

PROF. ELSIE ROSALES. SISTEMA PENAL Y REFORMA LEGAL EN VENEZUELA: LA TENSIÓN ENTRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL ESTADO POLICIAL. 175-230. REVISTA CENIPEC. 25. 2006. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. ELSIE ROSALES

**SISTEMA PENAL Y REFORMA LEGAL EN VENEZUELA:
LA TENSIÓN ENTRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL ESTADO POLICIAL***

* Este artículo es producto del proyecto sistema penal, estado constitucional y reforma penal que forma parte de la línea de investigación sistemas penales y que a partir de 2005 cuenta con el copatrocinio del Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela, al cual se le reconoce y agradece todo su apoyo. Mi agradecimiento a Yekuana Rodríguez del Instituto de Ciencias Penales por la elaboración del gráfico aquí incluido.
Fecha de recepción: 24/11/2005. Fecha de aceptación: 20/01/2006

PROF. ELSIE ROSALES
Universidad Central de Venezuela
Instituto de Ciencias Penales
Caracas - Venezuela
icpc@cantv.net

Resumen

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

Palabras clave: Ley penal, sistema penal, control penal, Estado constitucional, Estado policial, derecho penal del enemigo, derechos, garantías.

The criminal system and legal reform in Venezuela tension between the constitutional state and the police state.

Abstract

The approach to the 2005 partial amendment of the Venezuelan penal code is made from the legal and socio-juridical perspectives, inasmuch as the criminal law regulates, and sets the limits to, the administration of the hardest expression of political power: the punitive power, the environment of the criminal system. This calls for consideration of some of its relations: political power and criminal legislation, criminal legislative policy and the legislation's symbolic function; areas of the system in which one may appreciate the interaction between statute law and criminal system and the impact on the criminal law reform. In particular, attention is brought to the juridical ideological association between criminal statute law drafted under the premises of maximum criminal law -that of "the enemy"- and the evolvement of the criminal control of an Authoritarian or Police System, the legal framework of an inhuman criminal system betting on the strengthening of a criminal system limited and bound by statute criminal law within the framework of the development of human rights and respect for guarantees.

Key words: Criminal statute law, criminal system, criminal control, constitutional state, police state, criminal law of the enemy, rights, guarantees.

Le système pénal et la réforme légale au Venezuela : La tension entre l'État constitutionnel et l'État policier.

Résumé

Du point de vue des perspectives juridiques et socio - juridique, on aborde la réforme partielle du Code Pénal vénézuélien, promulguée le 16 mars 2005, puisque c'est la loi pénale qui régule et délimite l'administration de l'expression la plus dure du pouvoir politique: le pouvoir punitif, à partir duquel se déroule le fonctionnement du système pénal. Cela suppose la considération de certaines de ses relations : pouvoir politique et loi pénale, politique législative pénale et fonction symbolique de la législation, cadres du système au sein desquels on peut apprécier l'interaction entre la loi et le système pénal, ainsi que l'impact de la réforme pénal. Tout particulièrement, on répond à l'association idéologique et juridique entre la loi pénale élaborée sous les prémisses du Droit pénal majeur, droit expansif ou droit « de l'ennemi », et le déroulement du contrôle pénal appartenant à l'État Autoritaire ou Policier. Il s'agit d'un cadre juridique et politique qui correspond à un système pénal inhumain et de guerre, qui lutte et qui s'oppose, d'autre part, à l'État Constitutionnel préconisé par la Constitution au Venezuela. Ce dernier, lié à un idéal démocratique et humaniste, qui parie pour le renfort d'un système pénal limité et délimité par la loi pénale encadrée dans le développement des droits et le respect des garanties personnelles.

Mots Clés: Loi pénale, système pénal, contrôle pénal, État constitutionnel, État policier, droit pénal de l'ennemi, droits, garanties.

**Sistema penal e reforma legal na Venezuela:
a tensão entre o Estado consitucional e o Estado policial.**

Resumo

Das perspectivas jurídica e sócio jurídica, aborda-se a Reforma Parcial do Código Penal venezuelano promulgada em 16 de março de 2005, enquanto que a lei penal regula e delimita a administração da mais dura expressão do poder político: o poder punitivo, através do qual se desenvolve o sistema penal. Isso supõe a consideração de algumas das suas relações: poder político e a lei penal, política legislativa penal e função simbólica da legislação, âmbitos do sistema nos quais pode-se observar a interação entre lei e sistema penal e o impacto da reforma penal. No particular, atende-se a associação ideológico-jurídica entre a lei penal produzida sob as premissas do Direito Penal máximo, expansivo ou “do inimigo” e o desenvolvimento do controle penal próprio do Estado Autoritário ou Policial, contexto jurídico e político de um sistema penal inumano e bélico que luta e se opõe, por outra parte, ao Estado Constitucional propugnado constitucionalmente na Venezuela, que está associado a ideais democráticos e humanistas, que apostam pelo fortalecimento de um sistema penal limitado e delimitado pela lei penal contextualizada no desenvolvimento dos direitos e o respeito às garantias.

Palavras chave: Lei penal, sistema penal, controle penal, Estado constitucional, Estado policial, direito penal do inimigo, direitos, garantias.

1.- Seguridad *versus* libertad en las políticas penales: las reformas penales actuales.

La vieja tensión entre *libertad* y *seguridad*¹ se actualiza cada vez que las políticas públicas contra la criminalidad anuncian medidas: se trate de una ley penal o de un operativo policial masivo. En el lento pero anhelado camino hacia la sociedad democrática, ganar espacios para el cada vez más pleno ejercicio de las libertades públicas y en consecuencia, para el disfrute de los derechos humanos, se tropieza con la “emergencia” generada por problemas, reales o contruídos, coyunturales o permanentes que aquejan y preocupan a la sociedad o, al menos, tienen la capacidad de atemorizarla, al extremo que presa de miedo, reclame mano dura contra el hampa o esté dispuesta a ceder libertades y derechos para protegerse: para ganar “seguridad”.

Lo que generalmente no tiene claro la comunidad atemorizada debido a la construcción o sensibilización ante los miedos -reales, contruídos o tergiversados- es que el *incremento de la represión* no forma parte de una ecuación que se traduzca en una *disminución de la criminalidad* y por ello, en *mayor seguridad*. La realidad es otra nada alentadora: cuando la política penal es pura represión espasmódica que no está articulada a la construcción de una política pública de protección de los derechos y libertades, sino que obnubilada por la “emergencia” arremete con operativos policiales y otras medidas *efectistas* que alardean la presencia en la calle de fuerzas policiales y hasta militares, lo que se obtiene es una “disminución” artificial de los indicadores de delincuencia selectivamente marcados, pero nada que repercuta en un verdadero alivio para la comunidad.

Dentro del bagaje comúnmente recurrido por el poder punitivo de los Estados, se presenta un catálogo de medidas *efectistas* que incluyen *reformas legales* completamente desarticuladas de lo que sería una política legislativa democrática, pero que no obstante, persiguen aliviar a la comunidad haciéndoles “sentir” que se está haciendo algo, aunque para nada se haya evaluado científicamente la realidad para pronosticar el impacto de la reforma. Leyes que se anuncian sin preguntarse si efectivamente son capaces de coadyuvar en la difícil tarea de controlar problemas tan complejos como la delincuencia y violencia delictiva o si, por el contrario, el

¹ Sobre una explicación a esta dualidad, puede verse: Rosales 2002: Terrorismo y globalización del control penal. Revista del Tribunal Supremo de Justicia N° 6. especialmente p.35 a 40.

aumento del poder punitivo y con éste, el de la violencia emanada de las instancias gubernamentales encargadas de aplicarlo, puede paradójicamente aumentar la cresta de violencia que aqueje a la sociedad. Con lo cual, el efecto *criminógeno* producido por el aumento de la represión penal, debe ser medido por todo Estado que se estime democrático como parte del balance necesario para adelantar cualquier política pública en el área.

Lamentablemente, en el comportamiento casi estandarizado en Occidente de las instancias gubernamentales encargadas de brindar leyes penales, prevalece la convicción de que esta *función simbólica de la ley penal* puede brindar rentabilidad política, aunque sea coyuntural en medio de un ambiente político social signado por la *inmediatez*: la gente puede tranquilizarse o “sentirse” más segura, con prescindencia de la seguridad real. De hecho, algún sector u operador político puede ganar protagonismo público si ofrece la “solución mágica” de una ley salvadora que “al aumentar las penas y las incriminaciones” protegerá a la comunidad atemorizada del asecho delictivo. Otros, pueden buscar la solución mágica en la ley penal sencillamente porque muy a pesar de sus muy buenas intenciones no han tenido la oportunidad de reparar en las dificultades que conlleva.

Algunos datos de esta descripción general pueden aportar elementos claves para evaluar la política penal que, como decisión política democrática se deba adoptar, sobre todo, ante la lamentable constatación de que en Occidente -para referirse a un entorno delimitado con variables comunes- la tendencia parece ser hacia la *maximización* del control penal aun en desmedro de las libertades públicas e incluso, hacia un aumento de la represión que incluye la militarización de los conflictos internos y alcanza el tratamiento de la delincuencia común. Prueba de ello, es el modelo de intervención penal que desde la Casa Blanca se intenta exportar o desde aquí se intenta copiar, donde de modo sistemático y desde hace décadas se propone a la comunidad internacional un desmedido aumento de la represión en áreas críticas para sus intereses, asociados al fenómeno de la globalización, en medio de lo cual, el control penal mundializado ofrece un escenario propicio en el eje drogas ilegales y lavado, terrorismo y delincuencia organizada (Rosales, 2004). Venezuela por su parte, ha seguido al pié de la letra estas políticas internacionales expansionistas, mientras que internamente las dificultades del sistema penal y del comportamiento delictivo han aumentado.

Un ejemplo sobre hiperactividad del sistema penal sirve para incitar una reflexión: en Estados Unidos la tasa de encarcelamiento se ubica en más de ochocientas personas por cien mil habitantes, mientras que la media mundial no supera a cien personas por cien mil, siendo aun más alarmante su tasa de sujeción al sistema, la cual se ubica por encima de mil trescientas por cien mil habitantes, indicador que paradójicamente contrasta con las altas tasas delictivas que exhibe (Christie, 2001).

Para Venezuela, el aumento de la delincuencia y la violencia delictiva marca una línea ascendente significativa a partir de 1985, cuando por primera vez el país “califica” con indicadores suficientemente altos para ser considerado en los estudios internacionales sobre violencia. Es obvio, que el hito histórico que supone estos índices se vincula a dificultades sociales, económicas y políticas que ambientaron la vida del venezolano durante esos años (carencias del Estado de Derecho, desconocimiento de derechos, empobrecimiento, injusticia y desigualdad social, *banalización* de la violencia: Briceño León, 1999). Esta dramática tendencia no ha cedido y por el contrario, ofrece datos alarmantes para la década de los noventa, entre ello, la tasa de homicidios por cien mil habitantes que pasa de 10 a 40 por cien mil habitantes (Gráfico 1) y que para la década actual mantiene datos alarmantes. Así, el desbordamiento de la criminalidad apreciado en estos primeros años del nuevo milenio era de esperarse y estaba proyectado por la investigación científica que como ha sido usual, es ignorada por los operadores políticos.

En el momento actual, para atender la coyuntura y como parte de un clamor ya añejo, *la parte legislativa de la política penal venezolana* ha pretendido actualizar las incriminaciones penales mediante la preparación de un nuevo Código Penal. Como bien se ha dicho, el Código Penal es la ley más importante de un país después de la Constitución. Ello es así porque en este instrumento legal se expresa el código de relaciones entre el Estado y la sociedad de la manera más comprometedora para los derechos humanos. Ahí se fija la línea entre libertad y represión, entre derechos y castigo, entre libertades públicas y prohibiciones atendidas con mano dura. En este terreno se juega política y jurídicamente con la democracia. Es una zona vulnerable del sistema político que el Estado y la comunidad deben cuidar en aras del logro de un futuro cada vez más humano.

Sin embargo, las propuestas legales sobre el tapete, transitan por el mismo camino de las tendencias represivas y de la heredada cultura autoritaria, aunque sus cultores

vengan animados con las mejores intenciones. De un lado, un grupo de opinión parlamentario propició una reforma parcial “puntual” (de 38 artículos) del Código Penal que ha quedado finalmente promulgada y en vigor a partir de su publicación en Gaceta Oficial el 16/3/05². Esta reforma parcial desarticula el sistema, aumenta la represión y las incriminaciones en áreas que sin profunda reflexión estimaron debían ser atendidas y en consecuencia, contribuye al ya dramático desorden legislativo presente en toda la normativa penal venezolana desde hace décadas. El resultado es que paradójicamente, la desarticulación e incoherencia de las normas, en vez de conducir a la mayor represión o eficacia que proponen, conduce a la *impunidad* pues le abre nuevas grietas tanto al sistema penal general como a la aplicación de la ley.

De otro lado, el Tribunal Supremo enarbola otra propuesta que sigue la tendencia de la *maximización del Derecho Penal* (con 1.038 artículos), “Derecho Penal para todo”, sin reparar en que ello para nada mejora la vida ciudadana, ni su seguridad, pues la capacidad del Estado para enfrentar un fenómeno desbordado desde hace ya casi dos décadas es limitada, aunque haga lo que haga es limitada, y la única manera de atender progresiva pero racionalmente el problema, es dándole prioridad con extremo celo a las áreas que deberán ser incriminadas y atendidas con políticas penales coherentes, aprovechando el esfuerzo del Estado para mejorar al sistema y obtener datos *reales* de reducción del fenómeno. En tránsito con estas dos propuestas, la Asamblea Nacional a finales de 2002, le asignó a una Subcomisión especial la elaboración de un nuevo Código Penal. En esa instancia se ha ido preparando una reforma integral, pero en los últimos tiempos se ha debilitado esta labor, en cuya determinación sin duda ha obrado, junto a otras variables, la intención dirigida a la reforma parcial del Código Penal alcanzada en marzo 2005.

