Nº 10

Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica

Tabla de contenido

Estado de derecho

La pretendida Abolición de la Constitución por la parcialización política de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia
Carlos Luis Carrillo Artiles *792-798*

De la sanción de aislamiento en el ámbito penitenciario
Jhenny Rivas Alberti *799-827*

Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Tercera parte). El uso de la fuerza policial
Alexander Espinoza Rausseo *828-891*

El Estado social y su utilización para la desconstitucionalización del Estado venezolano. (El permanente golpe de Estado de la Sala Constitucional)
Rubén A. Guía Chirino *892-912*

Legislación

Acceso a la Justicia Universal. Exposición de motivos. El Código de Derecho penal Internacional ("CODEPI") Base de la memoria jurídica, la reconciliación y la paz en Venezuela
Fernando M. Fernández *913-952*

Anteproyecto de Código de Derecho Penal Internaciona
Fernando M. Fernández *953-1006*

ABRIL
2017

Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica

Abril 2017

Depósito Legal pp CA2017000003
ISSN: En trámite

Edición:

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela
Dirección General de Investigación y Desarrollo Legislativo
Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica
División de Estudios y Representación

Instituto de Estudios Constitucionales

Prof. Emerson Affonso da Costa Moura
Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF
Governador Valadares, MG, Brasil.

Consejo Editorial

Alan E. Vargas Lima
Universidad Privada Franz Tamayo (Bolivia)

Alberto Blanco-Uribe Quintero
Universidad Central de Venezuela

Alejandro Gallotti
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

Alexander Espinoza Rausseo
Universidad Central de Venezuela

Anabella Abadi M.
Universidad Católica Andrés Bello

Antonio Silva Aranguren
Universidad Central de Venezuela

Armando Luis Blanco Guzmán
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

Carlos García Soto
Universidad Central de Venezuela

Carlos Luis Carrillo Artiles
Universidad Central de Venezuela

César Pérez Guevara
Universidad Central de Venezuela

Emerson Affonso da Costa Moura
Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

Felipe Dalenogare Alves
Faculdade Antonio Meneghetti (Brasil)

Fernando M. Fernández
Universidad Central de Venezuela

Francisco Palacios Romeo
Universidad de Zaragoza, España

Jhenny Rivas Alberti
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

Jorge Kiriakidis
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

José Alberto Lejed Cona
Universidad Central de Venezuela

José Ignacio Hernández G.
Universidad Central de Venezuela

Juan Carlos Rey
Universidad Central de Venezuela

Mauricio R. Pernía-Reyes
Universidad Católica del Táchira, Venezuela

Roberto Hung Cavalieri
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

Rubén A. Guía Chirino
Universidad Santa María, Venezuela

Presentación

Nos complace presentar la *Décima Edición de la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*. Nuestro objetivo es impulsar un acercamiento entre la Asamblea Nacional y la comunidad jurídica, para obtener mejores resultados en la actividad legislativa. Tratamos de plantear propuestas basadas en un método jurídico, que permitan a los parlamentarios enfrentar problemas de actualidad, especialmente los referidos a los mecanismos de defensa de la Constitución y reafirmar la vigencia del ordenamiento jurídico.

Carrillo Artiles, Carlos Luis: La pretendida Abolición de la Constitución por la parcialización política de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica – REDIAJ Nº 10. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, Abril 2017, pp. 792-798
http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/792-798.pdf

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

La pretendida Abolición de la Constitución por la parcialización política de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Carlos Luis Carrillo Artiles[*]

El paroxismo jurisprudencial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano al servicio de una parcialidad política, ha alcanzado su desbordamiento máximo en fechas 27 y 29 de marzo de 2017,[1] al inconstitucionalmente arrogarse la función legislativa y desconocer el principio de separación de poderes, dando al traste con la condición mínima esencial en cualquier estado democrático moderno y en visible desprecio de la Constitución Venezolana de 1999.

Esta conducta de auto asumir y justificarse laxas competencias, más allá de las previstas en el ordenamiento jurídico, ha sido una escalada constante desde su entrada en operatividad en el año 2000, al: 1) desconocer procedimientos establecidos en leyes para tramitar acciones sometidas a su conocimiento como la de Amparo Constitucional, e inclusive crear normas adjetivas invadiendo la reserva legal prevista en el artículo 156 numeral 32 de la

[*] Profesor Derecho Administrativo Universidad Central de Venezuela. Docente Investigador del Instituto de Derecho Público de la UCV. Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario

[1] Sobre este mismo suceso se han escrito otros excelentes trabajos, véase: **Brewer Carías, Allan R**. "La usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado." y "La Consolidación de la dictadura judicial: la Sala Constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria", en Diario del Tribunal Constitucional Chileno. Marzo 2017. http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/. Y ver, **Hernández, José Ignacio** ¿Qué dijo la Sala Constitucional sobre la AN y la Carta Democrática?, Prodavinci, Caracas 2017. http://prodavinci.com/blogs/que-dijo-la-sala-constitucional-sobre-la-an-y-la-carta-democratica-por-joseignacio-hernandez/

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Constitución y usurpando la función legislativa, llegando afirmar que por ser garante de la Constitución no estaría sometido a normas procesales del rango legal; 2) adjudicarse un carácter diferente de "Supra Sala" e inclusive decir que es un "Tribunal Constitucional", cuando en realidad su verdadera esencia por mandato expreso del precepto 262 es de una Sala igual e inordinada a las otras del TSJ, pero con la competencia específica del control constitucional; 3) llegar a afirmar que podían revisar cualquier sentencia dimanada de las otras Salas del TSJ inclusive sobre aspectos que estarían reservados a competencias diferenciadas de estirpe Constitucional; 4) aseverar que detenta el poder de una "jurisdicción normativa" y sus decisiones tendrían temporalmente rango de ley mientras el legislador formal no dictase la ley, con lo cual en realidad de nuevo invaden la reserva legal y usurpan la función legislativa, pero además desvirtúan el ejercicio de su propio control constitucional concentrado de la omisión legislativa -porque la ley no cubrió un aspecto o el legislador hubiere prescindido la producción de un norma legal en desarrollo de la norma fundamental-; 5) avalar, justificar y promover un ensanchamiento de las potestades del Presidente de la República, basándose en una lectura muy apretada de lo que a su juicio sería un histórico ultrapresidencialismo venezolano, -lo cual se exacerbó curiosamente a partir que la oposición venezolana logró obtener por comicios una mayoría calificada en las bancadas del Parlamento-, en franco detrimento y minusvaloración de las competencias legislativas y de control de la Asamblea Nacional, como órgano legislativo Federal.

Justamente en este último contexto, desde principios de 2016, la Sala ha producido alrededor de 50 pronunciamientos de fondo, tramitados en tiem-

po record -de una manera visiblemente distinta al trámite impreso a otras acciones presentadas en contra de los intereses gubernamentales-, en los que se ha desfavorecido y desconocido la actividad de la Asamblea Nacional, hasta el punto que -en sus sentencias 155 y 156 de fechas 27 y 29 de marzo de 2017, respectivamente-, se calificó el comportamiento de la mayoría de sus diputados que la integran como un "desacato permanente" frente a sus decisiones anteriores. Sin embargo, este proceder en cada sentencia aparejó de "facto" una consecuencia diferente, ya que en el fallo 155, se produjo una declaratoria de nulidad de un acuerdo político parlamentario y la eliminación de la inmunidad parlamentaria de los diputados de la mayoría opositora, mientras que en el fallo 156, se arribó a una declaratoria de una supuesta "inconstitucionalidad por omisión legislativa", fundada en la idea central en que la Asamblea Nacional no podría seguir operando y que sus actuaciones serían inválidas.

El argumento de la sentencia 156, concluye en un infeliz dispositivo -bajo una ilimitada embriaguez de poder- por el cual directamente la Sala Constitucional se auto adjudica la totalidad de las competencias de la Asamblea Nacional, decomisando la Soberanía Popular y vaciándole sus atribuciones constitucionales, en una satírica y paradójica protección del Estado de Derecho, cuando en realidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 336 numeral 7 de la propia Constitución, lo que le correspondía a dicha Sala en ejercicio de ese control, era declarar la inconstitucionalidad de la conducta omisiva e indicar un lapso para que el sujeto obligado cumpliera lo ordenado subsanando la omisión incurrida, y de ser necesario, indicar los lineamien-

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

tos para tal corrección, pero jamás asumir de "pleno derecho" el ejercicio de las atribuciones legislativas.

Lo anterior se agrava más por la específica naturaleza de la actividad legislativa que se pretende usurpar brutalmente por la Sala Constitucional, ya que sus 7 magistrados que la integran, no son elegidos por comicios de manera directa popularmente, ni son un órgano representativo de la población, no detentan mandato político ni son un cuerpo deliberante, no están investidos en manera alguna por la competencia formal legislativa por ende no pueden ejercer la función legislativa -pues no llevan a cabo el procedimiento constitucional de formación de leyes, ni pueden cubrir los quórums constitucionalmente exigidos como garantía-.

Por su parte, la sentencia 155, declara la inconstitucionalidad del acto parlamentario de Acuerdo de la Asamblea Nacional sobre la Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA, y además desenfrenadamente ordena se tomen medidas de alcance normativo erga omnes bajo la justificación de propender a la estabilidad de la institucionalidad republicana, e instruye que se abra de oficio otro proceso de control innominado de la constitucionalidad de otros actos indeterminados. Para culminar, la Sala Constitucional procedió a dictar una serie de medidas cautelares que usurpan la función Legislativa e inclusive Ejecutiva, entre las cuales resalta: ordenar al Presidente de la República proceda a ejercer las medidas: 1) en materia de dirección de las relaciones exteriores, 2) en materias propias de un estado de excepción, medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, políticas, jurídicas y sociales que estime pertinentes y nece-

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

sarias para evitar un estado de conmoción, 3) a legislar y modificar la legislación vigente de leyes contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, contra la Corrupción, Código Penal, Código Orgánico Procesal Penal y Código de Justicia Militar, normas que de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos no podrían ser dictadas mediante Decretos Leyes del Ejecutivo por su carácter restrictivo de la libertad individual.

Finalmente en ese fallo, la Sala consideró que resultaba "oportuno" eliminar la inmunidad parlamentaria de los diputados de la Asamblea Nacional electos en diciembre de 2015, -prerrogativa que está consagrada en el artículo 200 de la Constitución y dirigida a proteger la integridad del órgano legislativo y a la función parlamentaria, al tutelar individualmente a los representantes que no están sujetos a detención personal ni son enjuiciables por delitos salvo que medie una orden privativa del TSJ, con previa autorización de la Asamblea Nacional -, con el exiguo argumento que de darse el supuesto que incurran en presuntos delitos, ya no es necesario que ese máximo Tribunal conozca sobre su antejuicio, porque ya esa misma Sala ha calificado de flagrante los delitos que piensa habrían cometido, como por ejemplo el de "traición a la patria," por lo que la autoridad competente estaría habilitada directamente a ponerlos bajo custodia en su residencia y luego comunicarlo al Tribunal Supremo.

Al día siguiente el 31 de marzo, la comunidad internacional encabezada por la ONU, la Unión Europea, Mercosur al conocer del contenido de los mencionados fallos, en solidaridad con el pueblo de Venezuela empezaron a

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

efectuar pronunciamientos y los estados empezaron a llamar en consulta a sus embajadores, generando un aparición pública de la Fiscal General de la República quien declaró que tenía "el deber histórico de referirse a las sentencias" en las cuales "se evidencian varias violaciones al orden constitucional y desconocimiento del modelo de estado consagrado en la Constitución" "lo que constituye una ruptura del orden constitucional", situación que forzó a que el Presidente Maduro convocará al Consejo de Defensa de la Nación, -órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público, en los asuntos relacionados con la seguridad y defensa integral de la Nación, pero quien carece de competencia judicial para revisar las sentencias citadas-, sin embargo en la madrugada del 01 de abril, exhortó a las Sala Constitucional

Para que finalmente la Sala Constitucional, -sin que el ordenamiento jurídico previera la revisión de sus propias sentencias por ende volviendo a incurrir en una conducta inconstitucional-, efectúa lo que a su juicio fue una auto aclaratoria de los fallos revirtiendo los dispositivos, suprimiéndose la referencia a la eliminación de la inmunidad parlamentaria y a la amputación de las funciones de la Asamblea Nacional.

Ahora toda la atención nacional e internacional está centrada, en las consecuencias jurídicas de tan desatinada y oprobiosa actuación de la Sala Constitucional, en torno a si la institucionalidad venezolana demostrará finalmente signos de un instintivo retorno al cauce constitucional, muy particularmente, sobre si el Consejo Moral Republicano, integrado por la misma Fiscal General, el Defensor del Pueblo, y el Contralor General de la República, quie-

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

nes además son parte del Consejo de Defensa de la Nación y ya se pronunciaron sobre las mencionadas sentencias en su exhorto, ahora conocerán y eventualmente declararán o no la falta grave de los magistrados involucrados de acuerdo a lo previsto en los artículos 32 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, que pudiera dar paso a su eventual remoción por la Asamblea Nacional conforme al procedimiento dispuesto diáfanamente en el artículo 265 de la Constitución Venezolana.

Rivas Alberti, Jhenny: De la sanción de aislamiento en el ámbito penitenciario. Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica – REDIAJ Nº 10. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, Abril 2017, pp. 799-827
http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/799-827.pdf

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

De la sanción de aislamiento en el ámbito penitenciario

Jhenny Rivas Alberti [*]

"Aprendí que el coraje
no era la ausencia de miedo,
sino el triunfo sobre él.
El valiente no es quien no siente miedo,
sino aquel que conquista ese miedo"
Nelson Mandela

1 El caso de *Leopoldo López Mendoza*

En el caso del ciudadano *Leopoldo López Mendoza*, el mismo ha sufrido durante este año, presuntamente dos sanciones de aislamiento, en ambos casos con la pena máxima, 15 días, la primera se comenzó aplicar desde el 20 de febrero de 2017 por lo cual la misma debía terminar el 6 de marzo. No consta cuando terminó el aislamiento efectivamente.

Adicionalmente, el 18 de abril de 2007 Amnistía Internacional denunció que el ciudadano Leopoldo López se encontraba aislado desde el 8 de abril. De acuerdo con el comunicado de Amnistía Internacional "*los abogados de Leopoldo López no han sido notificados sobre el procedimiento o la decisión tomada para mantenerlo en régimen de aislamiento ni cuáles son causas o las bases de esta determinación. Como resultado, a Leopoldo López se le ha negado su derecho a la defensa."*

Para el 25 de abril del año 2017 aún se denunciaba el aislamiento de *Leopoldo López*, dicho aislamiento no ha sido justificado por las autoridades del

[*] Abogada *Summa Cum Laude* UCV, Doctora en derecho, profesora UCAB

penal. El Defensor del Pueblo *Tareck Wiliam Saab* señaló que se trataba de una medida disciplinaria. Sin embargo, ni familiares ni sus abogados han sido informados sobre la presunta falta y el procedimiento que se siguió por lo que podemos suponer que no se respetó su derecho a la defensa. En todo caso la máxima sanción en el caso de aislamiento son 15 días por lo que si desde el 8 de abril no ha podido tener contacto con familiares o abogados, la sanción sólo se podría haber extendido hasta el 23 de abril.

