

Ciudadanos

PRESIDENTE Y DEMÁS MAGISTRADOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Sus Despachos.-

Ref: Recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad contra el Código Penal publicado en la Gaceta Oficial N° 5.763 extraordinaria, de fecha 16 de marzo de 2005 y la reimpresión en Gaceta Oficial N° 5.768 extraordinaria, de fecha 13 de abril de 2005.

Nosotros, **DAVID TERÁN GUERRA, JAVIER IRANZO HEINZ, ALONSO MEDINA ROA, JOSE LUIS TAMAYO, CARLOS BASTIDAS ESPINOZA, THERESLY MALAVE, MARÍA DEL PILAR PERTIÑEZ de SIMONOVIS, JACQUELINE SANDOVAL de GUEVARA, GONZALO HIMIOB SANTOME, ANTONIO ROSICH, ANTÓN BOSTJANCIC, CLAUDIA MUJICA, CARLOS PACHECO, ENRIQUE PRIETO SILVA, MIGUEL ANGEL CASTILLO, OSWALDO DOMÍNGUEZ, MONICA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ**, miembros de la Asociación Civil “**Foro Penal Venezolano**”, y **HUMBERTO PRADO**, miembro de la Asociación Civil “**Observatorio Venezolano de Prisiones**” venezolanos, mayores de edad, abogados, de este domicilio, titulares de la cédula de identidad N° V-11.027.994, V.-11.309.134, V.-6.226.837, V.-JL, V.-6.351.830, V.-6179617, V.-6.917.213, V.-6.809.661, V.-9.879.727, V.-AR, V.-9.963.526, V.-6.824.818, V.-6.925.864, V.-**HPS**, V.-4.568.615, V.-**OD**, V.-17-079.600, V.-**HP**, respectivamente e inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el Nros. 58.696, 58.612, 67.896, **JLT**,41.754, 30.627, 35.462, 25.395, 48.459, **AR**, 45.129, 37.020, 82.470, **EPS**, 45.825, **OD**, 61.535, **HP**, en ese mismo orden, con la venia de estilo ocurrimos respetuosamente ante ustedes, de conformidad con lo previsto en los artículos 7, 27, 334 y 336 numeral 1° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 5 numeral 6°, 19 y 21 aparte 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. para interponer formal **recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad** contra los artículos 108, 110, 112, 128, 140, 147, 148, 215, 283, 284, 285, 296-A, 319, 357, 360, 374, 375, 406, 407, 442, 444, 450, 451, 453, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 470, 471, 471-A del Código Penal, publicado en la la Gaceta Oficial N° 5.763 extraordinaria, de fecha 16 de marzo de 2005, y su reimpresión en Gaceta Oficial N° 5.768 extraordinaria, de fecha 13 de abril de 2005, ya que dichos artículos son violatorios de derechos fundamentales, de principios y garantías constitucionales previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como lo contemplado en Pactos y Convenios Internacionales, según las consideraciones siguientes:

I

PRESUPUESTOS PROCESALES DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN PROPUESTA.

El presente recurso, de nulidad por razones de inconstitucionalidad, está edificado sobre bases sólidas, apoyadas a su vez en los presupuestos procedimentales previstos en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las siguientes condiciones o requisitos:

- De conformidad con el numeral 1° del artículo 336 de la Constitución de la República de 1999, en relación con el artículo 5, numeral 6° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia: la impugnación por razones de inconstitucionalidad de las leyes nacionales y demás actos de rango de ley, emanadas de la Asamblea Nacional, por razones de competencia, debe plantearse obligatoriamente ante la **Sala Constitucional** del Tribunal Supremo de Justicia.
- En consecuencia, y por cuanto las normas impugnadas en la presente acción, los artículos 108, 110, 112, 128, 140, 147, 148, 215, 283, 284, 285, 296-A, 319, 357,

360, 374, 375, 406, 407, 442, 444, 450, 451, 453, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 470, 471, 471-A del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768 extraordinaria, de fecha 13 de abril de 2005, y la Gaceta Oficial Número 5.763, de fecha 16 de marzo de 2005, están subsumidas en una Ley Nacional, es ésta máxima Instancia jurisdiccional la competente para conocer la nulidad propuesta en este documento.

- La acción se interpone temporáneamente conforme a lo dispuesto en el artículo 21, aparte 22, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, según el cual **“Las acciones o recursos de nulidad contra actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo...”**
- No existe sentencia emanada de esa Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que haya declarado la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas en la presente demanda de nulidad.
- La legitimación de quienes nos presentamos en esta oportunidad recursoria, en solicitud del control de la constitucionalidad de la ley impugnada a través de este escrito, encuentra su fundamento en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece con carácter constitucional el derecho de acceso a la justicia, el cual se logra mediante la acción y la posibilidad de acudir ante los órganos de Administración de Justicia para buscar pronunciamientos concretos contra aquellos actos, de cualquiera de los Poderes Públicos, que se constituyan en violatorios de los derechos de los ciudadanos habitantes de esta República.

En este sentido la presente acción, de acuerdo con el artículo 21 aparte 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se intenta para que sean restablecidos los derechos fundamentales que actualmente son violados por los artículos denunciados, al igual que los derechos y garantías constitucionales de todos los habitantes de la República, dada la innegable inconstitucionalidad de la reforma parcial de la norma sustantiva penal venezolana, la segunda en grado de importancia, luego de la Carta Magna.

Al tratarse de una acción popular de inconstitucionalidad, cualquier persona tiene interés jurídico y personal en proponerla, sin necesidad de que hayamos sufrido un daño por esa ley. Esta afirmación deviene de los propios criterios doctrinarios establecidos por esta Sala en sus sentencias, específicamente, la dictada el 22 de septiembre de 2001, caso Servio Tulio León, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, en la cual se determinó:

“...Por otra parte existe en nuestro ordenamiento la acción popular de inconstitucionalidad, donde cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. Es el actor un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley. Este tipo de acciones populares es excepcional...”

En este sentido, sin bien no hemos recibido un menoscabo de una situación jurídica a través de un acto concreto, tenemos interés jurídico, pues como dice la sentencia citada, existen suficientes circunstancias para acceder a la justicia, a fin de poner en práctica el control de la constitucionalidad y de esa manera intentar obtener un provecho general, de allí que al estar dotados de interés jurídico debemos insistir que nuestra acción está debidamente fundada en derecho y no se encuentra prohibida por la ley alguna, en consecuencia, así solicitamos sea declarado.

- Se acompaña publicación del Código Penal publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768 extraordinaria, de fecha 13 de abril de 2005, así como el Código Penal publicado en la Gaceta Oficial N° 4.763 extraordinario de fecha 16 de marzo de 2005. Tal consignación es a los efectos de dar cumplimiento al aparte 9 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Verificados los extremos legales para admitir este recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad contra los artículos 108, 110, 112, 128, 140, 147, 148, 215, 283, 284, 285, 296-A, 319, 357, 360, 374, 375, 406, 407, 442, 444, 450, 451, 453, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 470, 471, 471-A del Código Penal, por ser violatorios de derechos fundamentales, garantías constitucionales y derechos humanos contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, solicitamos la admisión de la presente acción de conformidad con el aparte 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

II ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL DERECHO PENAL VENEZOLANO

Ciudadanos Magistrados, con el único propósito de coadyuvar con la Sala para una mejor comprensión de la acción de nulidad por inconstitucionalidad propuesta en esta oportunidad, muy respetuosamente procederemos a citar los instrumentos normativos, que desde la primera codificación penal, han inspirado el derecho penal venezolano.

Así, cuando revisamos la Historia de Venezuela nos encontramos que comienzan a aparecer varios decretos de los presidentes de la República de Venezuela, a partir del momento en que se instaura como absolutamente independiente de Colombia la Grande, a partir de 1830; con ello los primeros pasos de legislación penal propia, distinta a la de los Españoles desarrollada en las Siete Partidas, y las Leyes de Indias; además de otras leyes que rigieron durante la unión de Colombia y Venezuela, en la Gran Colombia; Así comenzaron a observarse desde 1830, de forma dispersa en los distintos decretos presidenciales sanciones penales y penas que regularían conductas específicas en la naciente República de Venezuela. Casi todas estas normas fueron orientadas a que el Presidente tomara el control contra grupos disidentes, a quienes se les aplicaban normas por rebelión, sedición, traición a la patria entre otras, comportándose inclusive la pena de muerte, la expulsión del territorio y las penas infamantes, entre otras.¹

Esta característica provocó que para finales del gobierno de José Antonio Páez y los hermanos José Tadeo y José Gregorio Monagas no existiera un cuerpo de leyes unificado en el país, con lo que para el año de 1863 bajo el Gobierno de Juan Crisóstomo Falcón se publica, el 19 de abril, el primer Código Penal venezolano con una directa y clara influencia española. Se ha dicho en la literatura nacional que este código tuvo una vigencia de 4 meses, pero el profesor José Luis Tamayo, a través de uno de sus estudios, realiza un análisis muy adecuado y refiere que no tuvo ni siquiera un mes de vigencia, pues una vez depuesto el presidente el decreto que sucede a la toma de poder de forma dictatorial por José Antonio Páez, deja sin vigencia todas las leyes anteriores, con lo cual a pesar de no haber existido uno posterior en corta fecha, tampoco estuvo vigente el de 1863.

Posterior a este código el siguiente, quizá el de más larga duración antes que el actual, fue el de 1873 que duró 24 años, continuando con la influencia española. Se sustituyó a éste en el año de 1897, tomando la influencia directa del Código de Zanardelli de 1889, aun y cuando también se ha observado que el código venezolano tenía aspectos propios que pretendían resolver los asuntos más complicados que venían sucediéndose en la República.

Luego hubo dos códigos el de 1904 y el de 1912, donde se vuelve a la a influencia hispana, hasta que para 1915 se fusionan las dos tendencias, la española y la italiana que quizá fue lo que perduró hasta el de 1926, que es el que en gran parte se encuentra vigente en este momento, a pesar de las reformas parciales que ha sufrido.

Ese código de 1926 obtuvo, en su momento, y por muchos años, críticas sobre su probable incongruencia en la redacción de las normas y particularmente en cuanto a su estilo dogmático, asumido como parte de sus especificaciones en el libro relativo a los aspectos generales. Este código ha sufrido tres reformas: la del 27 de junio de 1964; la del 20 de octubre de 2000 (sobre el porte ilícito de arma de fuego, el uso indebido de arma de fuego, la desaparición forzada de personas, la colocación de obstáculos en la vía pública con fines

¹ Para mayor referencia sobre el tema revisar Evolución Jurídica, social e histórica de los delitos y las penas de la República de Venezuela desde 1830 hasta 1864 por Mónica Fernández Sánchez, para publicar. UCV 2005.

de crear catástrofes y el asalto a unidades de transporte colectivo). Ahora se le une la incongruente reforma del año 2005, a la que nos referiremos detalladamente en adelante.

Al revisar las reformas de 1964 y de 2000 notamos como también pueden ser sometidas a críticas, pero particularmente por responder a una carencia de política criminal de Estado que pareciera entender que todo el problema de la criminalidad se soluciona con la elaboración de leyes penales y con el incremento de las penas, pero por lo menos se había respetado la técnica legislativa y la adecuada forma de compilación que se había adoptado desde el primer código venezolano.

Venezuela, como dijimos al inicio, ha intentado, insistentemente, reformar el código penal, y por ello los intentos de actualización no han sido pocos, muy por el contrario reposan en la sede del parlamento más de 15 proyectos de reforma del Código Penal, algunas de ellas propuestas por los más distinguidos juristas venezolanos y extranjeros.

Merecen referencia algunos de esos proyectos y así tenemos que: Tulio Chiossone, insigne penalista y hasta miembro de la Academia de la Lengua, propuso una reforma en el año 1938. Luego el distinguido maestro Mendoza en 1944. Posteriormente hubo una comisión que se encargó de analizar las normas penales dispersas para codificar y así realizar un nuevo código penal, se le denominó Proyecto de la Comisión Codificadora Nacional de 1947.

Resaltamos que en el año 1948 se encargó la misión a Jiménez de Azua, al profesor Mendoza y al profesor Méndez, con lo que teníamos la más calificada comisión de juristas que hubiesen podido sentar a concertar sus ideas sobre derecho penal. Particularmente debemos señalar que Jiménez de Azúa no era venezolano y es el autor del libro más consultado de derecho penal clásico como es la Ley del Delito. El proyecto tampoco fue discutido.

Se designó una nueva comisión a través del Instituto de Codificación y Jurisprudencia en 1955; luego existió otro proyecto, en 1961, en la comisión integrada por Ardila, Tamayo y Medina cuyo anteproyecto tampoco fue discutido.

Para el año 1967 vuelven a solicitarle colaboración a Luis Jiménez de Azua y a José Agustín Méndez y presenta de nuevo el proyecto no se tomó en cuenta. Le suceden en 1969 el proyecto de Ascanio, Marín Gómez y Tamayo, que siguió la misma suerte que los anteriores.

En el año 1974 el Congreso decide designar una nueva comisión con el Dr. Tamayo y el Dr. Sosa quienes culminaron su misión en 1983, destacamos el tiempo y la utilidad del trabajo que realizaron estos dos penalistas, al presentar un código penal avanzado, con criterios de derecho penal especial modernos, que adaptaba la jurisprudencia de la época a las normas, y además mostraba importantes aspectos del derecho penal económico. Pues este proyecto durmió el sueño profundo en las gavetas del Congreso Nacional y se siguió hablando de necesidades de reformas y más reformas, pero nunca más se pensó en la impostergable necesidad de un código penal íntegro, adaptado, moderno, que evitara el fenómeno que se venía observando de forma alarmante como ha sido la aprobación de miles de leyes penales dispersas.

Al enfrentarse el estado de la cuestión en el mundo del derecho penal especial se determinó que en Venezuela existen más de ochenta leyes ordinarias, recordemos que no hay leyes especiales, que desarrollan temas que directamente involucran al derecho penal, lo que ha provocado el fenómeno, que, el maestro español, Silva Sánchez ha denominado un "efecto expansivo del derecho penal". Se pretende controlar absolutamente todo a través de normas penales, ya no sólo el daño real y efectivo que se pueda ocasionar a un bien trascendente para el colectivo, sino que hasta el peligro potencial han ocupado una parte de la legislación. El análisis del fenómeno expansionista del derecho penal lo ha convertido en un instrumento de represión y por ende un instrumento de violencia contra el mismo ciudadano, en franco perjuicio del Estado Democrático al que son llamados los Estados.²

Además de los proyectos que hemos mencionado como claros intentos frustrados de asumir un nuevo código penal, se le unen otros dos intentos, que surgen casi de forma simultánea, veamos.

² Para profundizar sobre el tema ver Violencia, derecho penal y garantismo: De cómo las leyes penales generan violencia, por Mónica Fernández Sánchez. En Publicaciones Fundación Venezuela en Positivo. Publicación para septiembre de 2005, ya en imprenta.

En el año 1999 producto de la actividad efectuada por la Asamblea Nacional Constituyente se asume como compromiso dotar a Venezuela de leyes modernas, avanzadas, y realizar, en definitiva, una revisión de la legislación vigente. Tomando en cuenta este mandato constituyente la Asamblea Nacional designa una comisión mixta, en el año 2000, para la reforma del Código Orgánico Procesal Penal, el Código Orgánico de Justicia Militar y el Código Penal, comisión que se coloca en funcionamiento por la abultada alarma que se ocasionó con las libertades plenas que acordaban los jueces penales, tomando en cuenta las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal. Con esto aseguramos que la coyuntura abordó una vez más al espíritu equivocado del legislador venezolano, pero en definitiva, sólo se consiguió la reforma del Código Orgánico Procesal Penal y del Código Orgánico de Justicia Militar y el resto de la comisión quedó trabajando en exclusiva para la reforma del Código Penal; que nunca se llegó a presentar.

Paralelamente a esta comisión en el Tribunal Supremo de Justicia se encargó, en noviembre de 2000, al Magistrado, Doctor Alejandro Angulo Fontiveros, que se efectuara un anteproyecto de Código Penal y así se designó una comisión de redacción compuesta por: Gladis Hernández, Miguel Villarroel, José Luís Tamayo, y Mónica Fernández Sánchez. Durante tres años estuvieron realizando un trabajo amplio de comparación legislativa, de análisis y discusión de tipos penales desactualizados, se plantearon avances en la dogmática, se incluyeron situaciones novedosas, se compilaron leyes dispersas y en definitiva se cumplió con la meta, consignar justo en noviembre del año 2003 el anteproyecto a la Sala Plena para la discusión de todos los magistrados. Un año después fue aprobado por el pleno del mismo Tribunal Supremo de Justicia y con el carácter de Proyecto de Código Penal fue consignado en la Asamblea Nacional, donde hasta ahora, ni siquiera ha sido repartido al resto de los diputados, por una razón obvia, ya existía un proyecto que sería aprobado sin ningún tipo de discusión.

Sorpresivamente mientras dos comisiones trabajaban a la luz de la opinión pública surge un proyecto de reforma parcial del Código Penal presentado por las diputadas Iris Varela y Cilia Flores, donde en tres meses de trabajo (no nos consta) deciden, sin razón jurídica alguna, reformar 40 artículos del Código Penal de 1926, es el que en texto se conserva casi en su totalidad. ¿Cómo podemos justificar académica y jurídicamente que existiendo más de 13 proyectos en la sede del parlamento, además de una comisión designada por ese mismo parlamento para hacer un nuevo código penal, y teniendo un proyecto presentado en nombre del Poder Judicial, se apruebe algo que supuestamente hicieron en tres meses dos personas? El resultado es hoy palpable estamos ante un Código Penal inaplicable por contradictorio, represivo, draconiano, carente de razonabilidad, retardatario, asistemático y sobre todas las cosas político, por ende se violan los principios inspiradores de la legalidad penal, los derechos fundamentales, así como derechos y garantías constitucionales que denunciaremos violadas en esta acción nulificatoria.