En una línea comprensiva de la política integral de atención estatal del sistema penal en la cual se inscribiría toda reforma legal, un problema crucial de que sirve de ejemplo, es cómo la *inseguridad* se asocia con la tremenda *impunidad* que exhibe el sistema y aún más, ciertos delitos. Esto es una constante histórica en los delitos de corrupción, pero ha llegado a niveles insoportables en delitos como el robo de vehículos, pues en su ejecución se mezcla un componente

² Gaceta Oficial extraordinaria N° 5.763 de 16/3/05 con una reimpresión de fecha 13-4-05 publicada en Gaceta Oficial extraordinaria N° 5.768.

violento que más allá del daño patrimonial arriesga gravemente la vida e integridad de las víctimas. Frente a eso, no se puede responder con un Código que por pretender cubrirlo todo no selecciona dentro de la ley penal a lo más grave, sino que refuerza su función meramente *simbólica* (Hassemer, 1989) o con reformas sesgadas y desarticuladas que pretenden atender un fenómeno complejo con acciones legislativas espasmódicas. Porque la regla es que en todo Estado su capacidad de intervención es limitada y por tanto, debe ocuparse prioritariamente de los ámbitos más críticos, desde la ley hasta alcanzar su ejecución, y así, progresivamente, armar un sistema o modelo propicio para la protección de los derechos humanos a la vez que cumple su misión de control delincencial. Pero, además, una razón de peso son los límites que en una sociedad democrática deben imponerse al poder penal, pues la *mera expansión de la ley penal*, no sólo desarticula el sistema generando impunidad sino que paradójicamente facilita el abuso de poder. *Impunidad y abuso del poder penal* son dos componentes nefastos para la consolidación de todo Estado, máxime para uno que desde una perspectiva histórica apenas inaugura su ideario constitucional democrático y que mucho le queda por andar en la búsqueda de una sociedad más justa e igualitaria, en la cual la articulación racional del sistema penal brinde como consecuencia natural mayor *seguridad* sin sacrificio de *la libertad*.

2.- Situación actual de la política legislativa de reforma del código penal.

Como es sabido, durante el último trimestre de 2004, la Asamblea Nacional tuvo previsto en su agenda legislativa tratar lo concerniente a varias leyes vinculadas al Sistema Penal, entre ellas se destacaba la propuesta de reforma del Código Penal y la Ley sobre Función Policial y el Cuerpo de Policía Nacional. Otros proyectos heredados del pasado tales como una Ley contra Delincuencia Organizada y la reforma a la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, vienen cursando y han sido aprobados en sendas primeras discusiones parlamentarias a finales de 2001. Ni hablar de otros proyectos atinente al control penal que reposan en la Asamblea tal y como ocurre con el Proyecto de Ley contra la Extorsión y el Secuestro y que justamente durante la primera semana de marzo de 2005 ha sido desempolvado dentro del desarrollo de una política gubernamental de control penal fronterizo.

Para noviembre de 2004, ya estaba superada la cresta de la atención política cifrada en el proceso de referéndum presidencial adelantados y las elecciones regionales, de modo que a partir del 2/11/04 la agenda legislativa de la Asamblea Nacional tenía previsto asumir la discusión sobre las propuestas de reforma del Código Penal, por lo que el tema alcanzó la sanción parlamentaria de la Reforma Parcial del Código Penal el 6 de enero del 2005 y así fue enviada al Ejecutivo, el cual la veto argumentando fundamentalmente problemas de inconstitucionalidad, así como anunció dificultades en el resguardo de principios penales y hasta defectos de técnica legislativa. No obstante, la Plenaria del Parlamento, el 3/3/05 sancionó nuevamente tal reforma parcial, justificando su aparente acoplamiento a las observaciones presidenciales, por lo que se promulgó el 16/3/05.

En resumen, exclusivamente en cuanto al Código Penal, en la actualidad la Asamblea Nacional ha cursado las siguientes propuestas:

√ La redacción de un nuevo Código Penal encomendada hace aproximadamente tres años a una Comisión especial para la preparación de los Códigos Procesal, Penal y de Justicia Militar (Comisión Mixta para la Reforma de los Códigos Procesal Penal, Código Penal Y Código de Justicia Militar) la cual estaba presidida por el Diputado Jordán Hernández.

√ Una reforma parcial (de alrededor de cuarenta artículos) propuesta por el Grupo Parlamentario Bloque del Cambio, encabezado por la Diputada Cilia Flores y nacida al hilo de los sucesos de abril de 2002, que finalmente quedó promulgada el 16/3/05.

√ Finalmente, el Anteproyecto de Código Penal de 1.038 artículos, propuesto por el Tribunal Supremo de Justicia, cuya elaboración fue encomendada al Magistrado Ángulo Fontiveros y para cuya redacción le acompañaron José Luis Tamayo, Mónica Fernández, Miguel Villarroel Sierralta y Gladys Hernández.

3.- Política legislativa y sistema penal.

La *función básica* de la ley penal es regular el poder punitivo, es decir, regular un poder político, seguramente el más delicado en todo Estado (Rosales, 2004). No obstante, esta idea bastante sencilla, históricamente no ha sido ni comprendida y menos aún asumida por las agencias legislativas (congresos y

asambleas nacionales). Por el contrario, la tendencia ha sido a dictar leyes a diestra y siniestra -fenómeno doctrinalmente denominado excesiva proliferación legislativa-, (Silva Sánchez, 1999; Hassemer, 1990) leyes desarticuladas, efectistas, *inmediatistas*, de urgencia, concebidas contra “un terrible enemigo” (“Derecho Penal del Enemigo” o “Derecho Penal de Emergencia”), (Jakobs, citado por Aponte, 1999 y Cancio, 2002) y, sobre todo, portadoras de la *cultura autoritaria* que lamentablemente ha signado por siglos al planeta y que se hace visible en esta región, *autoritarismo* perpetuado con el fin político hegemónico de mantener la opresión *funcional* a los ejes de poderío mundial de cualquier signo, insertas en la lógica de la sociedad contemporánea (Marcuse, 1972).

Estas legislaciones se han fincado en la búsqueda de sus efectos simbólicos (Hassemer, 1989; Rosales, 1996), es decir, leyes que dicen combatir el delito pero que en realidad buscan sólo brindar la *sensación* de su combate, que de paso, le facilitan cierta “rentabilidad política” a los actores que las promuevan sin importar que tanto la desarticulación como los excesos de las leyes penales, los pagan -como es usual- los socialmente más *vulnerables*, es decir, aquellos con menor acceso al disfrute de los derechos y por supuesto, más débiles ante la arbitraria operatividad selectiva del sistema policial (Zaffaroni, 2000), en definitiva: son *los pobres* los que terminan siendo la “clientela” predilecta del sistema penal, mientras que de manera inversamente proporcional se agudiza la impunidad de quienes cuentan con privilegios, pues la injusticia social al favorecer a algunas minorías las dota de privilegios que *funcionan* como contrapartida a las carencias de los grupos humanos mayoritarios y empobrecidos. La excesiva proliferación legislativa, también mal llamada “hiperinflación legislativa”, se asocia a un fenómeno que he denominado la Globalización del control penal y que en la óptica de los pensadores críticos deviene como el brazo del proceso de la globalización general que aprovecha el ámbito jurídico para adelantar sus estrategias de intervención y expansión, para algunos de “dominación” (Recasens, 2003), con lo cual se considera también los aspectos políticos del fenómeno de globalización de la cultura jurídica (Buenaventura de Sousa, 1999).

En tal sentido, Recasens apoyándose en pensadores contemporáneos, explica:

“...del mismo concepto de globalización se desprenden, además, serias paradojas, producto de la dificultad de globalizar lo que es heterogéneo. Tal

proceso parece imposible sin establecer relaciones de dominación o sin dictar unas pautas homogeneizadoras impuestas por aquellos (Estados, empresas, "lobby"...) que disponen de mayor poder coactivo. En otras palabras, existen globalizadores que imponen sus criterios, y globalizados que no tienen otra opción que aceptarlos. Tal vez el espacio ha cambiado, pero no la relación de dominación. La novedad es por tanto más aparente que real" (Recasens, 2003: 367).

Esto tiene un escenario especialmente propicio en el ambiente internacional y permite la difusión e incorporación al interior de los Estados de los modelos de legislación penal *prioritarios* para los ejes de poder y no siempre, ni necesariamente prioritarios para los países periféricos que terminan reproduciendo tal discurso como propio. Un ejemplo paradigmático de este fenómeno ha sido la *línea internacional de represión de las drogas ilegales propiciada por la política exterior de la Casa Blanca de Estados Unidos* y seguida por distintas instancias internacionales, la cual, más allá de la gravedad intrínseca del fenómeno, ha conducido a los países periféricos (como Venezuela) a la promulgación de leyes altamente represivas que en vez de conseguir disminuir el fenómeno criminal, conllevan a que sus precarios sistemas penales, dediquen sus limitados recursos y esfuerzos a perseguir a los más vulnerables (casi siempre consumidores, pequeños poseedores, los denominados "buhoneros de la droga" o más tristemente las denigrantemente llamadas "mulas") mientras quedan impunes los llamados jefes del ilícito negocio y más aun, los grandes poderes económicos implicados en el delito. Así, la satanización y el discurso moralizante alrededor del tema de las drogas, reproducido sin tapujos en tales leyes penales, *es funcional* y útil al ocultamiento de su verdadero perfil económico y con ello, se acentúa la persecución del vulnerable social, a la postre chivo expiatorio del sistema penal, mientras que los inescrupulosos poderes económicos permanecen ocultos y por ende, impunes.

Esta muy breve explicación sobre el modelo que aquí se está utilizando para ilustrar el problema de la política antidrogas, no es una mera inferencia, ha sido producto de años de investigación científica sobre el sistema penal en materia de drogas, lo cual ha demostrado cómo desde 1984, cuando se dictó la legislación antidrogas las cárceles se llenaron con consumidores, pequeños poseedores, curiosos, uno que otro pequeño distribuidor de barrios, o simplemente con personas *vulnerables* ante la selectividad del sistema, hasta alcanzar veinte por ciento de la población encarcelada en un sistema penitenciario colapsado. Las "drogas" ocuparon el tercer lugar de los anales judiciales mientras que el "gran

negocio” ha permanecido impune (Rosales, 1991; Borrego y Rosales, 1992 y Rosales, 1998).

A la inversa, otro claro ejemplo de *ley simbólica* fue la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público de 1983, derogada por la recién promulgada Ley contra la Corrupción de 2003. Así, en 1983 aquella legislación penal se ofrecía “con pompas y platillos” para atacar el grave problema de la corrupción administrativa. A tal fin se argumentaba que la vetusta regulación del Código Penal no era capaz de afrontar el complejo problema de la corrupción pues apenas contemplaba figuras muy básicas (corrupción, peculado, concusión) que habían sido superadas por la sofisticación de la criminalidad en ese ámbito. A cambio, se promulgó la Ley de Salvaguarda repleta de tipos penales *casuísticos al detalle* “para cubrir todas las posibilidades” y se derogaron los dispositivos del Código Penal que regulaban la materia. A diez años de su aplicación, la evidencia científica demostró que menos del uno por ciento de los casos conocidos por la justicia penal, lo eran por la aplicación de esta ley, es decir, igual que antes de su vigencia, y que, insólitamente se les perseguía por los mismos tipos penales tradicionales que estaban regulados en el Código Penal (corrupción, concusión y peculado) (Borrego, 1991). Como se concluirá: el agotamiento de la función simbólica de la ley debilita la confianza de la comunidad en el Estado. Por tanto, evitar el abuso de normas penales³ no es un problema técnico para el deleite de juristas, sino un problema político de consolidación del Estado Constitucional democrático⁴.

Otra de las graves consecuencias de la reproducción en leyes penales de modelos como el de la legislación antidrogas es que los limitados recursos (humanos, organizativos, económicos) del Estado y del sistema penal para atender el problema de la criminalidad se dedican a la persecución de los más vulnerables (los pobres), mientras se deprimen otras áreas de vital prioridad para el sistema penal, tal y como acontece con los delitos socioeconómicos, así como con el control de la

³ La Doctrina penal contemporánea denomina “abuso de normas penales” (Hassemer, 1989) al fenómeno que consiste no sólo en la excesiva proliferación de leyes penales, sino a la confección de tipos penales abiertos, valga decir, aquéllos con límites confusos, lesivos de la legalidad, que pretenden abarcarlo todo mediante la represión arbitraria, incluidos aquellos tipos penales “casuísticos” como los de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público de 1983. Como se aprecia, no es únicamente una caracterización cuantitativa, sino cualitativa que puede afectar a las leyes penales y con ellas, al Estado Constitucional.

⁴ Entendido como el Estado de garantía de los derechos humanos su sentido más amplio, dinámico, universal y progresivo (Rosales, Bello y Borrego, 1996; Borrego, 2000).

criminalidad convencional (seguridad / inseguridad) en aras de proteger los derechos humanos de toda la comunidad. La consecuencia es clara: la desviación de la atención de los problemas que prioritariamente debe atender el sistema penal conduce paradójicamente a un aumento de la criminalidad, la violencia delictiva, la impunidad y la inseguridad.

Lo anterior no es una mera inferencia, el *principio* es que todo sistema penal tiene limitados recursos para atender los problemas de criminalidad y que en particular, el sistema penal venezolano los tiene mucho más limitados debido a la concurrencia de muy diversas variables cruzadas sobre un fenómeno altamente complejo, entre las que se mencionarán sólo a título ilustrativo:

√ La realidad de siglos de *injusticia social* y por tal, de graves carencias en la realización de los derechos humanos.

√ La *fragilidad histórica* del Estado de Derecho y con él, de todo lo que le compete en cuanto a organización del Estado, funcionamiento de los poderes públicos y leyes que lo desarrollen en clave democrática.

√ La heredada *cultura autoritaria* difundida a lo largo de la sociedad, muy a tono con la *muy frágil cultura jurídica democrática*, que apenas se insinúa, en el mejor de los casos, en la instrucción predominantemente *técnica* de los operadores jurídicos (abogados, jueces, fiscales, defensores y profesionales del Derecho en general) (Pérez Perdomo, 1978).

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

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

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

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

√ La *ausencia de regulación democrática de la función policial*.

√ La ausencia de regulación adecuada y democrática para la resolución de conflictos penales menores (faltas y contravenciones).

Contextualizado el problema de la *relación* entre sistema penal y legislación penal, toca mostrar cómo se ha asociado una legislación cada vez más excesiva y confusa con un sistema penal cada vez con mayor crisis y con menor capacidad para atender el fenómeno de la criminalidad y de la inseguridad. En un trabajo anterior *El sistema penal en apuros: aproximación al sistema penal de las últimas décadas* (Rosales, 2002) se describe las dificultades que ha atravesado el sistema penal venezolano y que de algún modo explica que las altísimas tasas de criminalidad y violencia delictiva que se padece hoy día en el país, y que están asociadas a las erráticas políticas públicas en el área que por décadas nos han acompañado. En esta línea se inscribe la *política penal legislativa* extraviada en la excesiva proliferación de confusa legislación penal, en leyes “efectistas” que sólo juegan al papel simbólico y por tal, agotan la confianza de la comunidad en la capacidad del Estado para atender el fenómeno.