A tenor de lo dispuesto en el comunicado de Amnistía Internacional, a *Leopoldo López* se le ha puesto en aislamiento en numerosas ocasiones y sus abogados sostienen que este castigo se ha venido usando sistemáticamente en su contra, lo que contraviene la naturaleza excepcional de tal práctica.[1]

De acuerdo con el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas "una aplicación excesiva del régimen de aislamiento constituye un trato o pena cruel, inhumana o degradante, e incluso tortura en algunos casos". Un período de aislamiento superior a 15 días está absolutamente prohibido, y esta medida sólo puede ser contemplada como última instancia y con una supervisión y control *judicial estrictos.*[2]

Finalmente, la buena práctica internacional indica que el aislamiento como "método de tratar a los reclusos, por más peligrosos que sean, no es práctico y, por lo general, se aplica para llenar el vacío de técnicas de tratamiento adecuadas. (…) Un modelo mucho más positivo es el alojar a los reclusos problemáticos en pequeñas unidades de hasta 10 detenidos, y se basa en la

[1] Pronunciamiento de Amnistía Internacional 18 de abril de 2017
[2] Recomendaciones del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas 15 de mayo de 2015

premisa de que es posible aplicarles un régimen positivo confinándolos a un aislamiento grupal en lugar de un aislamiento absoluto. El principio sobre el que se basan estas unidades es que debe ser posible que los funcionarios profesionalmente capacitados desarrollen un régimen positivo y activo incluso para los reclusos más peligrosos. La intención es que, dentro de un perímetro seguro, los reclusos puedan moverse con relativa libertad entre las unidades y mantener una rutina penitenciaria normal. En tal entorno, los reclusos sólo serán sometidos a aislamiento absoluto cuando todas las demás medidas fracasen y, en este caso, sólo durante un corto período de tiempo".[3]

2 Potestad sancionatoria penitenciaria

El régimen disciplinario, tiene por objeto la preservación de la convivencia pacífica entre internos y el mantenimiento del orden en el penal. Aunque por principio, el régimen disciplinario debe tender hacia la autodisciplina de la persona privada de libertad, no existen actualmente mecanismos ni prácticas institucionalizadas que permitan alcanzar esta meta, pues, se han priorizado los medios sancionadores como único medio para preservar la disciplina en cárceles.[4]

La potestad sancionadora de la administración penitenciaria encontraría fundamento en la "relación de sujeción especial que vincula al interno con la administración penitenciaria", vinculación que sin embargo, no desconoce a la persona interna como sujeto de derechos fundamentales. El fin últi-

[3] Manual para el personal penitenciario, p.73
[4] Castillo P, Notas sobre el Procedimiento de Aplicación de Sanciones Disciplinarias en Cárceles, p.8

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

mo de esta atribución se encontraría en la necesidad de mantener la convivencia pacífica y corregir las conductas que no respeten esta meta.[5]

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia la condición de prisionero determina una drástica limitación de los derechos fundamentales, dicha limitación debe ser la mínima necesaria para lograr el fin propuesto. Toda limitación adicional debe ser entendida como un exceso y, por lo tanto, como una violación de tales derechos. La órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria, es tan digna de respeto y su protección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias. Los derechos no limitados del sindicado o del condenado, son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección. Del derecho pleno del interno a la vida, la integridad física y a la salud se deriva importantes consecuencias jurídicas para la administración penitenciaria que pueden ser descritas como deberes. Entre ellos se encuentra el deber de trato humano y digno, el deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene y lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica y el derecho al descanso nocturno, entre otros.[6]"

3 De la sanción de aislamiento

El Tribunal Constitucional Español ha definido esta sanción no como una privación de la libertad sino como un cambio de las condiciones habituales

[5] Lona C, Jurisprudencia Constitucional Penitenciaria en España, p.12
[6] Sentencia T-596 de 1992 MP Dr. Ciro Angarita Barón

de detención, puntualizando que de por si no constituye un trato inhumano o degradante, salvo cuando por sus "condiciones se llegue a un nivel inaceptable de severidad".[7]

Desde lo jurídico-material podemos afirmar que se trata del castigo de mayor gravedad del sistema sancionador penitenciario e implica –a diferencia de otros– "no sólo un claro empeoramiento en las condiciones de ejecución de la condena, afectando todo el sistema de derechos del interno (alteración cualitativa de la pena) sino que repercute necesariamente en el régimen de progresividad penitenciario (alteración cuantitativa de la pena)".[8]

La sanción de aislamiento como privación de la libertad dentro de una situación de privación de la libertad preexistente "implica una modificación en las condiciones de detención de tal entidad que requiere sin lugar a dudas que su aplicación se enmarque en un proceso celosamente respetuoso de los principios del derecho penal con jerarquía constitucional".[9]

En términos generales, la reclusión en régimen de aislamiento se aplica en cuatro circunstancias en los distintos sistemas de justicia penal del mundo: (i) como castigo disciplinario para los reclusos que cumplen condena; (ii) para aislar al imputado durante las investigaciones penales en curso; cada vez más, (iii) como medida administrativa para controlar a determinados grupos de presos; y como condena judicial. En muchas jurisdicciones, el aislamiento disciplinario también se aplica en sustitución del tratamiento

[7] Lona C, Jurisprudencia Constitucional Penitenciaria en España, p.13
[8] Pascual S, El Poder Disciplinario Intramuros, p.216
[9] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia 09 de marzo de 2004. Romero Cacharane s/sanción disciplinaria.

médico o psiquiátrico que debe administrase a las personas con trastornos mentales.[10]

Por su parte la Corte Constitucional de Colombia ha señalado respecto de la sanción de aislamiento "que se trata de una medida preventiva que se puede imponer en muchos casos y que busca proteger bienes jurídicos fundamentales dentro de un centro de reclusión, como la salud, la seguridad interna, la disciplina y hasta la propia integridad física y mental cuando el propio recluso solicita su aplicación. En cumplimiento de su facultad sancionadora, las autoridades carcelarias deben respetar ciertas limitaciones, a las que la Corte ya ha hecho referencia: "La autoridad penitenciaria y carcelaria no puede, en ningún caso, efectuar conductas que sean lesivas de aquellos derechos constitucionales que las personas recluidas conservan en forma plena. Así, por ejemplo, la dignidad de los presos debe ser respetada y no se les pueden aplicar torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. De otro lado, cuando sea necesario limitar un derecho, la autoridad penitenciaria o carcelaria tiene la obligación de tomar medidas proporcionales al fin perseguido, el cual obviamente tiene que ser constitucionalmente legítimo.[11]

Si bien la práctica del aislamiento no está proscrita en el orden internacional, sí se registra una tendencia mundial a su disminución y abolición, de manera precisa los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos

[10]Foucault M, Vigilar y Castigar - Nacimiento de la prisión. Buenos Aires, p. 238.
[11] Sentencia C-318 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero

recomiendan a los estados "abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria".[12]

En todo caso, el derecho internacional y los principios generales del Estado social de derecho demandan que el aislamiento se lleve a cabo dentro de condiciones humanas y dignas, que no perjudiquen la salud física ni mental de los presos. En la aplicación de esta medida "tan intensa" las autoridades deben guardar particular cuidado en la práctica de cualquier tipo de aislamiento.[13]

4 Aislamiento en el ámbito internacional

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el principio XXII, pto. 3, de los "Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas Privadas de Libertad en las Américas", aprobada por resolución N°1/109 dispone que "se prohibirá, por disposición de la ley, las medidas o sanciones de aislamiento en celdas de castigos".14 Como medidas de excepción las mismas podrán ser aplicadas como una medida estrictamente limitada en el tiempo y como un último recurso, cuando se demuestre que sea necesaria para salvaguardar intereses legítimos relativos a la seguridad interna de los establecimientos, y para proteger derechos fundamentales, como la vida e integridad de las mismas personas privadas de libertad o del personal de dichas instituciones.[15]

[12] Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos (artículo 7)
[13] CCC/ T-958 de 2002 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
[14] Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas Privadas de Libertad en las Américas
[15] Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas Privadas de Libertad en las Américas

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido del respecto a la dignidad inherente al ser humano".[16]

En el caso "Loayza - Tomayo c. Perú" reafirmó su posición; consideró que "el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural […] [y] las restricciones al régimen de visitas […] constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes".[17]

En el año 2000, en el fallo Cantoral - Benavides c. Perú, señaló que el confinamiento en "una celda reducida, sin ventilación ni luz natural" y un régimen penitenciario en el que el detenido debía permanecer en la celda 23 horas y media […] y sólo podía recibir una vez al mes la visita de sus familiares directos, sin contacto físico entre él y la visita […] puede tratarse de un caso de tortura física y psicológica".[18]

5 Condiciones para aplicar la sanción de aislamiento

5.1 Carácter excepcional

El régimen de aislamiento debería utilizarse lo menos posible, en casos muy excepcionales, por un período de tiempo también lo más breve posible y sólo como último recurso. Con independencia de las circunstancias concretas de su aplicación, es preciso intentar aumentar los contactos sociales de

[16] CIDH, 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 156. Velázquez - Rodríguez c. Honduras.
[17] CIDH, 17 de septiembre de 1997. Serie C, núm. 33, párr.58. Loayza - Tomayo c. Perú
[18] CIDH, 18 de agosto de 2000. Cantoral - Benavides c. Perú. Serie C, núm. 69, párrafos 62 y 104

los reclusos: contacto entre los reclusos y el personal de prisiones, actividades sociales con otros presos, mayor número de visitas y acceso a servicios de salud mental.

Las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de enero de 2006, establecen en la regla 60.5 que el aislamiento solo se puede imponer en casos excepcionales y por un período definido y tan corto como sea posible. Además, en la regla 102.2 se recuerda que la privación de libertad ya supone en sí misma un castigo para el recluso y que, por tanto, el régimen penitenciario no ha de agravar el padecimiento producido por el encarcelamiento.[19]

La sanción de aislamiento supone, por un lado, que este tipo de sanción no es una más de las que están a disposición de las autoridades penitenciarias, sino que sólo debe ser utilizada en casos extremos, y en segundo lugar que esta sanción se reduce a una confinación separada, limitando la convivencia social con otros reclusos, en una celda con condiciones y dimensiones normales, llevar una vida regular, y que se le pueda privar de aquellos beneficios (biblioteca, posesión de radio, etc.) abiertos a los demás internos.[20]

El aislamiento sólo se permitirá como una medida estrictamente limitada en el tiempo y como un último recurso, cuando se demuestre que sea necesaria para salvaguardar intereses legítimos relativos a la seguridad interna de los establecimientos, y para proteger derechos fundamentales, como la vida e

[19] Reglas Penitenciarias Europeas, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de Enero de 2006
[20] TCE 2/1987

integridad de las mismas personas privadas de libertad o del personal de dichas instituciones.[21]

La medida de aislamiento sólo podrá imponerse como castigo en casos excepcionales y por un periodo definido y tan corto como sea posible.[22]

5.2 Temporalidad de la medida de aislamiento

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el "aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano.[23]

En Argentina, y según el informe anual del Registro Nacional de casos de torturas y/o malos tratos, la duración de la detención en aislamiento varía según el motivo y el lugar de cumplimiento de la pena pero en casi todos los casos se trata de encierros continuos de 24 horas. Así, en casos de sanción las personas pasan un promedio de 8 días en aislamiento en las prisiones federales, con casos extremos de 42 días, mientras que en el sistema provincial de Buenos Aires pasan un promedio de 16 días, con casos extremos de 60 días. En casos de aislamiento por medidas de seguridad, el sistema nacional tendría un promedio de 32 días encerrados. [24] Asimismo, en 2010 la Provincia de Buenos Aires habría iniciado un Programa de Prevención de la Conducta Violenta que consiste en el aislamiento durante un mínimo de

[21] Principio XXII, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas
[22] Reglas Penitenciarias Europeas 2010
[23] Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 19, párr. 156; Caso Godínez Cruz , supra nota 19, párr. 164; Caso FairénGarbi y Solís Corrales, supra nota 19, párr. 149
[24] A/66/268 p.8 (2011)

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

nueve meses, siendo los primeros tres de aislamiento total. En Uruguay, y según información recogida en una visita reciente que realicé en diciembre de 2012, la duración del aislamiento solitario como sanción disciplinaria es de 10 días, pero puede extenderse hasta un máximo de 90, aunque normalmente promedia los 30. [25] En Brasil, la "Ley de Ejecución Penal" y sus modificaciones, establecen que el aislamiento no puede exceder de 30 días, salvo en el caso del régimen disciplinario diferenciado para las faltas graves en cuyo caso puede ser un máximo de 360 días de aislamiento, con la posibilidad de extensiones por nuevas faltas. La Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), entidad que agrupa a la profesión legal y que se destacó siempre por su defensa de las libertades públicas, ha iniciada demanda de inconstitucionalidad de esta ley, causa que se encuentra en trámite ante el Tribunal Superior Federal. En forma similar, bajo la Ley Penitenciaria en Paraguay, y el Código de Ejecución Penal en Perú,10 la internación en celda de aislamiento como sanción disciplinaria puede durar hasta 30 días, sujeto a extensiones. En el caso de Perú el Comité contra la Tortura expresó su preocupación por el abuso del aislamiento solitario e indicó que la duración máxima es de 30 días, salvo cuando la falta se comete en el cumplimiento de una sanción, donde la duración se extiende a 45 días.[26]

Así mismo el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa en su informe al Gobierno Español sobre la visita a España realitzada en 2011, en el apartado 75 recuerda que "*El régimen de aislamiento puede repercutir muy negativamente en la salud mental, física y en el bienestar so-*

[25]Foucault M, Vigilar y Castigar - Nacimiento de la prisión. Buenos Aires, p. 238.
[26] Foucault M, Vigilar y Castigar - Nacimiento de la prisión. Buenos Aires, p. 239

cial de los afectados por la medida. […] dicha sanción debería imponerse sólo en casos excepcionales, como último recurso y durante el menor plazo de tiempo posible. […] un período de 42 días consecutivos en régimen de aislamiento constituye un castigo absolutamente excesivo. El Comité recomienda la adopción inmediata de medidas para garantizar que ningún recluso sea puesto en régimen de aislamiento durante más de 14 días. En el caso de […] comisión de dos o más infracciones, debería preverse la interrupción del aislamiento durante cierto tiempo al cumplirse los 14 días."[27]

De acuerdo con la Regla 44 de las llamadas Normas Mandela debe considerarse como el encierro prolongado aquél que se extiende a un período superior a 15 días consecutivos.[28]

Hasta la fecha no existen pronunciamientos en términos absolutos sobre cuáles sean los límites a partir de los cuales el aislamiento deba ser considerado como trato degradante. *La apreciación de este mínimo es relativa en esencia; depende del conjunto de los datos de la causa, especialmente la duración del tratamiento y sus efectos físicos y mentales, así como, a veces, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima (Kudla contra Polonia; Gelfmann contra Francia; Renolde contra Francia)"*(STEDH 19/07/2012, Ketreb contra Francia, párr. 108).[29]

Por otra parte de acuerdo con las Reglas Penitenciarias Europeas la medida de aislamiento sólo podrá imponerse como castigo en casos excepcionales,

[27] Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa, Informe 2011/España
[28] Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos N°44
[29] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Kudla contra Polonia; Gelfmann contra Francia; Renolde contra Francia)"(STEDH 19/07/2012, Ketreb contra Francia, párr. 108)

además se exige que la misma sea por un periodo definido y tan corto como sea posible.[30]

6 Reconocimiento médico previo y durante el aislamiento

En el caso del aislamiento se reitera la necesidad del reconocimiento médico previo, debiendo vigilarse la salud del sancionado durante la duración de la medida pudiendo incluso suspenderse o modificarse esta por razones médicas.[31]

De acuerdo con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos de 2015(también conocidas como Reglas Mandela) "las penas de aislamiento y de reducción de alimentos sólo se aplicarán cuando el médico, después de haber examinado al recluso, haya certificado por escrito que éste puede soportarlas. 2) Esto mismo será aplicable a cualquier otra sanción que pueda perjudicar la salud física o mental del recluso. En todo caso, tales medidas no deberán nunca ser contrarias al principio formulado en la regla 31, ni apartarse del mismo."[32]

Adicionalmente, el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa reiteradamente ha insistido, en la necesidad de prestar la asistencia sanitaria correspondiente y cesar la aplicación del régimen en caso de deterioro de la salud, y de ofrecer actividades, alicientes y estímulos que contrarresten el encierro.[33]

[30] Las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de Enero de 2006
[31] Castillo P, Notas Sobre el Procedimientos de Aplicación de Sanciones Disciplinarias en Cárceles, p.18
[32] Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos N°43
[33]Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa, Informe 2011/España

El médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo.[34]

Los internos deberán disponer de un tiempo razonable al aire libre para practicar ejercicio físico adecuado. [35]

Adicionalmente, para la Corte Constitucional de Colombia, para el respeto al deber de respeto de los derechos de los internos, "dos horas de sol diarias son insuficientes para los reclusos sometidos a sanciones disciplinarias". Para la Corte "la existencia de un preciso régimen de disciplina que pretenda regular la convivencia de los internos, no puede convertirse, en ningún caso, en justificación para desconocer derechos fundamentales que guardan estrecha relación con la vida y la dignidad de las personas y que son plenamente reconocidos a detenidos y condenados."[36]

7 Visita de familiares, defensores o religiosos

Tanto por el hecho de que las personas privadas de libertad no pierden sus derechos fundamentales por encontrarse en prisión, como porque el contac-