Uno de los planos de mayor importancia de la crítica de Schmitt gira en torno a la democracia procedimental. **Si la ley es lo que quiera el legislador, es decir, la mayoría, la democracia es el absolutismo de la mayoría parlamentaria autorizada para decidir de cualquier manera lo que es legal y lo que es ilegal.** En defensa del parlamentarismo y del principio democrático, si embargo, argumentó Kelsen frente a Schmitt en su antes citada obra: «Esencia y valor de la democracia»: **«Aunque la democracia y el parlamentarismo no son términos idénticos –dijo Kelsen entonces– no cabe dudar en serio –puesto que la democracia directa no es posible en el Estado moderno– de que el parlamentarismo es la única forma real en que puede plasmar la idea de la democracia dentro de la realidad social presente. Por ello el fallo sobre el parlamentarismo es, a la vez, el fallo sobre la democracia».** Lo característico del parlamentarismo es que la voluntad decisiva del Estado, esto es, la ley, se adopta en el parlamento democrático formado por representantes del pueblo, democráticamente elegidos quienes deciden con arreglo al principio democrático que impone la regla de la mayoría.³

Finalmente debemos traer a colación las palabras proferidas por la Diputada IRIS VARELA el día 21 de junio de 2005 en la discusión de la nueva reforma del Código Penal,

³ Jesús R. Quintero P. Clases de la inéditas de la U.C.V, “El principio de la legalidad de los delitos y las penas en el pensamiento de la Ilustración y la protección judicial de las libertades contra el legislador como resultado de la crisis del Estado liberal.”

tercera de un mismo periodo presidencial, para contextualizar el momentos histórico jurídico que vivimos y la motivación que ha inspirado esta inconstitucional reforma penal, así ésta asambleísta entre otras palabras dijo cosas así "**No van a poder frenar las reformas que nos dé la gana hacer de las leyes de este país, para eso tenemos mayoría**"⁴

La reseña histórica anterior es digna de tomar en cuenta dado que demuestra que a pesar de la existencia de profundos y valiosos estudios, por cierto algunos de ellos muy recientes, con una única voluntad política, impuesta por criterios arbitrarios, se aprobó una reforma parcial del Código Penal Venezolano que ha deformado por completo la Ciencia Penal, dada su precipitación, improvisación y coyunturalismo, de allí que deviene colmada de aspectos inconstitucionales que la hacen imposible de aplicación, en perjuicio directo de todos los habitantes de esta República.

III

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONAL TRANSGREDIDOS.

1.- AUSENCIA DE EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

- Violación de los artículos 2, 3, 7, 25, 49.6°, 202 y 208 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; la exposición de motivos permite estar al tanto de la justificación del texto de la reforma de la ley sustantiva penal, la ausencia de la publicación y difusión de los postulados que inspiraron las ideas de los legisladores impide conocer y evaluar los objetivos, alcance y viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la ley menoscabando gravemente la hermenéutica judicial, configurándose en un acto legislativo arbitrario con fines extraños a la paz social y protección de bienes jurídicos.

La exposición de motivos de una ley constituye la explicación de los principios que sirvieron de inspiración para cada artículo, es la guía para evitar las desviaciones de la interpretación y constituirse la norma codificada en la expresión sistemática de derecho como lo ordena el artículo 202 Constitucional, además en materia penal constituye el alcance orientador de las normas dada la imposibilidad de realizar interpretaciones por vía analógica de la ley penal sustantiva.

Un definición general sobre preámbulo, tratado como exposición de exposición de motivos, fue acotada por el Doctor. Antonio Canova González, quien citó al Español Francisco Ezquiagas Ganuzas, indicando que "**...puede decirse que el preámbulo o exposición de motivos son enunciados que suelen anteceder el artículo de algunos documentos normativos, en los que el legislador explica los principios a los que responde, la finalidad perseguida o, en general, declara los motivos que le han conducido a adoptar esa regulación y no otra**"⁵

En España apunta el Dr. Antonio Canova "**...las exposiciones de motivos son documentos que acompañan obligatoriamente las proposiciones y proyectos de leyes que, en caso de ser discutidas y aprobadas por el congreso pasarían a formar parte de la ley...**"⁶, sin embargo más adelante apunta que la exposición de motivos responde a un trámite legislativo y que en ningún caso tiene un carácter normativo, expresando que la importancia de la exposición estriba en ser fuente directa de interpretación, haciendo mención a la sentencia de fecha 14 de septiembre de 1993, caso Carlos Andrés Pérez, en el cual se reconoce éste valor hermenéutico que no es vinculante para el juez.

A pesar de reconocer que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no atribuye a la exposición de motivos carácter normativo, debemos señalar que la reforma del Código Penal constituye un cambio de paradigma al sistema penal venezolano, estableciendo nuevos tipos penales e incluyendo conceptos jurídico indeterminados, que ni siquiera tienen contenido en alguna exposición de motivos, que por lo menos se conozca por el ciudadano, o por el juez penal que debe aplicar la norma, por lo que se obliga al Juez al momento de aplicar la norma a utilizar la analogía y otro contenido que complementa la acción sancionada con

⁴ Diario "El Nacional", p. A2, de fecha miércoles 22 de junio de 2005.

⁵ Canova Antonio, trabajo publicado en la Revista de derecho Constitucional, N° 3, Julio-diciembre 2000, p. 45. Editorial Sherwood.

⁶ Ibidem, P.59.

pena, es decir, se violando el principio de la legalidad; y la prohibición más característica del derecho penal de influencia romana como lo es la analogía en materia sustantiva.

En este sentido, debemos afirmar categóricamente, que en materia de derecho penal sustantivo la inclusión de sanciones extremadamente graves hacen patente la desproporción en algunos tipos penales. Tomando como referencia al Código Penal reformado la reforma constituye la demostración o el exutorio de que en efecto estamos frente a un cambio de política criminal venezolana, cuya razón, tendencia o justificación es únicamente conocida por los honorables legisladores, quienes al no haber incluido en el texto legal bajo examen la **Exposición de Motivos** lo dejaron en su conocimiento privado, por ende el interprete de la norma puede, justa o injustamente, especular sobre cuáles fueron las razones motivadoras de una reforma a todas luces coyuntural, espasmódica y no necesaria conforme a las urgencias legislativas en las cuales aún el Estado Venezolano se encuentra en mora.

Es importante destacar las ideas del Maestro Claus Roxin, quien al estudiar el fin de las penas, pues en esta reforma se abusa de las penas, tanto por su exceso, como por la ampliación de tipos penales, así destaca el maestro alemán, representante de la Escuela de Frankfurt, que el fin del proceso penal es distinto a la pena; pero afirma que la pena de cumplir con la misión del derecho penal. Los fines de la pena, según aporta este autor, se han abordado desde tres puntos de vista: 1. *Teoría de la Retribución* (la imposición de la pena, entendida como una carga que se impone al culpable para que este expíe su culpa al verla retribuida o recompensada); 2. *Teoría de la prevención especial* (como posición extrema a la anterior, entiende la pena como la única alternativa para disuadir al autor de futuros crímenes; 3. *Teoría de la prevención general* (posición que no entiende la pena como retribución, sino como influencia sobre la generalidad, a través de amenazas penales y de ejecución de las penas)⁷. Esta reforma no tiene ningún sentido conforme a los fines de la pena, ni cumple con la misión del derecho penal, muy por el contrario destruye los principios básicos del derecho penal y mancilla una de las ciencias más valiosas en la historia de la humanidad.

Semejante cambio de política criminal, sólo podría encontrar su razón de ser en un interés social imperativo que, amenera de justificante, pueda serle transmitido inter subjetivamente a todos los ciudadanos, ratificando con la representación que ejerce del Pueblo la Asamblea Nacional, cuando el objeto de protección de la norma penal, que no es otro que la población, pueda hacer suyos tales motivos, lo cual únicamente es posible si los mismos son expresados, amén de cónsonos con las necesidades públicas del pueblo en general y no de grupos políticos en particular.

Consideramos que por mandato del **artículo 202** Constitucional, cualquier modificación a una codificación debe responder a una *sistemática*⁸ visión del derecho penal, sobre todo por ser éste la ley de mayor importancia después de la Constitución, por prever las sanciones máximas que pueden aplicarse a un ciudadano; visto desde este punto de vista "La exposición de motivos" es la manifestación directa del principio de la legalidad constituyéndose en el marco de referencia para la interpretación de las normas materiales.

Cuando en una norma penal se introducen conceptos genéricos e indeterminados debe ser sancionada con nulidad por inconstitucional, así lo ha señalado esta Sala Constitucional en la sentencia que declaró la nulidad de los artículos que tipificaban los delitos cambiarios en la Ley sobre el Régimen Cambiario:

"En este mismo sentido observa esta Sala, que el principio de la legalidad en materia sancionatoria -invocado por la parte accionante como lesionado-, está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la tipicidad de los delitos, conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre, es decir, que toda conducta que constituya un delito, así como las sanciones correspondientes deben estar previamente estipuladas en una disposición normativa, general y abstracta (desde el punto de vista formal) que los defina, pues se entiende que tales sanciones afectan o inciden de manera directa e individual sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, por lo que en este caso, no le estaría dado al legislador hacer remisiones `genéricas` " (exp: 00-1455, sent. de fecha 21/11/2001)

⁷ ROXIN Claus. Varios. **Determinación Judicial de la Pena**. Págs., 15 a la 25.

⁸ Definición D.R.A.E.: Que sigue o se ajusta a un sistema. "**SISTEMA**": Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente relacionados entre sí.

Esta reforma pretende resolver los problemas políticos y conductuales de los ciudadanos con la inclusión de normas más severas, ampliando las conductas que se pretenden castigar con penas altamente represivas y desproporcionadas tomando en cuenta que hay una desvaloración legislativa de los bienes jurídicos de mayor tutela por el Estado como lo serían la vida y la propiedad, desplazados por la categórica penalización de conductas contra el Estado o los funcionarios públicos de jerarquía que lo representan, desconociendo la evolución dogmática del derecho penal, así como la afirmación de política criminal que enseñan que mientras más se penaliza una conducta más se reproduce esta en la sociedad, incluyendo conceptos genéricos e indeterminados que obligan al juez a legislar o realizar analogías con otros tipos penales para aplicar la pena, tal incertidumbre inicialmente proviene de la ausencia de una exposición de motivos que explique el ¿por qué? y el ¿para qué? se realizó esta reforma, y que debe entenderse por cada uno de esos conceptos jurídicos genéricos e indeterminados.

En suma, no hay seguridad jurídica, solo existe la más absoluta "zozobra", tanto en el ciudadano que no sabe en qué momento puede ser víctima de aplicársele estas abiertas normas penales, así como de aquellos a quienes les corresponde aplicar la ley en estricto sentido.

Esta apresurada carrera para reeditar el positivismo jurídico de la Europa de Carl Schmit, sin ningún tipo de recato, pretende como en efecto lo hace, elevar cualquier cosa por más execrable que parezca a norma jurídica, apartando considerablemente nuestro derecho de la moral, de los derechos fundamentales y del ius naturalismo, lo cual hacen amparados en un supuesto cambio de paradigma ahora mentado de neo-socialista, apartándose considerablemente de la Carta Magna de 1999, en claro retroceso no solo legislativo, sino doctrinario, colocándose a nuestro país en un vergonzoso sitio retardatario en materia de la ciencia penal.

La codificación de leyes penales se constituye en la norma que recoge la representación de los hechos peligrosos que afectan la conciencia ético-jurídico, conminando con una pena a todo individuo que adecue sus acciones a las previsiones conductuales cuyo fin es ejercer el control social del individuo, garantizando la paz social protegiendo bienes jurídicos.

La previsión constitucional dirigida al legislador obligándolo a emplear un lenguaje claro, constituye la garantía de interdicción de la arbitrariedad de la norma penal, su interpretación y la imposición de la pena como una de las facultades más poderosas y severas del Estado.

En este sentido el legislador está obligado a establecer en el derecho positivo axiomas objeto de tutela que debe responder a un todo, a una organización social que propugna sus derechos fundamentales y constitucionales como valores incuestionables por las normas que los desarrollan y protegen. Así ante las antinomias deben prevalecer los enunciados constitucionales y los valores supra constitucionales, no las pretensiones erradas de un grupo político.

Todo acto público, sea legislativo, judicial o administrativo, está precedido de una actividad lógica-deductiva que se realiza para satisfacer determinados fines. Esta actividad lógico-deductiva debe, necesariamente, respetar ciertos principios que rigen la valoración interna de los actos, por lo que el irrespeto a esos principios produciría en consecuencia la invalidez del acto.

Con base en las razones anteriormente sostenidas consideramos que se han violado los **artículos 2, 3, 7, 25, 49.6°, 202 y 208** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; vulnerándose el principio de reserva legal, y la obligación de sistematizar las codificaciones; ante la ausencia de la exposición de motivos desconociendo la justificación del texto de la reforma de la ley sustantiva penal, la falta de publicación y difusión de los postulados que inspiraron las ideas de los legisladores impide conocer y evaluar los objetivos, alcance y viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la ley, por ende menoscabando gravemente la hermenéutica judicial, configurándose en un acto legislativo arbitrario con fines extraños a la paz social y protección de bienes jurídicos, que se traduce en la inclusión de conceptos jurídicos genéricos e indeterminados en la legislación penal Venezolana, lo cual está prohibido y de allí la inconstitucionalidad, y así pedimos sea declarado.

2.- PENAS PERPETUAS, AUSENCIA DE REGULACIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS CONMINADOS CON PENA DE PRESIDIO.

- Artículos **108 y 112** del Código Penal violan los artículos **19, 21, 22, 44.3° y 202** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por ruptura de las garantías constitucionales y de los derechos humanos fundamentales.

Los artículos **108 y 112** del Código Penal al ser reformados suprimieron las regulaciones de prescripción sobre la acción penal para perseguir y castigar los delitos conminados con pena de presidio, así como fue excluida la prescripción de las penas de presidio, entonces los delitos sancionados con penas de presidio serán también imprescriptibles.

La ausencia de regulación de la prescripción de la pena de presidio instituida en el artículo **9** del Código Penal, constituye una falta grave al artículo **202** de la Constitución Nacional por cuanto vulnera la sistematización que debe contener toda codificación, además de constituir un trato desigual sin razón suficiente para justificar tal discriminación, vulnerando el artículo **21** Constitucional en cuanto a la exigencia del trato igual ante la ley.

En este orden de ideas, debemos afirmar que la falta de regulación de la pena de presidio constituye entonces la exclusión de las posibilidades de prescripción de la acción penal como de las penas de esta especie, contrariando la prohibición constitucional de la perpetuidad de las sanciones, vulnerando el **ordinal 3° del artículo 44** constitucional.

La imprescriptibilidad responde a la ponderación de valores superiores que el constituyente reservó solo para los delitos graves, estableciendo tales excepciones en el **artículo 29** la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, lesa humanidad y violaciones de los derechos humanos; en el **artículo 271**, respecto de las violaciones a los derechos humanos, delitos contra la cosa pública y los delitos relacionados con drogas, y finalmente la disposición transitoria Quinta prevé igual limitación para los delitos tributarios graves, por lo que fuera de estos casos la prescripción es una verdadera sanción al Estado, como titular de la acción penal pública, por su retardo e ineficiencia al pasar del tiempo y un derecho del imputado a no estar indefinidamente sujeto a que sea ejercida una acción penal en su contra, por lo que la negación de este derecho es inconstitucional, debiendo el legislador regularlo de manera sistemática en la ley sustantiva penal.

En efecto, la omisión legislativa y las contradicciones con los artículos **8 y 12** del mismo Código Penal que clasifican las penas, hacen inconstitucional el contenido de los artículos **108 y 112**, y viola el derecho a la no discriminación. Respecto a este Derecho ha dicho esta Sala en su jurisprudencia, reiterada, que se produce cuando a personas que se encuentran en una idéntica situación de hecho y de derecho, el Estado les otorga, a cada una de ellas, un tratamiento diferente, un ejemplo que surge de esta reforma parcial del Código Penal en su primera y segunda publicación es el caso del presunto responsable de matar al Presidente de la República (artículo 406) cuya pena de prisión prescribe, sin embargo el presunto responsable de matar al Vice-presidente de la República (artículo 407) nunca prescribiría la acción penal ni la pena, diferencia que se torna errónea, absurda, injustificada y sobretodo inentendible a la luz de los postulados constitucionales expresados.

También el derecho a la no discriminación se ve vulnerado, cuando a personas que se encuentran en distintas situaciones de hecho y de derecho con respecto a determinadas situaciones, el Estado le otorga a cada una de ellas un tratamiento idéntico. Esto nos coloca frente a lo que Ronald Dworkin llama en su libro "LOS DERECHOS EN SERIO", una **"discriminación a la inversa"**.

En efecto, el filósofo norteamericano del derecho Ronald Dworkin, en el mencionado libro señala que: **"En algunas circunstancias el derecho a ser tratado como igual lleva consigo un derecho a igual tratamiento, pero esto no sucede, en modo alguno, en todas las circunstancias (...) Debemos tener cuidado de no usar la Cláusula de Igual Protección para privarnos de la igualdad".**⁹

⁹ (Ronald Dworkin, "LOS DERECHOS EN SERIO", Editorial Ariel, S.A., España, Barcelona, 4 ta. Edición, 1999, p. 332-348).