Una de las consecuencias de la excesiva y desarticulada proliferación de leyes penales es que ello contribuye a la deslegitimación del Estado pues no puede cumplir con una de sus misiones fundamentales. Es crucial entender este proceso para propiciar el dictado de *leyes penales con fines realizables y sinceros* pues de lo contrario, se estaría contribuyendo a la quiebra del Estado que en su concepción como Estado Constitucional democrático es lo único que en el mundo actual puede proteger a la comunidad, personas y pueblos de los cada vez mayores poderes económicos globalizados (Rosales, 2004)⁵. Como se puede inferir, la opción por fortalecer el Estado de Derecho Constitucional, no es un fin para deleite de juristas, sino un objetivo político clave en el decurso de los pueblos contemporáneos que además reconocen su compromiso con el *futuro* (visión prospectiva), es decir, con la posibilidad de ir construyendo una sociedad cada vez más *democrática* -es decir: con más y mejores *derechos* para todos- de manera sustentable. Es obvio que esta concepción es contraria al tratamiento *inmediatista* que algunos pretenden darle a problemas sociales complejos.

⁵ Para una explicación de esta tesis puede verse: Rosales, 2004, especialmente: Reforma penal y Política democrática.

La perversa operatividad del sistema penal propiciada por leyes penales autoritarias, no sólo atenta contra los derechos de los más débiles dentro de la comunidad, sino que además extravía al aparato penal permitiendo mayor impunidad, pues la regla es que sus esfuerzos y recursos son limitados y por tanto, deben ser racionalizados al máximo para mejorar su desempeño. Prueba de lo dicho puede apreciarse con sólo dos ejemplos que tocan el comportamiento del sistema penal en dos momentos cumbres: el de la selección policial de su “clientela” y el otro, situado en el otro extremo: la situación carcelaria.

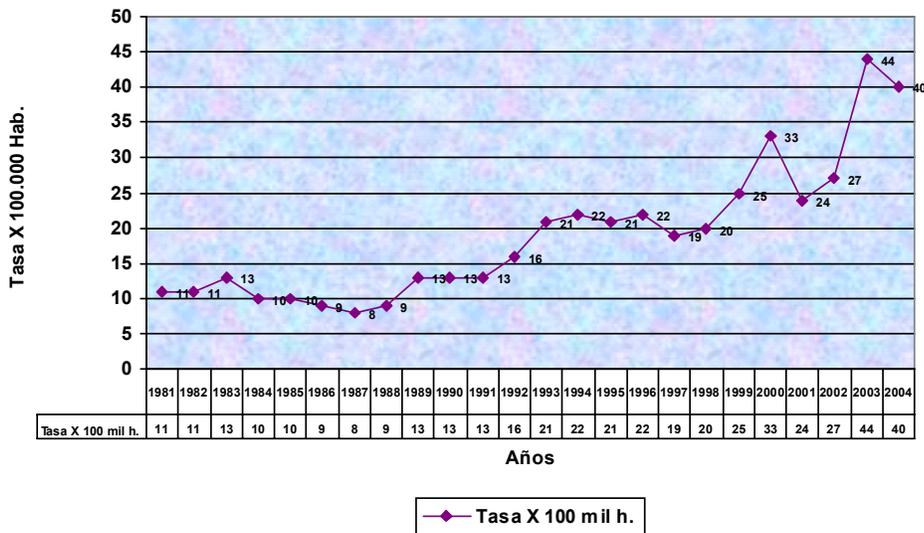
3.1.- Selectividad policial y abuso de poder.⁶

Como es sabido, la evidencia científica demuestra que en Venezuela la tasa de homicidios por cien mil habitantes ha subido geométricamente desde 1983 hasta el presente (ver Gráfico 1)⁷. Esto se relaciona con diversas variables que ahora no se analizarán. Sin embargo, el hecho es que conforme a este dramático indicador (muy por encima de la media mundial y que por tanto coloca en tela de juicio a la capacidad del Estado para proteger la vida), las muertes de personas en manos de la función policial arroja cifras alarmantes, que se pueden inferir entre una cuarta y una tercera parte del total de muertes producidas. Estas “muertes” se documentan como saldo de “enfrentamientos” entre funcionarios y presuntos delincuentes, principalmente ocurridas en las zonas más vulnerables (barrios pobres) o en áreas urbanas aledañas. En tales eventos, no sólo mueren los enfrentados sino también otras personas ajenas al suceso, tales como transeúntes y hasta niños que se encontraban en sus humildes casas. Un país democrático no puede consolarse suponiendo que los muertos “son miembros de bandas o azotes de barrio”, tampoco hay evidencia de que ello sea así, pero si acaso alguna mente arbitraria lo considerara, tampoco se justificaría, pues el Estado no puede matar. Sencillamente, la vida es un valor absoluto, y en Venezuela constitucionalmente no admite restricciones, ni *relatividades*. Tener claro esto, forma parte del ideario democrático que como tal no admite retrocesos históricos.

⁶ Se usa la voz “selectividad” (Zaffaroni) en el sentido crítico empleado por el pensamiento criminológico por cuanto es un proceso que responde a variables político, culturales, económico sociales asociadas a la vulnerabilidad y no al discurso de control delincencial igualitario al cual alude teóricamente la ley penal. Así se distingue de la falsa neutralidad que comporta la “selección”.

⁷ Pero que están bien documentadas en la literatura explicativa del fenómeno, así Briceño León, entre otros: La violencia delictiva en Venezuela.

Gráfico 1. TASA DE HOMICIDIOS EN VENEZUELA, 1981-2004



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

Además, el nefasto indicador de operatividad del sistema penal (muertes por cien mil habitantes) añade a esta grave circunstancia, un efecto perverso adicional, no tan visible pero sí fundamental: la *expansión de la violencia del sistema* patente en supuestos como el citado, *expande la violencia delictiva general y aumenta la ocurrencia de lesión de derechos y garantías por parte del sistema penal*. Esto se traduce en más muertes tanto de enfrentados como de policías, de personas situacional o socialmente vulnerables, profusión de escuadrones de la muerte, venganzas, formación o consolidación de bandas, dispendio de recursos humanos y económicos, distracción y dispersión de los esfuerzos del aparato penal, aumento de los costos en represión violenta (contingente, autos más equipados o resistentes, armamento, blindaje, protección), costos sociales colaterales asociados a la violencia que afectan a las familias de las víctimas, de los funcionarios y de los implicados, así como de la comunidad en general. La vida urbana escenifica violencia.

Todo esto conduce al menoscabo de los derechos humanos, apreciados como posibilidades de realización de tales derechos para todos, y se traduce directamente

en debilitamiento del Estado como estructura pacificadora para la intervención en los conflictos. La función mediadora y pacificadora del Estado en la conflictividad social se debilita, o peor aún, se anula, como consecuencia de la concurrencia de *leyes penales simbólicas* distanciadas de la realidad y de una realidad dejada al violento predominio del más fuerte, el efecto político clave es el derrumbe progresivo del Estado Constitucional. La conclusión obvia es que la ley penal tendrá que contener al máximo las posibilidades de abuso y racionalizar también en extremo sus prioridades considerando el fin pacificador de la intervención del Estado y sus limitados recursos para atenderlas.

3.2.- Tasa de encarcelamiento.

Uno de los indicadores que ayuda a apreciar la condición democrática de un país es su tasa de encarcelamiento, pues contribuye a medir la relación de sujeción penal que el Estado despliega ante sus ciudadanos.

En el mundo, la tasa de encarcelamiento promedio es de cien personas por cien mil habitantes. Países como Noruega muestran tasas por debajo de 60 personas por cien mil habitantes, mientras que Estados Unidos exhibe tasas de más de 700 personas por cien mil (Tabla 1). Cuando Christie en su sugerente estudio (2000: *Criminal System as Industry*) explica el comportamiento de los sistemas penales contemporáneos en medio del desarrollo del capitalismo avanzado, cita el caso norteamericano como un claro ejemplo de hiperactividad del sistema penal que a juzgar por los datos y las noticias, no resuelve la violencia que padece. Explica que no sólo reporta una de las tasas de encarcelamiento más altas del mundo (junto a Rusia), sino que además su tasa de sujeción al sistema penal general ronda las mil quinientas personas por cien mil habitantes. Este dato, es muy interesante cuando se plantea la posibilidad de considerar emular sus políticas de seguridad⁸, sobre todo si se toma en cuenta que es un país con enormes recursos

⁸ Tal y como se pretendió llevar adelante hace aproximadamente dos años, desde la Alcaldía Metropolitana al ensayar a lo criollo el modelo que Bratton implantó en la ciudad de New York durante el gobierno del Alcalde Giuliani, en abierta aplicación de la doctrina de "los cristales rotos" innovada en 1982 por Kelling y Wilson como expresión de la Cero Tolerancia. Digno es destacar que la "Cero Tolerancia" no sólo es contraria a los ideales humanistas de tolerancia, diversidad y solidaridad, sino que llevada al terreno de la seguridad es inconveniente, no sólo por sus altísimos costos derivados de la hiperactividad del sistema, y de su enorme disposición proclive a la lesión de derechos y libertades ciudadanas, sino por su incapacidad para atender la complejidad del fenómeno criminal, al partir de la persecución criminal de las pequeñas infracciones, cuando el sistema penal debe encargarse de lo más relevante, según principios racionalizados

económicos, pues según el autor citado, el sistema penal también actúa dentro del capitalismo contemporáneo como una “industria”.

| País | Tasa de encarcelamiento por cien mil habitantes |
|----------------|---|
| España | 110 |
| Inglaterra | 125 |
| Francia | 90 |
| Noruega | 56 |
| Brasil | 105 |
| Paraguay | 60 |
| Estados Unidos | 709 |
| Canadá | 129 |
| Rusia | 685 |

Fuente: Datos tomados de Christie, *Criminal System as industry*. 2000: 27, 29, 31, 37).

Venezuela, en cambio, no cuenta a manos llenas con recursos, ni humanos, ni económicos para despilfarrarlos, tampoco ello estaría inscrito en su ideario humanista, pues tiene prioridades basadas en la superación de la pobreza y de la injusticia social. La administración de sus recursos se inserta en estos ideales constitucionalmente establecidos.

Por tanto, si se cruza el efecto de incremento de la violencia propiciada por la expansión de la ley penal y del sistema penal con la dirección que toma hacia los más vulnerables sociales: los pobres, el resultado no sólo arroja la tradicionalmente denunciada “*criminalización* de la pobreza” sino que se opera una doble *criminalización secundaria* de la pobreza (Zaffaroni, 2000) pues los valiosos recursos que bien podrían destinarse al proyecto político de superación de la pobreza y de la injusticia social se desviarían hacia el incremento de la violencia del sistema penal.

Esto último puede probarse muy sencillamente: Según datos del PNUD, por cada persona recluida, el Estado podría alfabetizar a 17 personas. Indicadores como éstos se evidencian en los análisis sobre los costos de los sistemas penales.

de lo penal basados en la relevancia y abrigados por la perspectiva del Derecho Penal Mínimo y del Derecho Penal de Garantías, que además hoy día son compartidos por la Doctrina Penal contemporáneo.

Pero, además la mayoría de la población reclusa es pobre. Aquí, el punto no es que esta apreciación abunde en los estudios penitenciarios y criminológicos, sino la triste realidad que comporta, y como lo demuestran episodios cíclicos exhibidos mediante los medios de comunicación. Como se infiere del pensamiento de grandes teóricos contemporáneos, entre ellos uno de los más preclaros, Michel Foucault: *la cárcel reproduce en grado máximo la injusticia social*. Por tanto, después de dictar normas penales destempladas, a diestra y siniestra, poco puede hacer el Estado impotente ante la crisis carcelaria, habida cuenta que la inmensa mayoría de las personas encarceladas pertenecen a los grupos sociales más desfavorecidos. Es fundamental *relacionar* esta explicación con la reciente tendencia al incremento de la población carcelaria venezolana (ubicada a julio de 2003 en 21.342 personas) tras haber experimentado un agudo incremento durante la década de los ochenta revertida progresivamente durante los noventa y con una nueva tendencia al alza a partir del 2001, unida a serias dificultades visibles en los indicadores sobre *violencia carcelaria* analizados en publicaciones anteriores⁹.

Un Código Penal concebido para “abarcarlo todo” o “casi todo” con múltiples penas privativas de la libertad, plagado de tipos penales abiertos, repleto de promesas de solución que no hacen más que reforzar su función simbólica, seguro que no sirve para aliviar los problemas de criminalidad y de violencia delictiva, pero sí es útil para incrementar la injusticia contra los pobres y para debilitar el Estado Constitucional, en su dimensión realizadora de los derechos. No obstante, la confusión derivada del afán protagónico, los falsos “expertos” que desconocen los aportes científicos, la contaminación de posturas moralistas que en nada ayudan a la comprensión del fenómeno, la *construcción de los miedos* en la vida social y la urgencia que anima las medidas *inmediatistas* o peor aún “de emergencia” de las agobiadas agencias oficiales, se combinan para ofrecer soluciones “mágicas” que paradójicamente reciclan las perturbaciones del sistema penal y agravan los problemas.

4.- Hacia una política legislativa humanista: aspectos básicos a considerar para fortalecer la política legislativa democrática en materia penal.

⁹ Sobre violencia carcelaria y realidad carcelaria venezolanas, puede verse: Rosales, 1998 Cárcel y violencia en Capítulo Criminológico, LUZ; Pérez Perdomo y Rosales 1999 Violencia en el espacio carcelario, IESA; y Rosales, 2001 en: *Imprisonment Today and Tomorrow* Kluwer. England Nederland.

4.1.- El objeto a regular: el poder punitivo del Estado expresado en el sistema penal.

