

Penalización reactiva

Debilidades de la democracia en la lucha contra la criminalidad

El presente informe surge de un análisis de la última reforma parcial del código penal venezolano, luego de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 5.763 Extraordinario del 16 de marzo de 2005, y los efectos de la labor legislativa en atención a las necesidades fundamentales de seguridad y justicia que demanda la sociedad venezolana.

*“Una estructura política deficiente
no puede ser jamás compensada por el derecho penal”*

I. Introducción

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

Es así, como en un Estado de derecho, la labor de los grupos criminales se ve resguardada por las garantías que les brinda el propio sistema jurídico, el cual se ve limitado en la lucha contra la criminalidad, al permitirle a los antisociales contar con:

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

Según el modelo democrático, son principios del Estado de derecho la tolerancia, la pluralidad política, el apego a la legalidad, pero, sobre todo, una alta valoración de la dignidad humana.

Ello puede llevarse a cabo en el marco de una política criminal coherente y libre de pasiones, basada en la sensatez, la cual se pone de manifiesto en el análisis especializado del fenómeno criminal por parte del encargado de legislar. En desarrollo de esta labor, los derechos

¹ NAUCKE, Wolfgang: “Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zu neuen Strafrechtsgeschichte“, Baden-Baden: Nomos, 2000

constitucionalmente garantizados servirán de marco en el esperado amplio campo de acción del legislador?²

Pese a ello, la cooperación esperada entre el Legislativo y los órganos gubernamentales puede desviarse de sus principios al servir como vía para *ejecutivizar* las instrucciones de Gobierno, al darles forma de ley a las instrucciones del Ejecutivo. De esta manera, pretende otorgárseles el apelativo de *decisiones eficientes contra la criminalidad* sin que dejen de ser una mera respuesta reactiva ante situaciones de marcada conmoción social.

Por tanto, el constante cambio de los cánones sociales que sirven para penalizar conductas en Venezuela nos lleva a afirmar que la legislación penal venezolana se encuentra en una fase de marcado reaccionarismo.³

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

II . La legítima violencia estatal

Con el monopolio del instrumental punitivo, el Estado dispone de un conjunto de herramientas especializadas, las cuales han de ser concebidas para el logro y el mantenimiento de la paz interna. Con dicho instrumental, éste se hace de una amplia fuente de poder y violencia física.

Weber acertaba al afirmar que la conformación, la validez y el mantenimiento de las decisiones estatales son de cierta forma garantizadas por *“la amenaza continua y la utilización de la coerción física”*.⁴ Con todo ello, si bien la violencia punitiva se caracteriza por ser un acto de poder, al ser esta potestad concedida al Estado, dicho poder se legitima con la expectativa de seguridad que genera en la población la aplicación de la norma penal, expectativa que espera ser satisfecha en concordancia con el respeto a los derechos fundamentales de la ciudadanía.

La estructura normativa que fundamenta la persecución penal ha de provenir de la discusión en el seno del Legislativo, por lo que ciertamente debe contar con una gran influencia política. Es de

² La función rectora de los derechos fundamentales y la Constitución ante el desarrollo de la política criminal se encuentra ampliamente detallada en LAGODNY, Otto: *“Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte”*, Tubinga: J.C.B. Mohr, 1996

³ BRICEÑO, Gerardo: *“Reaccionarismo penal frente al ¿terrorismo? La crisis de los derechos fundamentales ante las reformas penales coyunturales”*. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006

⁴ WEBER, Max: *“Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie”* Tubinga: J.C.B. Mohr, 1972

esperar que esta influencia sea el resultado de un consenso entre los grupos políticos encargados de legislar, de donde habría de proponerse un instrumento de amplio espectro, con marcado respeto a la pluralidad de opiniones representadas en el Parlamento. Un ordenamiento jurídico penal parcializado podría devenir en un mecanismo ideal de encubrimiento y ocultamiento de responsabilidades en el sentido deseado.⁵

Por todo ello, si bien la ley se encuentra en el centro de toda estructura programática del Estado de derecho, y es ella la que gobierna y no el hombre, la *ley penal* requiere una particular consideración, así como un apego estricto a la reglamentación para la promulgación de las normas legales, en virtud de su inmenso potencial de control social, siendo ésta una muestra de la fragilidad manifiesta del Estado de Derecho en la cesión de labor de crear normas punitivas al legislador. Al respecto señala *Naucke*, que los fundamentos del derecho penal no han de considerarse apolíticos, sino ciertamente libres del elemento político, razón por la cual dejan de ser *democratizables* en la labor legislativa que les sirve de fuente.⁶

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

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

III. El debilitamiento de la legitimidad. El ejemplo de la reforma penal en Venezuela

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

En este sentido, los daños que ciertos actos criminales ocasionarían sobre un Estado podrían considerarse menores, en comparación con el peligro que para el mantenimiento del Estado de derecho significaría una respuesta desmedida ante dichos actos, con lo cual quedaría en entredicho la legitimidad de la violencia estatal, al permitirse en democracia una respuesta *in extremis* de parte del Ejecutivo (con la previa autorización legislativa), lo cual atenta contra las bases del sistema democrático.