[34] Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos N°24
[35] Regla 21 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos
[36] CC, sentencia C-184 de 1998

to con el mundo exterior es parte esencial de su reintegración a la sociedad, los funcionarios penitenciarios deben adelantar las acciones que permitan tales contactos y no imponer restricciones que no respondan a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.[37]

Diversos estudios han demostrado cuán importante resulta para salvaguardar la salud psicológica de los detenidos en régimen de aislamiento el que se les garantice el acceso a esta interacción social así como también la posibilidad de entablar contacto durante la permanencia en estos microlugares cuyos efectos resultan tan dañinos.[38]

Aun bajo sanción de aislamiento las personas tienen derecho al contacto con el mundo exterior (llamadas telefónicas, correspondencia, visitas. Art. 12 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 23 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Principios No. 18, 19 y 20 del Conjunto de Principios Básicos para la protección de todas las personas sometidas a cualquier clase de detención o prisión, Regla No. 37 y 79 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los regla-

[37] Manual Básico Penitenciario, p.58
[38] ONU, Asamblea General, "Informe sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", 5 de agosto de 2011. Sexagésimo sexto período de sesiones, p. 16

mentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.[39]

Es un hecho notorio comunicacional que durante el cumplimiento de las sanciones de aislamiento impuestas a *Leopoldo López*, las autoridades de su centro de reclusión no han permitido la visita de su familia más cercana ni de sus abogados lo cual violenta las garantías básicas para la imposición de este tipo de sanciones.[40]

El régimen de encierro absoluto también se manifiesta en la incomunicación a la que son sometidos los internos. En ciertos casos, les es negado el más básico contacto con el mundo exterior – por ejemplo, la comunicación con sus familiares o el acceso a la información de periódicos y revistas. Este tipo de medidas pueden constituir un castigo adicional y, así, tornarse en una violación a la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes. Aún en el caso de aislamiento por sanción no se debe incluir este tipo de incomunicación y, de acuerdo con el principio de no trascendencia, en ningún caso deben las medidas adoptadas o aplicadas por las autoridades penitenciarias tener repercusión sobre los familiares o amigos del preso.[41]

8 Debido proceso

Las garantías procesales establecidas en el artículo 49 de la Constitución de 1999 son aplicables no solo en el proceso penal sino también en los procedimientos administrativos sancionadores con las matizaciones que resultan

[39] Manual Básico Penitenciario, p.64
[40] Comunicado de Amnistía Internacional 18 de abril de 2017
[41] CCC/ Sentencia T-684-05

de su propia naturaleza, en cuanto que en ambos casos se actúa el *iuspuniendi* del Estado. La doctrina constitucional ha precisado el alcance de esta regla general concretando que las garantías aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores son las relativas a los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a la actividad probatoria.[42]

Por otra parte, tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios este conjunto de garantías se aplica con especial vigor, al considerar que la sanción supone una grave restricción a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena. La situación de sujeción especial del interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales.[43]

Cuando la Administración actúa en uso de su potestad sancionadora ha de reconocer y cumplir como límites de su actuación "el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración sigue para imposición de sanciones".[44]Y que lo son con más motivo cuando se trata de imponer sanciones profundamente restrictivas, implica una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena.[45]

[42] STC2/1987,297/1993
[43] STC120/1990
[44] Sentencia 77/1983 de 3 de octubre, Sala Segunda, RA 368/1982
[45] STC74/1985

En los procesos disciplinarios en contra de las personas privadas de la libertad, se debe garantizar el debido proceso (términos, recursos, derecho de defensa, celeridad, formas propias de cada juicio, contradicción).[46]

El 19 de febrero de 2017 le fue impuesta al ciudadano *Leopoldo López*, privado de libertad, la sanción disciplinaria de aislamiento prevista en el Código Orgánico Penitenciario. De acuerdo con la boleta de sanción disciplinaria se le acusa haber ofendido a los custodios retándole a pelear y llamarle cobarde al Director del Penal. Por lo que se le calificó la supuesta conducta como falta grave artículo 142 numeral 3 del Código Orgánico Penitenciario[47] y se aplicó la sanción prevista en el artículo 145 *ejusdem* el cual establece la sanción de aislamiento de 8 a 15 días, en este caso se aplicó la pena máxima 15 días de aislamiento.

8.1 Del procedimiento

De acuerdo con el artículo 16 del Código Orgánico Penitenciario el funcionario que detecte la presunta falta debe realizar un informe y comunicarlo a la junta disciplinaria. Esta junta disciplinaria persigue garantizar que el privado de libertad goce de un procedimiento imparcial en el que se estudie la mejor medida que con criterios racionales y en atención a la proporcionalidad permita mantener la disciplina dentro del penal al tiempo que garantice los derechos de quien ya sufre la sanción más gravosa que pueda existir como es la privación de libertad.

[46] Manual Básico Penitenciario, p.56
[47] Numeral 3: "Amenazar o agredir verbalmente a funcionarios públicos o funcionarias públicas u otras personas que se encuentren en el establecimiento penitenciario"

Por ello esa junta disciplinaria está conformada por funcionarios del área social, legal, de régimen interno y externo, además del director del plantel penitenciario.[48]

Corresponde al Director del Penal como Presidente de la Junta Disciplinaria notificar al presunto infractor de las faltas que se le imputan y las sanciones aplicables a los fine de que ejerza su defensa. La Junta Disciplinaria realizará sesión conjunta en la que se le permitirá al presunto infractor presentar sus alegatos. Estos alegatos serán cotejados con el informe previamente presentados por el funcionario competente y se decidirá en la misma sesión sobre la responsabilidad del privado de libertad y de ser procedente la imposición de la sanción correspondiente.[49]

En este sentido la Cámara del Crimen Argentina dictó sentencia el 13 de enero de 2013 en la cual estableció que “Debe asegurarse al interno la posibilidad de contar con una asistencia técnica, más allá de la material que pudiere poner en acto el propio encarcelado, para que su defensa sea cierta y efectiva".

Adicionalmente concluye la Cámara que "no es posible desconocer que la propia naturaleza del régimen carcelario y la razonable necesidad de actuar con celeridad sugieren la implementación, a su vez, de un mecanismo ágil a esos fines.” "Empero, dable es armonizar las singularidades del procedimiento disciplinario diseñado con las garantías del debido proceso y de la defensa", contrapusieron, al reivindicar un mecanismo que le permita "con-

[48] Artículo 136 del Código Orgánico Penitenciario
[49] Artículo 149 del Código Orgánico Penitenciario

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

tar con asistencia letrada en aras de ejercitar una defensa acorde a sus intereses".

La sanción disciplinaria sin la intervención de un abogado defensor priva al detenido del ejercicio del derecho a la defensa, configurándose así una nulidad de orden general. Además le afecta gravemente la posibilidad pruebas, alegatos o defensas[50]

8.2 De la conformación de la junta disciplinaria

De acuerdo con el artículo 149 numeral 5, del Código Orgánico Penitenciario, los funcionarios afectados por la conducta desplegada presuntamente por el privado de libertad, no participarán en las deliberaciones de la junta disciplinaria. En este sentido el Director del Penal de Ramo Verde donde se encuentra recluido *Leopoldo López* no podía participar en la junta disciplinaria que evalúo la conducta de *López*, toda vez que entre los cargos se encuentra, presuntamente, el haberle llamado "cobarde" al director del penal. Todo ello en garantía del principio de imparcialidad que debe regir en todo procedimiento sancionatorio.

Sin embargo, es el Director del Penal quien firma su boleta de sanción por lo tanto no se inhibió en el procedimiento y ello puede agravar de forma importante la imparcialidad del juzgador.

[50] Sentencia Cámara Criminal de Argentina, 13 de enero de 2013

8.3 De la proporcionalidad

La intensidad de las sanciones impuestas a los reclusos, está directamente relacionada con la naturaleza del acto que las provoca. Siempre se debe tener respeto por ciertos principios mínimos que constituyen ineludiblemente el marco hermenéutico para la interpretación y aplicación de las disposiciones penales de cualquier naturaleza. Así, el principio de legalidad, el reconocimiento del derecho de igualdad, el respeto a la dignidad humana, el debido proceso, son valores fundantes de la facultad estatal para imponer sanciones y en todos los casos deben ser garantizados y promovidos".[51]

A *Leopoldo López* se le acusa en la boleta de sanción fechada el 20 de febrero de 2017 de insultar a los custodios y llamarle cobarde al director del penal, por estas supuestas conductas se le impuso la más gravosa de las sanciones, el aislamiento, la cual puede oscilar entre los 8 y 15 días siendo impuesta la pena máxima. Debemos preguntarnos si la junta disciplinaria, en caso de que la misma haya sido convocada, tomó en consideración los efectos que esta conducta pudiese tener sobre la disciplina del penal o si consideró que la medida de aislamiento es de carácter excepcional cuando otras no funcionan, esto es, tiene un carácter de *última ratio.*

Resulta muy cuestionable la proporcionalidad de la sanción impuesta a *Leopoldo López.*

De acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para apreciar la existencia de tratos inhumanos y degradantes, es necesario que ésos "*aca-*

[51] C-184 de 1998 M. P. Carlos Gaviria Díaz

rreen sufrimientos de una especial intensidad, o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de la condena". El Tribunal ha considerado que "la imposición de la medida de aislamiento por 6 meses para conjurar los efectos de una riña, desborda la consecución de un fin legítimo, como lo es el mantenimiento de la seguridad y del orden en el establecimiento carcelario, como quiera que el mismo objetivo se puede alcanzar empleando un medio menos gravoso para la dignidad humana, como lo es, en el presente asunto, el cambio de celda, el traslado del detenido a otro centro de reclusión, o simplemente, la medida de aislamiento por el tiempo estricto en que se conjure la crisis y transcurran el tiempo y las ocasiones de peligro".[52]

9 Aislamiento y Tortura

El derecho internacional prohíbe taxativamente las torturas, las penas o los tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, por ejemplo). El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha establecido que la reclusión prolongada en régimen de aislamiento puede constituir una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (observación general No. 20 (1992)). El Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura ha hecho declaraciones similares, refiriéndose especialmente a la reclusión en régimen de aislamiento durante la prisión preventiva. El Co-

[52] Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 27.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

mité de los Derechos del Niño ha recomendado asimismo que no se utilice este tipo de reclusión con los niños. El principio 7 de los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos establece que "se tratará de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria y se alentará su abolición o restricción". La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas determinó con anterioridad que un régimen de aislamiento concreto conculcaba lo dispuesto en el artículo 7 y el artículo 10 del Pacto mencionado (Campos c. el Perú, sentencia de 9 de enero de 1998).[53]

A nivel regional, el Tribunal Europeo y la antigua Comisión de Derechos Humanos, así como el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura establecieron con claridad que la reclusión en régimen de aislamiento podía considerarse una violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (esto es, que constituye tortura o trato inhumano o degradante), en función de las circunstancias concretas del caso y las condiciones y duración de la reclusión.[54]

Se ha admitido que "el aislamiento sensorial absoluto unido al aislamiento total puede destruir la personalidad y constituye una forma de trato inhumano que no puede justificarse por exigencias de seguridad o cualquier otro motivo". El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura también ha declarado que la reclusión en régimen de aislamiento "puede constituir trato

[53] Informe presentado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. ManfredNowak, de conformidad con la resolución 62/148 de la Asamblea/28 -07-2008

[54] Informe presentado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. ManfredNowak, de conformidad con la resolución 62/148 de la Asamblea/28 -07-2008

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

inhumano o degradante", y en varias ocasiones ha criticado esta práctica y recomendado su reforma, ya sea abandonar determinados regímenes, limitando su utilización a circunstancias excepcionales, o asegurar a los internos un mayor contacto social. Por ejemplo, se ha destacado la importancia de promover las actividades comunitarias de los presos sujetos a diferentes formas de regímenes de aislamiento.[55] (Comité Europeo, informe de su visita a Turquía del 7 al 14 de diciembre de 2005, párr. 43).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha establecido que la reclusión prolongada en régimen de aislamiento constituye una forma de trato cruel, inhumano o degradante prohibido en virtud del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.[56]

El acceso a contacto humano significativo dentro de la prisión y con el mundo exterior a través, por ejemplo, del contacto con otros reclusos, con personal penitenciario dedicado al tratamiento y no exclusivamente a la seguridad, las visitas, la recreación, la lectura y el deporte, son esenciales no sólo para favorecer la rehabilitación, sino además para cuidar la salud psicológica de los detenidos en régimen de aislamiento. Estas medidas se encuentran establecidas en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos. El régimen de aislamiento no solamente suele ser aplicado en formas que vulneran estos principios, sino que con frecuencia puede incluso ocasionar sufrimientos o dolores severos que configuren si-

[55] Comité Europeo, informe de su visita a Turquía del 7 al 14 de diciembre de 2005, párr. 43
[56] Informe presentado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. Manfred Nowak, de conformidad con la resolución 62/148 de la Asamblea/28 -07-2008

tuaciones de trato cruel, inhumano o degradante, e incluso de tortura. Asimismo, por la falta de testigos y la soledad en la que tiene lugar, el aislamiento solitario puede dar lugar a otros actos de tortura o de malos tratos. La Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido que "el régimen de incomunicación completa, junto con el aislamiento social total, pueden destruir la personalidad y constituyen una forma de trato inhumano que no se justifica por las necesidades de la seguridad ni por cualquier otro motivo."[57]

La reclusión en régimen de aislamiento debe prohibirse totalmente en los siguientes casos:

- Con condenados a muerte y a cadena perpetua
- Con reclusos que padezcan enfermedades mentales
- Con niños menores de 18 años.58

Además, cuando el aislamiento se utiliza con la intención de ejercer una presión psicológica sobre los reclusos, se convierte en una práctica coercitiva y debe prohibirse terminantemente.

Como principio general, la reclusión en régimen de aislamiento sólo debe utilizarse en casos muy excepcionales, durante períodos de tiempo lo más breves posible y únicamente como último recurso.[59]

[57] Ilascu y otros c. Moldova y Rusia, solicitud núm. 48787/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2004), párr. 432
[58] Comité Europeo, informe de su visita a Turquía del 7 al 14 de diciembre de 2005, párr. 43
[59] Informe presentado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. ManfredNowak, de conformidad con la resolución 62/148 de la Asamblea/28 -07-2008

Todo lo que hemos recogido nos lleva a concluir que el aislamiento puede llegar a constituirse en una forma de tortura. Resulta innegable que el sistema cuenta con serias carencias que agravan de forma inaceptable la situación para los reclusos: desatención médica, falta de programas de reinserción y de contacto con el exterior, condiciones de salubridad deficientes, ausencia de mecanismos de control adecuados, etc. Pero incluso si todos estos fallos se corrigieran, el derivar a una persona a una soledad perpetua seguiría suponiendo la provocación de un sufrimiento como represalia por una conducta cometida en el pasado, y no un programa de rehabilitación o resocialización de una persona que ha cometido un delito. Y es que las terribles consecuencias sobre la salud mental (a menudo irreversibles) son innegables.[60]

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ordenó a Turquía por haber sometido a régimen de aislamiento a una persona que había sido acosada dentro del centro penitenciario por su condición de homosexual, y por tanto la medida, que duró 8 meses, se justificó por su propia seguridad personal. En el caso, el Tribunal entendió que esa situación había causado sufrimiento físico y mental al detenido, lo que constituía un trato inhumano y degradante.[61]

[60] Informe presentado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. ManfredNowak, de conformidad con la resolución 62/148 de la Asamblea/28 -07-2008

[61] STEDH de 16/10/2008 (Renolde vs Francia); STEDH de 29/04/2003 (Khokhlich vs Ucrania); STEDH de 28/02/2012 (Melnitis vs Latvia); STEDH de 9/09/2010 (Xiros vs Grecia); STEDH 242/2001 (Keenan); STEDH 163/2000 (Kudla)

10 Consecuencias del aislamiento

El relator especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes señala que "unos pocos días de régimen de aislamiento hacen que la actividad cerebral de una persona adquiera una pauta anormal característica del estupor y el delirio".[62]

Se ha demostrado fehacientemente en numerosas ocasiones que la reclusión en régimen de aislamiento puede causar graves daños psicológicos y a veces fisiológicos. De las investigaciones se desprende que entre un tercio y hasta un 90% de los reclusos muestran síntomas adversos en este régimen de reclusión. Se ha documentado una larga lista de síntomas que van desde el insomnio y la confusión hasta la alucinación y la psicosis. Los efectos negativos sobre la salud pueden producirse tras sólo unos cuantos días de reclusión, y los riesgos para la salud aumentan con cada día transcurrido en esas condiciones.[63]

Las personas pueden reaccionar de forma diferente al aislamiento. Sin embargo, un buen número de ellas sufrirá graves problemas de salud con independencia de las condiciones concretas, el tiempo y el lugar, y los factores personales preexistentes. El daño fundamental de la reclusión en régimen de aislamiento se produce porque ésta reduce el contacto social a un nivel de estímulo social y psicológico que para muchos es insuficiente para mantener la salud y el bienestar.[64]

---

[62] Stuart Grassian, "Psychiatric effects of solitary confinement", Journal of Law and Policy, vol. 22, 2006, p. 325
[63] Stuart Grassian, "Psychiatric effects of solitary confinement", Journal of Law and Policy, vol. 22, 2006, p. 326
[64] Informe presentado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. ManfredNowak, de conformidad con la resolución

Cuando el elemento de presión psicológica se utiliza intencionadamente como parte de los regímenes de aislamiento, estas prácticas son coercitivas y pueden constituir tortura.[65]

Estos regímenes de aislamiento que son prolongados o indefinidos, implican, en palabras del Relator de la ONU, "una prisión dentro de una prisión" y por lo tanto sobre la persona genera la formación de un sentimiento de extrema ansiedad y exclusión que claramente van más allá de una pena de prisión normal.[66]

A fin de definir cuándo un aislamiento puede ser considerado tortura o trato cruel es que se precisan algunos parámetros: (i) cuál ha sido la finalidad para aplicar el régimen de aislamiento, (ii) cómo fueron las condiciones del encierro, (iii) la duración y los efectos sobre la persona sancionada.[67]

11 Conclusiones

La normativa internacional y nacional en materia de aislamiento penitenciario establece que el mismo ha de aplicarse de manera excepcional y no prolongada y que en todo caso la Administración ha de velar por la integridad física y psíquica de las personas.