Tradicionalmente la Doctrina científica en ciencias penales establece como componentes del sistema penal a los subsistemas policial, de administración de justicia, penitenciario y postpenitenciario (Bustos, 1986; Zaffaroni, 1985). En una perspectiva actualizada del contenido del *sistema penal* se puede afirmar que forma parte del *sistema penal* no sólo el conjunto de instituciones antes aludida sino también *los procesos* vinculados al ejercicio de la facultad punitiva del Estado. Así:

Se usa la voz *sistema penal* para referirse a los procesos implicados en el ejercicio del *control penal*. De tal modo que no sólo supone al conjunto de instituciones vinculadas directamente con el ejercicio del control penal estatal, sino a todas *las relaciones* que tienen que ver con el ejercicio de tal control, ya estén o no formalizadas. Dentro de la idea de *control penal* se alude a las relaciones y procesos derivados del ejercicio de la facultad punitiva del Estado, esté o no dentro de los límites jurídicos, con lo que cabe más allá del control formalizado incluir al control punitivo no formalizado, es decir, aquel que implica una *punición* (restricción o supresión relevante de derechos humanos), así como a las arrogaciones que de tal control haga quien no lo tiene formalmente asignado, incluso mediante vías delictivas y de mayor violencia (tales son los casos de los escuadrones de la muerte o de las fórmulas primitivas de autodefensa) (Rosales, Bello y Borrego, 1996; Rosales, 2000)¹⁰.

De tal modo que para el fortalecimiento de la política legislativa en el ámbito penal, la legislación tiene una misión que supone el abordaje de varios cometidos:

√ Desarrollarla como proyección del Estado Constitucional, ello supone:

√ La armonía con el Estado Constitucional y con la Constitución en tanto que supone la consagración del Estado de Derecho social,

¹⁰ En cuanto al concepto de “punición”, se ha dicho: “...se habla de restricción o supresión relevante de derechos humanos, para significar que se excluyen muchas fórmulas también punitivas propias del Derecho en general que suponen alguna afección legítima, justa y tolerable de derechos humanos, tal y como sucede con la imposición regular de una multa en materia de tránsito, la orden de prohibición de enajenar y gravar en materia civil o la ejecución de una hipoteca. También aquí se usa el concepto de relevancia en la acepción jurídico penal derivada de la aplicación del principio de insignificancia en armonía con otros principios penales, tales como el de mínima intervención, ultima ratio y subsidiariedad, lo cual implica que sólo entra en la esfera de conocimiento penal la afección significativa o relevante de bienes jurídicos tutelados y no, cualquier ataque a los mismos; lo cual tiene consecuencias técnicas fundamentales, entre ellas, la de mayor importancia legislativa es la supresión de los tipos penales de peligro abstracto, lo cual supone una expansión contraria al orden constitucional, y por tanto: antidemocrática de las prohibiciones

democrático y de justicia y por tanto, del Estado de los derechos humanos, especialmente en su desarrollo jurídico como garantía.

√ La coherencia y activación de los textos legales internacionales referentes a la protección de los derechos humanos en la medida en que amplíen su contenido y protección, en relación con el sistema interno.

√ La *sistematización, articulación, armonía y coherencia* de toda legislación interna referente al control penal (nivel de regulación legal), valga decir la legislación sobre el ámbito policial y de seguridad, de justicia penal, penitenciaria y postpenitenciaria.

4.2.- Realidad legislativa en el área.

Sin embargo, la realidad de la legislación en el área ha sido otra y para ilustrar estos aspectos se puede recurrir a algunos ejemplos:

Es usual que en cuanto a *las leyes internacionales* referentes al control penal se ratifiquen convenios o tratados en materia penal sin reservar los aspectos antagónicos con el orden constitucional. Luego se dicta la ley aprobatoria del Convenio en su integridad.

En relación con el *ámbito policial*, salvo los actuales lineamientos constitucionales, en Venezuela de modo insólito no ha existido regulación general alguna y el país sólo ha contado con normativas dispersas, muchas de ellas subalternas y hasta lesivas de la reserva legal, diseminadas por ejemplo en ordenanzas policiales; así como algunos reglamentos tal es el caso del Reglamento de la Policía Metropolitana. También ha habido algunas iniciativas legislativas plasmadas en proyectos que no han podido fraguar en leyes. En estos últimos años la Asamblea Nacional viene adelantando la formulación de la legislación policial. Como complemento en mayo de 2002 entró en vigor el Decreto Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana que atiende parte de los aspectos referentes a la coordinación de los órganos de seguridad ciudadana, paralelamente se ha dictado

penales" (Bello, Borrego y Rosales, Constitución, principios y garantías penales, UCV; 19996 y Rosales: Acceso a la justicia penal formal, 2000, inédito).

dentro del mismo marco sendos Decretos-Leyes que regula la actividad de otros órganos de seguridad ciudadana: cuerpo de bomberos y de protección civil.

En cuanto a la justicia penal en tanto que la *legislación sustantiva y procesal penal* deben garantizar el ejercicio de la facultad punitiva del Estado y por tanto, la regulación democrática del control penal, se cuenta con los Códigos penal y procesal penal (debido a la especialidad se omite referirse expresamente el Código de Justicia Militar, también en actual proceso de reformulación). En materia procesal el novel Código Orgánico Procesal Penal ha sido reformado dos veces tras su promulgación en 1999. Mientras que en el delicadísimo ámbito sustantivo penal, el aún fragmentariamente vigente Código Penal, ha sido reformado en esta década dos veces (en el 2000 y en 2005), además ha sufrido los embates de desmembramiento progresivo particularmente acentuado en las últimas décadas como clara manifestación de los fenómenos de “abuso de normas penales” y “expansión del Derecho Penal” (Hassemer, 1990; Silva Sánchez, 1999). De tal modo que existen más de ochenta leyes regulando espacios pertenecientes al Código Penal, entre leyes penales especiales y colaterales (leyes de otra naturaleza que incluyen tipos penales) y con lo que se ha desarticulado el material legislativo penal, trayendo como consecuencia el solapamientos de normas y confusión en cuanto a su vigencia y/o derogaciones, con lo cual se constituye una de las variables normativas que promueve la *impunidad* y por tanto, la *violencia delictiva*, acentuando la crisis del *sistema penal*.

En la legislación sobre ejecución penal, existe regulación anterior (Ley de Régimen Penitenciario y leyes colaterales como la Ley de Redención de la Pena por el Trabajo y el Estudio 1992) en proceso de reformulación y de legislación complementaria que también debe acompasarse progresivamente con el *Estado Constitucional* y la tendencias penológicas contemporáneas.

Como se observa, el área más lesionada de la legislación penal se encuentra en materia sustantiva (definición de las prohibiciones penales y las penas). Aun cuando éste es un aspecto crucial en el desarrollo del proceso de democratización. No obstante, la Asamblea Nacional, al igual que el anterior Congreso de la República, no han dejado de dictar leyes especiales en materia penal y aun hoy día, se persiste en la formulación de normas penales especiales que conducen al caos legislativo con las graves consecuencias anotadas, especialmente en cuanto a la *impunidad*.

El argumento utilizado para proceder de este modo es lo que la ciencia penal ha explicado como la *cultura de la emergencia*, que es *funcional* en el ámbito ideológico y normativo a la construcción progresiva del llamado *Estado Policial*. Nada más alejado del *Estado de Constitucional democrático*.

No obstante lo anterior, la Asamblea Nacional es la llamada a legislar en este campo dado el carácter estricto de la reserva legal en relación con lo penal, lo cual supone adelantar el proceso de rearticulación del ámbito sustantivo del sistema penal de incalculable valor para el fortalecimiento del *Estado Constitucional* mediante la elaboración de un nuevo Código Penal. Sin embargo, es de advertir que lo crucial es articular la normativa penal y no necesariamente dictar un nuevo Código que aglutine todo el material disperso. Es decir, de nada valdría que se “codificara” sólo con el fin de recolectar la legislación dispersa, si ésta no es nuevamente procesada y refrendada con el sistema normativo penal general que responde a un ideario constitucional democrático, pues las dificultades persistirían aun en el texto refundido. Lo decisivo es alinear toda la legislación penal con un modelo de Derecho Penal que atienda a la misma concepción constitucional y no, de uno diseminado en la legislación colateral y especial que es especialmente proclive al Derecho Penal del Enemigo (Jakobs). En este sentido, se acompaña la postura de Gabaldón (2001:33), quien sostiene que en el estado actual de las legislaciones “es probablemente irreal” plantearse un solo cuerpo legislativo (Código) que concentre todas las previsiones jurídico penales. Sin embargo, en el plano del control penal lo central será la delimitación constitucionalmente democrática que de tal poder político haga la legalidad y, desde la perspectiva eminentemente técnica de su desarrollo, lo principal será la sistematización que del material legislativo penal se haga conforme a criterios de coherencia, correspondencia y organización.

4.3.- El código penal como eje del proceso rearticulador de la normativa penal.

En los hechos, la Asamblea Nacional mediante la Comisión Mixta para el Estudio del Código Orgánico Procesal Penal, Código Penal y Código Orgánico de Justicia Militar y de la Sub-Comisión del Código Penal, inició desde noviembre 2001 la preparación de un nuevo Código Penal que perseguía *recodificar* toda la legislación penal actualmente dispersa debido al desmembramiento y progresivas derogaciones de los contenidos del actual Código, la excesiva proliferación de leyes penales especiales y de normas de este carácter en leyes de tipo

administrativo o civil, la diseminación de normas equivalentes a las infracciones penales menores (faltas o contravenciones) en normativas administrativas municipales (ordenanzas) que han golpeado seriamente la vigencia del Libro de las Faltas, han obrado en contra de la vigencia de la *legalidad*, entendida como principio eje de la concepción moderna del Estado de Derecho (Constitución, artículo 7). Este fenómeno legislativo ha conducido a la derogación progresiva de este principio en el ámbito penal y con ello, al desmontaje de la *seguridad jurídica* y de todas aquellas garantías que la *legalidad* conlleva (*lex previa*, reserva legal, irretroactividad, tipicidad estricta).

Además, la desarticulada descodificación penal afecta directamente la *eficacia de la ley penal*, entendida como su vigencia práctica, dado que se traduce en solapamientos de normas, confusión y desconocimiento, lo cual además entraba la labor de la justicia penal. De modo que el fin tutelar de bienes jurídicos precisos contra afecciones relevantes que corresponde al Derecho Penal, se desvanece frente a la *inseguridad e impunidad* que incentiva la *descodificación*. Es obvio que ello actúa contra la necesidad de acrecentar la *cultura jurídica de signo democrático* como parte del desarrollo del fortalecimiento del *Estado Constitucional*.

Por lo anterior, lo conveniente sería ser consecuente con una *política legislativa* rearticuladora y armonizadora del *control penal* y en consecuencia, que orientara la legislación penal sustantiva y los esfuerzos en torno a ella, mediante el Código Penal, evitando proseguir con la promulgación de leyes penales especiales o colaterales que no hacen más que contribuir con la dispersión y desarticulación legislativa. Bajo estas premisas el 13/3/02 fue presentado por la Asamblea Nacional ante el país, los Poderes Públicos, así como ante otras instancias el documento Hacia un nuevo Código Penal que fijaba entre otros, este propósito *recodificador* de la legislación penal y *rearticulador del sistema penal* en aras de superar, desde la perspectiva constitucional democrática, la dispersa, incoherente y contradictoria legislación penal que constituye una de las variables que influye simultánea, y aunque parezca paradójico, en la promoción de *impunidad* y en lesiones a los derechos y libertades públicas.

Esta política legislativa rearticuladora del sistema jurídico penal tiene varios cometidos, entre los que cuenta: Adelantar el proceso recodificador no con el ánimo de aglutinar la legislación penal y convertirla en un cuerpo rígido signado

por el afán exclusivo de *seguridad jurídica*, sino que más bien lo que se pretende es rearticular la legislación penal como una de las estrategias legislativas para mejorar el desempeño del control penal de cara a la protección de las garantías, lo cual se traduciría en un alivio de la *impunidad*. Ello amerita que los tipos penales (*delitos in specie*) sean lo más *preciso, concisos, sencillos y claros* de modo que puedan ser entendidos y aplicados correctamente, evitando así la confusión producto de tipos ambiguos y solapamientos normativos.

Por lo que se debe insistir en que el punto no es recolectar toda la legislación dispersa, sino la organización de tal legislación conforme a las premisas constitucionales garantistas. *La codificación como un ejercicio formalista no tiene sentido* y por el contrario, pudiere pretender la legitimación del bagaje bélico con el cual se ha inspirado la mayor parte de la legislación penal dispersa.

Quizás sea correcto, como advierte Gabaldón (2001) que “codificar” no es un cometido muy real de cara a la proliferación legislativa en el área, y en tal sentido, aboga por dos niveles coherentes de acción legislativa, según lo cual, quedaría en manos del Código Penal las principales definiciones delictivas, siempre según el principio de aflicción, y dejar para la legislación especial el desarrollo de subtipos, variantes de las figuras básicas, que permita flexibilidad y adaptación a las demandas de la realidad. Sin embargo, de cara a la demostrada expansión del Derecho Penal (Silva Sánchez), en cuyo contexto la excesiva proliferación legislativa es uno de sus signos, pareciera difícil la articulación de un mecanismo estable que permita conservar la debida armonía entre los dos ámbitos de regulación penal (la codificada y la especial), y evitar que la legislación especial de *carácter eminentemente complementario* no se disperse o no se formule conforme a las premisas del Derecho Penal Máximo o del Enemigo. Esto ya ha sido experimentado en los sistemas de leyes penales de otros países y no obstante, la dificultad persiste y el fenómeno de la “expansión” constituye un defecto ampliamente reconocido. No obstante esta constatación, cierto es que tampoco se podría asegurar que la codificación en sí, aun incluyendo cláusulas limitadoras de la legislación especial y colateral, sería la auténtica solución ante las demandas por cada vez más legislación penal, por lo que la opción por la codificación ponderada y con cláusulas limitantes de la expansión sería necesaria, mas no suficiente.

Como se puede concluir, las necesidades de racionalización y humanización de la legislación penal cobran especial valor ante los reclamos por una cultura jurídica democrática y por la traducción legal de las premisas constitucionales, sobre todo ante la presencia de una novel Constitución, por lo que el compromiso de la política legislativa es con el devenir armonioso del *Estado Constitucional* en los distintos campos jurídicos, entendido como Estado de los derechos humanos en su fórmula jurídica de garantías.

5.- Reforma parcial del código penal: un nuevo ensayo de incomprensión del sistema penal contrario al estado Constitucional.

El 16/3/05 se promulgó la Reforma Parcial del Código Penal (Reforma Parcial 2005) compuesta por 38 artículos, que poco después, por múltiples errores de concordancia entre artículos fue reimpressa en Gaceta Oficial (13/4/05), estos errores quizás se debieron al apresuramiento, pero sin duda demuestran el carácter desarticulado de la misma. En concreto, una de las dificultades que originó este problema de técnica legislativa que afecta la seguridad jurídica y el predominio de la legalidad penal, se debió a la supresión de dos dispositivos y a la reimpresión del texto refundido completo cambiándole toda la numeración. Asimismo, se incorporaron otros dos dispositivos incluyéndolos como letras A de sendos artículos.