Nuestra jurisprudencia constitucional ha desarrollado el principio de igualdad ante la Ley, destacando su vinculación y adherencia a los poderes públicos, especialmente hacia el legislativo. (Véase sentencia de esa Sala, del 17 de octubre del año 2000, expediente N° 00-1408, en el caso de Luis Alberto Peña contra la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Nacionales), donde entre otras cosas, se puntualizó que: “... **(de) conformidad con lo anterior, y con fundamento en la doctrina dominante en esta materia, observa esta Sala que el derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación, es entendido como la obligación de los Poderes Públicos de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, es decir, que este derecho supone, en principio, que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria, y se prohíbe por tanto, la discriminación.**” (subrayados nuestros).

Tal circunstancia no es exclusiva en Venezuela, como asegura Álvarez Conde, para quien “... **Indudablemente, dentro de la vinculación general, la que mayor problemática política plantea y la que quizás permita un mayor desarrollo progresista del principio de igualdad sea la de su consideración como límite a la actuación del Poder Legislativo.**” (Curso de Derecho Constitucional. Tecnos. Madrid, 1999, Pág. 319). Por su parte, Jiménez Campo, considera “**la igualdad jurídica es un principio estructural del ordenamiento que, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a fundamentar la diferencia normativas**” (Op. Cit. Pág. 319).

En su examen al derecho a la igualdad, el Tribunal Constitucional Español, ha planteado dos conceptos diferentes y claramente diferenciados a saber: El Principio de Igualdad **en la Ley** y el Principio de Igualdad **ante la Ley**. El primero tiene carácter material en el contenido de la Ley y el segundo, de carácter formal, en la aplicación de la Ley. El primero alude directamente al Legislador y el segundo a los operadores de la Ley.

Las más avanzadas y modernas doctrinas constitucionales plantean que cuando se introducen diferencias entre los supuestos de hecho previstos en la norma (entre los delitos prescriptibles y los imprescriptibles) tiene que haber una justificación suficientemente motivada y razonada con criterios y juicios de valor aceptados (Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 49 del 14 de julio de 1982).

Ahora bien, no existe justificación razonable, ni constitucional, ni legal, ni moral para tratar desigualmente a un ciudadano perseguido penalmente por la supuesta comisión de delitos sancionados con penas de presidio y otros sancionados con penas de prisión, resultando que se sujeta de manera perpetua a un juicio a los que prevean penas de presidio, además de no responder tal discriminación a ninguna explicación constitucional que justifique tal situación.

La inconstitucionalidad de los artículos **108** y **112** del Código Penal, tiene su origen en la ruptura de las garantías constitucionales y de los derechos humanos, por que al confrontarlo con los artículos **19, 21, 22, 44.3° y 202** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se produce una antinomia que debe sancionarse con la nulidad por inconstitucionalidad.

Debemos afirmar que el constituyente estableció en los artículo **29, 271** y en la disposición transitoria Quinta, de manera taxativa cuales son los delitos que cuya persecución por acción penal nunca prescribe, y en ningún caso puede basarse en la clasificación y especies de la pena a imponer.

Además los ilustres asambleístas vulneran el principio del bien jurídico tutelado, pues encontramos que si la razón de ser de la diferencia de las penas de presidio y de prisión era la imposición de gravámenes mayores para delitos más graves, con esta parcial modificación de penas y el olvido errado de equipararlas todas a una sola especie, pero sin modificar todos los artículos, implica que encontremos que conductas más graves como el homicidio calificado (artículo 406) tengan menor gravamen que casos como el delito de homicidio simple o de primer grado (artículo 405).

Por las razones anteriores es que solicitamos sean declarados inconstitucionales los artículos **108 y 112**, así como el contenido de la reforma parcial, así como su reimposición.

3.- DE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 110 DEL CÓDIGO PENAL,

POR SER UNA NORMA IRRACIONAL

- El artículo **110** del Código Penal, viola los artículos **19, 21, 22, 24, 26, 44.3°, 49, 202 y 257** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela por ruptura de las garantías constitucionales y de los derechos humanos, son nulos de nulidad absoluta por inconstitucionales, por ser normas despojadas de toda razonabilidad, proporcionalidad y por dejar de un lado los principios del derecho penal básico y los postulados del Estado Constitucional.

Los principios de derecho penal orientan y limitan el poder punitivo del Estado, son desarrollados por nuestra Constitución, y se construyen sobre el principio de legalidad (artículo 137), con lo dispuesto en los artículos **2, 7, y 25**, artículo **139, 44 y 49** de la Constitución. Este grupo de normas constitucionales, regulan los principios de legalidad, reserva legal, tipicidad, los valores superiores, la supremacía de la Constitución, así como los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que rigen la actividad punitiva, ésta la que representa la mayor absorción de poder por parte del Estado sobre los individuos y de allí que sea la más delicada.

El respeto a estos principios debe ser también examinado por el Juez constitucional, al momento de decidir sobre la inconstitucionalidad de un acto normativo como el impugnado, dada la trascendencia que esto trae sobre el Estado de Derecho y de Justicia previsto en el **artículo 2** de la Constitución de la República Bolivariana.

En este orden de ideas, La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, país pionero del control de la constitucionalidad (caso: Madison vs Marbury, sentencia del Juez Marshal - 1803) y cuna de la teoría de la razonabilidad de los actos, ha sostenido que todo acto normativo debe tener una relación racional con algún fin legítimo o con algún legítimo interés del Estado. Así, en sentencia dictada en fecha 20 de mayo de 1996, dicha Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma dictada por el Estado de Colorado por violar la cláusula de no discriminación (*Equal Protection Clause*), con base en que la clasificación que dicha norma hacía de un tipo de ciudadanos, no tenía relación racional con ningún fin legítimo del Estado. En la parte motiva de la sentencia, se hace referencia a algunos de los principios básicos desarrollados por la jurisprudencia americana, en torno al control de la razonabilidad de los actos normativos:

“(....). En un caso normal, la legitimidad de una ley será sostenida si puede decirse que soporta un interés legítimo del Estado, aún cuando la ley parezca poco inteligente o desventaje a un grupo particular o si su razonabilidad es tenue (...).

Aun leyes dictadas para amplios y ambiciosos objetivos pueden ser explicadas por referencia a legítimas políticas públicas que justifican las desventajas incidentales que ellas importen a ciertas personas. Sin embargo, la Enmienda 2, al hacer expresamente que los homosexuales no deben tener protecciones particulares de la ley, produce sobre ellos inmediatos, continuos y reales perjuicios que dejan de lado cualquier legítima justificación que puede tratar de hacerse (...).

Una Ley debe respetar una relación razonable con un legítimo propósito (...). (Caso: Roy Romer, Governor of Colorado vs. Richard G. Evans).

En otras palabras, la razonabilidad de la norma se analiza buscando su relación con algún objetivo o fin legítimo. Como en el caso comentado, la Suprema Corte Estadounidense no encontró dicho fin legítimo y consideró la ley inconstitucional, por violentar la cláusula de no discriminación.

Indiscutiblemente debemos afirmar que el artículo **110** del Código Penal reformado se aparta considerablemente de la interpretación constitucional que esta Sala Constitucional realizó respecto de la adecuación de dicha norma las previsiones de la Constitución de 1999, en este sentido citamos dicha sentencia:

“El artículo 110 del Código Penal señala las causas de interrupción de la prescripción.

1) La primera de ellas es la sentencia condenatoria, que claro está al llegar al fin el proceso mediante sentencia, mal puede correr prescripción alguna, ya que la acción quedó satisfecha.

2) Si el reo se fuga antes o durante el juicio, mediante la requisitoria (sic) librada contra el imputado;

3) El auto de detención o de citación para rendir indagatoria, figuras que actualmente no existen en el Código Orgánico Procesal Penal, y las diligencias procesales que les sigan.

Dado que el Código Orgánico Procesal Penal señala que el proceso penal comienza en la fase investigativa, la citación del imputado o su declaración como tal en dicha fase, que es equivalente a la citación para rendir declaración, se convierte en actos interruptivos de la prescripción.

4) El desarrollo del proceso, que corresponde a las diligencias procesales que le siguen a la citación para rendir declaración, como se señaló antes. Por lo que mientras el proceso se encuentre vivo, la prescripción se va interrumpiendo, en forma sucesiva.

Todos estos actos interruptores hacen que comience a correr de nuevo la prescripción desde el día de dichos actos.

El comentado artículo 110 del Código Penal, y debido a que el proceso penal, en caso de fallo condenatorio restringe la libertad, garantiza al reo la extinción del proceso, si éste se prolongase por un tiempo igual al de la prescripción de la acción, más la mitad del mismo, y siempre que la dilación judicial ocurra sin culpa del reo. A esta extinción la llama el artículo 110, prescripción.

En realidad, la figura del artículo 110 comentado, no se trata de una prescripción, ya que la prescripción es interruptible, y este término no puede interrumpirse. Más bien se trata de una forma de extinción de la acción derivada de la dilación judicial. La fórmula también se aplica cuando la ley establece un término de prescripción menor de un año, y si desde el día en que comenzó a correr la prescripción no se dicta sentencia condenatoria en el término de un año, se tendrá por *"prescrita"* (extinguida) la acción penal.

A juicio de esta Sala no se trata realmente de prescripciones, sino de extinciones de las acciones, por decaimiento de las mismas, debido a la falta de impulso pleno del proceso, hasta el punto que transcurre el tiempo y no se dictan sentencias definitivas.

Se trata de la prolongación del proceso por causas imputables al órgano jurisdiccional, ya que si la dilación es atribuible al reo, el lapso extintivo no corre. Pero, a juicio de esta Sala, la prolongación puede resultar del proceso que se paraliza, y por ello se prolonga sin culpa del reo, a quien no se le sentencia, lo que puede causar la extinción de la acción.

En el proceso penal no existe la figura de la perención de la instancia. No puede pensarse en una causa penal que se paralice (aunque podría suceder), y menos con el sistema del Código Orgánico Procesal Penal, así el proceso penal comience en la fase investigativa, como lo señala el artículo 292 del Código Orgánico Procesal Penal.

Es más, la disposición del artículo 110 del Código Penal bajo comentario, abarca procesos en pleno desarrollo.

Estamos ante una figura que viene a proteger al reo de un proceso interminable, cuya dilación no sea imputable a él por mal ejercicio o ejercicio abusivo de su derecho de defensa, por lo que realmente no se trata ni de una prescripción, ni de una perención, sino de una fórmula diferente de extinción de la acción, que opera ajena a la prescripción, ya que mientras el proceso se ha estado desarrollando, la prescripción se ha ido interrumpiendo."

Esta sentencia publicada por esta Sala en fecha 25 de junio de 2001, en el expediente N°: 00-2205, (caso Rafael Alcántara Van Nathan contra de la decisión dictada por el Tribunal Segundo de Reenvío en lo Penal del Área Metropolitana de Caracas), respecto del artículo 110 del Código Penal derogado reconoció lo siguiente:

1.- Que no se trata realmente de prescripciones, sino de extinciones de las acciones, por decaimiento de las mismas, debido a la falta de impulso pleno del proceso, hasta el punto que transcurre el tiempo y no se dictan sentencias definitivas.

Esta afirmación es producto del reconocimiento de esta institución de carácter netamente procesal, y que tiene su contenido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual ordena una justicia en un plazo razonable.

Sobre el plazo razonable la Corte Interamericana de derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

“Con respecto al principio del plazo razonable contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, este Tribunal ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales¹⁰.

La Corte considera que, en ciertos casos, una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma una violación de las garantías judiciales. Corresponde al Estado exponer y probar la razón por la que se ha requerido más tiempo que el que en principio sería razonable para dictar sentencia definitiva en un caso particular, de conformidad con los criterios indicados¹¹.”

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004)

La justicia en un plazo razonable, es la garantía de un proceso justo, de aquí una razón más de la inconstitucionalidad que solicitamos.

2.- Dado que el Código Orgánico Procesal Penal señala que el proceso penal comienza en la fase investigativa, **la citación del imputado o su declaración** como tal en dicha fase, que es equivalente a la citación para rendir declaración, se convierte en un acto interruptivo de la prescripción

El Código Penal, anterior a la reforma parcial en este sentido preveía que solo la actuación jurisdiccional era capaz de interrumpir este lapso de decaimiento de la acción, a efecto señalaba:

- el auto de detención.
- el de sometimiento a juicio,
- la citación para la indagatoria, que es la declaración del sindicado con posterioridad al auto de detención o de sometimiento,
- la requisitoria librada por el Tribunal.
- todos son actos de carácter jurisdiccional.

Es necesario destacar que solo las actuaciones de carácter jurisdiccional interrumpen este lapso, esto es la única garantía de acceso a la justicia y la incolumidad del proceso, si buscamos en el Código Orgánico Procesal Penal instituciones procesales de carácter similar durante la fase de investigación, encontramos que el artículo 250 del citado Código sustituyó el auto de detención y el auto que acuerde alguna de las medidas cautelares sustitutivas suplantó el auto de sometimiento a juicio, y la declaración indagatoria fue sustituida por la

¹⁰ Cfr. *Caso 19 Comerciantes*, supra nota 2, párr. 190; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 143; y *Caso Suárez Rosero*, supra nota 140, párr. 72. En igual sentido cfr. *Eur Court H.R., Motta v. Italy, Judgment of 19 February, 1991, Series A No. 195-A*, para. 30; y *Eur Court H.R., Ruiz-Mateos v. Spain, Judgment of 23 June, 1993, Series A No. 262*, para. 30.

¹¹ Cfr. *Caso 19 Comerciantes*, supra nota 2, párr. 191; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 142, párr. 145; y *Caso Las Palmeras*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párrs. 63 y 64.

declaración ante el juez para imponerse de las medidas cautelares y para tomar la declaración al imputado, no puede haber otra interpretación.

El colocar en manos del persecutor la posibilidad de interrumpir la prescripción con cualquier actuación que unilateralmente el Ministerio Público haga constituye un trato desigual y puede ser empleada esta facultad para fines inconfesables contrarios a la ley, que vulneran el **artículo 26** de la Carta fundamental, porque la garantía de la actuación judicial constituye la única forma de desarrollar la tutela judicial efectiva, lo cual es violado por el nuevo artículo **110** del Código Penal.

Llama poderosamente la atención que la reforma reconozca la existencia de la orden judicial de aprensión denominada "*requisitoria*", ya que esta caduca institución se encontraba regulada en el Código de Enjuiciamiento Criminal derogado, no existiendo en el Código Orgánico Procesal Penal ninguna norma que prevea esta figura. Lo cual viola el principio de la legalidad previsto en el artículo 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad), de la Convención Americana sobre los derechos Humanos y el **artículo 24** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Solicitamos sea declarado nulo el artículo **110** del Código Penal por violar los artículos **19, 21, 22, 24, 26, 44.3°, 49, 202 y 257** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela por ruptura de las garantías constitucionales y de los derechos humanos, siendo nulo de toda nulidad absoluta por inconstitucional, por ser una norma despojada de toda razonabilidad, proporcionalidad y por dejar de un lado los principios del derecho penal, además de contradictoria con las sentencias vinculantes de interpretación constitucional hechas por esta Sala.

4.- **DE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO PENAL, POR SER UNA NORMA IRRACIONAL**

- El artículo **128** del Código Penal, viola los artículos **19, 21, 22, 24, 26, 44.3°, 49, 202, 218 y 257** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela por ruptura de las garantías constitucionales y de los derechos humanos, son nulos de toda nulidad absoluta por inconstitucionales, por ser normas despojadas de toda razonabilidad, proporcionalidad y por dejar de un lado los principios del derecho penal.

Es menester destacar en primer término que, en la publicación de este artículo **128** en la Gaceta Oficial del 16 de marzo de 2005 estableció la pena de "prisión" para castigar la comisión de este delito y en la reimposición del 13 de abril de 2005, sin ninguna justificación fue cambiada a la pena a "presidio", lo cual constituye una modificación inconstitucional que viola el artículo **218** Constitucional. Esta alteración es lo que se conoce como la "*imprenta legisladora*", término utilizado por el profesor Jesús Eduardo Cabrera Romero, Magistrado miembro de esta Sala Constitucional, en sus clases en el post grado de procesal en la Universidad Central de Venezuela, lo que implica que se usurpa la autoridad de la Asamblea Nacional y deroga o altera leyes esto debe ser sancionado además con la nulidad de este artículo **128** del Código Penal por mandato de los artículos **25 y 138** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Uno de los hechos más graves, alarmantes y en extremos preocupantes es que este artículo reconoce beligerancia como ente político, equiparando con un país o república extranjera a los "enemigos exteriores, grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos" vulnerando el artículo 152 constitucional, que contiene principios básicos de derecho internacional y de soberanía.

El Estado venezolano está obligado a reprimir los delitos y castigar a los delincuentes, por tanto no existe justificación moral, política o social para reconocer beligerancia a organizaciones de delincuentes que bajo el esquema que plantea este artículo **128** se les debe examinar como ente con representación y espacio en Venezuela, por ende merecedores de tratos propios de la comunidad internacional a la que no pertenecen según los pactos y convenios internacionales, ya que no tienen representación ni personalidad jurídica capaz de semejante reconocimiento.

Según la redacción si los "grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos" no realizan actos de "conspiración" pueden existir como organizaciones criminales reconocidas y protegidas por la República, con el mismo estatus que un país o

república extranjera esto vulnera los postulados más prístinos de nuestra historia democrática y republicana

Igualmente denunciamos la violación de principio de legalidad penal o tipicidad, al prever “la conspiración” como núcleo rector de la acción, siendo éste un concepto jurídico indeterminado que vulnera el principio de la legalidad penal previsto en el **ordinal 6° del artículo 49** de la Constitución, no existiendo una determinación clara, previa y precisa que defina la acción típica.