⁵ ALBRECHT, Peter-Alexis: “*Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik*”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (ed): „*Von unmöglichen Zustand des Strafrechts*“ Fráncfort del Meno: Peter Lang, 1995

⁶ *Naucke*: ob. cit., p. 429

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

Queda de nuestra parte, la de los ciudadanos comunes, consolidarnos ante dicha amenaza al Estado de Derecho, a fin de reducir nuestra vulnerabilidad. Pero, ¿somos capaces de lograr esto por nosotros mismos?

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

La clave es la *proporcionalidad* en la respuesta. Antes de proponer las medidas para combatir la criminalidad y responder en un estado de conmoción puntual, ha de analizarse y establecerse la prioridad de reforma en atención a debilidades del Sistema de Administración de Justicia, y ofrecer medidas que sean acordes con las necesidades particulares de la sociedad en la cual regirán.

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

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

En Estados emergentes, el recurso al derecho penal sirve como una útil herramienta para ocultar las reales carencias del Estado. En ejercicio de la más evidente demagogia punitiva, se ejecutan planes de emergencia, los cuales conllevan la creación de tribunales con competencia especial en ciertas materias, con lo que se pretende brindar protección y seguridad a la población a expensas del desdén de los derechos y garantías fundamentales.

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

IV. Improvisación legislativa – Algunos detalles de la reforma parcial del 2005

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

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

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

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

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

Algunas características de la reforma parcial, serían las siguientes:

a) Incremento excesivo de las ofensas al honor:

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 del 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."

b) Imprecisión en la determinación del alcance de los tipos penales:

Artículo 215

El que amenaza un funcionario público o a uno de sus parientes cercanos con el fin de intimidarlo para hacer o dejar de hacer algo propio de sus funciones, será castigado con prisión de uno a tres años. Si el hecho se ejecutare con violencia la pena será de dos a cuatro años. Cuando los hechos descritos en el aparte anterior fuesen ejecutados en perjuicio de un alto funcionario de los previstos en el numeral 3 del Artículo 266 de la Constitución, la pena será de dos a cinco años. Si la amenaza o acto de violencia se realizare en el domicilio o residencia del funcionario público, las penas se incrementarán en una tercera parte. Si el autor del delito fuere un funcionario público, la pena correspondiente se incrementará en dos terceras partes."

Artículo 283

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

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

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

Artículo 285

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

c) Ataque a la libertad de prensa e información

Artículo 297-A.

Todo individuo que por medio de informaciones falsas difundidas por cualquier medio impreso, radial, televisivo, telefónico, correos electrónicos o escritos panfletarios, cause pánico en la colectividad o la mantenga en zozobra será castigado con prisión de dos a cinco años. Si los hechos descritos en el aparte anterior fueren cometidos por un funcionario público, valiéndose del anonimato o usando para tal fin el nombre ajeno, la pena se incrementará en una tercera parte. Este Artículo será aplicado sin perjuicio a lo establecido en la legislación especial sobre los delitos informáticos, telecomunicaciones, impresos y transmisión de mensajes de datos.

d) Menoscabo de los derechos fundamentales y libertades políticas

Artículo 357

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

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

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

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

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

V. Fiscales y jueces: garantes del Estado de derecho

Establece la Constitución y desarrolla la Ley Orgánica del Ministerio Público el deber y atribución del fiscal general de la República de velar por la observancia de la Constitución, de las leyes y de las libertades fundamentales en todo el territorio nacional.

Por ello extraña la tardía reacción del garante de la constitucionalidad y del Estado de derecho ante los errores de la reforma penal llevada a cabo por la Asamblea Nacional.

El comunicado del Ministerio Público dado a conocer posterior a dicha reforma, era firme al indicar que la Asamblea Nacional había sido impactada por una “cultura de la emergencia”. Sin embargo, la solicitud de la nulidad por inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, máxima autoridad jurisdiccional encargada del control de la constitucionalidad, no ocurrió sino hasta tres meses después.

Por su parte, el ente judicial es llamado a ponderar el poder que le otorga el Legislativo al Ejecutivo, en el marco de referencias que comporta el texto constitucional. Este control de la constitucionalidad obliga que los jueces dejen de actuar como “neutrales políticos”⁷ en materia de política criminal, al fundamentar sus decisiones en estricta atención a los principios establecidos en la Constitución y las Leyes.

⁷ ALBRECHT, Peter-Alexis: “Die Bedrohung der Dritte Gewalt ”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (ed): „Irrwege der Strafgesetzgebung“ Fráncfort del Meno: Peter Lang, 1999

Notas finales

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

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

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

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

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