En resumen, la Reforma Parcial *formalmente* modificó:

Cuatro artículos de la Parte General (artículos 96, 108, 110 y 112 - numeración anterior) y treinta de la Parte Especial (29 tipos penales del Libro Segundo sobre los delitos en particular y uno del Libro Tercero sobre las faltas).

√ Suprimió dos artículos de la Parte Especial (artículos 143 y 393, numeración anterior).

√ Creó dos dispositivos con letras A complementarios de sendos artículos (artículos 296-A y 471-A, numeración actual).

√ En su Disposición final ordenó derogar el Código Penal de 1915.

La tabla 2 muestra la denominación de cada artículo modificado, su numeración anterior y actual, así como su ubicación sistemática:

| Tabla 2 | | | |
|--|----------------------------|---|------------------|
| N° de artículo de Ley de Reforma Parcial | N° antes de reforma | Norma o tipo penal | N° actual |
| Parte General | | | |
| 1 | 96 | CONCURSO DE MULTAS | 96 |
| 2 | 108 | PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: LAPSOS APLICABLES SEGÚN PENA | 108 |
| 3 | 110 | PRESCRIPCIÓN: INTERRUPCIÓN | 110 |
| 4 | 112 | PRESCRIPCIÓN DE LA PENA | 112 |
| Parte Especial | | | |
| Libro Segundo: de los delitos en particular | | | |
| 5 | 128 | TRAICIÓN A LA PATRIA | 128 |
| 6 | 140 | FAVORECIMIENTO BÉLICO | 140 |
| 7 | 143 | ADMITIR DÁDIVAS U HONORES DE GOBIERNO EXTRANJERO | suprimido |
| 8 | 148 | OFENSAS A JEFE DE ESTADO | 147 |
| 9 | 149 | OFENSAS A ALTO FUNCIONARIO | 148 |
| 10 | 216 | VIOLENCIA O RESISTENCIA A LA AUTORIDAD | 215 |
| 11 | 284 | INSTIGACIÓN PÚBLICA A DELINQUIR | 283 |
| 12 | 285 | LIMITACIÓN A LA PENALIDAD DEL INSTIGADOR DEL ART.284 | 284 |
| 13 | 286 | EXCITACIÓN A LA DESOBEDIENCIA DE LAS LEYES | 285 |
| 14 | | “TERRORISMO” INFORMATIVO | 296—A |
| 15 | 320 | FALESDAD DOCUMENTAL | 319 |
| 16 | 358 | RIESGO COMÚN | 357 |
| 17 | 361 | RIESGO COMÚN | 360 |
| 18 | 375 | VIOLACIÓN (TIPO BÁSICO) | 374 |
| 19 | 376 | VIOLACIÓN AGRAVADA | 375 |
| 20 | 393 | ATENUANTE POR SUJETO PASIVO CUALIFICADO (PROSTITUTA) | suprimido |
| 21 | 408 | HOMICIDIO CALIFICADO | 406 |
| 22 | 409 | HOMICIDIO AGRAVADO | 407 |
| 23 | 444 | DIFAMACIÓN | 442 |
| 24 | 446 | INJURIA | 444 |
| 25 | 452 | DIFAMACIÓN E INJURIA: PRESCRIPCIÓN ESPECIAL | 450 |
| 26 | 453 | HURTO SIMPLE | 451 |
| 27 | 455 | HURTO CALIFICADO | 453 |
| 28 | 457 | ROBO PROPIO | 455 |
| 29 | 458 | ROBO IMPROPIO | 456 |

| | | | |
|----|-----|--|-----|
| 30 | 459 | ROBO PARA DESTRUIR DOCUMENTO | 457 |
| 31 | 460 | ROBO AGRAVADO | 458 |
| 32 | 461 | EXTORSIÓN | 459 |
| 33 | 462 | SECUESTRO | 460 |
| 34 | 472 | APROVECHAMIENTO DE COSAS PROVENIENTES DE DELITO | 470 |
| 35 | 473 | DAÑO A INMUEBLE | 471 |

5.1.- En líneas generales, las modificaciones fueron las siguientes:

5.1.1.- Parte general.

√ Régimen de la pena de multa (artículo 96).

De manera idéntica a como venía regulada antes de la Reforma Parcial 2005, en el Código penal la pena de multa integra el elenco de penas no privativas de la libertad personal (artículo 10 en concordancia con artículo 30), aplicables por lo general a delitos de menor gravedad y en muchos supuestos a las faltas y la cual consiste en "la obligación de pagar al fisco" respectivo la cantidad que conforme al tipo penal o falta específico determine la sentencia condenatoria. Esta pena estaba establecida en términos dinerarios, que con el correr del tiempo fue desactualizándose hasta llegar a cifras irrisorias. Siguiendo una técnica legislativa adoptada desde poco más de una década para resolver los problemas de corrección monetaria ocasionados por la desactualización del valor de los montos establecidos en las leyes penales especiales y colaterales, así como en materia administrativa, específicamente en el ámbito sancionador, la Reforma Parcial 2005 sustituyó los montos establecidos en bolívares por unidades tributarias.

Esta corrección se le aplicó a todo el régimen de multas del Código Penal, a la norma de la Parte General referente al concurso de multas (artículo 96) y a todos los tipos especiales de la Parte Especial (tanto del Libro de los Delitos como en el de las Faltas), de modo que se actualizó el monto de las multas aplicables conforme a U.T.

Esto ofrece la ventaja de actualizar a un monto adecuado las cantidades para las multas, pero el efecto jurídico más importante no calculado por el Legislador, es que abre la posibilidad de reactivar la vigencia del Libro de las Faltas (infracciones penales menores), cuya inaplicación abría mayores espacios para el recurso

a normas reglamentarias y policiales inconstitucionales. Ello también conduciría a una progresiva *judicialización* de estas infracciones menores cuya competencia es jurisdiccional y cuyo procedimiento está regulado en el COPP.

√ Regulación de la prescripción (artículos 108 y 110).

Artículo 108. Prescripción de la acción penal: Como es sabido el artículo 108 CP contempla en siete ordinales los distintos lapsos de prescripción que, en términos generales, son aplicados a cada tipo penal, dependiendo del tipo de pena que comporte. Antes de la Reforma Parcial 2005 el ordinal 1 se dedicaba a la pena de presidio y el ordinal 2 a la pena de prisión. Al cambiar la pena de presidio por prisión, se creó un caos en el sistema general de penas del Código y en el régimen de prescripción de la acción (tabla 3).

TABLA 3
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN DELITOS
CON PENAS ASIGNADAS DE PRESIDIO Y DE PRISIÓN

| <i>Código Penal antes de la reforma parcial</i> | <i>CÓDIGO PENAL REFORMA CON PARCIAL 2005</i> |
|---|---|
| Artículo 108.- Salvo el caso en que la ley disponga otra cosa, la acción penal prescribe así: | Artículo 108. Salvo el caso en que la Ley disponga otra cosa, la acción penal prescribe así: |
| 1.- Por quince años, si el delito mereciere pena de presidio que exceda de diez años. | 1°. Por quince años, si el delito mereciere pena de prisión que exceda de diez años. |
| 2.- Por diez años, si el delito mereciere pena de presidio mayor de siete años, sin exceder de diez. | 2°. Por diez años, si el delito mereciere pena de prisión mayor de siete años sin exceder de diez. |
| 3.- Por siete años si el delito mereciere pena de presidio de siete años o menos. | 3°. Por siete años, si el delito mereciere pena de prisión de siete años o menos. |
| 4.- Por cinco años, si el delito mereciere pena de prisión de mas de tres años. | 4°. Por cinco años, si el delito mereciere pena de prisión de más de tres años. |
| (...) | (...) |

Como se observa en la tabla 3, en los tres ordinales que se regulaba la prescripción de la acción en tipos penales con pena de presidio asignadas, se sustituyó, sin más, a la pena de presidio por la pena de prisión, con lo cual, de un lado, se sembró la duda acerca de cuál será el régimen aplicable a los tipos penales con presidio y por otro lado, se confunde gravemente los distintos términos aplicables a los distintos tipos penales con penas tanto de presidio como de prisión asignadas.

Por otro lado, este insólito hecho no parece significar que al borrar la pena de presidio, ésta pasó a ser imprescriptible, de hecho la imprescriptibilidad es una fórmula de extrema excepcionalidad prevista en el sistema jurídico venezolano, tras la Constitución de 1999, a los delitos de lesa humanidad, los delitos graves contra los derechos humanos y los crímenes de guerra (Constitución, artículo 26)¹¹, aunque falte aún desarrollo jurídico normativo y doctrinal, para resolver adecuadamente muchos de los casos que pudieren presentarse. El punto crucial es que Reforma Parcial 2005 no se propuso esta consecuencia extrema. *Simplemente*, se pretendió sustituir a la pena de presidio por la de prisión, sin conocer y mucho menos ponderar los efectos que ello tendría. De esta forma, este dispositivo resulta absolutamente inaplicable pues desvirtúa totalmente el sentido de gradación que tenía los términos temporales establecidos para la prescripción y constituye un grave atentado contra la legalidad, al atacar nada menos que la vigencia de la ley que permite la persecución de los delitos y de sus penas en los casos concretos y se constituye en un vicio de inconstitucionalidad.

Cuando el ordinal 2 y 3 anteriores a la Reforma Parcial 2005, se referían a figuras penales con penas de presidio mayores a siete años y menores a diez, agrupaban a un conjunto de tipos que en el sistema valorativo del Código comportaba una tal gravedad que exigía tales límites y que sobre todo eran plenamente identificables, cuando el ordinal 3 preveía el término de siete años, se refería a otro conjunto delictivo diferente que oscila en ese rango. Por ello,

¹¹ “Constitución, artículo 26. El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.” También el artículo 271 eiusdem, se correlaciona con esta dispositivo, pero de un modo contradictoria al pretender extender el tratamiento especialísimo a otras especies delictivas ajenas al sistema de protección de los derechos humanos.

cuando con Reforma Parcial 2005 establece “prisión” en los tres distintos supuestos, del ordinal 2, 3 y 4, ataca la legalidad general de los delitos y de las penas establecidas, pues con esta modificación ahora se estará refiriendo a otros tipos penales y creando solapamientos, lagunas y trastoques generalizados. Todo ello resulta muy confuso y tergiversa completamente el sentido que tenía la gradación originaria, incluso, como manifestó José Tadeo Saín¹², también denota falta de precisión y rigor como queda la regulación del ordinal 3, al referirse a pena de prisión de siete años o menos y el ordinal 4 al referirse a pena de prisión de tres años o menos.

Esto es un error garrafal derivado del cambio aislado e inconsulto de la pena de presidio por prisión que se muestra en el capítulo de la prescripción, pero que tiene otros graves impactos en la sustitución de la pena de presidio por prisión en tipos penales específicos.

Artículo 110. Interrupción de la prescripción: Se modificó el régimen de la prescripción intentando adaptarlo al Código Orgánico Procesal Penal. En tal sentido, se homologó el efecto interruptor del auto de detención al de la citación fiscal para el acto de imputación. No obstante, las diferencias de fondo, esta homologación no ofrece dificultades. Sin embargo, persisten problemas en la concordancia de esa regulación pues no se uniformó el tratamiento entre el primer y segundo aparte del artículo 110.

Artículo 112. Prescripción de la pena: En el ordinal 1 se eliminó la regulación de la pena de presidio, como si esta pena no existiera en el Código. Con lo cual de nuevo se insertan dudas, sobre el régimen aplicable a tales delitos, al haber creado una laguna legal en tan delicada regulación.

Cuestiones no tratadas en la Parte General: No se resolvieron muchos de los problemas de la Parte General que podían ser atendidos mediante una reforma parcial, algunos de urgente atención, entre ellos, se debió aprovechar para eliminar la pena de presidio y luego, modificar todo el régimen de penas para que no hubiere las incongruencias que ahora se aprecian en la parte especial con los tipos penales en los cuales se cambió el presidio por prisión. Como es sabido, el presidio ha sido abolido debido a la evolución penológica consignada en tratados internacionales

¹² En reunión departamental celebrada en marzo de 2005 Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.

sobre derechos humanos, la impronta del orden constitucional y hasta el contenido del artículo 19 de la Ley de Régimen Penitenciario.

Muchísimos otros aspectos de la Parte General, por ejemplo, el régimen de responsabilidad de adolescentes no fue tocado, siendo que por lo menos se podía aprovechar la oportunidad para suprimir las normas derogadas por LOPNA. Esto en el mero plano de técnica legislativa, porque si se considera otros aspectos sustantivos bien se podía resolver algunas dificultades que no ameritaban mayor discusión, como por ejemplo, distinguir en el artículo 65 relativo a las causas de justificación, como la obediencia legítima (causa de justificación) de la obediencia debida (causa de inculpabilidad), a sabiendas de los problemas que esta última especie ha comportado de cara a los abusos de poder. En el propio régimen de las penas, ya que se pretendía abolir el presidio, debió entonces resolverse este asunto en la regulación del as penas, suprimiendo las menciones superadas por la evolución constitucional y del sistema de protección de derechos, tal y como acontece con la pena de presidio.

Estos sencillos ejemplos lo que pretenden destacar es que la Reforma Parcial 2005 ha tomado caprichosamente sólo algunos dispositivos dejando de lado muchos otros que bien podían ser atendidos mediante una reforma parcial.

5.1.2.- Parte especial.

√ De los delitos.

Nuevamente esta parte del Código reproduce la reforma sesgada, asistemática y desarticuladora: Sólo desde *una perspectiva de la técnica legislativa* se modificaron algunos artículos e incluso se derogaron otros, pero se dejaron intactos tipos penales que habían sido declarados inconstitucionales hace años (Ejemplo: el *uxoricidio in reus veneri*); o no se tocaron la gran cantidad de tipos penales derogados, entre ellos, los tipos penales contra la Cosa Pública, derogados en gran medida, primero por la Ley de Salvaguarda y luego, por la Ley contra la Corrupción; aun cuando en otros casos, como por ejemplo, en el hurto, sí se eliminaron los hurtos agravados correspondientes al abigeato y regulados en la legislación especial (Ley Penal de Protección de la Actividad Ganadera, publicada en G.O N° 25/7/97). En este sentido, Grisanti Aveledo en un artículo de prensa publicado el 5/5/05 asienta:

Cuando se reforma parcialmente una ley, con derogación de alguno de sus artículos, la técnica legislativa, indica que lo más prudente es mantener el número de los artículos derogados seguido de la palabra derogado. De esta guisa, se obvia la fatigosa e inútil tarea de revisar las numerosas referencias de un artículo a otro que contiene la ley modificada. De otro lado abona a favor de este proceder el beneficio de la práctica judicial y docente, pues, por ejemplo, desde hace muchos años, todos identificamos el homicidio intencional simple con el artículo 407. Así se hizo en la última reforma del Código Civil. Lamentablemente, no ocurrió así en la Reforma Parcial que comentamos, pese a que la labor era sencilla puesto que apenas fueron derogados (o suprimidos, como impropriadamente dice la Ley de Reforma) dos artículos: el 143 y el 393 (...) (www.eud.com: Algunas incongruencias de la reforma penal, 5/5/05).