La utilización arbitrarias y sin las garantías mínimas antes descritas pueden permitir que la sanción de aislamiento pueda considera como tortura.

62/148 de la Asamblea/28 -07-2008
[65]Informe presentado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. ManfredNowak, de conformidad con la resolución 62/148 de la Asamblea/28 -07-2008
[66] ONU, Asamblea General, "Informe sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", 5 de agosto de 2011. Sexagésimo sexto período de sesiones, p. 17
[67] Pascual S, El Poder Disciplinario Intramuros, p.221

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

12 Bibliografía

Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003

Castillo P, *Notas Sobre el Procedimientos de Aplicación de Sanciones Disciplinarias en Cárceles*; Revista Electrónica, Centro de Estudios de Derecho Penitenciario, Año 1/N°1/2011, Lima

Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, eds., La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos: Manual para el personal penitenciario, 2002

Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa, Informe 2011/España

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, 2008

Foucault M, Vigilar y Castigar - Nacimiento de la prisión. Buenos Aires: Siglo XXI, Argentina 2002

Grassian Stuart, "Psychiatric effects of solitary confinement", Journal of Law and Policy, vol. 22, 2006

Lona C, Jurisprudencia Constitucional Penitenciaria en España,

Pascual S, El Poder Disciplinario Intramuros, Revista Pensar en Derecho, UBA, Argentina

Espinoza Rausseo, Alexander: Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Segunda parte). Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica – REDIAJ Nº 10. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, Abril 2017, pp. 828-891
http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/828-891.pdf

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Tercera parte). El uso de la fuerza policial *

Alexander Espinoza Rausseo **

1 Recomendaciones:

- Se recomienda la actualización de la legislación que regula la actuación de los órganos de policía en Venezuela, con el objeto de ajustarla al estándar de protección acorde con la Constitución y el derecho comparado;

- Se recomienda el estudio de la propuesta realizada por la Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, sobre el:

  Anteproyecto de Ley Orgánica de Reuniones y Manifestaciones Públicas. Memorando DIAJ- Nº 075 de 20 de abril de 2016. (DIAJ-DER). Publicado en la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica Febrero-Julio 2016, Nº 1, pág. 132[1]

- Se recomienda el estudio de la propuesta realizada por la Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, contenida en el:

  Informe sobre medidas de intervención policial. Proyecto de reforma de la Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional. Publicado en la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica. Febrero-Julio 2016, Nº 1, pág. 235[2]

---

* Extracto de Espinoza, Alexander: El efecto irradiante del derecho de reunión. Alemania, España y Venezuela. Estudio sobre la teoría del efecto irradiante de los derechos fundamentales en todo el orden jurídico. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, 2015.
Véase también: Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Segunda parte). REDIAJ-9 Marzo 2017, 762-821.
http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/762-821.pdf.
Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Primera parte). REDIAJ-8 Febrero 2017, pp. 307-352
http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/307-352.pdf

** Doctor Iuris y Magister Legum por la Universidad de Passau, Alemania. Profesor Instructor de la Universidad Central de Venezuela

[1] http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/lormp.pdf

[2] http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/medidas.pdf

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

2 El uso de la fuerza policial en Alemania

2.1 La intervención de las fuerzas armadas en la prevención de peligros

Las amenazas de la seguridad interna, por parte del terrorismo internacional han dado lugar a la controversia acerca de, sí y en qué medida las fuerzas armadas pueden intervenir en la prevención de peligros. De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 87ª y 35 de la Ley Fundamental, el combate del terrorismo dentro del territorio no es tarea de las fuerzas armadas, sino de la policía, por lo que no sería admisible tal intervención. Excepcionalmente, en determinadas situaciones de emergencia puede admitirse la intervención interna de las fuerzas armadas, como en el caso de la defensa, en cuyo caso las fuerzas armadas estarán autorizadas para proteger objetos civiles y asumir tareas de regulación del tráfico, o para prevenir un peligro inminente para la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, cuando no resultaren suficientes las fuerzas de la policía y del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras, el Gobierno Federal podrá utilizar las Fuerzas Armadas para apoyar a la policía y al Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras en la protección de objetos civiles y para luchar contra sediciosos organizados y militarmente armados. [3]

[3] Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 64

2.2 La coerción directa

Ejercicio: Construcción de la instalación de energía atómica de Gorleben

Los recurrentes participaron en una manifestación de grandes dimensiones, en el área de construcción de una instalación de energía atómica. Luego que el organizador de la reunión dio por terminado el evento, permanecieron los recurrentes en el lugar de la reunión. Unas 300 a 500 personas intentaron forzar las vallas que rodeaban la construcción. La policía requirió en varias oportunidades a través del megáfono que se abandonara el lugar. Una parte de los manifestantes cumplieron voluntariamente la orden. Las restantes personas fueron obligadas con el uso del camión cisterna o lanza-agua de alta presión. Los recurrentes permanecieron detras de una barricada de ramas y troncos. La policía elevó progresivamente la presión del agua, de 8 a 9 hasta 13 bar. Los recurrentes fueron golpeados con el lanza-agua a una distancia de unos 15 metros. Uno de los recurrentes sufrió múltiples hematomas y otro, fracturas múltiples de costillas.[4]

La coerción directa es la aplicación del funcionario de fuerza física, medios auxiliares a la fuerza física o de armas, sobre personas o cosas. Como medios de ayuda se admite el uso de esposas, lanza-agua de alta presión, obstáculos técnicos, perros de servicio, caballos, vehículos, sustancias irritantes y narcóticas, así como sustancias explosivas.[5] De acuerdo con la opinión dominante, la coerción directa no constituye un acto administrativo, sino una actuación material o vía de hecho. El acto administrativo se ubica en la amenaza y en la decisión de llevar a cabo la medida, la cual es ejecutada de forma fáctica a través de la coerción. [6]

El procedimiento se inicia con la elección del medio idóneo y proporcional, el cual debe ser objeto de notificación a los destinatarios de la medida. Sólo cuando la amenaza de aplicar la medida de coerción ha resultado infructuosa, el órgano de policía establece su firmeza y procede a su aplicación. En la

[4] BVerfG Beschluss vom 07. Dezember 1998 - 1 BvR 831/89
[5] Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG)
[6] Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 278

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

medida de las posibilidades la notificación de la medida se produce en forma escrita y contiene un lapso para su cumplimiento.[7]

Los medios de coerción pueden ser aplicados para hacer cumplir determinada acción, omisión o a que se tolere la ejecución de una orden. Ejemplo de ello es el uso del lanza-agua, para la ejecución de la orden de abandonar el lugar, como en el caso de reuniones que han sido disueltas o prohibidas, o el traslado coactivo de un estudiante, para que cumpla el deber escolar.[8]

La amenaza del uso de la fuerza constituye una condición constitutiva de la conformidad a derecho del uso de la fuerza. Se considera un acto administrativo, debido a su contenido normativo. La amenaza del uso de la fuerza dispone una regulación indispensable para la continuación del procedimiento de ejecución. Como consecuencia de su carácter de acto administrativo, la amenaza debe ser comunicada al afectado para ser eficaz, salvo por casos urgentes, frente a un peligro inminente o ya presente, o en casos especiales, tales como el remolque de un vehículo. La amenaza sólo puede ser realizada en los casos en que es admisible el uso de la fuerza.[9]

A diferencia de las normas de procedimientos administrativos, las leyes de policía admiten la amenaza verbal e incluso por otros medios, como por ejemplo, a través del disparo al aire, o mediante la empuñadura del bastón. Además debe darse un tiempo razonable entre la amenaza y la aplicación de la fuerza, dado que la finalidad de la amenaza reside en dar oportunidad al

[7] Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 275
[8] Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 388
[9] Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 972

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

afectado de asumir un comportamiento que haga innecesaria la aplicación de la fuerza.[10]

La ejecución forzosa por medio de coerción directa constituye una afectación del derecho de la integridad física. Tal derecho puede ser objeto de limitación, en base a una ley formal. Las leyes estadales sobre seguridad y orden público,[11] regulan el ejercicio de la ejecución forzosa de actos administrativos que han quedado firmes o cuando el recurso procedente no tiene efectos suspensivos.

El deber de alejamiento, así como la correspondiente orden policial de abandonar el lugar es una consecuencia de la orden de disolución de la reunión. Sólo cuando los participantes no cumplen voluntariamente el deber de alejamiento, son admisibles las medidas de ejecución de la policía.[12]

La elección de los medios de ejecución debe tomar en consideración en primer lugar la existencia de normas especiales y, en su defecto, es aplicable el principio de prohibición de exceso, en el marco del ejercicio del ámbito de evaluación, sujeto al orden jurídico. El órgano de policía debe elegir el medio de coerción que afecte en menor medida al sujeto y a la colectividad. El uso de la fuerza sólo constituiría la *ultima ratio*, frente a otros medios tales como la ejecución sustitutiva, la multa o incluso la prisión.[13]

[10] Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 975
[11] Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG)
[12] OVG Schleswig-Holstein, 14.02.2006 - 4 LB 10/05
[13] Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 389

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

2.3 El uso de medios auxiliares y de armas

Mientras que el uso de armas requiere de una autorización legal expresa, la enumeración de los medios auxiliares no se considera exhaustiva, sino que está referida a los medios más utilizados. Entre ellos, cabe mencionar los bastones, los cuales pueden ser empleados contra brazos y piernas de personas, evitando lesiones graves. Las sustancias tóxicas sólo pueden ser utilizadas cuando la aplicación de la fuerza corporal o de otro medio auxiliar resultaría insuficiente y cuando con ello se logre evitar el uso de armas. Las sustancias tóxicas sólo pueden ser utilizadas frente a tumultos cuando los mismos realicen actos violentos o su realización sea inminente. En ningún caso es admisible la mezcla de sustancias tóxicas con el agua del lanza-agua. Con respecto al lanza-agua, su uso es controversial, aún cuando el Tribunal Federal Constitucional ha considerado admisible su uso frente a tumultos, incluso sin regulación legislativa expresa.[14]

El uso de armas por parte de funcionarios de policía se encuentra regulado en leyes estadales, aún cuando su uniformidad deriva de la existencia de un Proyecto Modelo de Ley de Policía. Mencionaremos al efecto, la redacción contenida en la Ley de Policía de Baden-Württemberg (PolG), [15] la cual dispone que, el uso de armas de fuego sólo es admisible cuando se encuentran dados los presupuestos generales de la aplicación de coerción directa y cuando el uso de la fuerza corporal, así como de los medios auxiliares o las armas no letales ya hubieran sido utilizadas sin éxito o cuando fuera evidente que no serían idóneas. Sólo puede usarse el arma de fuego en contra de

[14] Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 965
[15] Versión del 13.01.1992 modificada por ley del 29.07.2014 (GBl. S. 378)

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

personas, cuando la finalidad policial no puede ser alcanzada por medio del uso del arma contra cosas (§ 53 I). Ello deriva del principio de última ratio. Para determinar tal situación es relevante el criterio objetivo ex-ante.[16]

Un secuestrador abandona el lugar con un rehén, en dirección hacia su vehículo. Los funcionarios realizan un disparo de advertencia, que no produce ningún efecto en el delincuente. Antes de realizar un disparo a las piernas para dejarlo incapacitado para la huída, el principio de proporcionalidad y las leyes de policía exigen que se intente hacer un disparo hacia los cauchos el vehículo para impedir la fuga. Parte de la doctrina sostiene sin embargo, que un disparo a un vehículo tripulado es equivalente a un disparo contra personas.[17]

Si, a pesar de lo expuesto, es admisible el uso de armas contra personas, el mismo sólo se justifica con el objeto de inutilizar al sujeto para impedir la agresión o la huída. Con ello se excluye, en principio, la posibilidad del uso de la fuerza mortal. La inutilización para impedir la agresión puede exigir la incapacidad de usar los brazos o piernas, mientras que el impedimento de la fuga puede justificar la afectación de las piernas o de otra forma de locomoción.[18] El uso de armas de fuego es inadmisible en la medida en que exista una alta probabilidad de que puedan resultar afectados terceros no responsables. Esto no es aplicable cuando se trate del único medio para repeler un peligro actual contra la vida.[19] El uso de armas en contra de un tumulto sería por ello inadmisible.[20]

Esquema del ejercicio: Construcción de la instalación de energía atómica de Gorleben

En el caso planteado, el acto administrativo objeto de ejecución consistía en la orden del funcionario de policía, dirigida a los manifestantes, de abandonar de inmediato el lugar. La notificación, mediante el altavoz le daba eficacia al acto administrativo. La orden de desalojo era aplicable al recurrente y el lugar en que se encontraba, estaba comprendido en la orden de desalojo. El acto era de ejecución inmediata, porque se trata

[16] Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 978
[17] Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 978
[18] Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 980
[19] § 53, 2 Ley de Policía de Baden-Württemberg (PolG)
[20] Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 974

de un acto de efectos no suspensivos y el recurso procedente tampoco hubiera tenido efectos suspensivos.
La decisión sobre la aplicación de la coerción directa formaba parte del ámbito de evaluación de la policía. Para ello, se estableció que el desalojo del área inmediata a la construcción era necesario para enfrentar eficazmente la agresión violenta masiva, que ya había producido funcionarios lesionados.
En la elección de los medios de coerción la policía estaba obligada a procurar las consecuencias menos graves y que no condujeran a perjuicios desproporcionados. En el empleo del lanza-agua debió evaluarse el riesgo de lesiones. Ello exigía una forma de aplicación que, al menos, permitiera al afectado la posibilidad de eludir los riesgos de lesiones.
Un medio menos gravoso hubiera podido consistir en cargar a los manifestantes para retirarlos del lugar, pero hubiera sido una vía poco efectiva, para lograr el desalojo inmediato y asegurar la libertad de movimiento de los funcionarios, en su actividad de defensa frente a las agresiones de los manifestantes.
Por otra parte, los recurrentes tuvieron la oportunidad de retirarse voluntariamente del lugar, luego de la previa amenaza y el uso en intervalos del lanza-agua, así como el progresivo aumento de la presión del agua y el efecto del mismo sobre otros manifestantes. [21]

