órdenes de un grupo de delincuencia organizada, será penado con prisión de veinticinco a treinta años.*

**Caso 10: Asociación para delinquir.** Leopoldo López fue imputado por la perpetración del delito de asociación para delinquir previsto en el artículo 37 de la LOcDO. Los hechos se refieren a la convocatoria a una manifestación pública “cuyo propósito y consigna iban dirigidas a la salida”.

\* SCP-TSJ, 31 de octubre de 2014, Exp. 2014-331.

**Caso 11: Delito de obstaculización.** El artículo 357 del Código Penal venezolano tipifica como delito la acción de poner obstáculos en una vía de circulación de cualquier medio de transporte, “con el objeto de preparar el peligro de un siniestro”.

La exigencia de determinabilidad de la ley excluye la justificación de una sanción penal, a través de la analogía o la costumbre.<sup>56</sup> La analogía no debe ser entendida en su estricto sentido técnico; más bien se prohíbe cualquier aplicación de la ley que exceda el contenido de una norma legal sancionatoria. El sentido de literal de la ley fija el límite máximo de la interpretación judicial admisible.

<sup>56</sup> BVerfGE 71, 108/115 – Prendedor Anti-Energía Atómica.

### **Esquema de resolución del Caso 9: Sicariato**

1) La expresión ‘por encargo o cumpliendo órdenes de un grupo de delincuencia organizada’ podría generar la duda de si el tipo sólo se configura a través de la organización o si es también aplicable a encargos fuera de ella.

2) La LOcDO “tiene por objeto prevenir, investigar, perseguir, tipificar y sancionar los delitos relacionados con la delincuencia organizada”. La definición de ‘delincuencia organizada’ se encuentra vinculada a “la intención de cometer los delitos establecidos en esta Ley”, con lo cual la ley resulta en alto grado indeterminada.

3) En el derecho comparado se distingue la pertenencia a una organización, de la situación de codelinquencia, pues la existencia de personas coordinadas –sin sujeción jerárquica– no supone la existencia de organización, esta es un *aliud* y un *plus* frente a la mera codelinquencia.\*

No compartimos el criterio de la Sala de Casación Penal en el sentido de que “comete el delito de sicariato aquel que haya dado muerte a alguna persona porque se lo hayan encargado, como aquel que lo haya hecho cumpliendo órdenes de un grupo de delincuencia organizada” (SCP-TSJ, 30 de junio de 2010, Exp. AA30-P-2010-000032).

\* ATC 212/1998, de 13 de octubre.

### **Esquema de resolución del caso 10: Asociación para delinquir**

Es aplicable la misma interpretación de los numerales 2 y 3 del caso anterior. En Venezuela, la legislación contra la delincuencia organizada ha sido aplicada a las numerosas detenciones en manifestaciones públicas.\* El sólo hecho del ejercicio colectivo de la actividad ha dado lugar a la imputación de penas elevadas, cuya finalidad se refería a la especial peligrosidad de la delincuencia organizada y el terrorismo.

\* Al finalizar la edición de este artículo, Leopoldo López había sido hallado culpable, en primera instancia, de los cargos de instigación pública, daños a la propiedad en grado de determinador, incendio en grado de determinador y asociación para delinquir, y condenado a 13 años, 9 meses, 7 días y 12 horas de prisión.

### **Esquema de resolución del caso 11: Delito de obstaculización**

El artículo 357 del Código Penal se encuentra ubicado en el Capítulo II, De los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación. Es claro que el bien jurídico protegido no se refiere simplemente al libre tránsito, sino que se pretende proteger la seguridad en el transporte.\*

A pesar de la indicada finalidad protectora de la norma, y a pesar del elemento del tipo, referido a que hubiera sido cometido “con el objeto de preparar el peligro de un siniestro”, sin embargo, la infracción de la norma es imputada por la obstaculización de las vías, en el marco de manifestaciones públicas.

\* En sentido contrario, entre muchas: Sala 2, Corte de Apelaciones, Edo. Zulia, 07 de abril de 2014, VP02-P-2014-008906.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Edisa Editorial, 2004.
- ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto, *Derecho penal venezolano*, 11ª ed., Caracas, 2009.
- BÖCKENFÖRDE, Thomas, *Die Ermittlung im Netz: Möglichkeiten und Grenzen neuer Erscheinungsformen strafprozessualer Ermittlungstätigkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.
- BOTT, Ingo *et ál.*, “Der Grundsatz ‘nulla poena sine lege’ im Lichte verfassungsgerechter Entscheidungen”, *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)* 6/2010.
- BREWER-CARIAS, Allan R., *El régimen constitucional de los decretos leyes y de los actos de Gobierno*, VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, San Cristóbal, 2001. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.4.428.pdf>.
- EBERT, Udo, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Said Escudero Irra, Hidalgo, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005.
- EPPING, Volker, *Grundrechte*, 2ª ed., Berlin, Springer, 2005.
- ESER, Albin *et ál.*, *Strafrecht 1. Schwerpunkt. Allgemeine Verbrechen*, 4ª ED., München, Verlag C. H. Beck, 1992.
- ESPINOZA, Alexander, *Principios de Derecho Constitucional*, Caracas, Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.
- FUCHS, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Wien, Verlag Österreich, 2012.
- HELLMANN, Uwe, *Strafprozessrecht*, 2ª ed., Berlin, Springer Verlag, 2006.
- KREY, Volker, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Tomo 1: Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 2008.
- KRIVEC AUS MOERS, Boris, *Von Versailles nach Rom – Der lange Weg von Nullum crimen, nulla poena sine lege Bedeutung und Entwicklung des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts im völkerrechtlichen Strafrecht*, Dissertation, Hamburg, 2004.
- KUNIG, Philip, “art. 2”, en Ingo VON MÜNCH y Philip KUNIG (coords.), *Grundgesetz-Kommentar Band I GGK I*, 5ª ed., München, C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 2000.
- KUTSCHA, Martin, “Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt - ein verdrängtes Problem- In memoriam Hans Liskan”, *NVwZ*, vol. 7, 2004.
- LACKNER, Karl *et ál.*, *Strafgesetzbuch Kommentar (StGB)*, 26ª ed., München, Verlag C.H. Beck, 2007.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2001.
- MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo, *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*, tesis doctoral, Barcelona, 2008.
- MÖSTL, Markus, “Grundrechtliche Garantien im Strafverfahren”, en Josef ISENSEE y Paul KIRCHOF (coords.), *Handbuch des Staatsrechts, t. VIII: Grundrechte:*

*Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit*, 3ª ed., Hüthig Jehle Rehm, Heidelberg, C.F. Müller, 2010.

PEÑA SOLÍS, José, *Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999*, vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Estudios Jurídicos, 2002.

ROMEO MALANDA, Sergio, “Las eximentes por analogía en el Código Penal español de 1995. Especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005.

ROXIN, Claus, *Derecho penal*, t. I, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Madrid, Editorial Civitas, 1997.

SCHWABE, Jürgen, *Compilación de sentencias. Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

WESSELS, Johannes y Werner BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 42ª ed, Heidelberg, C.F. Müller, 2012.