Por su lado, la desarticulación tiene un grave efecto perturbador de todo el conjunto normativo penal, producido por la Reforma Parcial dictada en el 2005¹³, que ha sido mucho mayor debido, en síntesis a las siguientes incongruencias:

√ Al publicar el texto refundido de la reforma se cambió toda la numeración del Código Penal, contrariando así técnicas y preceptos contenidos en la Ley de Publicaciones Oficiales, precisamente porque si no se revisa todo el texto suceden las incongruencias, incompatibilidades y reenvíos erróneos que se hicieron.

√ *Cambio puntual de la pena de presidio por la prisión*: Si bien la pena de presidio debe ser derogada expresamente debido a la evolución penológica, su eliminación no podía realizarse de modo puntual, pues ello ha creado graves incongruencias, dejando por ejemplo con penas más severas delitos menos graves (ejemplo notable es el homicidio simple con pena de presidio y el calificado con pena de prisión).

√ La Reforma Parcial *elimina* del texto refundido algunos tipos penales (específicamente dos) que estaban anteriormente derogados de modo expreso o tácito, pero no hace lo propio con muchísimos otros tipos penales que también habían sido derogados con anterioridad (bien por derogaciones tácitas o expresas o declaratorias de inconstitucionalidad), de modo que al publicar el texto refundido con tales dispositivos ya derogados pareciera que restablece su vigencia o al menos

¹³ Las incongruencias anotadas se mantienen no obstante que la reforma publicada en Gaceta Oficial el 16-3-05 fue publicada nuevamente en Gaceta Oficial de 13-4-05, donde "se reimprimió por errores materiales", resolviendo exclusivamente problemas de reenvío, por el cambio de numeración, tan anacrónicos que había tipos penales que se remitían a sí mismos o a otros que no tenían nada que ver con la materia tratada.

deja serias dudas sobre la misma, esto es totalmente incompatible con la legislación penal general. En particular, con leyes penales especiales como la ley contra la corrupción (2002) y la antidrogas (Losep, 1993) o con regímenes especiales como el contenido en la LOPNA.

√ Inversamente a lo anterior, la Reforma Parcial 2005 no resolvió lo referente a delitos cuya vigencia estaba en duda, lo cual era de fácil atención. Específicamente los delitos de falsificación de monedas y de falsificación de identidad del Código Penal, habían sido derogados por sendas leyes especiales y luego derogados por las reformas respectivas de tales leyes, quedando despenalizados. Era urgente que se restableciera de modo expreso la vigencia de estos delitos en el Código Penal.

√ La norma derogatoria final no sólo no resuelve los problemas planteados sino que los agrava, pues dice derogar el Código Penal de 1915 y lo deja así, sin resolver cuáles normas estarían vigentes debido a los profundos cambios legislativos operados a lo largo de tantas décadas.

Este tipo de problemas perturban seriamente la función general del sistema penal, propiciando mayor inseguridad e impunidad, pues sólo intentando resolver problemas de interpretación se dispendían enormes esfuerzos, se dan “soluciones” contradictorias y se afecta muy especialmente la actividad jurisdiccional y fiscal.

5.2.2.- De las faltas.

El efecto más significativo ya expuesto atrás, podría ser la reactivación de la eficacia del Libro de las Faltas que pudiere generarse como consecuencia de la actualización de las penas de multa aplicables, tras la homologación general a unidades tributarias.

5.3.- Norma derogatoria.

En cuanto a la norma derogatoria, la Ley de Reforma Parcial ordenó en su artículo 38 que “conforme al artículo 5 de la Ley de Publicaciones Oficiales se imprimiera en un solo texto el Código Penal (...) de 2000 (...) con las reformas aquí sancionadas”, así como ordena “modificar en el texto único todas las multas, ordenando corregir la numeración”, aspecto éste advertido por el veto presidencial. Por su parte, el artículo 5 de la Ley de Publicaciones Oficiales establece:

La Ley que sufra una reforma parcial deberá publicarse íntegramente con las modificaciones que hubiere sufrido, las cuales se insertarán en su texto suprimiendo los artículos reformados de manera de conservar su unidad. Esta publicación deberá estar precedida por la de la ley que hace la reforma¹⁴.

Mientras que la norma que aparece publicada bajo el artículo 546 de la Reforma Parcial 2005, sólo prevé:

Artículo 546. “Se deroga el Código Penal de 30 de junio de 1.915. El presente Código Reformado empezará a regir desde su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Dado, firmado y sellado en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los tres días del mes de marzo de dos mil cinco. Año 194° de la Independencia y 145° de la Federación”.

Esto parece haberse hecho para evitar entrar en detalles pues probablemente creyeron que crearía confusión, pero lo cierto es que tal falta de precisión lo que siembra es mayores dudas sobre la vigencia de muchos de los dispositivos del Código Penal, dada las enormes transformaciones legales experimentadas desde 1915 hasta hoy, en el propio Código Penal y por la acción de leyes que con la evolución legislativa abarcan ámbitos de su regulación, tal es el caso de las leyes penitenciarias, procesales y administrativas, además de las leyes especiales o colaterales que contienen tipos penales.

La redacción del ahora vigente artículo 546 del Código Penal, ya había sufrido varias modificaciones y el veto presidencial objetó esta norma y dio la pauta que se refleja en la redacción final, al advertir que no se debía derogar el Código Penal de 2000, pues no se estaría reformando gran parte del articulado no tocado por esta reforma parcial y porque además la Ley de Reforma Parcial sancionada, no contenía la modificación de este artículo, por lo que propuso como solución dejarlo con la mención heredada de los códigos anteriores. De este modo, se mantiene la confusión planteada desde otrora y que se lee en la reforma parcial de 1964: “se deroga el Código Penal del 30 de junio de 1915”, sin advertir que con posterioridad al Código de 1915 entró en vigor el dictado el 17 de agosto de 1926, que si bien desde el punto de vista sustancial sólo constituyó una reforma parcial con la finalidad principal de incluir la regulación penal del control de las armas (Rosales, 1990),

¹⁴ Gaceta Oficial N° 20.546 de fecha 22 de julio de 1941.

desde el punto de vista formal supuso el dictado de un nuevo Código, de igual forma, el 30 de junio de 1964 se publicó la Reforma Parcial del Código Penal y el 26 de julio de 2000, otra reforma parcial, ninguna de las cuales se menciona.

La incongruencia en este sentido, se destaca al comparar la inclusión de dos dispositivos mediante letras (artículos 296-A y 471-A), en cuyo caso no se rodó la numeración, cuestión que sí se hizo al derogar los artículos 143 y 393, con lo que se modificó toda la numeración sucesiva del Código, hecho que no sólo afecta las remisiones internas de su propio texto, sino también cualquier remisión hecha por otra ley.

5.4.- Otras cuestiones de fondo.

Atentado contra la legalidad: la confección típica de la mayor parte de los tipos reformados, constituye un atentado contra la legalidad en varias de sus manifestaciones, que genera problemas de aplicación y vicios de inconstitucionalidad, no sólo por la lesión a la seguridad jurídica a que conduce la inestabilidad del sistema normativo antes expuesta, sino en cuanto a principios penales que son las proyecciones básicas de la legalidad, en particular: el principio de bien jurídico e insignificancia, el principio de máxima taxatividad (tipicidad estricta), el principio de proporcionalidad y el principio de humanidad de las penas. Esta lesión de la legalidad fue advertida por el veto presidencial y sólo atendida de modo superficial, sesgado y parcial, sin entrar al fondo, con lo cual persisten dificultades no superadas. La caracterización de la lesión de la legalidad se expresa en lo que la doctrina penal denomina "abuso de los tipos penales" (Hassemer, 1989; concepto retomado en Rosales, 1996) lo cual supone una de las expresiones de la denominada "expansión del Derecho penal" reformulada bajo esta expresión por Silva Sánchez (1999).

6.- Los dos ejes transversales de la reforma.

La Reforma Parcial 2005 gravita alrededor de dos ejes transversales que son:

√ *Aumento generalizado de las penas*, en algunas ocasiones incorporando la duplicación de penas propia del *sistema de doble vía*. Cuando una ley penal se concentra en el aumento de las penas denota un fuerza expansiva del control penal que si no está estrictamente justificada propicia el abuso de poder y el debilitamiento del Estado de Derecho democrático. Aspectos apreciables en

la acentuación de su valor simbólico y la afcción del funcionamiento del subsistema penitenciario.

√ *La supresión de las formas alternas* a la privación de libertad durante el juzgamiento y después de la condena.

El aumento generalizado de las penas se presenta en los tipos modificados de favorecimiento bélico, homicidio agravado, difamación, injuria, robo, hurtos, extorsión, secuestro, violencia o resistencia a la autoridad, instigación a delinquir, etc. Es importante advertir que no se aumentó en todos los tipos, por ejemplo, no se elevó la pena en el delito de vilipendio (ofensas al Presidente, artículo 147), aun cuando en los medios de comunicación se ha creado confusión en relación con este dispositivo que se ha mantenido prácticamente inalterado desde otrora. En otros supuestos, la modificación de la pena de presidio a prisión supuso una pena menos gravosa, lo cual seguramente no se corresponde con la intención del legislador (caso ejemplo del tipo de homicidio doloso simple, artículo 405 y del calificado, artículo 406).

Además la elevación de las penas se presenta de modo simbólico y disociado pues como se advirtió se produce en unos tipos penales menos graves y en otros más graves no. Un supuesto grave e ilustrativo fue las modificaciones en el homicidio simple y calificado¹⁵:

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

| TIPO PENAL | CÓDIGO PENAL DE 1964 REFORMADO EN 2000 | CÓDIGO PENAL REFORMADO 2005 |
|---|---|---------------------------------------|
| Homicidio simple (artículo 407, actual 405) | Penal de presidio de 12 a 18 años | Penal de presidio de 12 a 18 años |
| Homicidio calificado (artículo 408, ordinal 1, actual 406, 1) | Penal de presidio de 15 de 25 años | Penal de prisión de 15 años a 20 años |

¹⁵ Como se aprecia, insólitamente a esta primera hipótesis del **homicidio calificado** fue a la única que se le rebajó sustancialmente la pena, siendo que la línea de la reforma parcial fue aumentar las penas de los todos los tipos penales reformados.

Como se evidencia, la pena del homicidio simple quedó igual (este tipo penal no se reformó) pero como sí se reformó el homicidio calificado del ordinal 1°, pasó a tener una pena mucho menor que la aplicable antes de la reforma parcial 2005. no se entiende cómo se planteó esto, si los homicidios son calificados por constituir modalidades especialmente reprobables como ocurre cuando se realzan por motivos innobles o mediante incendio o en el curso de determinados delitos que le añaden reprochabilidad a estos atentados como durante un robo a mano armada, atentados que se producen contra un bien jurídico superior, absoluto y que no se puede restringir como lo es la vida humana. No responde tampoco a una disminución de la pena en los homicidios pues la pena para los homicidios agravados contra altos funcionarios se elevó significativamente de presidio de 14 a 20 años a presidio de 20 a 25 años mientras que al magnicidio (homicidio contra el Presidente) se le cambió la pena de presidio a prisión, modificando sus límites de 20 a 30 de presidio por 28 a 30 de prisión. Todo lo cual denota enorme incongruencia y confusión.

A ello hay que añadir que el aumento de las penas como signo distintivo se percibe de un modo más extendido entre los delitos contra el patrimonio (Tabla 5) que son delitos convencionales (hurto, robo-arrebatón), pero que además debido a la selectividad del sistema penal, su persecución se asocia a la vulnerabilidad social, de modo que las personas y grupos humanos más desfavorecidos constituyen la clientela predilecta del sistema penal en los delitos patrimoniales convencionales. En la tabla 5 se muestra específicamente las modificaciones de la pena, tanto el tipo de pena (de presidio a prisión) como en cuanto a su duración en tales delitos.

TABLA 5
PENALIDAD EN DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

| <i>Código Penal 2000</i> | <i>Reforma Parcial del Código Penal Gaceta Oficial de 13/4/05</i> |
|---|---|
| TITULO X | TITULO X |
| De los delitos contra la propiedad | De los delitos contra la propiedad |
| CAPITULO I | CAPITULO I |
| Del hurto | Del hurto |

| | |
|---|--|
| <p>Artículo 453. Hurto simple prisión de seis meses a tres años Valor menor a cien bolívares, la pena será de arresto de uno a tres meses.</p> | <p>Artículo 451. Hurto simple prisión de un año a cinco años Valor menor a una unidad tributaria (1 U.T), la pena será de prisión de tres mese a seis meses.</p> |
| <p>Artículo 455. Hurto agravado prisión de cuatro a ocho años</p> | <p>Artículo 453. Hurto agravado prisión de cuatro a ocho años</p> |
| <p>CAPITULO II Del robo, de la extorsión y del secuestro Robo genérico propio Artículo 457. Presidio de cuatro a ocho años.</p> | <p>CAPITULO II Del robo, de la extorsión y del secuestro Robo genérico propio Artículo 455. Prisión de seis a doce años.</p> |
| <p>Robo Impropio Artículo 458. En la misma pena del artículo anterior Arrebatón Prisión de seis a treinta meses.</p> | <p>Robo Impropio Artículo 456. En la misma pena del artículo anterior Arrebatón Prisión de dos a seis años.</p> |
| <p>Robo de documento Artículo 459. Presidio de tres a seis años.</p> | <p>Robo de documento Artículo 457. Prisión de cuatro a ocho años.</p> |
| <p>Agravantes Artículo 460. Presidio de ocho a dieciséis años.</p> | <p>Agravantes Artículo 458. Prisión de diez a diecisiete años.</p> |
| <p>Extorsión Artículo 461 Presidio de tres a cinco años.</p> | <p>Extorsión Artículo 459. Prisión de cuatro a ocho años. Subtipo agravado: Aumento de un tercio</p> |
| <p>Secuestro Artículo 462. Presidio de diez a veinte años. Secuestro para causar alarma: Dos a cinco años de presidio.</p> | <p>Secuestro Artículo 460. Prisión de veinte a treinta años. Secuestro para causar alarma: Diez a veinte años de prisión Planificación y financiación específicos prisión no menor de 15 años ni mayor de 25 años Parágrafo Segundo: Agravante específica Parágrafo Tercero: Subtipo agravado por fines políticos 12 y 24 años de prisión.</p> |

Una restricción generalizada (en los tipos modificados) de toda fórmula alternativa al encarcelamiento durante el proceso o durante la condena.