2.4 El uso de la fuerza mortal

Ejercicio: Ley de Seguridad Aérea

Con ocasión de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 fue dictada en Alemania en el año 2005 la Ley de Seguridad Aérea, que disponía lo siguiente:
§ 14 Medidas de Intervención
(1) Con el objeto de impedir un evento especialmente grave, las Fuerzas Armadas de Aviación pueden asediar a aeronaves en vuelo, obligarlas a aterrizar, amenazar con el uso de armas o realizar disparos de emergencia.
(2) Entre varias medidas igualmente admisibles debe emplearse aquella que afecte en menor medida a los individuos o la colectividad. El uso de la fuerza sólo puede ser empleado en el tiempo y proporción en que su finalidad lo exija. La medida no puede conducir a un perjuicio que se encuentre en desproporción con la finalidad perseguida.
(3) El uso de coacción por medio de las armas sólo es admisible, cuando de acuerdo con las circunstancias deba presumirse que la aeronave será empleada en contra de la vida de seres humanos y tal medida constituya la única forma de repeler el peligro inminente

La sentencia del Tribunal Federal Constitucional sobre la ley de seguridad aérea puede servir de directriz para la discusión en torno al uso de la fuerza mortal, especialmente cuando se dirige a la lucha contra el terrorismo. El tribunal declaró la nulidad de la norma que admitía el uso directo de armas en contra de una aeronave, en la que podían encontrarse personas no responsables del atentado. Por el contrario, sería admisible el uso directo de

[21] BVerfG Beschluss vom 07. Dezember 1998 - 1 BvR 831/89, párr. 35

armas de fuego en contra del responsable del peligro contra de vida de otras personas.[22]

2.4.1 El derecho a la vida y a la dignidad humana

El derecho a la vida también constituye un derecho de libertad. Con este derecho se protege frente a injerencias estatales la existencia físico-biológica de toda persona desde el momento de su concepción hasta la muerte, con independencia de las circunstancias vitales de cada uno, su situación física y psíquica. Toda vida humana es como tal igualmente valiosa. Aunque en el ordenamiento de la Ley Fundamental supone un valor superior, también este derecho se somete a la reserva de ley. También en el derecho fundamental a la vida puede, por tanto, producirse una injerencia sobre la base de una ley formal del Parlamento. Su presupuesto es que la ley respectiva responda desde todo punto de vista a los requisitos de la Ley Fundamental. Debe haber sido aprobada de conformidad con el reparto de competencias, no puede afectar al contenido esencial del derecho fundamental y no puede contradecir las decisiones básicas de la Constitución.[23]

Esquema del Ejercicio Ley de seguridad aérea (Parte I)

La orden de ataque directo con uso de armas contra el avión que ha producido el incidente aéreo se basa en el supuesto que el avión hubiera sido convertido en arma de ataque por quienes lo han hecho caer en su poder, y no meramente como medio auxiliar en la comisión de un hecho dirigido contra la vida humana. En esta situación extrema, los pasajeros y la tripulación no pueden influenciar sus circunstancias vitales. Esto los convierte en objeto no sólo de los autores. También el Estado los trata como mero objeto de su acción de protección de otros si en esta situación adopta la medida defensiva del § 14 párr. 3 LuftSiG. La tripulación y los pasajeros del avión no pueden escapar a esta actuación del Estado sobre la base de circunstancias que en absoluto pueden dominar, sino que se les disparará intencionalmente al mismo tiempo que al avión y a consecuencia de ello, encontrarán la muerte. Tal tratamiento desprecia a los afectados como sujetos con dignidad y derechos inalienables. Al utilizarse su muerte como medio para que otros se salven son convertidos en

[22] Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 276
[23] BVerfGE 115, 118/139 Ley de seguridad aérea

un simple objeto, y al mismo tiempo, privados de derechos; al disponerse de sus vidas por parte del Estado se priva a los pasajeros del avión, que como víctimas también precisan protección, del valor que corresponde a todo ser humano por el mero hecho de serlo.[24]

2.4.2 Efectos recíprocos

El derecho fundamental a la vida se somete a la reserva de ley. La ley limitadora debe, sin embargo, por su parte, considerarse a la luz de este derecho fundamental y de la garantía de la dignidad humana, que se vincula estrechamente con él. La vida humana es la base vital de la dignidad humana como principio constitutivo fundamentador y valor constitucional superior. Todo ser humano posee en su condición de persona esta dignidad, sin atención a sus cualidades, su situación física o psíquica, sus capacidades y su estatus social. No se puede privar de ella a nadie. Ello rige con independencia de la duración previsible de la vida humana individual.[25]

El derecho a la dignidad humana prohíbe todo trato de la persona por parte del poder público que ponga en duda su calidad de sujeto, su estatus como sujeto de derecho, faltando al respeto del valor que corresponde a todo ser humano por sí mismo, por el mero hecho de ser persona.[26]

2.4.3 La legítima defensa del funcionario o de un tercero

En opinión de un sector de la doctrina, no sería legítimo prohibir y sancionar el ejercicio de una defensa necesaria.[27] Si bien es admisible que el legislador establezca ciertas limitaciones socialmente adecuadas al ejercicio de la

[24] BVerfGE 115, 118/154 Ley de seguridad aérea
[25] BVerfGE 115, 118/152 Ley de seguridad aérea
[26] BVerfGE 115, 118/153 Ley de seguridad aérea
[27] Erb, Notwehr als Menschenrecht, pág. 595

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

legítima defensa, sin embargo, existen posiciones jurídicas cuyo sacrificio en ningún caso puede considerarse razonable por parte de la víctima. Entre tales bienes jurídicos se encuentra indiscutiblemente la vida, pero también la integridad física o la libertad, cuando se trate de afectaciones graves a las mismas.[28] Tal posición es especialmente sostenida en la doctrina penal.[29]

Una posición intermedia admitiría la aplicación de las causas de justificación, para el enjuiciamiento de la responsabilidad personal del funcionario, pero no para determinar la conformidad a derecho de la actuación del Estado.[30] El funcionario podría hacer uso de la legítima defensa, como decisión personal, pero tal disposición no puede servir de fundamento a un orden del superior jerárquico, ni puede considerarse como una norma atributiva de competencia.[31]

En opinión de otro sector de la doctrina, las normas de legítima defensa y de estado de necesidad, en derecho civil y penal, están destinadas a regular relaciones entre particulares.[32] Tales normas no establecen facultades para los órganos de policía y orden público y no cumplen por ello los requisitos de la reserva legal en cuanto a la configuración de competencias de los órganos del poder público. Las actuaciones de los órganos de policía equivalentes a una legítima defensa o a un estado de necesidad deben encontrarse estable-

[28] Erb, Notwehr als Menschenrecht, pág. 597
[29] Referencias en Jäger, Examens-Repetitorium, pág. 96; Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo I, pág. 658; BGHSt 27, 260 – bloqueo de contactos
[30] Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 278
[31] Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 983
[32] Kutscha, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt, pág. 803; Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 103

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

cidas en normas especiales o en la cláusula general de protección de la seguridad y el orden públicos.[33]

Si bien es cierto que el funcionario de policía, como todo ciudadano, puede hacer uso de tales mecanismos de defensa, sin embargo, en ejercicio de sus funciones, por ejemplo en la intervención de un comando especial en una situación de rehenes, no actúa el funcionario como un particular, sino inmerso en la línea de órdenes jerárquicas del Ejecutivo que se eleva hasta el Ministro competente en la materia. La admisibilidad del uso de la fuerza mortal en base a la defensa del patrimonio o la libertad de la víctima constituiría una evasión de la exhaustiva regulación de la legislación de policía y de sus elevadas condiciones de proporcionalidad y ponderación de bienes,[34] pero sobre todo constituiría una infracción a la prohibición expresa de las disposiciones legales sobre la materia, tal como la contenida en el artículo 73 de la Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía venezolano.

La materia de las causas de justificación permite la corrección de las reglas de aplicación general en casos que no podían ser previstos por el legislador. Se trata, de circunstancias extraordinarias en las cuales la aplicación de una sanción podría dar lugar a una situación injusta en el caso concreto, es decir, a un sacrificio particular que exceda lo razonablemente exigible.

En nuestro criterio, el problema puede ser abordado con ayuda de los criterios que han sido desarrollados para establecer el legitimado pasivo de demandas por responsabilidad de declaraciones emanadas de funcionarios

[33] Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 103
[34] Kutscha, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt, pág. 803

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

públicos. Para ello, debe determinarse si el funcionario ha realizado una actuación en su condición de servidor público o como ciudadano. En la jurisprudencia se tiene como punto de partida, la presunción que tales pretensiones deben ser dirigidas en contra de la institución y no en contra del funcionario personalmente. Una excepción a la presunción de la imputación al Estado deriva de la naturaleza especial de la afectación. Dejando a salvo la responsabilidad del Estado, la actuación del funcionario puede ser atribuida directamente al funcionario, cuando en el caso concreto predominan los elementos personales, sobre el ejercicio del cargo.

En base a tales criterios, la actuación del funcionario se rige, en principio por las normas de derecho de policía y no por las causas de justificación de todo ciudadano. Sólo cuando el funcionario se encuentre en una situación, en la que predominan los elementos personales, como por ejemplo cuando, en una situación de tumulto queda aislado sin el respaldo del cuerpo de policía, entonces se trata sólo de defender su vida e integridad física y no ya del ejercicio de la función policial.

2.4.4 La facultad legislativa expresa

El uso de las armas, con la finalidad de quitarle la vida a una persona, esto es, ya no sólo con el objeto de impedir la agresión o la fuga, constituye la afectación de mayor gravedad en el derecho fundamental de la persona, por lo que requiere de una habilitación legislativa igualmente clara y determinada. No sería suficiente una norma que habilita la competencia para el uso de

las armas, sino que es preciso que haga referencia a la situación del uso de la fuerza mortal.[35]

El uso de la fuerza por parte de funcionarios de policía se encuentra regulado en leyes estadales. Un disparo que con alta probabilidad pueda resultar mortal sólo es admisible, cuando constituye el único medio para repeler un peligro actual contra la vida o un peligro actual de lesión grave de la integridad física. Las armas de fuego sólo puede ser utilizadas en contra de una multitud, cuando de la misma se producen hechos punibles o cuando los mismos sean inminentes y los medios de coerción en contra de individuos no sean idóneos.[36]

2.4.5 El principio de idoneidad

La posibilidad de justificar el uso de armas que resulte capaz de quitarle la vida a una persona sólo es admisible en el marco de la policía preventiva, es decir, de protección de la seguridad y el orden públicos, y en ningún caso, en el marco de la persecución penal. En efecto, las normas del proceso penal que habilitan el uso de las armas no comprenden la facultad para hacer uso de la fuerza mortal. El disparo en contra de un delincuente que emprende la huída no se encuentra entonces justificado por las leyes de policía.[37]

El principio de idoneidad también constituye un límite que impide la escogencia de determinadas medidas. El uso de la fuerza mortal no se encuentra

[35] Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 984
[36] § 54, 2 y 3 Ley de Policía de Baden-Württemberg (PolG)
[37] Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 987

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

justificado cuando probablemente no impida eficazmente la afectación a los bienes jurídicos protegidos.

El uso de armas de fuego destinado a causar la muerte de un secuestrador no constituiría un medio eficaz para proteger la vida de las víctimas del secuestro, en la medida en que exista la posibilidad que el secuestrador no muera de inmediato y que aún pueda quitarle la vida o lesionar gravemente a los secuestrados. Por tal motivo, incluso desde la perspectiva ex-ante, en el momento en que se desarrollan los hechos, la idoneidad de esta medida para salvar la vida de los secuestrados es muy cuestionable.[38]

En todo caso, dado el carácter irreversible e irreparable del uso mortal de la fuerza, su ejercicio sólo podría encontrarse justificado cuando exista certeza con anterioridad al hecho, acerca de la existencia de un peligro actual e inminente para el funcionario o un tercero, así como de la responsabilidad de la persona sobre el peligro inminente.

Las leyes de policía establecen que es inadmisible el uso de las armas cuando exista la elevada posibilidad de que terceros no participantes resulten afectados, especialmente en el caso de una multitud de personas. No participantes son aquellas personas frente a las cuales no se encuentran dados los supuestos para el uso de las armas.[39]

Esquema del Ejercicio: Ley de seguridad aérea (Parte II)

En el caso de un eventual secuestro de una aeronave no siempre se pueden comprobar con la certeza necesaria los presupuestos fácticos necesarios para la orden y ejecución de la medida.[40] El peligro en la aplicación del § 14 párr. 3 LuftSiG consiste, pues, en que la orden de derribo sobre la base de hechos no confirmados se produce demasiado pronto, cuando el empleo de fuerza armada se adopta en el marco temporal existente a disposición. En otras palabras, se tendrá que reaccionar a menudo desproporcionadamente por exceso .[41] Sería absolutamente inaceptable en el ámbito de vigencia del derecho a la dignidad humana, sobre la base

[38] Kutscha, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt, pág. 802; una posición distinta, en Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 981
[39] Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 990
[40] BVerfGE 115, 118/154 Ley de seguridad aérea
[41] BVerfGE 115, 118/155 Ley de seguridad aérea

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

de una habilitación legal, privar de la vida dolosamente a personas inocentes que, como la tripulación y los pasajeros de un avión secuestrado, aceptando incluso tales imponderables.[42]

2.4.6 La existencia de un peligro actual e inminente para el funcionario o un tercero

En principio, el deber de protección de la vida supone que la mínima posibilidad de la amenaza a la vida de la víctima puede servir de justificación al ejercicio legítimo de su defensa.

> En una situación de secuestro puede afirmarse que generalmente se encuentra en peligro la vida de la víctima. Aún cuando no exista certeza de si la víctima se encuentra con vida o si ha sido dejada en libertad puede admitirse que la presunción calificada del peligro actual es suficiente para justificar ciertas medidas policiales, distintas del uso mortal de la fuerza.[43]

Sin embargo, el uso de la fuerza mortal, constituye una medida cuyas consecuencias tienen el carácter definitivo e irreversible de la muerte. Una medida de tal naturaleza tiene carácter extraordinario, solamente admisible en casos extremos. En el análisis de fondo, todos los elementos constitutivos de la causal de justificación deben encontrarse dados en su nivel máximo. En cuanto al elemento relativo a la existencia de un peligro actual e inminente para el funcionario o un tercero, sólo puede considerarse como tal el mayor grado posible de presunción de la existencia del peligro, esto es, que exista certeza de su existencia.

2.4.7 La responsabilidad de una persona sobre el peligro inminente

La justificación de las medidas coercitivas (distintas al uso de la fuerza mortal) de la policía preventiva deben estar dirigidas fundamentalmente frente

[42] BVerfGE 115, 118/156 Ley de seguridad aérea
[43] Haurand/Vahle, Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen, pág. 513

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

al perturbador y sólo excepcionalmente frente a terceros.[44] Tales medidas pueden ser aplicadas fundamentalmente frente al sujeto sobre el cual existen fundados indicios de la comisión del hecho. Si se establece posteriormente que tal sospecha era infundada, ello no afecta la conformidad a derecho de la medida, por cuanto su análisis debe ser realizado de acuerdo con los elementos disponibles en el momento de la intervención policial, esto es, una evaluación *ex-ante* de la situación.[45]

En el caso extremo del uso mortal de la fuerza, los elementos que justifican la medida deben ser llevados al máximo exigible. El uso de la fuerza mortal no sería admisible en personas distintas del agresor. Es decir que sólo podría encontrarse justificado por la legítima defensa, pero no por un estado de necesidad.

Únicamente cuando exista *certeza* acerca de la responsabilidad del agresor puede ser considerada justificada una medida de tal naturaleza. Ello no resulta contrario al principio de presunción de inocencia, en razón de que no se trata de la imposición de una sanción sino de la protección frente a una situación de peligro.[46] Si se establece posteriormente que tal sospecha era infundada, ello no afecta la conformidad a derecho de la medida, por cuanto su análisis debe ser realizado de acuerdo con los elementos disponibles en el momento de la intervención policial, esto es, una evaluación ex-ante de la situación.[47]

[44] Al efecto, son aplicables las consideraciones hechas antes, relativas a la diferencia entre el estado de necesidad y la legítima defensa.
[45] Haurand/Vahle, Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen, pág. 513
[46] Haurand/Vahle, Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen, pág. 513
[47] Haurand/Vahle, Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen, pág. 513

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

La responsabilidad del autor del peligro debe ser inmediata, es decir, que debe tratarse de la causa directa del peligro y no la causa remota de un eventual peligro que dependa de la participación de factores externos a la voluntad del sujeto. Además, el principio de actualidad supone que el sujeto contra quien se dirige la medida de coerción aún tenga el control de los efectos que se pretenden repeler y exista una obligación legal de su parte para hacerlos cesar. Si, por el contrario, los propios órganos de seguridad del Estado pueden impedir que se produzca el daño, tal remedio podría constituir una medida menos gravosa y por lo tanto de aplicación preferente, en los términos del principio de necesidad.