En este sentido se a pronunciado la Corte Interamericana en Sentencia del 31/08/2004 (CASO RICARDO CANESE VS. PARAGUAY), en estos términos:

“Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos, y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad ”

La ambigüedad supina con la que se ha redactado esta norma, sirve para afirmar que organizaciones terroristas pueden, luego de la publicación de éste Código Penal, abrir en la República Bolivariana hasta oficinas de representación, asistencia y cooperación hasta de carácter diplomático, reconociendo beligerancia en el Derecho Internacional a estas organizaciones criminales, que sólo podrían ser consideradas como grupos asociados de delincuentes comunes en nuestro país.

El emplear expresiones como por “cualquier medio” genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, teniendo entonces el Juez la obligación de crear el derecho o aplicar la analogía para completar la conducta sancionable, lo cual es una vulneración directa al principio de la legalidad, previsto en el **ordinal 6° del artículo 49** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5.- DE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 140 DEL CÓDIGO PENAL, POR SER UNA NORMA IRRACIONAL

- El artículo **140** del Código Penal, viola los artículos **19, 21, 22, 24, 26, 44.3°, 49, 202, 218 y 257** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela por ruptura de las garantías constitucionales y de los derechos humanos, son nulos de toda nulidad absoluta por inconstitucionales, por ser normas despojadas de toda razonabilidad, proporcionalidad y por dejar de un lado los principios del derecho penal.

Al igual que el artículo **128**, este artículo **140** del Código Penal, reconoce beligerancia como ente político, equiparlo con un país o república extranjera a los “enemigos exteriores, grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos” vulnerando el artículo **152** constitucional, recordemos que es obligación del Estado reprimir los delitos y castigar a los delincuentes, por tanto no existe justificación moral, política o social para reconocer beligerancia a estas organizaciones de delincuentes.

Según la redacción los “grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos” pueden existir estos grupos en Venezuela mientras no realicen actuaciones que perjudiquen a la República, la integridad del Territorio, la instituciones republicanas, ciudadano o ciudadanas o desestabilicen el orden social.

En este punto es necesario hacer algunas consideraciones sobre los términos empleados por el legislador para identificar a estas organizaciones criminales, en este sentido en un trabajo inédito de Enrique Prieto Silva se señala lo siguiente:

“El término “guerrilla” se aplica desde su aparición en la guerra de independencia española (1808-1814), cuando el pueblo se levantó contra las tropas napoleónicas invasoras, tras haber sido derrotado el Ejército regular.

Este origen conceptual no puede hacer olvidar que fue precisamente en la Hispania prerromana, donde tuvo lugar el nacimiento de esta forma de combate bélico, el cual se transformó en un sistema de lucha frecuentemente utilizado en las guerras de independencia americanas y, después de la II Guerra Mundial, en Latinoamérica, África y Asia, para enfrentarse tanto a enemigos extranjeros como nacionales. He aquí, que con esta connotación, se ha instituido como un acto político nacionalista, "que busca desalojar al extranjero del territorio nacional, o al propio gobierno ilegítimo, del poder nacional".

La guerrilla se caracteriza por dos principales peculiaridades:

- 1) Utilizar la forma de enfrentamiento bélico mediante la guerra irregular, organizada militarmente; y,
- 2) Perseguir el fin político de desalojar o expulsar al extranjero invasor, o al gobierno nacional que considera ilegítimo.

Con esta premisa, se deduce, que el derecho internacional ha admitido la figura de la guerrilla nacional, cuando los individuos en un acto de insurrección se agrupan para derrocar al gobierno constituido. Es decir, actúan contra el orden interno.

En concreto, cuando aparece la complicada acción de la guerrilla, encontramos entonces dos fuerza enfrentadas: las fuerzas regulares o del gobierno, que luchan por la defensa interna; y las fuerzas irregulares o de guerrilla, que tienden a subvertir el orden del Estado."

En las diferentes convenciones internacionales, se ha dado al guerrillero el trato de "prisionero de guerra", al incluir en la normativa: "a las unidades y grupos armados que estén bajo un mando responsable. Inclusive, establece igual trato para "los guerrilleros sin uniforme, aunque se trate de entidades no reconocidas por la parte adversa".

El mismo derecho establece, que todos los miembros de las fuerzas armadas deben respetar las normas del derecho humanitario, pero que no es ésta una condición para que se otorgue el estatuto de prisionero de guerra en caso de captura.

En el sentido expuesto, cualquiera persona que se conforme a las características que hemos referido para la calificación de un guerrillero, se hace acreedor a la aplicación del derecho penal militar, y en todo caso, a la aplicación del derecho humanitario, mereciéndose el trato caballeroso a que obliga la justicia militar.

El Protocolo II de los Convenios de Ginebra, en lo relativo a los conflictos armados no internacionales, establece que dicho Protocolo "es aplicable en los conflictos armados que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control que les permita operaciones militares sostenidas y concertadas, y aplicar el presente Protocolo". (TOMADO DEL DOCUMENTO: "LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA REFORMA DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE JUSTICIA MILITAR" –MARZO 2003)

Si asumimos que la República Bolivariana pretende reconocer la existencia de los guerrilleros en Venezuela, es menester señalar que estas esta organizaciones criminales buscan solamente subvertir el orden constitucional en cualquiera de sus formas, por tal razón, lo que debería sancionarse es la organización guerrillera, y subsidiariamente la ayuda.

No obstante lo anterior debemos señalar que Venezuela no puede declarar la guerra a una organización criminal, entendida esta dentro de los parámetros de los protocolos de Ginebra.

Sobre el término paramilitar, el mismo Enrique Prieto Silva señala que es "una connotación, (estima periodística) que toman en Colombia los grupos que

insurgieron en contra de los grupos guerrilleros al margen de las FAN. Prácticamente, asumieron el rol de los militares sin serlo, pero que al actuar uniformados y con sus mismas tácticas y estrategias, reciben la denominación de paramilitares. Teóricamente se llaman paramilitares a los cuerpos y organizaciones que funcionan y operan de manera similar y en cierta forma en apoyo de las fuerzas armadas. Así se denomina a las policías uniformadas, a los bomberos, los cuerpos de vigilancia, etc.”

Que el legislador haya suprimido la expresión *“tiempo de guerra”* es la manifestación más clara de que la reforma no obedece a ninguna razón de política criminal, sino a sancionar cualquier forma de expresión que pueda considerarse, pesarse o suponerse como de disidencia u oposición contra el gobierno, es decir a razones políticas y partidistas.

La exclusión de la expresión en tiempo de guerra genera una antinomia entre el artículo **128** y el **140** del Código Penal, por cuanto dichos artículos regulan entonces la misma conducta, dejando sin contenido al artículo **128** del código penal reformado, por esta norma ser más favorable y al regular la misma conducta. La pretensión del legislador de aspirar sancionar la perturbación del orden social nunca puede estar dentro de una figura típica que fue diseñada para regular actos en el marco de conflictos bélicos que ponen en juego la integridad del territorio y las instituciones democráticas de Venezuela, pues por la vía de esta errónea legislación, inédita en la legislación Venezolana, pues semejante cosa jamás se ha visto en legislación alguna: cualquier cosa, en cualquier tiempo, por cualquier persona, puede considerarse una acción que desestabiliza el orden social, cuyo contenido refiere de forma directa a normas de orden público y seguridad ciudadana y no a las normas de la llamada “guerra buena o guerra lícita”.

Igualmente denunciarnos la violación de principio de legalidad penal o tipicidad, por incluir conceptos jurídicos indeterminados, de carácter general y de redacción ambigua, lo que vulnera el principio de la legalidad penal previsto en el **ordinal 6° del artículo 49** de la Constitución, no existiendo una determinación clara, previa y precisa que defina la acción típica.

Vulnera el artículo **140** del Código Penal los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, necesarios en una sociedad democrática, por lo cual contraría el artículo **22.2 y 22.3** de la Convención Americana, en este orden de ideas debemos traer a colación lo que sobre la proporcionalidad de las penas la Corte Interamericana ha señalado:

“Requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática

132. En cuanto al requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos Humanos manifestó en su Observación general No. 27 que:

14. [...] Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.”(CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO RICARDO CANESE VS. PARAGUAY, SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2004)

Observamos que la conversión de un delito creado para regular y sancionar conductas que propicien o desmejoren a la República en tiempo de guerra, se ha transformado en una figura de derecho común que busca sancionar la actividad de los ciudadanos que de cualquier forma realicen actividades de disidencia política, en tiempo de paz, esto vulnera los artículos **1 y 2** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por todas las anteriores razones solicitamos sea declarado nulo por inconstitucional el artículo **140** del Código Penal.

6.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 7 DE LA LEY DE REFORMA QUE SUPRIME EL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO PENAL

La supresión del **DELITO DE TRAICIÓN MORAL A LA PATRIA**, constituye una de las violaciones más graves a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que niega validez a los artículos **149 y al ordinal 13° del artículo 187**, ambos de la Carta Magna.

El permitir ahora que los funcionarios públicos reciban dádivas sin la conminación de una sanción, constituye la legalización de la corrupción funcional por país extranjero.

Esta traición moral a los valores de la patria, debe ser sancionada con la inconstitucionalidad de esta norma que despenaliza tan aberrante actuación de un funcionario público, debiendo por el contrario actualizar las multas y las penas accesorias, para así sobre la base de los criterios de prevención especial y general que se atribuyen a la pena sea evitar que estas conductas favorecedoras de las irregularidades funcionariales se sigan cometiendo.

Sería importante conocer cuál ha sido la razón de emergencia nacional, de urgencia legislativa o de política criminal por la cual se eliminó este artículo, a pesar de que circunstancia realmente graves, que como veremos adelante, constituyen el homicidio honoris causa, o el abandono de niños expósitos por ejemplo.

**7.- DE LA NULIDAD DE LOS ARTÍCULOS 147 Y 148
DEL CÓDIGO PENAL,
POR SER UNA NORMA IRRACIONAL**

- *“Artículo 147. Quien ofendiere de palabra o por escrito, o de cualquier otra manera irrespetare al Presidente de la República o a quien esté haciendo sus veces, será castigado con prisión de seis a treinta meses si la ofensa fuere grave, y con la mitad de ésta si fuere leve.
La pena se aumentará en una tercera parte si la ofensa se hubiere hecho públicamente.”*
- *“Artículo 148. Cuando los hechos especificados en el artículo precedente se efectuaren contra la persona del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de alguno de los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, de un Ministro del Despacho, de un Gobernador de estado, de un diputado o diputada de la Asamblea Nacional, del Alcalde Metropolitano, de algún rector o rectora del Consejo Nacional Electoral, o de algún miembro del alto Mando Militar, o Defensor del Pueblo, o del Procurador General, o del Fiscal General o del Contralor General de la República, la pena indicada en dicho artículo se reducirá a su mitad, y a su tercera parte si se trata de los Alcaldes de los Municipios.”*

Las normas a las cuales se ha hecho referencia quebrantan el contenido del artículo 57 de la Constitución de la República, conforme al cual **“Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura.”**

Aun cuando la norma constitucional dispone que “Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de interpretación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, ha expresado que las consecuencias que deben ser asumidas por parte de quien decida hacer uso del derecho a expresarse libremente deben estar enmarcadas dentro de la protección del derecho al honor y la reputación, a través de los tipos penales de Difamación e Injuria.

La Constitución de la República consagra el derecho de todo ciudadano a ser protegido en su honor vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. Por su parte, la protección jurídico-penal de los conceptos “honor” y “reputación” aparece desarrollada en el Código Penal, mediante los tipos de Difamación e Injuria, respecto de los cuales, según el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que los mismos *“tienden a proteger derechos garantizados por la Convención”*, en los términos en que quedó consagrada la protección del honor y la reputación en el artículo 11 de la Convención.

El Pacto de San José de Costa Rica consagra el derecho a la libertad de expresión e información imponiendo una prohibición a cualquier forma de censura previa, al tiempo que, con respecto a la responsabilidad ulterior por lo expresado, para lo cual se hace necesario que se haya fijado previamente de manera taxativa.

Los artículos **157** y **158** del Código Penal, quebrantan el principio de la legalidad, por tratarse de aquello que la doctrina ha denominado Tipos Penales "*Super-abiertos*", generando inseguridad jurídica puesto que el justiciable no tendrá la imprescindible certeza respecto del tratamiento que recibirá de los órganos de la administración de justicia, como señala SUAREZ A., "**...muy especialmente, de la interpretación y aplicación del Derecho por parte de las Administraciones Públicas y los jueces y tribunales**"¹²

La rigurosidad exigida en un verdadero Estado de Derecho a la redacción de los tipos penales es parte integrante de la seguridad jurídica, la cual únicamente es concebible cuando, por una parte, el propio justiciable se encuentra en posibilidad de conocimiento tanto de las normas que integran el ordenamiento jurídico, como del procedimiento para la aplicación del mismo y por la otra, cuando la tipificación erige una verdadera limitante a la arbitrariedad.

Juan Fernández se refiere a una función de garantía de los tipos penales, que cumplen únicamente cuando las leyes incriminadoras elaboren tipos penales en lenguaje sencillo, claro y preciso, describiendo acciones y calificaciones verificables o comprobables empíricamente, muy al contrario de lo que sucede cuando se legisla de manera descuidada e improvisada, con un uso excesivamente amplio, en cuanto al significado de las palabras, del lenguaje. Consecuencia de ello es la creación de "**...textos confusos que propician el renacimiento de la arbitrariedad judicial, o cuando menos la proliferación de las interpretaciones multívocas, en desmedro de la seguridad jurídica**" (¹³)

La exigüidad en cuanto a la descripción de la conducta punible impone la delegación ilegítima en el juez de determinar el objeto de prohibición de la norma, contrariando el verdadero sentido constitucional de la suprema garantía del derecho penal de la Legalidad, la cual, debemos destacar, no se reduce a meros formalismos, sino que por el contrario integra un verdadero principio de carácter absoluto, invariable, rígido y totalmente comprensivo que se sintetiza en la frase "***nullun crimen, nula poena sine lege***"

Estos tipos amplían en forma excesiva el marco de la punibilidad, cuando para hacerse acreedor de la privación de libertad en el término de tiempo allí expresado bastará únicamente que el alto funcionario se haya sentido irrespetado u ofendido, siendo que el conocimiento más elemental nos advierte que resultaría prácticamente imposible suponer cómo podría interpretar una expresión, un gesto, una simple mirada, etc., alguna de las personas que aparecen allí señaladas.

Las figuras tipo en referencia se ciernen como una espada de Damocles, sobre los ciudadanos a quienes por una parte, la Constitución de la República les reconoce y garantiza el derecho a ser críticos, a ser participativos, a buscar información, a generar opinión pública y por la otra les conmina con la máxima sanción del ordenamiento jurídico (la privación de libertad) cualquier acto que pueda, bajo la muy privada convicción personal, resultar una falta de respeto o una ofensa a alguno de los funcionarios públicos allí señalados.

Tipos penales como estos, tan excesivamente amplios en la descripción de las conductas punibles, impiden a los destinatarios de las normas saber cuáles son sus derechos y obligaciones, conocer lo que les es permitido o prohibido y defender adecuadamente sus intereses y derechos, en razón de lo cual deberá ser declarada inconstitucional o no aplicarse mediante el mecanismo de control de excepción de constitucionalidad.

De acuerdo con el principio de la legalidad el ciudadano debe saber con exactitud, sin que le esté permitido al órgano de la administración de justicia recurrir a la doble interpretación o la analogía para poder definir cuáles modelos de comportamiento son penalmente perseguidos, cuáles consecuencias se señalan para tales conductas, cómo ha de operar el juzgamiento y de qué manera ha de ejecutarse la consecuencia correspondiente, como nos lo enseña Suarez (¹⁴)

Los artículos **147** y **148** contienen normas penales en blanco, y estas formas de la tipicidad –extrañas al principio de la legalidad–, según lo ha señalado Welzel, son aun más peligrosas que la prohibición de analogía, proscrita por nuestra Constitución de la República y por nuestro Código Penal.

¹² SUAREZ Alberto. El Debido Proceso Penal. Pág., 168

¹³ FERNÁNDEZ Juan. Op. Cit. 137.

¹⁴ Suarez. Op. Cit. Pág., 174.

Estos tipos penales tienen por objeto coartar la libre expresión del pensamiento, por ello, tratándose de la ponderación de bienes objeto de protección constitucional por ello se impone la necesidad de que exista rigurosidad en la determinación de la conducta punible, en lugar de ampliarla en desmedro de la seguridad jurídica.

Ha dicho la Corte Interamericana que **"Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "leyes de desacato" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información."**⁽¹⁵⁾, y estos tipos penales, excesivamente vagos e imprecisos (leyes penales en blanco) constituyen un inconstitucional medio para impedir el ejercicio efectivo del derecho a participar en la formación de la opinión pública, en virtud de la conminación con la pena prevista para cualquier hecho u omisión que, en un momento dado, pueda ser interpretado como una ofensa por algún funcionario público, siendo que, como lo expresó la Comisión Interamericana, *"...cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático"* ⁽¹⁶⁾

En la sentencia dictada con ocasión de la acción intentada por el periodista Ricardo Canese vs. Paraguay, publicada el 31 de agosto de 2004, la Corte encontró razones para estimar que la aplicación de las sanciones penales a quienes hacen uso de su derecho a expresarse, cuando con ello realizan críticas a funcionarios del gobierno genera consecuencias drásticas, homologables a la censura o autocensura, poniendo en grave riesgo a la libertad de expresión y de información, homologable a la censura previa.