El sistema penal de la última década y en particular el sub sistema penitenciario ha venido sufriendo el impacto de las restricciones consignadas en sendas reformas al COPP. Por ejemplo, el hurto (delito de delincuencia convencional que le sirve al sistema penal para seleccionar a los más vulnerables sociales) tenía asignada una pena de prisión de seis meses a tres años y ahora es de uno a seis años. Lo cual prolongaría la estancia carcelaria de las mismas personas, sin por ello ampliar el espectro punible para controlar un ámbito más amplio del delito. Igualmente se aumentó no sólo la pena de los robos propio (artículo 457) e impropio (artículo 458) sino también del “arreatón”, que es un robo menor, acerca del cual caben las mismas observaciones y aunque, tras el veto se aminoró el impacto de la prohibición de formas alternas al encierro, éstas permanecieron con algunas variaciones.

7.- El veto presidencial: dos cuestiones fundamentales

El veto presidencial fincó sus observaciones en dos aspectos fundamentales:

- √ La proscripción de formas alternas y,
- √ La legalidad en cuanto a tipicidad exhaustiva

Más allá de observaciones sobre algunos errores materiales, el veto presidencial se finca en *Observaciones de Fondo* que parten de la proscripción de las formas alternas a la privación de libertad durante el proceso o mientras dure la condena, que se denominan comúnmente beneficios procesales y/o medidas alternativas de cumplimiento de la pena. Señala expresamente que la prohibición de estas formas alternativas constituye violación de los artículos 19 y 272 constitucionales, así como denuncia la lesión de dispositivos de la ley procesal penal que específicamente los desarrollan. Estas normas constitucionales se refieren al sistema de protección de los derechos humanos, específicamente el artículo 19 encabeza el capítulo pertinente y consagra los principios rectores de la materia, valga decir, *indivisibilidad, interdependencia, irrenunciabilidad y progresividad*. Según el veto, constituye una trasgresión de este último principio en tanto que las formas alternas constituyen un avance en la progresiva ampliación de las formas de protección, por lo que al haberse alcanzado no le es dado a la ley

retroceder, indicando que constituyen “derechos adquiridos” muy especialmente en cuanto a la libertad como derecho, que aunque el veto no lo diga expresamente, se infiere que coincide en su posición como regla constitucional, acerca del a cual se ha derivado un elenco de garantías de protección irrenunciables e inderogables.

Asimismo, las observaciones presidenciales concuerdan al artículo 272 en el cual la Constitución consagró las reglas del sistema penitenciario, según que es principio rector *la preferencia por la aplicación de medidas no reclusoria*, por lo que concluye que la eliminación de tales posibilidades alternativas es inconstitucional y además, derivaría en una crisis carcelaria. Así como también denuncian la infracción de los artículos 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, y 512 del COPP referidos al régimen de la suspensión condicional de la pena y las fórmulas alternas a su cumplimiento.

En cuanto a la lesión de la legalidad en su dimensión de tipicidad exhaustiva, el veto presidencial observa que la “utilización excesiva de conceptos jurídicos indeterminados, derivando, por tanto, en imprecisa y discrecional, viola el principio de tipicidad exhaustiva, y pasa a exponer el uso de algunas d tales expresiones, así como considera la lesión del principio de proporcionalidad abstracta, constitucionalmente consagrado, específicamente en la regulación del artículo 297-A que refiere al terrorismo informativo “difundir informaciones que causen pánico en la colectividad” .

Estas observaciones permitieron la incorporación de correcciones que mejoraron la burda apertura típica exhibida por algunos de los tipos penales modificados o creados, lo cual sin duda es positivo, pero lamentablemente el fondo ideológico de raigambre bélica que late en reformas orientadas bajo tales criterios expansivos no pudieron ser superadas, por lo que aún habrá que mejorar mucho más el texto normativo a fin de adecuarlo al Estado Constitucional de los derechos y garantías propugnado constitucionalmente.

8.- Caracterización de la reforma parcial del código penal como uno de los eslabones expresivos del derecho penal del enemigo.

Justamente, los dos aspectos fundamentales sobre los que se fincó el veto presidencial, sirven para examinar el contenido de la Reforma Parcial 2005 como ejemplo de lo que en Occidente la doctrina penal viene denunciando bajo la expresión

Derecho Penal del Enemigo. Pero antes, nótese lo duro de la expresión: un Derecho Penal que no estaría articulado en el mundo de las garantías de los órdenes constitucionales contemporáneos, sino en el cual, se parte de otra premisa, el presunto “delincuente” no hace parte de la sociedad, sino que está en la otra acera, distante y bélica, es el “otro”, un enemigo y como tal hay que tratarle, según los criterios bélicos. Claro, como en Derecho Penal de lo que se trata es de administrar un Poder político *per se* difícil y comprometedor de los derechos y garantías: el poder penal, la decisión de darle tratamiento de “enemigo” en nada ayuda al imperio de la justicia. Al efecto, considérese la caracterización del Derecho Penal del Enemigo que hace el mentor de la expresión, Gunther Jakobs, un muy reconocido jurista contemporáneo y las características que Manuel Cancio Meliá le añade para completar el cuadro: *primero*: Se caracteriza “por un amplio adelantamiento de la punibilidad”, *segundo*: “Incremento comparativo notable de las penas frente al Derecho penal “normal”, *tercero*: Por la relajación o supresión de determinadas garantías procesales”. A las que Cancio Meliá añade: a veces no se incriminan hechos propiamente dichos sino conductas cuya relevancia consiste en su contenido simbólico.

“Se utilizan términos tan vaporosos y ambiguos que se genera la sensación de que el legislador ha querido eludir concientemente las “complejidades” derivadas del mandato de determinación que conlleva el principio de legalidad” (Cancio Meliá, 2002: 21).

9.- Modificaciones específicas de cada dispositivo.

Para apreciar de manera sistemática las modificaciones específicas en cada dispositivo (norma o tipo penal) se presenta la tabla 6, en el cual además se incluye dos columnas que especifican la intervención del veto presidencial y sus resultados.

Tabla 6
OBSERVACIONES SOBRE MODIFICACIÓN DE CADA DISPOSITIVO
Y RELACIÓN CON EL VETO PRESIDENCIAL

| N° antes de reforma | Norma O tipo penal | N° actual | Observaciones Y relación con el veto presidencial | Veto presidencial |
|----------------------|--------------------|-----------|---|-------------------|
| PARTE GENERAL | | | | |
| 96 | CONCURSO DE MULTAS | 96 | En la norma sobre el concurso de multas se modifica el monto a unidades tributarias, homologación | No se vetó |

| | | | | |
|--|---|-----|---|------------|
| | | | que se realiza a todo lo largo del articulado del Código Penal | |
| 108 | PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: LAPSOS APLICABLES SEGÚN PENA | 108 | 108, 7º: Se modifica la pena de multa a U.T 108, 1º: Se cambia la pena “presidio” por prisión” lo cual deja un vacío legal para la prescripción de los delitos que tengan asignado presidio. | No se vetó |
| 110 | PRESCRIPCIÓN: INTERRUPCIÓN | 110 | Se modificó el régimen de la prescripción intentando adaptarlo al COPP. En tal sentido, se homologó el efecto interruptor del auto de detención al de la citación fiscal para el acto de imputación. No obstante, persiste dificultades en la concordancia de esa regulación pues no se uniformó el tratamiento entre el primer y segundo aparte de este artículo | No se vetó |
| 112 | PRESCRIPCIÓN DE LA PENA | 112 | Se suprimió del 1º la referencia a la pena de presidio con lo cual quedó sin regulación y en 4º se cambió la pena de multa a U.T | No se vetó |
| PARTE ESPECIAL | | | | |
| DELITOS CONTRA EL ORDEN CONSTITUCIONAL O (TÍTULO I: DELITOS CONTRA LA INDEPENDENCIA Y SEGURIDAD DE LA NACIÓN) | | | | |
| 128 | TRAICIÓN A LA PATRIA | 128 | Se amplió el tipo penal al incluir a la par del país o nación (se cambió a república) extranjera y enemigos exteriores a: “ <i>grupos y asociaciones terroristas, paramilitares insurgentes o subversivos</i> ”. Ello supone un giro casuista que no mejora al tipo penal. aumentando su apertura típica, que es uno de las redacciones donde se denota un alto afán por el casuismo normativo que desmejora las cualidades de abstracción y determinación precisa. Como es sabido, el casuismo constituye un defecto grave de técnica legislativa y de comprensión del sistema normativo penal, dado que sacrifica el rigor que debe conservar todo tipo penal que debe conjurar a la vez la característica de su abstracción para ser aplicable a toda conducta (activa u omisiva) que constituya | No se vetó |

| | | | | |
|-----|--|-----|---|------------|
| | | | <p>una afección relevante del bien jurídico tutelado con ese tipo penal, pero que a la vez es lo suficientemente cerrada como para evitar convertirse en un saco de Pandora que se ofrezca para las dudas y la imprecisión.</p> <p>El casuismo se asocia a la fuerza simbólica generando defectos normativos que debilitan la confianza en la legislación y en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado. Además, se cambió la pena de presidio a prisión lo cual técnicamente supone una rebaja. Se incluyó el párrafo único que prohíbe la procedencia de formas alternas a la privación de libertad durante el juicio durante el cumplimiento de la condena.</p> | |
| 140 | FAVORECIMIENTO BÉLICO | 140 | Al igual que en el tipo de traición a la patria, al lado de país extranjero se incluyó: <i>grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes</i> . Además se modificó la redacción del tipo de manera que se trata de otro delito. Se transformó el tipo desfigurándolo, de modo que ahora se refiere a otras acciones distintas a las que regulaba. En tal caso, se debió tipificar la conducta que se consideraba pertinente sin tergiversar a figura típica. | No se vetó |
| 143 | ADMITIR DÁDIVAS U HONORES DE GOB. EXTRANJERO | | <i>Se suprimió</i> | |
| 148 | OFENSAS A JEFE DE ESTADO | 147 | También llamados delitos de desacato, es decir, toda difamación o injuria a funcionario. La tendencia internacional es a su despenalización dado el predominio del principio de igualdad ante la ley. En este tipo no se modificó ni la descripción típica, ni la pena, sólo se suprimió el párrafo único dedicado a las ofensas a otros altos funcionarios ya incluida en el artículo siguiente. | No se vetó |
| 149 | OFENSAS A ALTO FUNCIONARIO | 148 | Al igual que la anterior se trata del tipo penal de desacato, pero esta vez a los altos funcionarios, cuyos cargos fueron | No se vetó |

| | | | | |
|---|---|--|---|---|
| | | actualizados con esta reforma. Quedó igual la pena. Es de destacar que después del veto se incluyó entre los altos cargos “a los miembros del Alto Mando Militar”, lo cual supone una violación al procedimiento constitucional de formación de leyes. | | |
| (TÍTULO III: DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO O ADMINISTRACIÓN PÚBLICOS: DELITOS CONTRA LA COSA PÚBLICA) | | | | |
| 216 | VIOLENCIA O RESISTENCIA A LA AUTORIDAD | 215 | <p>Esta disposición decimonónica también es una de las que debería tender a despenalizarse dado que en la realidad ha servido para el abuso de poder. En códigos anteriores se listaba los cargos de los funcionarios, pero en las reformas sucesivas se suprimió la lista con lo cual se amplió el sujeto pasivo a todo funcionario de modo genérico, dejando en el primer aparte una fórmula agravada para los altos funcionarios.</p> <p>En esta reforma se modificó el tipo ampliándolo tanto en cuanto al núcleo del tipo como en cuanto a los sujetos pasivos. Así, se cambió abusivamente “usar violencia o amenaza .. para constreñir” por “amenazar..con el fin de intimidar”, nótese que este cambio en la acción supone esto significa que y se extendió a los familiares del funcionario, siendo que la Doctrina entendía que la violencia o amenaza podía alcanzar a cualquier persona vinculada al funcionario, por lo que tal expansión no era necesaria.</p> <p>Además se aumentaron las penas en él contenidas.</p> <p>En cuanto a la tendencia registrada con esta reforma legal a aumentar la represión del desacato, es de advertir que ello perjudica al fortalecimiento democrático en relación con la protección de los derechos humanos</p> | <p>Veto de fondo (se solicitó levantar la sanción)</p> <p>Por cuanto se consideró que se lesionaba la legalidad, en su expresión como “tipicidad exhaustiva” dado que se usaron conceptos indeterminados y específicamente cuestiona el uso de “amenaza” como acción típica, insistiendo en sus palabras, en la necesidad de tipificar la tentativa para graduar la pena conforme al principio constitucional de proporcionalidad abstracta o reenviar a la regulación general de la tentativa.</p> |

| | | | | |
|--|--|------------|--|--|
| | | | tanto en el sistema interno como ante el sistema internacional (al efecto ver noticias: OEA: Reforma a código penal venezolano La Nación, Costa Rica. Martes, 29 de marzo de 2005 en Analítica .com | Sin embargo, si bien el tipo penal sancionado se modificó tras el veto, continuó |
| (TÍTULO V: DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO) | | | | |
| 284 | INSTIGACIÓN PÚBLICA A DELINQUIR | 283 | De por sí, este tipo penal responde a una excepción a la regla de no punición de actos preparatorios que por tal supone interpretación restrictiva y una expansión del control penal que debe justificarse suficientemente. De hecho, esta incriminación del tipo penal es específica para castigar “la instigación pública a delinquir” dado que la instigación específica en cualquier delito es punible para el instigador con la misma pena del autor. Sin embargo, muy por el contrario, con esta reforma se amplía de modo grotesco la descripción típica pues originalmente se castigaba la instigación pública a delinquir, obviamente” por cualquier medio” dado que el tipo penal no exigía un medio de comisión específico, pero ahora se modifica a “públicamente o por cualquier medio” con lo cual pareciera alternativo: o lo hace públicamente o lo hace “por cualquier medio”, en cuyo caso se habría desvirtuado una exigencia típica clave cual es el carácter público de la instigación. Pero además el Código no se refiere a excitar a la desobediencia de la ley pues ello está castigado en otro tipo penal, sino a la instigación que es un acción específica a cometer un delito, por tal, la ampliación a “ejecutar un acto en contravención de las leyes” es nuevamente una expansión que desvirtúa el tipo penal y no tiene sentido puesto que en ese mismo artículo al referir la pena se está obviamente hablando de delitos. De nuevo, se suprime con el 1º la | No se vetó |