2.4.8 El principio de necesidad

En un caso de secuestro pueden ser realizadas negociaciones intensivas con el secuestrador, con el objeto de procurar que abandone su objetivo o incluso en determinados casos, el consentimiento de sus demandas como precio para la liberación de las víctimas. La persecución del delito sólo quedaría temporalmente suspendida, pero no abandonada.[48]

2.4.9 El principio de proporcionalidad

La aplicación de una medida por parte de los órganos de seguridad ciudadana, que seguramente sea capaz de producir la muerte de una persona es sólo admisible cuando constituya la única forma de repeler un peligro actual e inminente de la vida de la funcionaria o funcionario policial o de un tercero u otro bien jurídico, cuyo sacrificio no pueda ser razonablemente exigible al

[48] Kutscha, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt, pág. 802

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

funcionario. En situaciones extraordinarias, para impedir que se produzcan resultados injustos, más allá de lo razonablemente exigible, podría admitirse que en determinados casos, se encuentre justificado el uso mortal de la fuerza por funcionarios de policía para brindar protección a posiciones jurídicas irrenunciables, tales como una grave afectación de la integridad física o la libertad.[49]

Cierto que la vida de un agresor, por ejemplo, un secuestrador despiadado, no tiene un valor inferior a la vida de la víctima del secuestro. Sin embargo, frente a la alternativa entre permitir la muerte de la víctima o impedirla a través de la muerte del secuestrador, debe el Estado poder decidirse por la última opción.[50]

Como hemos señalado, en general, la legítima defensa no exige una exacta proporcionalidad entre el daño que amenaza a quien hace uso de la defensa y los daños infligidos al agresor para hacer cesar la amenaza. En efecto, se admite el sacrificio de importantes bienes jurídicos del agresor, incluso hasta la vida. En la doctrina penal se afirma, en principio, la renuncia del principio de proporcionalidad en la legítima defensa. Con ello se alude a la posibilidad de considerar justificada una medida de defensa que cause daños al agresor mucho más graves que los que se pretendía impedir.[51] Como justificación se señala que el instituto de la legítima defensa no sólo persigue la protección individual, sino que simultáneamente se basa en la obtención de un fin de prevención general, en el sentido que la defensa activa también

[49] Erb, Notwehr als Menschenrecht, pág. 597
[50] Kutscha, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt, pág. 802
[51] Roxin, Derecho Penal, pág. 609

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

produciría efectos intimidatorios eficaces, con lo cual puede afirmarse el orden legal, aún en los casos en que no estén presentes los órganos estatales para realizar la defensa.[52]

Es determinante de tal valoración que el agresor ilegítimo hubiera podido evitar las consecuencias del hecho, sólo con abstenerse de realizar la agresión ilegítima.[53] Tal deber de abstención de afectar bienes jurídicos de terceros establecido sobre todo a través de normas penales en nuestro orden jurídico, supone una limitación adecuada al derecho a la libertad general de actuación del perturbador. La inobservancia de tales deberes, sin una causa justa no merece protección por parte del ordenamiento jurídico. Mientras que los bienes jurídicos del agredido, quien no provocó al agresor, merecen mayor protección jurídica.

El principio de proporcionalidad supone una valoración de los bienes jurídicos en conflicto, que tome en consideración todas las circunstancias del caso. El principio P_1 tiene un peso mayor que el principio opuesto P_2 cuando existen razones suficientes para que P_1 preceda a P_2, bajo las condiciones C, dadas en un caso concreto.[54]

Esquema del Ejercicio Ley de seguridad aérea (Parte III)

El precepto impugnado del § 14 párr. 3 LuftSiG supone una injerencia en el ámbito de protección del derecho fundamental a la vida, tanto de la tripulación y los pasajeros del avión afectado, como de aquellos que quieren utilizar el avión como un arma en contra de la vida humana. El uso de armas contra un avión lleva en la práctica siempre a su derribo, lo cual tiene como consecuencia, con una probabilidad rayana en la cer-

[52] Roxin, Derecho Penal, pág. 608
[53] Erb, Notwehr als Menschenrecht, pág. 593
[54] Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, pág. 93

teza, la muerte de todos sus ocupantes.[55]
La afectación del derecho a la vida de la tripulación y los pasajeros del avión secuestrado no pueden encontrarse justificado por la necesidad de proteger a otras personas inocentes, incluso tomando en consideración que se trate seguramente de un número menor de personas que las eventualmente afectadas por uso del avión como arma terrorista. Tampoco constituye justificación suficiente de la afectación del derecho a la vida, el argumento según el cual estas personas tienen en la situación concreta pocas probabilidades de salvar la vida.
Distinto es el resultado con respecto a los secuestradores de la aeronave, quienes pretenden utilizar el avión abusivamente como arma.[56] La valoración del derecho a la vida de tales personas debe tomar en consideración el ejercicio de una conducta antijurídica y culpable. Se corresponde con la posición subjetiva del atacante que se le imputen personalmente las consecuencias de la conducta que ha decidido adoptar y se le haga responsable por los hechos que ha puesto en marcha. Por este motivo, no se le infringe su derecho al respeto de la dignidad humana que también a él le corresponde.
El derribo del avión supone, de acuerdo con el resultado de la ponderación general entre la gravedad de la injerencia en derechos fundamentales que con él se relaciona y el peso de los bienes jurídicos a proteger, una medida defensiva adecuada, exigible a los afectados, cuando existe la certeza de que se dan los presupuestos típicos. Pero éstos sujetos responsables, son los que en su condición de autores han causado la necesidad del ataque estatal, y pueden evitar este ataque en todo momento apartándose de la realización de su plan delictivo.

2.4.10 Ámbito de evaluación de funcionarios de policía

El Tribunal Federal Administrativo ha rechazado la posición sostenida por algunos tribunales de instancia, con respecto al un parámetro de control distinto, para las decisiones de evaluación de los funcionarios de policía. Señaló el tribunal que el único parámetro de evaluación jurídico de la conformidad a derecho de una decisión de evaluación lo constituye un parámetro objetivo, de acuerdo con la norma aplicable y la situación planteada. El resultado no depende de si el funcionario de policía a asumido una decisión urgente, ni de la mayor o menor capacidad de valoración del caso y de juzgamiento, así como tampoco del grado de conocimiento jurídico del funcionario. Tales elementos sólo son relevantes en un proceso de determinación de la responsabilidad del funcionario, en el análisis de la culpa.[57]

[55] BVerfGE 115, 118/140 Ley de seguridad aérea
[56] BVerfGE 115, 118/140 Ley de seguridad aérea
[57] BVerwG Urt. v. 31.01.1967, Az.: BVerwG I C 98.64, párr. 32

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

3 El uso de la fuerza policial en España

3.1 Los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad

La Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad desarrolla en su art. 5.2 los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Entre ellos, el apartado c) dispone que, en el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. El apartado d) establece que solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.

Según señala *Parejo*, el principio de congruencia está referido a la conexión lógica entre el daño riesgo o peligro de daño y la reacción frente a él; mientras que el principio de oportunidad, se refiere a la procedencia o no de la intervención policial en atención a las circunstancia. Sólo se cumplen las exigencias inherentes a la oportunidad de la intervención policial, en caso de existencia de un riesgo o peligro racionalmente grave para la vida o la integridad física, bien sea de los propios agentes o de terceras personas; o en

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

caso de suposición válida de grave riesgo o peligro para la seguridad ciudadana.[58]

El Tribunal Supremo ha establecido que, los agentes de la autoridad tienen no solo la facultad, sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva, con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un gran daño, inmediato e irreparable, pero al mismo tiempo, rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.[59]

3.2 La protección en el derecho penal frente al exceso policial

3.2.1 El delito contra la integridad moral

El delito contra la integridad moral requiere los siguientes elementos: a) el sujeto activo tiene que tratarse de funcionario público o autoridad, ya que en caso contrario la ley prevé la sanción por la vía del art. 173 C.P. 1995, si bien este último precepto refuerza la acción infligiéndose un trato degradante, adjetivación que no se predica del acto comisivo en este delito, aunque puede considerarse implícito; b) en cuanto a la acción, el sujeto activo tiene que abusar de su cargo, lo que significa un comportamiento extralimitativo, prevaliéndose de su condición pública, lo que produce una cierta intimida-

[58] Parejo, La seguridad ciudadana y el orden público, pág. 102
[59] STS 6591/2007 Fj 9

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

ción para la consecución de sus fines y de sensación de impunidad en su comportamiento; c) el resultado consiste en atentar contra la integridad moral de una persona. Derecho a la integridad moral reconocido en el art. 15 C.E.; y d) los hechos no pueden ser constitutivos del delito de torturas, lo que le confiere un carácter residual[60]

Si bien es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral, no lo es menos que las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos, y en el art. 15 C.E. permiten acotar un quebranto para la seguridad jurídica y para el principio de taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de integridad moral, dado que ésta - como manifestación directa de la dignidad humana- comprende todas las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, de suerte que cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que, sin causar lesión y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad, causa humillación, quebranto degradante de tales componentes personales a través de dichos efectos y con finalidades distintas de las comprendidas en el art. 174, presuponga, fuerce o competa al agredido o sufridor de aquéllos a actuar en una determinada dirección contra su voluntad o conciencia, encajaría en el precepto cuestionado, dado que, aunque lo sea con carácter residual, en el mismo se tipifica un delito especial impro-

[60] STS 8266/2011 Fj 4

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

pio, implícitamente definido en las determinaciones precedentes y concurrentes en el supuesto enjuiciado, dadas las circunstancias.[61]

3.2.2 El derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes

Los tres comportamientos absolutamente prohibidos por el art. 15 CE se caracterizan por la irrogación de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente. Cada tipo de conducta prohibida se distingue por la diferente intensidad del sufrimiento causado en una escala gradual cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante, para cuya apreciación ha de concurrir un umbral mínimo de severidad. Tales conductas constituyen un atentado frontal y radical a la dignidad humana, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo.[62]

Dado que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la ley del ejercicio del poder propias de un Estado de derecho, su prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas. Por ello, tal prohibición se configura en la Constitución española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para

[61] STS 8266/2011 Fj 4
[62] STC 34/2008, de 25 de febrero Fj 5

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales.[63]

Una denuncia, que comprendía golpes en la cabeza contra un automóvil durante la detención, agresiones "por todo el cuerpo" en el calabozo y, en particular, una "patada en las partes genitales", que habría provocado al detenido vómitos durante media hora, alcanzaría la gravedad suficiente para constituir los tratos inhumanos o degradantes que prohíbe el art. 15 CE.[64]

3.2.3 La investigación diligente de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes

El Tribunal Constitucional ha establecido que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende un derecho incondicionado a la apertura y plena substanciación del proceso penal, sin embargo, cuando se alega que la infracción penal consistió en la vulneración de derechos fundamentales, las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva son distintas y más estrictas, "reforzadas". Tal cosa sucederá, significativamente en el caso de una demanda de protección penal del derecho a no padecer torturas ni tratos inhumanos o degradantes. Estamos en estos casos ante decisiones judiciales "especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación.[65]

[63] STC 34/2008, de 25 de febrero Fj 5
[64] STC 34/2008, de 25 de febrero FJ 8
[65] STC 34/2008, de 25 de febrero Fj 2

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

En tales supuestos el art. 24.1 CE exige, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego. De este modo, es perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, por recoger las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas.[66]

El derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE.[67]

Si la gravedad es la primera de las características de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes que importa destacar en orden al análisis de la suficiencia y de la efectividad de la tutela judicial que ha de seguir a su denuncia, constituye la segunda característica la difícil detectabilidad y persegibilidad de este tipo de conductas. A su natural comisión en una situación de clandestinidad se une el hecho de que, al menos en su configuración histórica, en su realización más habitual y en la definición que procuran el art. 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, in-

[66] STC 34/2008, de 25 de febrero Fj 3
[67] STC 34/2008, de 25 de febrero Fj 4

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

humanos o degradantes, y el art. 174 del Código penal, la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son conductas que se realizan en el seno del poder público y que cuentan por ello con los resortes del mismo para potenciar esa opacidad. A las dificultades probatorias de este hecho para la persona que denuncia haber sido objeto de torturas o de tratos inhumanos o degradantes ha de sumarse la existencia de técnicas de aflicción de sufrimientos que no dejan huella en el cuerpo del maltratado, así como la peculiar situación psicológica de inferioridad, humillación y desesperanza que dificulta una denuncia de su parte.[68]

Se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial. Por lo mismo en un supuesto de valoración judicial de las declaraciones de unos acusados que habían sufrido previamente torturas y malos tratos, el Tribunal Constitucional consideró que resulta exigible una "diligencia reforzada del órgano judicial" no sólo "a la vista de los derechos fundamentales en juego" y "de la gravedad de la vulneración", sino también "de la absoluta necesidad de tutela de los mismos en ese contexto".[69]

La tutela judicial será así suficiente y efectiva ex art. 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria. Vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que

[68] STC 34/2008, de 25 de febrero FJ 5
[69] STC 34/2008, de 25 de febrero FJ 6

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas. En suma, "respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral".[70]

Para valorar si existe una sospecha razonable de tortura, o de trato inhumano, o de trato degradante, y si tal sospecha es disipable, lo que convertiría en inconstitucional ex art. 24.1 CE el cierre de la investigación, es necesario tomar en consideración las circunstancias concretas de cada caso en el contexto propio de este tipo de denuncias y de la instrucción a la que dan lugar:[71]

a) Se ha de atender así, en primer lugar, a la probable escasez del acervo probatorio existente en este tipo de delitos clandestinos que, por una parte, debe alentar la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otra, abunda en la dificultad de la víctima del delito de aportar medios de prueba sobre su comisión.

[70] STC 34/2008, de 25 de febrero FJ 6
[71] STC 34/2008, de 25 de febrero FJ 7

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

b) El derecho a la tutela judicial efectiva no resulta vulnerado si el órgano judicial decide no abrir la investigación o clausurar la iniciada porque la denuncia se revele como no demostrable o la sospecha como no razonable.

c) Constituye también una exigencia de racionalidad que la valoración del testimonio judicial del denunciante, que es un medio de indagación particularmente idóneo de las denuncias por tortura o por tratos inhumanos o degradantes, y de sus declaraciones previas ante los médicos, la policía o los órganos judiciales repare en que "el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva".