La tendencia de una sociedad con un régimen de verdadera vocación Democrática y respetuoso de los derechos humanos es el empleo del remedio que pueda representar el derecho penal con la convicción de que se trata de una herramienta que puede hacer más daño que beneficios, aun cuando sea indispensable e inevitable. Una sociedad respetuosa de las reivindicaciones que ha alcanzado el hombre frente a sus gobernantes encuentra suficientes razones para aceptar la lamentable realidad: sólo podrán impedirse los abusos y los desmanes en el ejercicio del *Ius Puniendi* si la tipificación es cuidadosa y rigurosa, y la punición racional, como dijo la Corte Interamericana en el caso del Periodista Ulloa **"...ajustada a la jerarquía de los bienes tutelados, a la lesión que se les causa o al peligro en el que se les coloca y a la culpabilidad del agente, y elegida entre diversas opciones útiles que están a la mano del legislador y del juzgador, en sus respectivos momentos. Por supuesto, se debe distinguir entre la "verdadera necesidad" de utilizar el sistema penal, que debe tener un claro sustento objetivo, y la "falsa necesidad" de hacerlo, apenas como consecuencia de la ineficacia de la autoridad, que se pretende "corregir" con el desbocamiento del aparato represivo."**

Lo antes expresado, en modo alguno, pretende mostrar un interés nuestro –inexistente- de justificar conductas ilícitas y con ello propiciar la impunidad de los delitos. Menos aun la solución pudiera ser dejar sin respuesta alguna el agravio cometido, por el desequilibrio que, con respecto a los derechos de la víctima, se causaría a la sociedad. Lo único que se pretende es que la respuesta jurídica frente a los ataques verdaderos, reales, tengan una respuesta racional y con el menor costo social, sin incurrir en castigos innecesarios y menos aun a costa del derecho a que la sociedad sea crítica, dinámica frente a los hechos que puedan perturbarla, aun cuando debamos –todos- reconocer que como es natural, ello generará molestias en nuestros gobernantes.

A diferencia de la forma como están construidas otras normas penales que tienen por objeto penalizar las formas inadecuadas de la expresión y del desarrollo del derecho a la información, en estos tipos penales la conducta que da lugar a la producción del resultado antijurídico no se define, sino que corresponderá al Juez aportarla, al momento de la subsunción, atendiendo al carácter del funcionario y es precisamente ese déficit de certeza, la causa de la indeseable inseguridad jurídica, a la cual no puede someterse al justiciable a quien se le exige obediencia a la ley.

La amplitud de los tipos penales bajo comentario contraría el principio de la legalidad, puesto que al no poderse determinar cuál es la conducta a través de lo cual se configura la

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

comisión del delito, se vulnera el principio de Ley Manifiesta o *lege manifesta*, que consiste en que la ley debe ser suficientemente clara,

“...para no inducir en equívocos y caprichosas interpretaciones. La ley penal debe ser totalmente comprensiva de la figura de comportamiento que busca abarcar y esquivar las expresiones ambiguas, equívocas y oscuras, tal como lo exige la norma rectora de la tipicidad. De igual manera deben precisarse las consecuencias jurídicas y la forma de investigación, juzgamiento y ejecución de aquellas consecuencias.”¹⁷

Con respecto a los bienes jurídico-penalmente tutelados mediante los artículos **147** y **148** del Código Penal, debemos destacar que los mismos se encuentran ubicados en el Capítulo II de los Delitos Contra los Poderes Nacionales y de los Estados, en el Título I De los Delitos Contra la Independencia y la Seguridad de la Nación, siendo que la indeterminación de los medios y modos de comisión del delito, así como el excesivo ámbito de discrecionalidad para la subsunción por parte del juez de la conducta que, a decir de la víctima configura una falta de respeto o una ofensa, impide establecer la relación que existe entre los bienes tutelados, que no son otros que los *Poderes Nacionales y de los Estados* y la *Independencia y la Seguridad de la Nación* con la pretendida ofensa o falta de respeto.

No existe elemento normativo alguno que permita establecer la debida conexión o relación entre la ofensa o falta de respeto al funcionario con la Seguridad de la Nación y menos aun el legislador ha hecho la más elemental referencia entre la conducta y los Poderes Nacionales y de los Estados, sumiendo en la ignorancia más crasa al justiciable, vulnerando el principio de la legalidad, conforme al cual *“El destinatario de la ley penal debe saber cuál bien jurídico se protege, porque de lo contrario estaría bajo el temor de que se le asalte atribuyéndosele un daño que jamás pensó causar”* (¹⁸)

La ubicación de estos delitos dentro del Capítulo y Título antes señalados, determina los bienes que se pretenden tutelar a través de la inclusión de estos tipos penales y estos son, repetimos, *Poderes Nacionales y de los Estados* y la *Independencia y la Seguridad de la Nación* y no la honra o la dignidad de alguno de los altos funcionarios públicos allí mencionados, por ende con la ubicación de esos delitos en el Código Penal, se crea aun mayor inseguridad, puesto que ni siquiera se señala que el funcionario deba encontrarse en ejercicio de sus funciones o que la falta de respeto u ofensa deban tener lugar con ocasión de dichas funciones.

Los tipos penales en referencia, no están adecuados a la Constitución de la República puesto que no tienen por objeto proteger el honor y la reputación de los altos funcionarios allí señalados, sino únicamente producir un efecto de intimidación impeditivo del desarrollo del derecho a expresar libremente la opinión que tienen los ciudadanos respecto de sus gobernantes y la gestión que desarrollan frente a los cargos para los cuales han sido elegidos.

Los tipos penales de Difamación e Injuria, en contraposición con los contenidos en los artículos **147** y **148** del Código Penal, tienen por objeto la protección del derecho que asiste a toda persona a no ser objeto de ataques al patrimonio moral y su construcción idiomática, independientemente de las consideraciones que puedan formularse, contienen al menos la imposición dirigida al sentenciador de tener por demostrada la intención del agente, quien, valiéndose del empleo de un medio idóneo y a través de una forma apta también para ello, causa una lesión en el patrimonio inmaterial o moral de alguna persona, independientemente de su condición. En los artículos **147** y **148**, bastará únicamente el dicho del alto funcionario y su apreciación subjetiva, independientemente de la lesividad o no de lo hecho u omitido por el agente.

Cualquier conducta de un ciudadano, de acuerdo con la redacción de las normas bajo comentario, podría configurar una ofensa o falta de respeto a alguno de los altos funcionarios que la norma menciona, no estándole permitido al Juez hacer ninguna valoración respecto de la potencialidad dañosa específica de la palabra escrita o hablada, ni de otra conducta del sujeto, para entrañar si realmente se trata de un hecho capaz de afectar el honor, fama, reputación o decoro del alto funcionario público. Únicamente corresponderá la aplicación de la sanción allí prevista sin que, a diferencia de lo que ocurre

¹⁷ Suarez. Op. Cit. Pág., 177

¹⁸ Ibid. Pág., 1178

en los casos de los delitos de Difamación e Injuria, sea necesario establecer en primer lugar si el hecho es apto (idóneo) para afectar el patrimonio moral del sujeto de la protección jurídico penal.

Bastará únicamente que el funcionario se considere ofendido, o de cualquier forma irrespetado. No podrá el intérprete de la norma distinguir si se trata realmente de un hecho apto *per se* para dar lugar al resultado allí previsto, sino que, muy por el contrario, la ponderación respecto de la capacidad o potencialidad dañosa de la palabra o de la acción (realizada u omitida) dependerá exclusivamente de la susceptibilidad y discrecionalidad del alto funcionario.

Para el tipo penal en referencia resulta absolutamente neutral si ha habido mala fe por parte del sujeto activo del delito, cuando se trate, por ejemplo, de una información imprecisa o inexacta, en el contexto de lo que se ha llamado “malicia real”; o si lo expresado es o no cierto. Menos aun ha tomado en cuenta el legislador ninguna forma de atenuante de la penalidad, independientemente de que el sujeto activo haya podido ser provocado suficientemente por el alto funcionario (causa de justificación).

Tampoco será relevante, para la aplicación de la pena allí prevista, si se trata de Información Veraz que ha sido difundida por un comunicador social y que, como ocurre con mucha frecuencia en nuestra actual sociedad, pueda turbar a algún alto funcionario, siendo que, como lo advierte el sentido común, ello puede ocurrir por infinidad de hechos o circunstancias, acciones u omisiones, haya o no mediado la intención criminal hacia ello.

Indudablemente que la alta investidura de los funcionarios públicos allí señalados impone la necesidad de que se sancionen excesos y abusos en el ejercicio del derecho a la libre expresión y a la información, en los términos señalados en el propio artículo 57 de la Constitución de la República y reconociendo el derecho de estos funcionarios, como cualquier otro ciudadano a que se sancionen los ataques a su honor y reputación, dentro de la dimensión que ecuménicamente se ha dado al ejercicio del derecho a la expresión y al información con respecto a que éstos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad

Las referidas figuras penales previstas en los artículos 147 y 148 se caracterizan por la ausencia absoluta de cualquier elemento que delimite la potestad sancionadora del Estado, sin que sea requerida la verificación probatoria de la existencia de una acción concreta, por parte del agente o sujeto activo, apta para ser interpretada como una lesión al patrimonio moral del funcionario.

En varias decisiones la Corte Interamericana ha advertido que las llamadas leyes de desacato constituyen una violación a los derechos a la libertad de expresión e información, cuando se amenaza a los ciudadanos de aplicárseles una pena corporal en caso de hacer algún señalamiento, juicio, opinión, expresión de alguna idea, etc., con respecto a un funcionario público, aun cuando se trate de la evaluación que como ciudadano se encuentra habilitado a hacer cualquier persona, respecto de su gestión.

Las leyes penales antes transcritas privilegian la protección del honor y la reputación, respecto de los derechos a la libre información y expresión de ideas y opiniones, con lo cual, según el criterio de la Corte Interamericana, se produce un efecto amedrentador sobre la libertad de expresión, acallando la emisión de información sobre asuntos de interés público que involucran a funcionarios públicos ⁽¹⁹⁾

Ha sostenido la Corte Interamericana que **“el Estado debe abstenerse de censurar la información respecto de actos de interés público llevados a cabo por funcionarios públicos o por particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, dado que éstos deben demostrar mayor tolerancia a las críticas, lo cual implica una protección de la privacidad y la reputación diferente que la que se otorga a un particular”** ⁽²⁰⁾ siendo que estas normas constituyen un obstáculo insalvable que impide el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de expresión consagrado en el artículo 57 de la Carta Magna.

¹⁹ Sentencia de la Corte Interamericana, caso del Periodista Mauricio Herrera Ulloa versus Costa Rica.

²⁰ Caso Herrera Ulloa.

No puede tampoco dejar de considerarse que la excesiva amplitud en la forma como fueron contruidos estos tipos penales, no permite establecer claramente en qué casos se aplicará la pena prevista para el delito y menos aun permite conocer al justiciable o destinatario de la norma, cuál es el interés social imperativo que justifique la sanción penal.

Por otra parte, ha sido recomendación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la **“no punibilidad en el caso de manifestaciones realizadas en el ámbito de cuestiones de interés público, como puede ser la contienda electoral. En estos casos se pueden aplicar acciones civiles siempre que se cumpla con el estándar de la real malicia, es decir, se debe probar que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de dañar o tuvo pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas. La sanción penal como consecuencia de expresiones de interés público resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 13.3 de la Convención. Existen otros medios menos restrictivos mediante los cuales las personas involucradas en asuntos de interés público pueden defender su reputación frente a ataques infundados”** ⁽²¹⁾

Independientemente de que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tengan carácter vinculante (salvo en aquellos casos en los cuales el Estado tenga la condición de *parte*), las recomendaciones en cuestión forman parte de los razonamientos y motivaciones hechas en las decisiones adoptadas por este Órgano de Protección de Derechos Humanos, en interpretación, desarrollo y ejecución del Pacto de San José de Costa Rica y otros Pactos, Convenios y Acuerdos que, por haber sido suscritos por Venezuela sí tienen carácter vinculante de acuerdo con nuestra Constitución.

Con respecto a las normas que penalizan la expresión ha señalado la Corte Interamericana que constituyen formas de represión de la libre expresión lo cual imposibilita la disidencia, la opinión contraria a la sostenida por los Gobernantes, la formación de la opinión pública y por ende el pluralismo político en violación flagrante del artículo 2 de la Constitución de la República.

El derecho a la libertad de expresión es precisamente el derecho de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad, a evaluar la gestión del funcionario público, de allí que no nos resulte en lo absoluto extraño, a ninguno de los pueblos de Latinoamérica que la libertad de expresión sea una de las formas más eficaces para denunciar la corrupción y el mal funcionamiento de los servicios públicos.

Además, la regla debe ser la publicidad de los presuntos actos de corrupción, hacia allá podría estar orientado el ejercicio de la disidencia que se pretende acallar con tipos penales como los que se han señalado.

Por las razones expuesta se solicita sea declarada la nulidad por incostitucionalidad de los artículos **148 y 149** del Código Penal publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768 del 13 de abril de 2005.

8.- DE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 215 DEL CÓDIGO PENAL, POR SER UNA NORMA IRRACIONAL

También de forma injustificada, coyuntural y sin fundamento se modificó el contenido del artículo **216**, hoy **215**, referido a las amenazas contra los funcionarios públicos.

Es tan desproporcionada la reforma que se desconfigura la conducta típica por cuanto se elimina la palabra violencia, se deja sólo la palabra amenaza y no será una acción contra el funcionario público, sino que se extiende contra sus familiares. Ello desconfigura el tipo

²¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Periodista Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

penal, pues la conducta objetiva de punibilidad que exige el tipo para la configuración del injusto típico culpable se orienta hacia la perturbación de la función pública a través de actos medibles, observables, que generen un cambio en la actitud y en la acción de quien ejerce una función pública.

Nos preguntamos ¿qué tienen que ver los familiares, si la conducta se dispuso como punible en la medida que está orientada hacia buscar la forma de intimidar de forma directa a un funcionario público para que deje de hacer algo que le corresponde a él según sus funciones, o para que haga algo que no debía hacer?. Por esta razón la "ilustre" reforma extendió a la categoría de funcionario público a los familiares; es más se dice "parientes cercanos", sin la delicadeza de, por lo menos, sujetarlo a los grados de consanguinidad y afinidad que se han previsto ya de forma unisona en todas las leyes, esta indeterminación permite la interpretación amplia, y por ende viola el principio de la legalidad previsto en el **ordinal 6º del artículo 49**, de la Constitución Nacional. Además, si quien está obligado a hacer o dejar de hacer es el funcionario porque así lo impone su función, no puede pensarse que quien está obligado es un familiar, pues el familiar no puede dejar de hacer algo que por ley no le corresponde.

La pena anteriormente era de prisión de 45 días a 15 meses y se extendió a la pena de 2 a 4 años, una pena sin duda excesiva y desproporcionada, casi igual a la prevista en el tipo de Estafa, violándose el principio de la proporcionalidad de las penas.

Siguiendo con las muestras claras de proteccionismo excesivo a los altos funcionarios, si la amenaza se comete contra un alto funcionario de los que menciona el artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o sus familiares, la pena se aumentará de 2 a 5 años, con lo que resulta sorprendente que es preferible hurtar que de cualquier manera amenazar a un alto funcionario. Debe destacarse que en ningún momento la legislación puede diferenciar la persona sobre la cual recae la amenaza, pues lo que se tiende a proteger no es al funcionario público, sino a las funciones que él desarrolla en el ejercicio legítimo de su actividad pública. Es decir que desconfigura el tipo penal y por ende se torna incomprensible porqué se debería proteger con mayor pena a las funciones de los altos funcionarios, si en definitiva son por igual funciones públicas, y la razón jamás podría ser la jerarquía, porque no podemos basarnos en el rango del funcionario, sino en el ejercicio de una función pública en general.

Seguimos con la casuística legislativa y se incluye además que si la amenaza se realiza en el domicilio o residencia del funcionario público la pena puede incrementarse hasta en un tercio, imagínense entonces que ahora estaríamos hablando de una pena casi superior a la del robo genérico. La función pública ha determinado insistentemente tanto la Jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, como la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, queda determinada en el ámbito del ejercicio de las funciones públicas, es decir que la función no acompaña al funcionario a su domicilio, a un centro comercial, a una cena, sino que la función pública queda determinada en el estricto ámbito del ejercicio del cargo, jamás más allá de la función. Por ende se viola la garantía constitucional que impone los límites al ejercicio de la función pública, del funcionario público, en el ejercicio de sus funciones y no más allá de éstas.

Así pedimos sea declarada la inconstitucionalidad del artículo 215 por violar el principio de la igualdad ante la ley, el principio de la proporcionalidad, el principio de la legalidad y además constituirse en una norma inaplicable contraria al ejercicio legítimo de la función pública.

9.- DE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 283 DEL CÓDIGO PENAL, POR SER UNA NORMA IRRACIONAL

El pensamiento ahora es punibles.

La inclusión de la expresión "contravención a las leyes" es la creación de un nuevo tipo penal en blanco indeterminado, genérico y abstracto vulnera significativamente el principio de legalidad penal, previsto en el **ordinal 6º del artículo 49** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así lo ha establecido de manera incontrovertible ésta Sala Constitucional, en la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2, 6, 26 Y 27 DE LA LEY SOBRE RÉGIMEN CAMBIARIO, en este sentido citamos:

“Al respecto quiere precisar esta Sala, que la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal.

(...)

Así, el principio de la reserva legal contiene una obligación para el legislador de regular en el texto de la Ley de que se trate, toda la materia relacionada con ésta, de tal manera que, sólo puede remitir al reglamentista la posibilidad de establecer o fijar los detalles de su ejecución, esto es, explicar, desarrollar, complementar e interpretar a la Ley en aras de su mejor ejecución, estando prohibidas, por constituir una violación a la reserva legal, las remisiones “genéricas” que pudieran originar reglamentos independientes, o dar lugar a los reglamentos “delegados”.