| | | | | |
|--|--|-------|---|---|
| | | | regulación en caso de pena de presidio, con lo cual se crea una laguna legal en cuanto al tratamiento de los delitos que tengan asignada esa pena. | |
| 286 | EXCITACIÓN A LA DESOBEDIENCIA DE LAS LEYES | 285 | Se modifica el verbo “excitar” por “instigar” con lo cual paradójicamente se torna más exigente el tipo penal. Se eleva considerablemente la pena. | No se vetó |
| 297 | “TERRORISMO” INFORMATIVO | 297—A | Añade como terrorismo la difusión de informaciones que pretendan causar o causen pánico en la colectividad | Veto de fondo (se solicitó levantar la sanción) |
| (TÍTULO VI: DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA) | | | | |
| 320 | FALSEDAD DOCUMENTAL | 319 | Falsedad de acto o documento cambiaron el tipo de modo absurdo | No se vetó |
| DELITOS DE RIESGO COMÚN O (TÍTULO VII: DELITOS CONTRA LA CONSERVACIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS Y PRIVADOS) | | | | |
| 358 | RIESGO COMÚN | 357 | Suprimieron el tipo que castigaba el solo hecho de colocar los artefactos | Vetado Se solicitó modificar |
| 361 | RIESGO COMÚN | 360 | Olvidaron cambiar penas de los sub-tipos agravados | No se vetó |
| DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL O (TÍTULO VIII: DELITOS CONTRA LAS BUENAS COSTUMBRES Y EL BUEN ORDEN DE LAS FAMILIAS) | | | | |
| 375 | VIOLACIÓN (TIPO BÁSICO) | 374 | Aumento de penas Tipo casuístico Cambió el tipo a menor de 13 años Prohíbe medidas alternativas 376: Amplía los tipos deroga 393 | Vetado Se solicitó modificar |
| 376 | VIOLACIÓN AGRAVADA | 375 | | |
| 393 | ATENUANTE POR SUJETO PASIVO CUALIFICADO (PROSTITUTA) | | Derogado | |

| DELITOS CONTRA LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y MORAL O (TÍTULO IX: DELITOS CONTRA LAS PERSONAS) | | | |
|--|------------|---|---|
| HOMICIDIO CALIFICADO | 406 | 1° (veneno, incendio, etc) único caso en el que se rebaja la pena 15-20 era de 15-25. Esto desarticula el sistema | Vetado Se solicitó modificar |
| HOMICIDIO AGRAVADO | 407 | Varía las penas y deja "presidio" Prohíbe medidas alternativas | |
| DIFAMACIÓN | 442 | Aumento de penas Duplicación privativa y multa Valor probatorio pleno a copia de publicación Restricción de MA ¼ después de condena | |
| INJURIA | 444 | | |
| DIFAMACIÓN E INJURIA | 450 | | |
| PRESCRIPCIÓN ESPECIAL | | | |
| DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO O (TÍTULO X: DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD) | | | |
| 453 HURTO SIMPLE | 451 | Suprime adecuadamente los ordinales 1 a 8 por estar previamente derogados según Ley Penal de Protección de la Actividad Ganadera, publicada en G.O N° 25/7/97 | |
| 455 HURTO CALIFICADO | 453 | Aumento de pena. Conforme al veto se eliminó el Parágrafo único que proscribía toda fórmula para procesados y/o condenados alterna a la privación de libertad | Veto de fondo (se solicitó levantar la sanción) |
| 457 ROBO PROPIO | 455 | Aumento de penas. Desproporcionado en arrebato Conforme al veto se eliminó el Parágrafo único que proscribía toda fórmula para procesados y/o condenados alterna a la privación de libertad | Veto de fondo (se solicitó levantar la sanción) |
| 458 ROBO IMPROPIO Y ARREBATÓN | 456 | Se aumentó la pena de prisión para el arrebato de 6 a 30 meses a prisión de 2 a 6 años y conforme al veto se modificó el Parágrafo único que proscribía toda fórmula para procesados y/o condenados alterna a la privación de libertad, dejando | Veto de fondo (se solicitó levantar la sanción) |

| | | | | |
|--|---|-------|--|---------------------------------|
| | | | sólo la prohibición de libertad durante el juzgamiento | |
| 459 | ROBO PARA DESTRUIR DOCUMENTO | 457 | | |
| 461 | EXTORSIÓN | 459 | Aumento de pena Añade subtipo de extorsión por amenaza de calamidad | |
| 462 | SECUESTRO | 460 | Deja tipo básico Aumenta pena Crea subtipos agravado en parágrafos: Confunde formas de participación. Casuismo Autoría intelectual. No entiende que es delito permanente. Privilegia a los cooperadores inmediatos. Sustituye agravaciones genéricas. Prohíbe fórmulas alternas | Vetado Se solicitó modificar |
| 472 | APROVECHAMIENTO DE COSAS PROVENIENTES DE DELITO | 470 | Aumento de penas Errores de redacción (Himiob) Receptación de funcionario en averiguación penal | Vetado Se solicitó modificar |
| 473 | DAÑO A INMUEBLE INVASIÓN DE INMUEBLE (NUEVO) | 471—A | Nuevo. Desarticulado del artículo 473. Confunde figuras de participación. Viola garantías procesales (flagrancia) prohíbe fórmulas alternativas | |
| 474 | PERTURBACIÓN VIOLENTA Y ARMADA DE POSESIÓN PACÍFICA | 472 | Aumento de pena absurdo | |
| DE LAS FALTAS EN GENERAL: (TÍTULO I: DE LAS FALTAS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO) | | | | |
| 508 | VOCIFERACIONES Y RUIDOS MOLESTOS | 506 | Aumento de pena y se amplió el tipo penal de “vociferaciones” que es uno de los tipos que se ha denunciado como “punición de los cacerolazos” pero que en realidad existe desde el siglo XIX. Aquí el único detalle propiamente inconstitucional es que se añadió como sujeto pasivo de la subespecie agravada a los miembros del alto mando militar y esto se añadió después del veto, aunque el veto no lo planteó | Vetado Se solicitó modificar |

| DISPOSICIÓN FINAL | | |
|---|--|---------------------------------|
| DISPOSICIÓN FINAL (SOBRE DEROGACIÓN) | Ordena publicar el Código Penal de 2000 (G.O N° 5.494 extraordinario, de fecha 20/10/00) añadiendo esta reforma. | Vetado Se solicitó modificar |

10.- Impacto sobre el régimen del COPP. La sentencia del TSJ.

Algunos aspectos puntuales pueden ayudar a ilustrar el impacto de la Reforma Parcial 2005 sobre el régimen del Código Orgánico Procesal Penal:

√ Suspensión condicional del proceso. Para delitos con penas asignadas menores a tres años.

√ Acuerdos reparatorios. COPP, Artículo 42. la reforma creó otro tipo culposo.

√ Principio de oportunidad COPP: artículo 37.

√ COPP: 256. Medidas cautelares sustitutivas.

Para penados:

√ COPP. 508: Redención de la pena

√ COPP 501. Trabajo fuera del establecimiento

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albrecht, P. A. (1999). "El Derecho penal en la intervención de la política populista". En: La insostenible situación del Derecho Penal. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt: Ed. Comares.
- Aniyar de Castro, L. (1992). Democracia y Justicia penal. Caracas. Ed. del Congreso de la República.
- Atienza, M. (2003). El sentido del Derecho. (2ª ed.) Ariel Derecho. (1ª ed.).(2001). Barcelona: España.

- Aponte, A. (1999). *Guerra y Derecho Penal del Enemigo*. Universidad de Los Andes. Bogotá.
- Baratta, A. (1985). "Requisitos mínimos del respeto a los derechos humanos en la ley penal". Capítulo Criminológico N° 13. Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, pp.79-99. Maracaibo.
- Bauman, Z. (2001). *En busca de la política*. (1ª ed.). en inglés (1999). Fondo de Cultural Económica. Argentina.
- Beck, U. (1998). *¿Qué es la globalización?*. Estado y Sociedad 58. (1ª ed.) en alemán (1997). Ed. Paídos. Barcelona: España.
- _____ (2002). *Libertad o capitalismo*. Estado y Sociedad 100. Ed. Paídos. Barcelona. España.
- Bergalli, R. (1996). *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación: Policía, Jurisdicción y cárcel*. Ed. Bosch. Barcelona: España.
- Binder A. (2000). *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires.
- Borrego, C. (1991). "La aplicación judicial de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público" *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 90, Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- _____ (2002). *Constitución y proceso penal*. Universidad Central de Venezuela Livrosca. Caracas.
- Borrego/Rosales, E. (1992). *Drogas y Justicia penal (realidad judicial e interpretación jurídica)*. Ed. Livrosca. Caracas.
- _____ (1993). "Constitución y Derecho Penal". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- _____ (1999). "Motivación para la reforma penal sustantiva". *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. N°15. 1997-98 Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Briceño León, R. (1999). "La violencia en Venezuela." Mimeo. Lacso.
- Buenaventura de Sousa, S. (1999). *La globalización del Derecho*. (1ª ed.). en portugués (1998). ILSA y Universidad Nacional de Colombia.
- Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Ed. Trotta. Madrid.
- Cancio Melía, M. (2002). "Derecho penal del Enemigo y delitos de terrorismo". *Jueces para la democracia* N° 44. Madrid.
- Código Penal de Venezuela*. (1981). Vol. I Artículos 1 al 67. Ed. Instituto de Ciencias Penales Universidad Central de Venezuela.
- Christie, N. (2001). *Crime Control as Industry*, Roulegte. England.

- Donini, M. (2004). "La relación entre Derecho Penal y política: método democrático y método científico". *Revista Penal*. Enero. N° 13. La Ley. Universidad de Huelva. Universidad de Salamanca. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla.
- Delgado Rosales, F. (2000). "Reforma Penal y Cultura legal en Venezuela (Un acercamiento cualitativo)". *Capítulo Criminológico Vol. 28 N° 4*. Dic 2000 1-38.
- Díaz, E. (1998). *Estado de Derecho y sociedad democrática*. (1ª ed.). (1966). Ed. Taurus. Barcelona: España.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Original en italiano Ed. Laterza (1989). Ed. Trotta. Barcelona: España.
- _____ (2002). *Derechos y garantías*. Original en italiano (2001). Ed. Cedisa. Barcelona: España.
- Faúndez Ledesma, H. (1992). *Administración de Justicia y Derecho internacional de los derechos humanos. El derecho a un juicio justo*. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Foucault, M. (1977). *Vigilar y Castigar*. Siglo XXI Editores. México.
- Gabaldón, L. G. (2001). "La reforma penal en Venezuela". *Capítulo criminológico Vol 29; N° 3*. Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia. Maracaibo.
- Hassemer, W. (1989). "Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos". *Nuevo Foro Penal*. N° 51. Bogotá.
- _____ (1990). "El destino de los derechos ciudadanos en un Derecho Penal 'eficaz'". *Doctrina Penal* N° 49-52. Ed. Depalma. Buenos Aires.
- Kuhn, T. (1990). *La estructura de las revoluciones científicas*. (1ª ed.). en inglés (1962). Fondo de Cultura Económica, México.
- Lewis, R. (1992). *Complejidad. Metatemáticas 41*. (1ª ed.). en inglés (1992). Tusquets Editores. Barcelona: España.
- Mir Puig, S. (1980). *El Derecho Penal en el Estado Social y democrático de Derecho*. Ariel Derecho. Barcelona: España.
- Malaguera Rojas/Ferreira de Abreu, F. (2004). "Los crímenes de lesa humanidad y el delito de tráfico de drogas ilícitas". *Revista Cenipec* N° 23. ULA. Mérida: Venezuela.
- Marcuse, H. (1972). *La sociedad opresora*. Editorial Nuevo Tiempo.
- Nikken, P. (1991). *Código de Derechos Humanos. Compilación y estudio preliminar*. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Rosales, E. (1990). "Política en el Gomecismo y Derecho Penal: las reformas penales de 1915 y 1926". *Revista Venezolana de Ciencias Políticas* N° 6. Cepsal. Universidad de Los Andes. Mérida: Venezuela.
- _____ (1991). "La aplicación judicial de la Ley Orgánica sobre sustancias

- estupefacientes y psicotrópicas”. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- _____ (1994). “La reforma constitucional, principios penales y derechos humanos”. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- _____ (1998). Drogas y Administración de justicia. UCV-Livrosca. Caracas.
- _____ (2002). “El sistema penal en apuros: Aproximación al sistema penal venezolano de las últimas décadas”. Revista del Tribunal Supremo de Justicia N°5. República Bolivariana de Venezuela
- _____ (2002). “Sistema penal y relegitimación procesal”. En: Violencia, sociedad y justicia en América Latina. comp.. Roberto Briceño León. Clasco. Buenos Aires.
- _____ (2003). “Terrorismo y Globalización del control penal”. Revista del Tribunal Supremo de Justicia. N° 6. Caracas.
- _____ (2004). “Sistema Penal y reforma penal”. Especialmente: Contexto jurídico internacional: La tensión entre El Derecho de los derechos humanos y la Globalización expansionista del control penal. Conferencia presentada en el Encuentro Nacional de Criminología. Mérida, noviembre 2004 y sometido a publicación en Capítulo Criminológico. Especialmente el capítulo: “Contexto jurídico internacional: La tensión entre El Derecho de los derechos humanos y la Globalización expansionista del control penal”.
- _____/Bello Rengifo/Borrego, C. (1996). Constitución, principios y garantías penales. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Silva Sánchez, J. (1999). La expansión del Derecho Penal. Ed. Civitas. Barcelona: España.
- Pérez Perdomo, R. (1978). El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano. Monte Ávila Editores. Caracas.
- Soros, G. (2002). Globalización. Planeta. (1ª ed.). en inglés (2002).
- Zaffaroni, E. (1985). Derecho Penal. Parte general. Ed. Ediar. Buenos Aires.
- _____/Alagia/Slokar, A. (2000). Derecho Penal. Parte General. Ed. Ediar. Buenos Aires.