El detenido fue trasladado en dos ocasiones al hospital y que en los partes médicos correspondientes se consignan ciertos dolores y contusiones. En su primera visita al hospital, en la misma noche de su detención y antes de recibir asistencia letrada, el recurrente manifestó al Médico que le atendía que había sido golpeado, y que poco después realizó sus manifestaciones de denuncia. Las sospechas de veracidad de los hechos denunciados pueden no ser contundentes, pero sí, en lo que importa al juicio constitucional, suficientes para que deba perseverarse en la indagación.[72]

3.3 Causas de justificación

3.3.1 El cumplimiento de un deber y ejercicio legitimo de un derecho, oficio o cargo

Es doctrina jurisprudencial consolidada, la que establece que la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legitimo de un derecho, oficio o cargo constituye una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales puede verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimientos de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible. Natural-

[72] STC 34/2008, de 25 de febrero FJ 8

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

mente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicos sucede, para salvar la oposición deben tenerse en cuenta exigencias que garanticen que el ejercicio de derechos, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada.[73]

Según el tribunal, tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio legitimo de un derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar justificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que, es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso y alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad.[74]

Por ello la eximente prevista en el art. 20.7 CP requiere, con carácter general, la concurrencia de los siguientes requisitos: 1- que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo. 2- que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente. 3- que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque sin tal violencia, no le fuere posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe, esto es que concurra un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza. Si falta cualquie-

[73] STS 8273/2006 Fj 5
[74] STS 6591/2007 Fj 9

ra de estos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de la eximente nº 7 art. 20, no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta. 4- que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto). 5- Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública. No se requiere que el desencadenante de la acción del funcionario sea una agresión ilegitima bastando con que el agente se encuentre ante una situación que exige intervención para la defensa del orden público en general o para defensa de intereses ajenos por los que deben velar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y que se acepta la eximente putativa.[75]

3.3.2 La violencia concreta utilizada

Ejercicio 62: Rodolfo, Constanza y Estíbaliz

Sobre las 5:15 horas Rodolfo, Constanza y Estíbaliz, caminaban en compañía de Andrés, cuando Rodolfo comenzó a simular unos ladridos dirigiéndose a los ocupantes de una furgoneta de la Ertzaintza con ánimo despectivo, razón por la cual el vehículo policial se detuvo. Desde dentro del mismo uno de los Ertzaina preguntó a los acusados sobre las razones de los ladridos proferidos, a lo que Rodolfo contestó diciendo, "¿te molesta que te ladre?, pues entonces no salgas de casa". Del mismo modo las acusadas Estíbaliz y Constanza dirigieron a la dotación policial frases tales como "Chulos de mierda" ó "si os ha ladrado, por algo será, aunque la cabeza no os da para entenderlo", lo que originó que los Ertzaina descendieran del vehículo con el objeto de proceder a la identificación de los acusados. Dado que Rodolfo no sólo hizo caso omiso al requerimiento policial de identificarse, sino que intentó abandonar el lugar, el Ertzaina Donato, le asió de un brazo con objeto de evitar su marcha, momento en el que el acusado comenzó a forcejear y a lanzar golpes contra él asiéndole finalmente del cuello, mientras que Constanza y Estíbaliz agarraban igualmente al agente del pelo y de la ropa. En ese momento, el resto de componentes del operativo policial, a excepción

[75] STS 8273/2006 Fj 5; STS 277/2010 Fj 1; STS 6591/2007 Fj 9; STS 1434/2013 Fj 10

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

del agente D. Inocencio, rodearon al grupo y con el fin de reducir a los agresores hicieron uso de sus defensas de goma, y en ese contexto el Agente Constantino, con ánimo de causar daño físico, golpeó con la citada porra en la espalda a Rodolfo y con idéntica intención e igual objeto golpeó asimismo a Constanza en la boca. Igualmente Estíbaliz fue golpeada en la cabeza por alguno de los cuatro agentes policiales, causándosele lesiones en el pabellón auricular y región retroauricular derecha.[76]

> No es sitúable en el mismo plano la persecución de quien ha cometido un grave delito que la represión in situ de comportamientos leves. Por ello se ha distinguido entre la necesidad de actuar violentamente entendida en "abstracto" y la considerada en "concreto", de tal manera que cuando no existe la primera no cabe hablar ni de eximente completa ni de incompleta, mientras que en la otra sí cabe apreciar esta última.[77] La proporcionalidad en el empleo de la fuerza no es solo una cuestión aritmética de contar agresiones y agredidos. Lo decisivo es comprobar si hipotéticamente ubicados en tal situación se revela como imprescindible el uso de las defensas de esa forma o aparecen con facilidad otras alternativas menos lesivas mediante las cuales se alcanzaban los mismos resultados.[78]
>
> El simple blandir la defensa aparecía ya como una forma disuasoria que seguramente hubiera sido suficiente, solo sí en una escalada progresiva los tres implicados hubiesen incrementado su resistencia resultando insuficientes esos otros medios, cabría pensar en la legitimidad de un uso.[79]

Esquema del ejercicio: Rodolfo, Constanza y Estíbaliz

En el caso presente nos encontramos con una dotación policial compuesta por 6 agentes y un grupo de cuatro personas, de las que una no intervino en los hechos y dos de ellas eran mujeres. Por ello, al tratar de dilucidar si para reducir a las tres personas era indispensable golpear con las defensas con tanta intensidad

[76] STS 6591/2007
[77] STS 6591/2007 Fj 9
[78] STS 6591/2007 Fj 9
[79] STS 6591/2007 Fj 9

como para producir en una de ellas lesiones graves del art. 150 CP. si puede compararse la complexión física de los intervinientes. Y resulta que la preparación profesional y potencia física de al menos, cinco Ertzainas, era lo suficientemente superior como para haber podido reducir a tres personas, dos de ellas mujeres, desarmadas, sin necesidad de usar directamente la defensa con golpes directos de especial intensidad. Por ello, eran factibles otras formas de cumplir ese deber que no implicaban un ataque tan grave a la integridad física de los dos lesionados y que hubiera llevado a la inmovilización de los agresores sin necesidad del uso de las defensas y menos dirigiendo los golpes a zonas vulnerables del cuerpo, como la boca en el caso de Constanza.[80]

3.3.3 La incautación de cámara fotográfica

Ejercicio: Plaza de Roma

Los hechos suceden el día 18 de Agosto de 2005, alrededor de las 22:30 horas en el transcurso de los incidentes que se estaban produciendo en la Plaza de Roma, de esta Ciudad, con motivo de la decisión de la Corporación Municipal de construir un Parking en la Avenida Eladio Perlado. Cuando el recurrente observa como el denunciante hace fotografías de los Policías que trataban de restablecer el orden público alterado. Una vez comprobado que no pertenece a ningún medio informativo, sino que se trata de un particular le solicitan la entrega de la cámara y ante su negativa le fue quitada con ayuda de otros agentes.[81]

La Audiencia Provincial de Burgos se pronunció en torno a si un particular puede fotografiar a las Fuerzas de Orden Público, en este caso Policías Municipales cuando intervienen en un lugar público en razón de su cargo, o si, esta actuación del particular no afecta a la esfera privada de las personas. En criterio de la Audiencia Provincial de Burgos, no existe un derecho para obtener imágenes de una persona por medios que posteriormente permitan su posterior difusión sin su consentimiento, esta restricción se vería limitada cuando se trate de evitar o descubrir hechos delictivos o de acontecimientos de interés público y esta actuación se realice al amparo del derecho fundamental de comunicar libremente información veraz, reconocido en el artículo 20.1 d) de la Constitución, supuesto en el debería ponderarse cuál de los dos derechos fundamentales debía prevalecer en su protección, pero ello no

[80] STS 6591/2007 Fj 10
[81] SAP BU 393/2006 Fj 3

ocurre en el supuesto en que el particular no pertenece a ningún medio de comunicación.

Esquema del ejercicio: Plaza de Roma

En criterio de la Audiencia Provincial de Burgos, una vez determinado que la actuación del denunciante de fotografiar a los agentes locales que por razón de su cargo trataban de reprimir los disturbios, y que actuaban a cara descubierta, no estaba amparada legalmente al hacerse sin su consentimiento, la orden dada de que entregase la cámara fotográfica era legítima, toda vez que se desconoce el uso que de esas imágenes de los agentes pudiera hacer el denunciante, y es obvio que por elementales medidas de seguridad tratarán de preservar su imagen ante el ignoto propósito que pudiera guiar a aquél, por lo que el requerimiento para la entrega de la cámara fotográfica es ajustado a Derecho. Ante la negativa del denunciante a hacer entrega de la cámara de fotos ante el requerimiento realizado, el denunciado ayudado de otros agentes le quitaron la cámara a la fuerza, tampoco esta acción sería constitutiva de infracción penal al ser aplicable a la misma la circunstancia eximente recogida en el artículo 20.7 del Código Penal.[82]

3.3.4 El valor de las declaraciones de funcionarios acusados

El tribunal Supremo se ha pronunciado acerca del valor de las declaraciones testificales de un agente de la policía, singularmente en aquellos supuestos en que tal agente esté involucrado en los hechos, bien como víctima -por ejemplo, atentado, resistencia, desobediencia...- bien como sujeto activo -detención ilegal, torturas, contra la integridad moral...-. En estos supuestos no resulta aceptable en línea de principio que las manifestaciones personales del policía tengan que constituir prueba plena y objetiva de cargo destructora de la presunción de inocencia por si misma, habida cuenta la calidad, por razón de su condición de agente de la autoridad de las mismas, y no puede ser así porque cualquier sobre estimación del valor procesal de las declaraciones policiales llevaría consigo de modo inevitable la defraudación de la presunción de inocencia de los sujetos afectados por ellas. De manera que las aportaciones probatorias de los agentes de la autoridad no deberán merecer más valoración que la que objetivamente derive, no del a priori de la

[82] SAP BU 393/2006 Fj 3

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

condición funcionarial de éstos, sino de la consistencia lógica de las correspondientes afirmaciones y de la fuerza de convicción que de las mismas derive en el marco de la confrontación de los restantes materiales probatorios aportados al juicio.[83]

3.4 La legítima defensa del funcionario o de un tercero

Los requisitos legalmente exigidos para la aplicación de la circunstancia eximente de legítima defensa, según el artículo 20.4º del Código Penal , son: en primer lugar, la existencia de una agresión ilegítima, actual o inminente, previa a la actuación defensiva que se enjuicia; en segundo lugar, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler esa agresión, que se integra en el exclusivo ánimo de defensa que rige la conducta del agente; y en tercer lugar, la falta de provocación suficiente por parte del propio defensor.[84]

3.4.1 La agresión actual o inminente

Ejercicio: Homicidio imprudente

El agente acusado había presenciado como en el intento de huida, quienes se comportaban en ese momento como delincuentes, habían intentado atropellarle, teniendo que saltar a un lado para evitarlo, y como seguidamente, tras colisionar contra el vehículo policial, continuaron su marcha. La sentencia de instancia señala en el hecho probado que el acusado, realizó dos disparos en dirección a la rueda posterior derecha del vehículo, que impactaron muy cerca de dicha rueda. Una de las balas topó contra el separador del maletero y el habitáculo del vehículo, desviando su trayectoria en sentido ascendente y yendo hacia el asiento del copiloto del vehículo, Andrés, a quien causó heridas que provocaron su muerte una hora más tarde.[85]

[83] STS 250/2014 Fj 4
[84] STS 277/2010 Fj CUARTO
[85] STS 277/2010

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Como requisitos de la agresión ilegítima, que opera en todo caso como primer e imprescindible requisito de la eximente, se ha señalado que debe ser actual o inminente, pues solo así se explica el carácter necesario de la defensa. No existirá, pues, una auténtica agresión ilegítima que pueda dar paso a una defensa legítima cuando la agresión ya haya finalizado, ni tampoco cuando ni siquiera se haya anunciado su inmediato comienzo.

Esquema del ejercicio: Homicidio imprudente

El funcionario solicita la aplicación de la eximente de legítima defensa. El empleo de tal clase de violencia, no solo contra los bienes, sino también contra la persona del agente de la autoridad, justifica que éste se preparara para hacer uso del arma. Pero al momento de hacer uso del arma ya había pasado el peligro para su vida. Tampoco había motivo alguno para entender que se hubiera iniciado un peligro para un tercero o que, al menos, era inminente de forma que exigiera una actuación defensiva. En esas circunstancias, su reacción se anticipó sin motivo a la aparición de actos que pudieran hacer pensar que la agresión era inminente, por lo que no puede ampararse bajo la legítima defensa

4 El uso de la fuerza policial en Venezuela

4.1 La participación de la Guardia Nacional en el control del orden público

Ejercicio: Caso del Caracazo Vs. Venezuela

El 27 de febrero de 1989 un número indeterminado de personas provenientes de los estratos populares iniciaron una serie de disturbios, que consistieron principalmente en la quema de vehículos destinados al transporte urbano y en el saqueo y la destrucción de locales comerciales, hechos que produjeron cuantiosos daños a propiedades públicas y privadas. El control de la situación se encomendó a fuerzas militares, para lo cual se trajeron del interior del país, aproximadamente nueve mil efectivos. De declaraciones de altos funcionarios se desprende que las fuerzas armadas no estaban preparadas para asumir el control del orden público y los jóvenes que se enviaron, por su juventud e inexperiencia, constituían un peligro para la vida e integridad física de las personas. De igual manera se desprende que dichos jóvenes fueron equipados con armas de asalto para controlar la población civil y vehículos blindados. Los oficiales usaron pistolas de gran potencia. En los casos estudiados existió un patrón común de comportamiento caracterizado por el uso desproporcionado de la fuerza armada en los barrios populares. Dicho comportamiento incluyó el ocultamiento y destrucción de evidencia, así como el empleo de mecanismos institucionales que han asegurado la impunidad de los hechos.[86]

La controversia acerca de la participación de órganos de carácter militar en el control del orden público encuentra una regulación expresa en la constitución. La Constitución de 1999 establece al efecto en su art. 328 que la finalidad de la Fuerza Armada Nacional es la de garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional. El artículo 329 viene a precisar tales principios. El Ejército, la Armada y la Aviación tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las

[86] Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Caracazo Vs. Venezuela Sentencia de 11 de noviembre de 1999 (Fondo)

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación. La Guardia Nacional cooperará en el desarrollo de dichas operaciones y tendrá como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país. La Fuerza Armada Nacional podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley. El art. 332 I dispone que para el cumplimiento de la tarea de mantener y restablecer el orden público, proteger al ciudadano o ciudadana, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales, el ejecutivo nacional debe organizar un cuerpo uniformado de policía nacional de carácter civil.

Estimamos que la interpretación de los mencionados artículos 328 y 332 I de la Constitución permite afirmar una relación de regla a excepción en la participación de la fuerza armada en tareas de protección del orden público. En términos similares al derecho alemán, tal excepción se encontraría justificada por una situación fáctica extraordinaria, que no hubiera podido preverse, en la que la organización de las policías no tuviera capacidad suficiente.[87] De resto, los órganos del Estado, se encuentran obligados a proveer a los cuerpos de policía dotación material y de personal suficiente para las tareas ordinarias y previsibles. La facultad expresa del artículo 329, que habilita al legislador a atribuir a la Fuerza Armada Nacional competencias en materia de policía administrativa y de investigación penal, debe ser entendida en ese marco de subsidiariedad y en ningún caso como una regla general que desconozca la garantía de un cuerpo uniformado de policía na-

[87] También en este sentido, Peña, Manual de Derecho Administrativo. Vol. 3, pág.140

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

cional de carácter civil. En este sentido, el Constituyentista *Antonio Rodríguez*, señaló en el debate que, "la Guardia Nacional tiene la responsabilidad de colaborar en el mantenimiento del orden interno, sin embargo, la función de orden público principal es de la policía civil."[88]

El ejercicio de la competencia de control del orden público por parte de la Fuerza Armada, específicamente la Guardia Nacional requiere de una disposición legislativa expresa. Ello se desprende de la interpretación gramatical de la última frase del artículo 329. Una interpretación distinta es sostenida por el *prof. Peña Solís*, quien sostiene que la expresión "la Guardia Nacional... tendrá como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país", estaría referido al control del orden público, de acuerdo con los criterios expuestos por los Constituyentistas, por lo que no sería necesaria una disposición legislativa atributiva de competencia. [89]

Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley,[90] incluyen la posibilidad de que las autoridades militares ejerzan funciones de policía. Sin embargo, diversos organismos internacionales han advertido que la función normal de las fuerzas armadas de un Estado es defender el territorio nacional contra las amenazas externas (conflictos armados internacionales) y afrontar situaciones de conflicto armado interno (no internacional). Sin embargo, las fuerzas armadas normalmente no están ni formadas ni equipadas

[88] Peña, Manual de Derecho Administrativo. Vol. 3, pág.140
[89] Peña, Manual de Derecho Administrativo. Vol. 3, pág.140
[90] Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

para llevar a cabo esas tareas. Por ende, cuando esas responsabilidades se les confían, es posible que no las ejerzan adecuadamente.[91]

La Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos ha observado que, en la región es recurrente que se proponga, o directamente se establezca, que efectivos militares asuman de seguridad interior a partir del argumento del incremento de los hechos violentos o delictivos. Este tipo de planteos responden a la confusión entre los conceptos de seguridad pública y seguridad nacional, cuando es indudable que la criminalidad ordinaria -por muy grave que sea- no constituye una amenaza militar a la soberanía del Estado".[92] Por tal motivo, ha recomendado la Comisión, establecer en las normas de derecho interno una clara distinción entre las funciones de defensa nacional, a cargo de las fuerzas armadas, y de seguridad ciudadana, a cargo de las fuerzas policiales. En este marco, determinar, que por la naturaleza de las situaciones que deben enfrentarse; por la formación y especialización funcional; y por los antecedentes negativos verificados en la región respecto a la intervención militar en asuntos de seguridad interna, las funciones vinculadas a la prevención, disuasión y represión legítima de la violencia y el delito corresponden exclusivamente a las fuerzas policiales, bajo la dirección superior de las autoridades legítimas del gobierno democrático. [93]

En el Caso del Caracazo Vs. Venezuela, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte que ordene al Estado, como garantía de no-repetición que, incorpore a los programas de estudio en academias militares y policiales asig-

[91] Violencia y uso de la fuerza, Comité Internacional de la Cruz Roja CICR, pág. 39
[92] CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, párr. 103
[93] CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, recomendación específica número 10

naturas relativas a la protección de los derechos humanos e impulse la creación de un organismo de Policía para actuar en seguridad pública con un carácter eminentemente civil.