En este mismo sentido observa esta Sala, que el principio de la legalidad en materia sancionatoria -invocado por la parte accionante como lesionado-, está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la tipicidad de los delitos, conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre, es decir, que toda conducta que constituya un delito, así como las sanciones correspondientes deben estar previamente estipuladas en una disposición normativa, general y abstracta (desde el punto de vista formal) que los defina, pues se entiende que tales sanciones afectan o inciden de manera directa e individual sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, por lo que en este caso, no le estaría dado al legislador hacer remisiones “genéricas” para que, mediante un reglamento se establezcan delitos o sanciones relacionados con la Ley de que se trate.

Así, en aras de la seguridad jurídica que debe existir en todo Estado de Derecho, le corresponde a la ley definir todas aquellas conductas que pudieran calificarse como delitos y que por tanto, acarrearían penas y sanciones, tal exigencia se encuentra consagrada en la norma prevista en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución vigente cuando dispone que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y en consecuencia,“(...) 6. [n]inguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”. (Sala Constitucional, fecha 21/11/2001, ANULA LOS ARTÍCULOS 2, 6, 26 Y 27 DE LA LEY SOBRE RÉGIMEN CAMBIARIO, Exp: 00-1455)

Como hemos sostenido anteriormente, debemos señalar que también se vulnera el artículo 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por no expresar de manera cierta y precisa que conducta se penaliza.

Para ilustrar nuestras afirmaciones, debemos entender que la expresión contravención a las leyes, se refiere a cualquier ley vigente de la República, entonces en este contexto, sí, hay un llamado ciudadano a desobedecer de alguna norma de carácter administrativo sea de derecho sancionador o simplemente administrativo, deben los instigadores ser castigados, por ejemplo, si se propone no pagar el Impuesto al Valor Agregado como protesta, o por considerarlo ilegal, entonces los promotores deberán ser sancionados como instigadores a contravenir leyes. En muchas ocasiones los abogados en ejercicio, los asesores financieros y los contadores públicos, en el ejercicio legítimo de sus derechos podrían considerarse como delincuentes, según la extensión abierta de esta norma penal.

La subsidiaridad de la figura del instigador o determinador va dirigida a castigar la creación -en el sujeto activo de la acción penal- de la voluntad para cometer delito, sin que este efectivamente se cometa, castigándose las acciones no equivocadas y públicas que exaltan la comisión de un hecho punible conminado con una pena.

El maestro Mendoza Troconis²², afirma vehementemente que nunca se ha considerado que la instigación privada sea delito, ni la simple propaganda de ideas morales, por que ésta debe ser pública, protegiéndose el orden social.

La reforma introduce la expresión "o por cualquier medio" lo cual constituye otra violación al principio de la legalidad penal (tipicidad), esta expresión tiene dos aspectos a conocer:

- 1.- viola el principio de tipicidad.
- 2.- viola el derecho a la intimidad y castiga los pensamientos.

Respecto del principio de tipicidad, categóricamente afirmamos que cuando en una norma penal se introducen conceptos genéricos e indeterminados debe ser sancionada con nulidad por inconstitucional, así lo ha señalado esta Sala Constitucional en la sentencia que declaró la nulidad de los artículos que tipificaban los delitos cambiarios en la Ley sobre el Régimen Cambiario, en los siguientes términos:

"En este mismo sentido observa esta Sala, que el principio de la legalidad en materia sancionatoria -invocado por la parte accionante como lesionado-, está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la tipicidad de los delitos, conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre, es decir, que toda conducta que constituya un delito, así como las sanciones correspondientes deben estar previamente estipuladas en una disposición normativa, general y abstracta (desde el punto de vista formal) que los defina, pues se entiende que tales sanciones afectan o inciden de manera directa e individual sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, por lo que en este caso, no le estaría dado al legislador hacer remisiones `genéricas` " (exp: 00-1455, sent. de fecha 21/11/2001)

El emplear expresiones como por "cualquier medio" genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, teniendo entonces el Juez la obligación de crear el derecho o aplicar la analogía para completar la conducta sancionable, lo cual es una vulneración directa al principio de la legalidad, previsto en el **ordinal 6° del artículo 49** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aclarando que esta disposición legislativa no es una norma penal en blanco, sino un artículo sin contenido penal.

En lo que respecta a la intimidad y a la confidencialidad prevista en artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la expresión contenida en el Código Penal que sanciona cualquier medio, menoscaba la privacidad de las comunicaciones permitiendo sancionar las ideas de los ciudadanos que en privado manifiesten sus pensamientos.

Llama poderosamente la atención que ahora las penas de presidio son sancionadas con una multa, de conformidad con lo establecido en el **ordinal 2° del artículo 283** del Código Penal, porque al no traer regulación para la instigación de los delitos conminados con penas de presidio lo que debe aplicarse es una multa, así el que instigue, por ejemplo, él que convenza a otro públicamente o por cualquier medio de que ejecute el homicidio del vicepresidente será sancionado simplemente con una multa, por lo tanto es un artículo que en sí mismo incita a la desobediencia de la ley penal, dada la imposibilidad de ejercer una prevención general con la amenaza de sanción que sería una simple multa, ante un delito tan grave como el homicidio.

Por estas razones solicitamos la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 283 del Código Penal.

**10.- DE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 286 DEL CÓDIGO PENAL,
POR SER UNA NORMA IRRACIONAL**

²² Mendoza, Jose, Curso de Derecho Penal Venezolano, p.234, Compendio Parte Especial, Empres El Cojo c.a., Caracas 1989.

El haber eliminado el elemento normativo de hacer la "conducta públicamente" constituye una violación de los artículos **1, 2, 20, 47, 48, 53, 57, 58, 60 y 61** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, porque menoscaba el derecho a la libre personalidad, a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la vida privada, a la inviolabilidad del domicilio, a la libre expresión del pensamiento, a reunión, a la comunicación libre, a la confidencialidad y a la libertad de conciencia.

Lo que perseguía este artículo antes de su reforma era sancionar la creación por medios inequívocos y públicos de estados peligrosos en la colectividad, sin embargo luego de la reforma si la actuación no es pública, solo violando la Constitución puede el Estado sancionar esta conducta. Esto se constituye la legalización de las llamadas labores de inteligencia, por demás ilegales, de la policía, pudiendo llegar al extremo de constituirse el "Estado Leviatán" en agente provocador para lograr incitar a los ciudadanos crear estados peligrosos colectivos.

La intimidad, confidencialidad y privacidad son derechos humanos que ha reivindicado nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por tanto la antinomia con la normas constitucionales anteriormente enunciadas sancionan con la nulidad absoluta el artículo **286** del Código Penal, por lo que solicitamos así sea declarado.

11.- DE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 296-A DEL CÓDIGO PENAL, POR SER UNA NORMA IRRACIONAL

Se incluyó un nuevo artículo, el 296-A, y aquí resaltamos la ausencia de técnica legislativa, a pesar que ya la numeración había sido alterada, decidieron colocarle una "A". Este nuevo tipo penal es la penalización de la difusión de información falsa, que atenta de forma directa contra el derecho a la información veraz, a la libre manifestación del pensamiento, a la comunicación libre y plural, a la libertad de conciencia y a la libertad de expresión, según los artículos **57,58,61** todos de la Carta Magna.

Su ubicación dentro del código luce descontextualizada, ya que se encuentra dentro del capítulo relativo a la "excitación a la guerra civil, organización de cuerpos armados y la intimidación al público" Pudiera entenderse que en todo caso entraría entre la intimidación al público, pero suena forzado ya que este capítulo siempre se orientó a la configuración de bandas armadas y grupos similares, de allí que no haya coherencia legislativa violándose el contenido del artículo 208 de la Constitución Nacional.

Pero entrando en la redacción del tipo, no hay duda que se busca evitar la libertad de expresión, pues se condenara con una pena de 2 a 5 años, insistimos, más alta que para los delitos contra la propiedad. Se trata de la difusión de información falsa, pero no se sabe que se considerará una información falsa, además de ello se exige que esa supuesta información falsa cause pánico o zozobra en la colectividad y no son consecuencias determinadas, sino indeterminadas, ¿quién valorará el pánico o la zozobra? Y ¿cuáles serán los parámetros para determinar dicha conducta? Sin duda configura una vez más una conducta indeterminada, indefinida, abierta y viola el principio de la legalidad previsto en el artículo **49 ordinal 6º** de la Constitución de la República.

Aunado a lo anterior el tipo quiso ser tan específico que generará impunidad, pues limita los medios a través de los cuales se difunda la información, lo sujeta a medio impreso, radial, televisivo, telefónico, correos electrónicos o escritos panfletarios, con lo que cualquier otra forma de comunicación que no esté aquí prevista, como serían las nuevas unidades interactivas de comunicación, o la correspondencia de cartas masivamente, no entraría dentro de las categorías del tipo y por ende nadie podría ser sancionado por ello.

Se enfatiza en el artículo que se aplicará este artículo además de lo que pueda prever la ley especial, no podemos entender como se refiere a leyes especiales si la Constitución sólo se refiere a leyes ordinarias y orgánicas, no hay leyes especiales, sino leyes ordinarias que desarrollan temas específicos, aquí obviamente corremos el riesgo de sancionar dos veces el mismo hecho, si los tipos penales se comunican o sancionan conductas similares, además de ello sólo lo sujeta a algunas leyes como la de: Telecomunicaciones, delitos informáticos,

impresos transmisión de mensajes de datos, leyes que serían insuficientes, en todo caso, para abarcar las posibilidades de comunicación de los tipos resulta inadecuada la limitación a un número particular de leyes. Aquí se observa la mención a una "ley de impresos" que no existe en la actualidad con lo cual se hace una remisión ilegal que configuraría a futuro la posibilidad de aplicación de leyes que no estaban vigentes para el momento de elaboración de la norma y que por ende viola, una vez más el principio de la legalidad.

Vulnera el principio de legalidad al introducir conceptos jurídicos indeterminados que no ofrecen garantías de certitud, además de ser irrealizable por cuanto deberá siempre existir una declaratoria de falsedad de la información difundida previamente para que quien conozca tal información intencionalmente la transmita con la finalidad de causar zozobra o pánico.

El texto ambiguo crea una desigualdad entre el ciudadano y los funcionarios públicos, pues a este último solo se le sanciona si utiliza el anonimato para difundir la noticia falsa, es decir, si se identifica como funcionario público no será punible, por lo menos por este artículo, interpretado en su forma literal, dada la prohibición de interpretación analógica, violándose por ende el principio de la igualdad ante la ley.

Dados los alegatos de inconstitucionalidad anteriores solicitados sea declarada la nulidad del artículo 296-A del Código Penal.

12.- DE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL, POR SER UNA NORMA IRRACIONAL

El principio de la legalidad se constituye en el garante por excelencia de la limitación a la arbitrariedad del legislador prohibiendo la creación de normas penales de carácter casuístico y poco claras que no permitan entender que bienes jurídicos son tutelados por la ley, constituyéndose la razonabilidad en el muro de contención, por ello denunciemos la violación del artículo 2, el **ordinal 6º del artículo 49**, el artículo **202** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El principio de la legalidad está íntimamente vinculado con la seguridad jurídica por ser ésta, según nos aporta SUAREZ A., la **"...certeza del tratamiento que al hombre le va a dar la justicia. Es la regularidad y posibilidad de la actuación de los poderes públicos y, muy especialmente, de la interpretación y aplicación del Derecho por parte de las Administraciones Públicas y los jueces y tribunales"**²³

Por ello la seguridad jurídica presupone la posibilidad de conocimiento tanto de las normas que integran el ordenamiento jurídico como del procedimiento para la aplicación del mismo. Solo de esta forma pueden los destinatarios de las normas saber cuáles son sus derechos y obligaciones, conocer lo que les es permitido o prohibido y defender adecuadamente sus intereses y derechos.²⁴

"...Solo cuando se tenga seguridad de que los tribunales del poder público van a comportarse de una determinada manera, se facilita a los ciudadanos planificar y organizar su forma de actuar en todos los órdenes de sus vidas. A su vez, la certeza en la aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos da a los ciudadanos seguridad sobre la posible conducta de terceros particulares"²⁵

Por otra parte, la seguridad jurídica, entendiéndola en su función reguladora del principio de la legalidad, es además, un verdadero **"...límite a la función legislativa, pues una regulación legal que produzca inseguridad jurídica insalvable para los destinatarios y aplicadores de la norma puede ser declarada inconstitucional o no aplicarse mediante el mecanismo de control de excepción de constitucionalidad"**²⁶

El principio de la legalidad como concreción de la seguridad jurídica **"...consiste en que el ciudadano debe saber con exactitud y sin que tenga cabida la doble**

²³ SUAREZ Alberto. El Debido Proceso Penal. Pág., 168

²⁴ Ibid . Pág., 168.

²⁵ Ibid Pág., 170

²⁶ ibid . Pág., 170

interpretación o la analogía cuáles modelos de comportamiento son penalmente perseguidos, cuáles consecuencias se señalan para tales conductas, cómo ha de operar el juzgamiento y de qué manera ha de ejecutarse la consecuencia correspondiente”²⁷

Se impone, en base a este principio un carácter absoluto, invariable, rígido y totalmente comprensivo; todo lo cual se sintetiza en la frase *“nullun crimen, nula poena sine lege”²⁸*

FERNÁNDEZ J., apunta que *“La realización jurídico-política de este principio está consagrada en la técnica de la tipicidad.”²⁹*, en razón de lo cual, ése ve amenazado por los denominados tipos penales indeterminados³⁰, o llamados también normas penales en blanco. La amenaza que representan los tipos penales abiertos para la tipicidad como un presupuesto de la legalidad de las penas, es aun mayor que el que representa la analogía, señala WELZEL, puesto que la mayoría de los Códigos del mundo la proscriben.

En estos tipos abiertos, a diferencia de los cerrados, se *“...identifica la conducta no como hecho, sino a través de pautas o criterios de valor que el juez debe revivir en el momento de la subsunción”³¹*; y podrían ubicarse, en parte, en lo que la doctrina denomina leyes penales en blanco, las cuales pueden ser a su vez de *reenvío e indeterminadas*.

Algunos tipos deben considerarse como abiertos por no expresarse el bien jurídicamente tutelado, en razón de que el conocimiento de la ley se extiende no sólo a la conducta, sino al bien jurídico que pretende tutelar el Estado. **“El destinatario de la ley penal debe saber cuál bien jurídico se protege, porque de lo contrario estaría bajo el temor de que se le asalte atribuyéndosele un daño que jamás pensó causar”³²** Conviene citar, a manera de ejemplo, los delitos previstos en la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en los cuales el legislador omitió expresar el bien tutelado (la salud, la economía nacional, el deporte, el orden público, la seguridad del Estado...)

Por otra parte ubicamos a aquellas normas de reenvío, que aun cuando no son suficientes por sí mismas, se remiten a otras normas plenas en su contenido, previamente determinadas, con las cuales se complementan, bien sean penales o extrapenales, sin lugar a equívocos. El tipo se complementa con *“...normas que deben también preexistir a la imputación criminal y que están indicadas con entera concreción y son a su vez precisas y claras.”³³*

Entendemos que el quebrantamiento del principio de la legalidad tendría su razón de ser, más en la indeterminación (ley previa) que en la aplicación de un tipo penal que complementa a aquel en el cual encuadra la conducta.

En consonancia con la doctrina anteriormente citada no queda duda que el artículo **319** del Código Penal prevé normas de carácter indeterminado con expresiones general y ambiguo entre las que se encuentra *“por cualquier medio”*, y una explicación irrazonablemente casuística que no permite comprender que bienes jurídicos tutela, impidiendo al ciudadano entender o conocer con certitud la norma y abstenerse de realizar conductas que puedan ser sancionadas con la pena de seis a doce años, pena que coincide en su límite superior con el límite inferior previsto para el homicidio de primer grado (artículo 405).

Vulnera el artículo **319** del Código Penal los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, necesarios en una sociedad democrática, por lo cual contraría el artículo **22.2 y 22.3** de la Convención Americana, en este orden de ideas debemos traer a colación lo que sobre la proporcionalidad de las penas la Corte Interamericana ha señalado:

²⁷ ibid . Pág., 174.

²⁸ Ibid . Pág., 174

²⁹ FERNÁNDEZ Juan. Concepto y Límites del Derecho Penal. Pág., 110.

³⁰ Ibid . Pág., 110.

³¹ Ibid Pág., 113.

³³ Ibid Pág.,115

“Requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática

132. En cuanto al requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos Humanos manifestó en su Observación general No. 27 que:

14. [...] Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.”(CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO RICARDO CANESE VS. PARAGUAY, SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2004)

Observamos que el aumento desproporcionado y sin justificación de política criminal de las penas constituye una violación flagrante del artículo 22 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Los principios de derecho penal orientan y limitan el poder punitivo del Estado, son desarrollados por nuestra Constitución, y se construyen sobre el principio de legalidad según el **artículo 137**, con lo dispuesto en los artículos **2, 7, y 25**, artículo **139, 44, 49 y 202** de la Constitución. Este grupo de normas constitucionales, regulan los principios de legalidad, reserva legal, tipicidad, los valores superiores, la supremacía de la Constitución, así como los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que rigen la actividad punitiva, por tanto el artículo **319** del Código Penal debe ser declarado inconstitucional por vulnerar el principio de legalidad penal, y de proporcionalidad de las penas.

**13.- DE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 357 DEL CÓDIGO PENAL,
POR SER UNA NORMA IRRACIONAL**

La reforma de este artículo obliga al juzgador a llenar el contenido de la palabra “siniestro” por analogía con otras leyes o costumbres de carácter mercantil, lo cual está prohibido, vulnerando el Principio de legalidad que limita el poder punitivo del Estado, desarrollado por nuestra Constitución, artículo **137** con lo dispuesto en los artículos **2, 7, y 25**, artículo **139, 44, 49 y 202** de la misma norma constitucional.

Los principios de legalidad, reserva legal, tipicidad, los valores superiores, la supremacía de la Constitución, así como los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que rigen la actividad punitiva, al ser confrontados con el artículo **357** del Código Penal obligan a esta Sala Constitucional a declararlo inconstitucional por su antinomia con los derechos consagrados en la Carta Magna.

No enseña al respecto Fernández Carrasquilla, que **“la función de certeza de los tipos penales, quintaesencia democrática del principio de legalidad, se cumple verdaderamente tan solo en la medida que las leyes incriminadoras elaboren tipos determinados o ciertos por medio de un lenguaje sencillo, claro y preciso, describiendo acciones y clasificaciones verificables o comprobales empíricamente.”**³⁴

Sin embargo señala contra esta función “atentan vicios”³⁵ de las legislaciones modernas los cuales enumera así:

- exagerado tecnicismo.
- descuido e improvisación en el uso del lenguaje.
- la descripción de la conducta punible por medio de conceptos demasiado amplios o simples, o su identificación por medio de cláusulas generales o vagas pautas valorativas.
- El abuso, con fines de apertura de los llamados elementos subjetivos y normativos del tipo penal, o el empleo de cláusulas genéricas de reenvío.
- La extrema generalidad.
- La enumeración casuística de múltiples conductas alternativas, con la idea de no dejar nada por fuera.

³⁴ Fernández Juan, “Principios y normas rectoras de Derecho Penal”, p. 136, Grupo Editorial Leyer, Segunda Edición Bogota 1999.

³⁵ Fernández. Ob. Cit. P.p. 137 y 138.

- El abuso de tipos de mera conducta confeccionados al tiempo como peligro abstracto, ya que ellos amplían en forma considerable el marco de la punibilidad.

La enumeración casuística, el abuso de tipos de mera conducta confeccionados al tiempo como peligro abstracto, ya que ellos amplían en forma considerable el marco de la punibilidad, así como descuido e improvisación en el uso del lenguaje, son la expresión de la inconstitucionalidad de este artículo **357** del Código Penal el cual vulnera flagrantemente el principio de legalidad y de reserva legal. Al respecto esta Sala Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Así, en aras de la seguridad jurídica que debe existir en todo Estado de Derecho, le corresponde a la ley definir todas aquellas conductas que pudieran calificarse como delitos y que por tanto, acarrearían penas y sanciones, tal exigencia se encuentra consagrada en la norma prevista en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución vigente cuando dispone que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y en consecuencia,“(...) 6. ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”. (Sala Constitucional, fecha 21/11/2001, ANULA LOS ARTÍCULOS 2, 6, 26 Y 27 DE LA LEY SOBRE RÉGIMEN CAMBIARIO, Exp: 00-1455)

La incapaz descripción de la conducta tipificada como delito debe ser considerada sin lugar a dudas como una vulneración al principio de legalidad, y por tanto debe ser declarada su inconstitucionalidad.

14.- DE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 360 DEL CÓDIGO PENAL, POR SER UNA NORMA IRRACIONAL

En el artículo **360** del Código Penal, se encuentran casi todos los vicios de la legislación moderna antes señalados, vulnerando la seguridad jurídica que exige el derecho penal, una de las más aberrantes violaciones al principio de la legalidad, la encontramos cuando se extrae el dolo y la culpa del plano de las exigencias subjetivas conforman dentro de la teoría del delito la culpabilidad, en ningún caso podría ser considerada como una atenuante de la responsabilidad, esta inclusión de la culpa como atenuante viola el ordinal **6° del artículo 49** de la Constitución.

No deja de sorprender la oscurantismo con la cual se redactaron los artículos cuando encontramos que el artículo anterior 361, hoy artículo **360** las conducta punibles se extienden con exceso a cualquier manejo de fuentes de peligro y con una pena de 3 a 6 años, antes la pena era de 3 a 15 meses y se refería a daños culposos, ahora se colocan de forma dolosa, vulnerando el Principio de legalidad que limita el poder punitivo del Estado, desarrollado por nuestra Constitución, artículo **137** con lo dispuesto en los artículos **2, 7, y 25, artículo 139, 44, 49 y 202** ya suficientemente citados en la presente acción.

Los principios de legalidad, reserva legal, tipicidad, los valores superiores, la supremacía de la Constitución, así como los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que rigen la actividad punitiva, al ser confrontados con el artículo **360** del Código Penal obliga a esta Sala Constitucional a declararlo inconstitucional por su antinomia con los derechos consagrados en la Carta Magna.

15.- DE LA NULIDAD DEL CÓDIGO PENAL, POR SER UNA NORMA IRRACIONAL

- **ERRORES DE REMISIÓN, CONTRADICCIONES ENTRE LAS PENAS PREVISTAS, VIOLACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS E INAPLICABILIDAD DE LOS TIPOS PENALES**

El Código Penal en la reimpresión de fecha 13 de Abril de 2005 comete errores graves que hacen inaplicable la reforma por violación directa del principio de la legalidad previsto y sancionado en el artículo **49-6** entre los que cabe destacar:

1.1.- El numeral 1. del Art. **406**, dispone actualmente lo siguiente:

Art. 406.-En los casos que se enumeran a continuación se aplicarán las siguientes penas:

1°. Quince años a veinte años de prisión a quien cometa el homicidio por medio de veneno o de incendio, sumersión u otro de los delitos previstos en el Título VII de este libro, con alevosía o por motivos fútiles o innobles, o en el curso de la ejecución de los delitos previstos en los artículos 449, 450, 451, 453, 456 y 458 de este Código.

Ese mismo numeral (de manera correcta por demás) estaba redactado antes de la reimpresión de fecha 13/04/04 de la manera que sigue:

Art. 406.-En los casos que se enumeran a continuación se aplicarán las siguientes penas:

1°. Quince años a veinte años de prisión a quien cometa el homicidio por medio de veneno o de incendio, sumersión u otro de los delitos previstos en el Título VII de este libro, con alevosía o por motivos fútiles o innobles, o en el curso de la ejecución de los delitos previstos en los artículos 451, 452, 453, 455, 458 y 460 de este Código.

Como puede fácilmente evidenciarse de la simple lectura de las disposiciones antes transcritas, la reimpresión de la reforma sorpresivamente, incluyó en su numeración a dos artículos (el **449 y el 450**) que deberían haber remitido (para hablar de homicidios calificados) a los que se cometen en el curso de la ejecución de otros delitos, lo cual no se hace porque esos dos artículos (incluidos en la reimpresión, no en la reforma original) NO DESCRIBEN DELITO ALGUNO. Ello derivó en que, lejos de verificar si las referencias que se hacían en dicho numeral eran las correctas, el legislador, por el contrario, se limitó a restarle dos números a cada artículo mencionado en el mismo.

Es tradicional en nuestra cultura jurídico penal que, entre otras razones, el homicidio se califique especialmente cuando se ejecute en el curso de la comisión de los delitos de Hurto Simple, Hurto Mínimo y Hurto de la Cosa Parcialmente Ajena (actual Art. **451** del CP); Hurto Agravado (actual Art. **452** del CP), Hurto Calificado (actual Art. 453 del CP); Robo Propio y Robo Agravado (actuales Arts. **455 y 458** del CP) y Secuestro (actual Art. **460** del CP). La reforma del CP originalmente publicada (Art. **406**, numeral 1.) respetaba esta distinción tradicional sin incurrir en errores de remisión o referencia. Sin embargo, en la reimpresión de la reforma al Código Penal, sin explicación alguna, se incluyó la mención a los Artículos. **449 y 450** que, como se adelantó, no consagran delito alguno en el curso del cual, si se comete un homicidio, pueda hablarse de un homicidio calificado, y por el contrario contienen disposiciones especiales, esencialmente procedimentales, atinentes a los delitos de Difamación e Injurias. Así, los Artículos **449 y 450** del nuevo Código Penal expresan:

Art. 449.-Los delitos previstos en el presente Capítulo no podrán ser enjuiciados sino por acusación de la parte agraviada o de sus representantes legales.

Si ésta muere antes de hacer uso de su acción, o si los delitos se han cometido contra la memoria de una persona muerta, la acusación o querrela puede promoverse por el cónyuge, los ascendientes, los descendientes, los hermanos o hermanas, sobrinos, los afines en línea recta y por los herederos inmediatos.

En el caso de ofensa contra algún Cuerpo Judicial, político o administrativo, o contra representantes de dicho cuerpo, el enjuiciamiento no se hará lugar sino mediante la autorización del cuerpo o de su Jefe jerárquico, si se trata de alguno no constituido en colegio o corporación.

En estos casos, se procederá conforme se ordene en el artículo **225**.

Art. 450.-La acción penal para el enjuiciamiento de los delitos previstos en el presente Capítulo, prescribirá por un año en los casos a que se refiere el artículo 442, y por seis meses en los casos que especifican los artículos 444 y 445.

Cualquier actuación de la víctima en el proceso interrumpirá la prescripción.

Por otro lado, en este mismo numeral, la reimpresión de la reforma del Código Penal EXCLUYE SIN EXPLICACION la calificación especial del homicidio cuando éste se cometa en el curso de los delitos de Hurto Agravado (Art. **452**), Robo Propio (Art. **455**) y Secuestro (Art. **460**).

Lo mas grave es que antes, como habíamos destacado, en la Gaceta Oficial del 16 de Marzo de 2005, la referencia a los delitos en los que, por haberse cometido un homicidio durante su

comisión, calificaban especialmente al dicho homicidio estaban bien hechas, por lo que no se justifica para nada que se haya modificado, en la reimpresión de esa misma reforma, este numeral 1. del Art. **406** del Código Penal.

De esto derivan consecuencias graves para la interpretación de la ley y para su aplicación práctica, y la consecuente violación del artículo **49 ordinal 6º** de la Carta Magna. La primera de ellas es que cuando se cometa un homicidio, en el curso de los delitos de Hurto Agravado (Art. **452**), Robo Propio (Art. **455**) y Secuestro (Art. **460**), el mismo no podrá ser tenido como un homicidio calificado, en los términos que dispone el Art. **406** del Código Penal, dado que aceptar lo contrario implica transgredir el sentido literal posible de la disposición y, más allá de una interpretación extensiva, pero garantista y progresiva de la ley penal, hacer que la ley diga lo que, en efecto, no dice, lo cual es contrario a los más elementales principios de aplicación de la ley penal y al mandato de determinación o de certeza que deriva de la asunción plena en nuestro marco legal del principio de la legalidad.

1.2.- En materia de sucesión de leyes, existe un principio básico (Art. **218** de nuestra Carta Magna y Art. **7** del Código Civil) según el cual las leyes se derogan por otras leyes que se promulguen con posterioridad y que versen sobre los mismos supuestos de hecho regulados por leyes previas (lo cual ocurre en los casos de las denominadas leyes penales creadoras, abolitivas o modificativas). La derogatoria de otras leyes no necesariamente tiene que ser expresa, sino que además puede ser tácita.

En el nuevo Código Penal no sólo se volvieron a promulgar como delitos a algunos que habían sido derogados expresa o tácitamente por otras leyes previas, o que habían sido declarados nulos por inconstitucionales, sino que se publicaron de nuevo y de manera irregular hasta títulos completos que habían sido derogados previamente (de manera tácita o expresa) en razón de la promulgación de nuevas leyes que regulaban los mismos supuestos de hecho y atribuían a la demostración de éstos consecuencias jurídicas precisas.

Ello ocurre, por ejemplo, con el denominado Infanticidio por Causa de Honor (Art. **411** del nuevo Código Penal, que había sido derogado expresamente por el Art. **684** de la Ley Orgánica Para la protección del Niño y el Adolescente); el Uxoricidio (homicidio de la esposa a cargo de su marido) por Causa de Honor y las Lesiones a la Esposa por Sorpresa en Adulterio (Art. **421 del nuevo Código Penal, que habían sido declarados nulos por inconstitucionales en 1.980**).

Se volvió a promulgar intacto el último aparte del actual Art. **393** del nuevo Código Penal (que igualmente había sido declarado nulo por inconstitucional); o el Abandono de Infantes por Causa de Honor (**Art. 437 del nuevo Código Penal, derogado igualmente por el Art. 684 de la LOPNA**).

Volvemos a tener promulgado, por ejemplo, contra lo que dispone la Ley Contra la Corrupción, todo un Título (el III, del Libro Segundo, del nuevo Código Penal) que establece, de nuevo (como si ya no hubieren sido privados de toda vigencia por la antigua Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, actual Ley Contra la Corrupción) a una serie de delitos "Contra la Cosa Pública" que ya estaban derogados. El numeral 5., por ejemplo, del actual Art. **464 del CP había sido derogado expresamente desde 1.982 por la entonces vigente Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público[1]**. Lo mismo ocurre con los actuales Arts. **194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 232 y 235** del Código Penal, que no debieron haberse incluido en el nuevo Código Penal pues ya habían sido privados de toda vigencia por la antigua Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Ello por no hablar de los delitos que, ahora "repromulgados", entran en conflicto con lo dispuesto en otras leyes especiales como la Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera, la Ley Especial Contra el Robo y Hurto de Vehículos Automotores, la Ley Penal del Ambiente, la Ley Sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones, o la misma Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, entre otras.

1-3.- El numeral 1. del Artículo **374** del Código Penal reformado se mantuvo el error de indicar para uno de los supuestos de la llamada "Violación Presunta" el límite de edad en 13 años, y no se respetaron los límites de edad consagrados dentro de la LOPNA para la diferenciación entre infantes y adolescentes (Arts. 2º y 533 de la LOPNA) de lo que pueden derivar conflictos entre ésta norma y las contenidas en los Arts. **259 y 260** de la LOPNA.

1.4.- El Artículo **375** sigue consagrando “agravantes” específicas que no son tales porque tienen penas similares o menores que las del delito en su modalidad simple o no agravada. De esta manera se mantiene el que, en algunos casos, la modificación de las penas de algunos delitos en concreto (como las que se refieren al tipo de violación –Art. **374** del Código Penal reformado-), sumada a la falta de análisis orgánico de los capítulos completos en los que están contenidas estas disposiciones, hace incongruentes e inaplicables las agravantes específicas que estaban contempladas en los artículos posteriores a los reformados, de manera que, sorpresivamente, las modalidades agravadas de un delito suponen penas que, en su término medio, son inferiores o similares a las que se atribuyen a las modalidades no agravadas de ese mismo delito.

También sucede, y se mantiene indebidamente en la “reimpresión” del Código Penal, que en algunos casos las penas atribuibles a las variables calificadas o agravadas de ciertos delitos son, por propia definición del Código Penal reformado, y desde el punto de vista teórico, menos onerosas que las que se atribuyen a los tipos bases (menos graves) de tales delitos. Ello sucede, por ejemplo, en los casos de los homicidios calificados (Art. **406** del Código reformado) que establece para quien los cometa la pena de prisión, mientras que se mantiene, sorpresivamente, para el delito de homicidio simple previsto en el Art. **405** de la reforma del Código Penal (menos gravoso desde el punto de vista de la legislación penal) la pena de presidio, pena ésta, de acuerdo a lo pautado en los Artículos **8 al 16** del Código Penal reformado, mucho más grave y onerosa que la pena (de prisión) que se atribuye a las formas agravadas y calificadas del mismo delito.

1.5.- El Artículo **420**, en su numeral 3, aunque cambió el número de artículo al que se hacía referencia indebida en la promulgación del 16/03/05 (antes, el 401) mantiene y reitera la referencia errada a un artículo distinto al que debe referirse (ahora remite al Art. **399, en vez de al Art. 417, como debió haberlo hecho**). Es decir, no sólo se equivoca el legislador en la remisión, sino que se equivoca por partida doble al haber tomado en cuenta, para la corrección de la “reimpresión” a la referencia errada previa a un artículo que se arrastra desde el Código Penal de 1.926.

1.6.- El Art. **470** omite la “o” disyuntiva entre las palabras “nacional” y “extranjera” de manera que se sigue hablando de una moneda “nacional extranjera”.

1.7.- El numeral **3. del Art. 473 se remite indebidamente al Art. 349**, cuando debió referirse al **350**. Lo mismo ocurre en el **Art. 353**, en su último aparte, en el que se hace indebida remisión al **Art. 465 cuando debió haberse remitido al Art. 464**. No se corrigieron, en estos casos, las referencias erradas que supuestamente debían ser corregidas según la orden de reimpresión de la Asamblea Nacional de fecha 12 de Abril de 2005.

1.8.- Merced la falta de preparación y de análisis que privó en esta reforma parcial, tanto la reforma del 16/03/05 como la reimpresión de la misma dan cuenta de la escasa voluntad del legislador de, verdaderamente, actualizar nuestro Código Penal y hacerlo más eficiente y respetuoso de los Derechos Humanos. Además de los graves defectos antes apuntados, el nuevo Código Penal está lleno de anacronismos. Entre otros:

i) Desde el Código Penal de 1.863 (pasando por los Códigos Penales de 1.873, 1.897, 1.904, 1.912, 1.915, 1.926, 1.964 y 2.000) tenemos en nuestra legislación penal disposiciones penales sobre el adulterio (actuales **Arts. 394** y siguientes) que son evidentemente discriminatorias contra la mujer.

ii) También seguimos aferrados a disposiciones hoy día absolutamente carentes de todo sentido, como las referidas a la Seducción Calificada (**Art. 378**, Segundo Párrafo, de la reforma) también conocida como “seducción bajo promesa matrimonial” que, además de ser manifiestamente desactualizada y contraria a nuestras realidades actuales, mantiene el límite de la mayoría de edad en 21 años y requiere que se demuestre que la mujer contra la que se comete este delito sea “conocidamente honesta”;

iii) Se mantiene la referencia a la pérdida del ya desfasado “poder marital” cuando el culpable de los delitos de corrupción e inducción a la prostitución (**Arts. 387** y siguientes de la reforma) sea el marido (**Art. 389**, último aparte, de la reforma).

iv) Se sigue requiriendo la demostración de la “honestidad” de la mujer víctima de los delitos de seducción, violación o rapto para el caso de que no se produzca el matrimonio con su

victimario éste tenga, en consecuencia, y por vía de indemnización, que brindarle una dote (Art. **393** de la reforma)

v) Se mantienen igualmente las atenuantes de las penas que merecen el homicidio y las lesiones causadas en "duelo regular" (Art. **422**, Primer Párrafo, de la reforma).

16.-DE LA NULIDAD DE LOS PARÁGRAFOS ÚNICOS DE LOS ARTÍCULOS 128,140, 357,360, 374,375. 406, 407, 456, 458, 469 Y EL PARÁGRAFO CUARTO DEL ARTÍCULO 460 por VIOLAR PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Según el contenido de los llamados "**parágrafos únicos**" de los artículos **128,140, 357,360, 374,375. 406, 407, 456, 458, 469** y el párrafo cuarto del artículo **460** "quienes resultes implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar (sic) de los beneficios procesales (sic) de ley ni a la aplicación de medidas alternativas (sic) al cumplimiento de la pena", lo que viola de forma directa el contenido de los artículos **2, 26, 21,27, 44-1, 44-3, 46-1, 49-2, 203 y 272** todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En primer lugar, debemos mencionar que el contenido de los llamados parágrafos únicos, contempla la regulación de materia de índole adjetivo o procesal, es decir nada tiene que ver una reforma parcial de una norma sustantiva con la inclusión de normas adjetivas, que además coliden con lo dispuesto en leyes con el carácter de orgánicas y que además regulan una materia especial como es el caso del Código Orgánico Procesal Penal. Es así que las previsiones sobre la libertad de un sujeto durante la celebración del proceso penal en cualquiera de sus fases corresponde en exclusiva a la legislación procesal penal, pues es en ésta en donde se desarrollan los principios y requisitos exigidos para que procedan las correspondientes medidas de privación de libertad.

De una manera asombrosa pretende esta nueva legislación contradecir los principios previstos en los artículos: **1, 2, 8, 9, 12, 243, 244, 245, 246, 247, 250, 251, 252. 253, 256** del Código Orgánico Procesal Penal que afirman que la libertad es la regla por excelencia en el proceso penal, aunado al hecho que la privación de la libertad debe efectuarse de forma restrictiva sólo cuando concurra las circunstancias del peligro de fuga y el peligro de obstaculización, que se constituirían en las excepciones que por mandato constitucional permitirían que hubiese una privación de la libertad. Además hay una clara violación de la presunción de inocencia y de las limitaciones que el Código Orgánico Procesal Penal impone para casos como los mayores de sesenta años, los enfermos graves o en fase Terminal, las mujeres en estado de gravidez o período de lactancia, entre otras de las limitaciones que se dirigen hacia la protección del derecho a ser juzgado en libertad, desarrollado no sólo en los artículos **44 y 49** de la Constitución Nacional sino también en los artículos **7, 8 y 9** del Pacto de San José de Costa Rica.

La inconstitucionalidad de este párrafo en lo relativo a la pretensión de reforma de una norma de rango orgánico es visible sin mayor esfuerzo. El Código Orgánico Procesal Penal es una norma que tiene carácter de orgánica según lo explica el artículo **203** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aunado al hecho que contempla y desarrolla una materia especialísima como lo es el proceso penal en todas y cada una de sus fases; por el contrario el código penal no tiene el carácter de norma orgánica, con lo cual según la doble clasificación de la Constitución patria, tendría que ser catalogado como una norma ordinaria que no podría, bajo ningún concepto ser aplicada de forma preferente a una de rango orgánico. Así los parágrafos únicos son inconstitucionales por esta primera razón.

En segundo lugar, se viola el principio del debido proceso fijado de igual forma en la norma adjetiva, que implica el reconocimiento de la presunción de inocencia en el caso de los imputados y acusados, así como el principio de la progresividad en el cumplimiento de las penas para los condenados, que específicamente se contiene en el artículo **272** de la Carta Magna, sobre el que volveremos más adelante.

Pero más allá de la violación de estos dos principios hay una coyuntura legislativa incoherente dado el hecho de que no se entiende la terminología utilizada por los ilustres legisladores:

1.- ¿quiénes se consideran implicados? El Código Orgánico Procesal Penal solo refiere las expresiones investigado, imputado, acusado y condenado, con lo cual la expresión

implicados se constituye en un concepto jurídico indeterminado que no tiene sustento legislativo alguno.

2.-¿qué significa el goce de beneficios procesales de ley? Esta no es tampoco una expresión legislativa toda vez que no hay ninguna fórmula en la ley procesal que haga referencia alguna a beneficios procesales; la norma adjetiva refiere sólo a medidas cautelares, sustitutivas a la privación de libertad, o privativas de libertad. La expresión del legislador es una expresión del lenguaje “vulgar”, utilizada por lo general por los reclusos, que no tiene traducción en norma alguna, con lo cual se viola el principio de la legalidad procesal penal, pues no existe ningún “beneficio procesal” con lo cual es inaplicable la norma, ya que no está permitida la analogía en materia penal. Así mismo aquellas medidas que se coloquen sustitutivamente a la privación de libertad no constituyen ningún beneficio, sino que son derechos constitucionales y legales que le permiten a todo sujeto ser juzgado en libertad en tanto no concurren las excepciones que hagan posible su privación de libertad.

3.-¿Qué significa la aplicación de medidas alternativas al cumplimiento de pena? En esta oportunidad tampoco el legislador acertó con su expresión ya que tampoco el Código Orgánico Procesal Penal refiere a estas medidas, es decir no existen en la legislación y por ende son inaplicables. En la norma adjetiva y con relación a los condenados el artículo **479**, así como en el **493** y siguientes se indica la posibilidad de otorgar fórmulas alternativas al cumplimiento de condenas entendiendo por éstas la libertad anticipada del condenado antes del cumplimiento total de su condena, sobre la base del mundialmente reconocido principio de la progresividad, según el cual todo condenado irá asumiendo formas de salida transitoria, fuera del establecimiento carcelario, antes de que se cumpla la totalidad de la pena, ello a los fines de su acercamiento paulatino al mundo colectivo. Así en la norma especial por la materia se establecen las condiciones para que un condenado pueda aspirar a fórmulas como el destacamento de trabajo, el régimen abierto, la libertad condicional y el confinamiento según corresponda, de allí que no puede una norma sustantiva derogar estas normas pues se contrarían los principios constitucionales mencionados.

De una manera injustificable la redacción de los párrafos únicos se torna confusa y por ende inaplicable, además de las violaciones constitucionales mencionadas.

En tercer lugar se comete una violación palpable del derecho a la libertad, toda vez que según las aspiraciones del legislador ninguna persona juzgada por los delitos de traición a la patria, conspiración, colocación de obstáculos en la vía pública, daños a puertos, violación, violación agravada, homicidio calificado, homicidio agravado, robo impropio, robo agravado, y secuestro, podrá permanecer en libertad durante el proceso, aún y cuando la Constitución, así como el Código Orgánico Procesal Penal afirman la libertad como una regla; aquí se subvierte el orden constitucional toda vez que la excepción pasa a ser la regla en materia sustantiva sólo para un determinado grupo de tipos penales, pero para otros como por ejemplo el Homicidio Intencional, simple o de primer grado (artículo 405) no hay limitación alguna, con lo cual inclusive observamos que para los legisladores es más grave ocasionar un daño a una empresa del Estado que quitarle la vida a un habitante de esta República.

En cuarto lugar hay una violación clara al principio de la igualdad, pues conforme a la constitución nacional todos somos iguales ante la ley, con lo cual se pretende con estos párrafos generar discriminaciones basándose en los tipos de delito que se cometen. Ninguna discriminación es constitucional, por grave que se considere un delito, todos deben ser tratados conforme a las mismas previsiones, éstas además contempladas en la constitución. El Código Penal está creando categorías de sujetos distintos en el proceso según la acción penal cometida, por lo que desproporcionadamente unos bienes jurídicos pasan a considerarse más valiosos que otros por concepción del Estado y no por aspectos propios de la doctrina, así tenemos un derecho penal de acto, pues se imponen circunstancias agravantes y restrictivas de la libertad en contra de un sujeto por el hecho cometido, sin tomar en cuenta las demás circunstancias que puedan rodear al hecho punible y a su autor.

En quinto lugar violación directa al principio de la progresividad contemplado en el artículo **472** de la Carta fundamental toda vez que allí se establece que “...**En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria**” Así esta pretendida prohibición de impedir que un sujeto pueda salir anticipadamente en libertad es una afirmación de la preferencia de medidas reclusorias, colocando al condenado en absoluta privación de libertad,

sin estímulo alguno para realizar ninguna actividad que le permita ser reconocido como un sujeto que aspira reinserción social o rehabilitación.

En sexto lugar hay una violación directa del artículo **29** de la Constitución Nacional, ya que éste limita la posibilidad de generar medidas dentro del proceso que favorezcan la libertad en los casos específicos de violaciones de derecho humanos y los delitos de lesa humanidad, así ninguno de los tipos penales determinados con la existencia de los párrafos únicos son de los que menciona la disposición Constitucional, con lo cual el legislador creó limitaciones más allá de la propia norma suprema y por ende son inconstitucionales.

Por todos los razonamientos expuestos se solicitamos sea declarada la inconstitucionalidad de los párrafos únicos de los artículos **128,140, 357,360, 374,375. 406, 407, 456, 458, 469** y el **parágrafo cuarto del artículo 460.**

18.- DE LA NULIDAD DE LOS ARTÍCULOS 442 y 444
DEL CÓDIGO PENAL,
POR SER UNA NORMA IRRACIONAL

Los anteriores artículos 444, y 446 sufrieron modificaciones en cuanto a la pena, pero no en relación a su descripción de conductas típicas.

Ahora la difamación es el artículo **442** y prevé una pena de 1 a 3 años de prisión y una multa muy alta de hasta 1000 unidades tributarias. Antes la pena era de 3 a 18 meses.

En el caso de la injuria la pena prevista en el artículo **444** actual es de 6 meses a 1 año, y multa de hasta 100 unidades tributarias, que luce desproporcionada con relación a la de la difamación. Antes la pena era de arresto de 3 a 8 días.

Lo realmente grave de ambos artículos, **442 y 444** actuales, es la inclusión de un párrafo primero en el cual se destaca que cuando la difamación o la injuria son agravadas, es decir se han cometido mediante escritos, panfletos o dibujos, bastará como prueba del hecho y de la autoría la consignación del ejemplar impreso en donde consta la especie difamatoria. Esto atenta de forma flagrante contra el debido proceso que ha determinado el Código Orgánico Procesal Penal en cuanto a las posibilidades de libertad probatoria, ya que sujeta la prueba a la única especie que es la consignación del impreso.

Además viola la presunción de inocencia prevista en el artículo **49.3** de la Constitución Nacional, pues es inadmisibles que se considere que con la simple entrega de un impreso pueda comprobarse la autoría y por ende la culpabilidad de ningún sujeto.

FALTA SOLO UNAS CONSIDERACIONES DE JAVIER IRANZO que es especialista en pruebas

19.- DE LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 471-A
DEL CÓDIGO PENAL,
POR SER UNA NORMA IRRACIONAL

La inclusión del artículo 471-A al igual que la crítica que hiciéramos con relación al artículo 296-A viola las técnicas legislativas básicas y se torna incongruente en relación a la alteración grave que ocasionó el legislador con la alteración de la numeración por razones de desorden legislativo, con los problemas de remisiones y concordancias que ya hemos destacado violatorios del principio de la constitucionalidad.

Ahora bien, sí era necesario contemplar la conducta típica de invasión a inmuebles urbanos, debido a las muestras actuales de violación al derecho a la propiedad de forma flagrante cometidos con una perpetración frecuente, pero deviene en inconstitucional cuando en el último párrafo cuando desconfigura la figura típica y hace lícito, por atípico y no punible, el hecho de la invasión al condicionarlo a la cesación del acto prohibido, toda vez que: **“ las penas señaladas en los incisos (sic) precedentes se rebajarán hasta en las dos terceras partes, cuando antes de pronunciarse sentencia de primera o única instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de terrenos y edificaciones que hubiesen sido invadidos. Será eximente de responsabilidad penal además de haber desalojado el inmueble que el invasor o invasores comprueben haber indemnizado los daños causados a entera satisfacción del a víctima”**

La primera observación es la referencia al pronunciamiento de la sentencia en única instancia con lo cual el artículo viola el principio constitucional de la doble instancia que se constituye en una garantía jurídica del enjuiciado.

Además es imposible pensar que pueda existir una rebaja de la pena, y menos aún una eximente de responsabilidad por la cesación de la invasión, pues sería como admitir que se perdona el delito cuando ya no se está cometiendo, es decir como una especie de regresión a que no sucede nada si el irregular sale del inmueble, cuando precisamente el delito de invasión se caracteriza por ser un delito permanente, que se configura con el hecho de permanencia en el lugar que no le pertenece al sujeto activo.

De esta manera la norma favorece a la invasión en la medida que si el sujeto permanece dentro del inmueble será sancionado penalmente, pero podrá permanecer dentro del inmueble, pero sí sale, como es su obligación y es lo que persigue el castigo, precisamente que desaloje el inmueble indebidamente poseído, se le elimina la posibilidad de condena; en un ejemplo gráfico sería lo mismo que pensar que el cancelar la clínica del lesionado en una agresión ilegítima con arma blanca elimina el delito de lesiones. Esto viola el principio de la legalidad, el debido proceso, la congruencia de la ley, de la seguridad jurídica, de la tutela judicial efectiva e inclusive el principio de persecución de los delitos de acción pública en cabeza del Ministerio Público toda vez que además pretende dejar eximido de pena al invasor por la vía del resarcimiento en la norma sustantiva, sin proceso, cuando el proceso penal impone los acuerdos reparatorios sólo bajo el cumplimiento de unos determinados parámetros adjetivos.

Por violación del artículo 2, 26, 49-1, 49-6, 202, 203 y 208 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se solicita sea declarado nulo el contenido del artículo 471-A en su último párrafo.

IV

AMPARO CONSTITUCIONAL CAUTELAR

A tenor del artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, **«la acción de amparo puede...ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos...»**. La norma legal invocada agrega que en estos casos el Tribunal Supremo de Justicia **«... podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad»**. Con base en esa previsión normativa, solicitamos muy respetuosamente que se suspendan por razones de inconstitucionalidad el contenido, aplicación y efectos de los artículos **108, 110, 112, 128, 140, 147, 148, 215, 283, 284, 285, 296-A, 319, 357, 360, 374, 375, 406, 407, 442, 444, 450, 451, 453, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 470, 471, 471-A** del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768 extraordinaria, de fecha 13 de abril de 2005. Los fundamentos del amparo contra norma que proponemos se deben a las circunstancias siguientes:

1. *Fumus bonis iuris*: Los derechos y garantías violados que fundamentan la petición son la violación de los artículos **1, 2, 3, 19, 20, 21, 22, 25, 26, 29, 44, 49, 56, 57, 58, 137, 138, 139, 152, 202, 203, 218, 257 y 272** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

2. **Periculum in mora**: Con base en el criterio sentado por la Sala Político- Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia el 20 de marzo de 2.000 (caso "Marvin Enrique Sierra Velasco"), afirmamos que este requisito también se encuentra satisfecho en el caso de autos. En el fallo que invocamos, ese alto tribunal afirmó que en el amparo **«... debe analizarse en primer término, el fumus boni iuris...y en segundo lugar, el periculum in mora elemento éste determinable por la sola verificación del requisito anterior, pues la circunstancia de que exista una presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional, el cual por su naturaleza debe ser restituido en forma inmediata, conduce a la convicción de que debe preservarse ipso facto la actualidad de ese derecho, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable...»**.

En consecuencia, en atención a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, solicitamos que esta Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia, declare con lugar

el amparo constitucional solicitado y en consecuencia, suspenda los efectos de los artículos **108, 110, 112, 128, 140, 147, 148, 215, 283, 284, 285, 296-A, 319, 357, 360, 374, 375, 406, 407, 442, 444, 450, 451, 453, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 470, 471, 471-A** del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768 extraordinaria, de fecha 13 de abril de 2005, hasta tanto se decida el recurso de nulidad interpuesto contra los referidos instrumentos legales.

PETITORIO

En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, solicitamos a esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que declare **CON LUGAR:**

- i) El recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad de los artículos **108, 110, 112, 128, 140, 147, 148, 215, 283, 284, 285, 296-A, 319, 357, 360, 374, 375, 406, 407, 442, 444, 450, 451, 453, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 470, 471, 471-A** del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768 extraordinaria, de fecha 13 de abril de 2005.
- ii) La acción de amparo constitucional interpuesta y, en consecuencia, ordene: a) suspender los efectos de los artículos **108, 110, 112, 128, 140, 147, 148, 215, 283, 284, 285, 296-A, 319, 357, 360, 374, 375, 406, 407, 442, 444, 450, 451, 453, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 470, 471, 471-A** del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768 extraordinaria, de fecha 13 de abril de 2005.

De igual forma solicitamos, de conformidad con lo establecido en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 21 aparte 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por la urgencia del caso, proceda a sentenciar sin más trámites en el presente juicio.

De conformidad con lo establecido en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, señalamos como dirección a los efectos de la notificación la siguiente: Centro Comercial Mata de Coco, piso 8, Urbanización Campo Alegre, Municipio Chacao, Estado Miranda. Correo electrónico foropenalvenezolano@cantv.net.

En Caracas, a la fecha de su presentación.