La Guardia Nacional Bolivariana (GNB), órgano que ha tenido la mayor cuota de responsabilidad en el control de las protestas, es también el organismo sobre el que recaen la mayor cantidad de denuncias debido a los excesos que ha cometido en el ejercicio de estas funciones. Uso desproporcionado de la fuerza, empleo de armas de fuego y sustancias tóxicas en manifestaciones, casos de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes a detenidos, resaltan entre las principales denuncias que víctimas y organizaciones de derechos humanos del país han documentado a propósito de la actuación de este componente de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (FANB), en el marco de las protestas de febrero-mayo 2014.[94]

Esquema del ejercicio: Caso del Caracazo Vs. Venezuela

La Corte Interamericana estableció que no se pueden invocar pretextos de mantenimiento de seguridad pública para violar el derecho a la vida. Las características de los hechos de este caso, revelaron que los cuerpos armados y los organismos de seguridad del Estado no estaban preparados para encarar situaciones de perturbación del orden público mediante la aplicación de medios y métodos respetuosos de los derechos humanos. Es menester impedir a toda costa que vuelvan a repetirse las circunstancias descritas. El Estado debe adoptar todas las providencias necesarias para ello y, en particular, las tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Debe, asimismo, el Estado, ajustar los planes operativos tendientes a encarar las perturbaciones del orden público a las exigencias del respeto y protección de tales derechos, adoptando, al efecto, entre otras medidas, las orientadas a controlar la actuación de todos los miembros de los cuerpos de seguridad en el terreno mismo de los hechos para evitar que se produzcan excesos. Y debe finalmente, el Estado garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, y con respeto a los derechos a la vida y a la integridad personal.[95]

4.2 El uso de la fuerza en reuniones públicas

Ejercicio 66: Juan Francisco

En la denuncia interpuesta por el ciudadano Juan Francisco, se deja constancia de lo siguiente: “fui maltra-

[94] Civilis y otros, Venezuela, Informe Febrero-Mayo 2014, pág. 29
[95] Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Caracazo Vs. Venezuela Sentencia de 29 de agosto de 2002 (Reparaciones y Costas), párr. 127

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

tado físicamente y brutalmente por los Guardias Nacionales (…) por hacer un fogata para alumbrar a las personas que manifestaban (…) yo le dije que el que encabezaba la protesta era mi persona y que yo era el responsable y estaba dispuesto a dialogar del dolor y del problema (…) me propinaron (7) siete peinillazos, puntapiés, culatazos, tengo el cuerpo con marcas de peinillas y casi no puedo caminar a causas de tantos golpes (…). El informe de medicatura forense arrojó como conclusión: Contusiones escoriadas y equimoticas en pared abdominal y muslo izquierdo, con tiempo de curación de 08 días, tiempo de incapacidad de 08 días y de carácter leve.
Consta del informe relacionado con el procedimiento lo siguiente: "En el lugar los manifestantes estaban quemando basura y ramas en la calle, construyeron dos barricadas impidiendo el paso de vehículos y peatones (…) en vista de esto y que la situación se había convertido en una manifestación violenta con actos vandálicos en contra de la ciudadanía y la población (…) se formó una comisión mixta (…) el Stte (GN) JOSE PIÑERO, con sus guardias avanzó por el frente de la manifestación y yo con mis policías avancé por la parte trasera (…) fueron detenidos tres ciudadanos para el momento cuando fueron trasladados al comando policial se encontraban borrachos y se negaron a ser identificados legalmente (…) también fueron trasladados al Centro de Salud de esta población para ser atendidos medicamente (…) motivado a que los mismos manifestaron encontrarse lesionados (…)". [96] [ver el esquema en párr. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**]

La Corte Interamericana ha condenado a la República de Venezuela a: a) adoptar las medidas necesarias para formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; b) ajustar los planes operativos tendientes a encarar las perturbaciones del orden público a las exigencias del respeto y protección de tales derechos, adoptando, al efecto, entre otras medidas, las orientadas a controlar la actuación de todos los miembros de los cuerpos de seguridad en el terreno mismo de los hechos para evitar que se produzcan excesos; y c) garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus cuerpos armados y

[96] Tribunal Tercero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Amazonas ASUNTO PRINCIPAL : XP01-P-2005-000623

de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, y con respeto al derecho a la vida y a la integridad personal.[97]

La Comisión Interamericana ha observado que en el ejercicio del derecho a manifestar pacíficamente, se producen a menudo violaciones a la vida y a la integridad personal, que en muchos casos son consecuencia del uso excesivo de la fuerza estatal venezolana. [98] En relación con los casos de muertos y heridos en el marco de manifestaciones, la Comisión ha reiterado al Estado venezolano que el uso de la fuerza es un recurso último que debe ser utilizado únicamente para impedir un hecho de mayor gravedad que el que provoca la reacción estatal. Por ello, el uso legítimo de la fuerza pública implica, entre otros factores, que ésta debe ser tanto necesaria como proporcionada con respecto a la situación, es decir, que debe ser ejercida con moderación y con proporción al objetivo legítimo que se persiga, así como tratando de reducir al mínimo las lesiones personales y las pérdidas de vidas humanas. De tal forma, el grado de fuerza ejercido por los funcionarios del Estado para que se considere adecuado con los parámetros internacionales, no debe ser más que el absolutamente necesario. [99]

En lugar de establecer parámetros claros que sirvan para prevenir el exceso del uso de la fuerza, la posición adoptada por la Sala Constitucional ha sido la de impulsar la actuación policial. La Sala se pronunció en torno a la con-

[97] Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Caracazo Vs. Venezuela Sentencia de 29 de agosto de 2002 (Reparaciones y Costas), pág. 113
[98] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Democracia y derechos humanos en Venezuela, 2009, párr. 120
[99] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Democracia y derechos humanos en Venezuela, 2009, párr. 133

sulta de, ¿qué facultades en materia de orden público posee el órgano competente si fuesen desobedecidas las limitaciones o condiciones al derecho de manifestar? Observó al respecto que, visto que las policías municipales detentan una competencia compartida en materia del control del orden público, estos organismos de seguridad tienen la obligación de coadyuvar con el resto de los cuerpos de seguridad (policías estadales, Policía Nacional Bolivariana y Guardia Nacional Bolivariana) en el control del orden público que resulte alterado con ocasión del ejercicio ilegal del derecho a la manifestación.[100]

Esquema del ejercicio: Juan Francisco

El Fiscal Cuarto del Ministerio Público con Competencia en Materia de Derechos Fundamentales solicitó al Tribunal el sobreseimiento de la causa. Señaló que el uso de la fuerza pública fue utilizado en base a los principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la Ley. Aunado a ello, los funcionarios de la Guardia Nacional proporcionaron el dialogo con el objeto de que los manifestantes depusieran su actitud. El tribunal consideró que en el caso seguido a los funcionarios concurre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad, razón por la cual acordó el sobreseimiento.
Estimamos que tanto la solicitud del Ministerio Público, como la sentencia judicial no ofrecen una motivación suficiente que permita evaluar si la conducta del manifestante era a tal punto violenta que justificara la actuación policial. El sólo bloqueo de las vías no constituye un peligro al orden público que hubiera justificado la disolución de la reunión. No se establece la existencia de una advertencia previa del uso de la fuerza. Tampoco se hace referencia a una resistencia activa que hubiera justificado el uso de la fuerza física. Por el contrario, el cerco policial y militar por ambos lados de la vía, parece haber impedido la huída de los manifestantes. Las lesiones causadas son indicio del excesivo uso de la fuerza.

4.3 El uso de sustancias tóxicas

Representantes del Ilustre Colegio de Abogados del Distrito Capital interpusieron acción de amparo constitucional contra "...la amenaza cierta e inminente del uso de sustancias tóxicas por parte de la Guardia Nacional, para reprimir y disolver las manifestaciones y marchas pacíficas realizadas por la población venezolana en violación del derecho constitucional a la salud previsto y garantizado en el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...".[101]

[100] SCON-TSJ 24/04/2014 Exp. Nº 14-0277
[101] SCON-TSJ 05/08/2005 Exp. n° 04-0841

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

En Venezuela, el artículo 68 dispone que, se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas. Estimamos que la norma establece una regla estricta que no puede ser objeto de interpretaciones restrictivas o de limitaciones derivadas de la ponderación con otros bienes jurídicos. Tampoco utilizarse el calificativo de "pacífico" para permitir el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones no pacíficas. Tal interpretación gramatical produciría un resultado absurdo, en la que el valor de la norma quedaría reducido a lo obvio, dado que en una reunión pacífica no se justifica ninguna forma de uso de la fuerza, mucho menos medidas tan graves como armas de fuego y sustancias tóxicas. Por el contrario, la garantía constitucional tiene una justificación histórica y debería ser tomada en serio por los poderes públicos, debido al impacto negativo que tiene en la salud de las personas. De allí que, la única interpretación admisible es que en Venezuela existe una prohibición absoluta de uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en manifestaciones.

El Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha advertido que no se debe modificar en modo alguno la composición química del gas con el único propósito de infligir fuertes dolores a los manifestantes, e indirectamente, a los transeúntes. El Relator Especial ha declarado que la utilización de gases lacrimógenos, no distingue entre manifestantes o no manifestantes, ni entre personas sanas o enfermas.[102]

Con ello se alude a un importante argumento en contra del uso de armas en manifestaciones. Además de la evidente consecuencia negativa para el ejer-

[102] Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai. Asamblea General de las Naciones Unidas. A/HRC/20/27 de 21 de mayo de 2012, párr. 35

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

cicio de un derecho fundamental constitutivo de la democracia, debe tenerse presente que el uso de la fuerza sólo puede estar justificado en contra de la persona responsable de la alteración del orden público. Excepcionalmente, puede estar justificada una afectación leve y tolerable de intereses de terceras personas no responsables. Pero en ningún caso puede admitirse la afectación del derecho a la integridad física, a la salud y a la vida de terceros. Sin embargo, no puede esperarse razonablemente que el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en una multitud no afecte a terceros no responsables.

> En la práctica, la garantía constitucional del artículo 68 no ha impedido el uso reiterado de sustancias tóxicas contra manifestantes. Por el contrario, son numerosas las denuncias sobre uso de bombas lacrimógenas vencidas, empleo excesivo de las mismas, y uso dirigido no solo contra quienes participan en las protestas, sino al conjunto de la población civil que transita o reside en las adyacencias de los sitios donde se desarrollan las manifestaciones. Especialmente graves han sido los efectos negativos que el uso excesivo de estas sustancias en lugares residenciales, ocasionan a la población civil.[103]

En una publicación oficial se afirma que, Venezuela cumple con la normativa internacional en el uso de equipos para la contención de manifestaciones violentas. Los funcionarios de seguridad y de orden público del Estado, en el despliegue de sus acciones de contención de la violencia, utilizan estrictamente equipos antimotines permitidos por la normativa nacional e internacional, tales como armas no letales (escudos de resguardo antimotín, gases

[103] Civilis y otros, Venezuela, Informe Febrero-Mayo 2014, pág. 33; Amnistía Internacional, Venezuela: Los derechos humanos en riesgo en medio de protestas, pág. 7; Human Rights Watch, Castigados por protestar, pág. 6; Amnistía Internacional, Venezuela: Los derechos humanos en riesgo en medio de protestas.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

lacrimógenos y perdigones), a fin de reducir al mínimo el riesgo de causar lesiones a las personas.[104]

4.4 El uso de la fuerza mortal como limitación del derecho a la vida

Ejercicio 67: Vehículo Ford Sierra rojo

El ciudadano ÁNGEL ELOY, en su carácter de funcionario del Instituto Autónomo de la Policía del Estado Miranda, se encontraba realizando trabajos de inteligencia inherentes a su cargo, ya que existía la denuncia de que unos ciudadanos que tripulaban un vehículo Ford Sierra rojo se dedicaban al tráfico de estupefacientes en el barrio Aquiles Nazoa de la ciudad de Los Teques. Una vez allí el ciudadano ÁNGEL ELOY y sus compañeros coincidieron con un vehículo de las características señaladas, por lo que procedieron a darle la voz de "alto" y ante la negativa y huida del mismo, los funcionarios dispararon y produjeron la muerte de su tripulante, ciudadano MIGUEL R. [105]

Ejercicio: El ciudadano REINALDO R.

Los funcionarios policiales se encontraban realizando labores de prevención en horas de la madrugada, cuando se les acercó un ciudadano para denunciar que cinco sujetos lo habían despojado de una cadena de oro y dinero en efectivo. Los funcionarios policiales salieron a la captura de los antisociales y cuando vieron a un grupo sospechoso de personas les dieron la voz de alto, pero salieron corriendo y algunos se metieron en el patio de una casa. En ese momento los policías escucharon que les disparaban y ante el temor de resultar heridos hicieron varios disparos y resultó herido el ciudadano REINALDO R., quien falleció posteriormente y después fue reconocido por el denunciante como una de las personas que lo habían despojado del dinero y de una cadena de oro.[106]

Aún cuando la redacción del artículo 43 de la Constitución pareciera excluir la posibilidad de limitación del derecho a la vida, en el sentido que *"el derecho a la vida es inviolable,"* sin embargo, tal limitación es técnicamente practicable, siempre que tal facultad derive de una habilitación legal expresa, que tenga una justificación válida y se ajuste a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.[107]

---

[104] Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, Derechos humanos en revolución y cómo la derecha los viola, pág. 32
[105] SCP-TSJ 25/07/2000 Exp. No:N-00-009
[106] SCP-TSJ 21/12/2000 Exp. N° 00-0955 (AAF)
[107] No compartimos por tanto el criterio, según el cual el derecho a la vida es un derecho absoluto. Así por ejemplo, incidentalmente se sostuvo en SPA-TSJ 21/11/2006 EXP. Nº 2004-1277

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

La afectación del derecho a la vida debe encontrarse establecida por una norma dictada por el Parlamento, de conformidad con el principio de reserva legal. La limitación del derecho a la vida debe encontrarse materialmente justificada, cuando resulte indispensable para proteger otros bienes jurídicos de mayor peso, luego de una ponderación que considere todas las circunstancias del caso.

4.4.1 La previsión legal expresa

No es suficiente una cláusula general, como el deber de los órganos de seguridad ciudadana para brindar protección frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. Más bien, se requiere que la ley establezca claramente en qué casos puede el Estado realizar una conducta capaz de poner en riesgo la vida de una persona. El grado de determinabilidad de una ley de tal naturaleza debe ser proporcional a la gravedad de la limitación del derecho a la vida.[108]

El fundamento legal del uso de la fuerza por parte de funcionarios de policía, al grado de poner en peligro la vida de una persona, se encuentra regulado en el artículo 68 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, según el cual, el uso de la fuerza mortal sólo estará justificado para la defensa de la vida del funcionario o funcionaria policial o de un tercero.

[108] Espinoza, principios de Derecho Constitucional, pág. 157

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

La Ley de Control para la Defensa Integral del Espacio Aéreo establece la facultad de derribar aeronaves en vuelo. El art. 5 de dicha ley establece parámetros amplios, según los cuales toda aeronave en vuelo que infrinja las disposiciones sobre la circulación aérea dentro del espacio aéreo de la República, podrá ser objeto de medidas de interceptación, persuasión o inutilización, en los siguientes casos: 1. Cuando sea designada blanco de interés, por ser desconocida, al incumplir con la normativa en materia de circulación aérea, especialmente por carecer de signos de identificación o plan de vuelo, así como por suministrar datos falsos o desacatar las instrucciones emanadas de tales servicios. 2. Cuando se presuma que el vuelo atenta contra la soberanía nacional o su utilidad tenga conexión con actividades ilegales. 3. Cuando la aeronave sea identificada hostil, por desacatar las medidas de interceptación o persuasión, siendo susceptible de ser objeto de aplicación de medidas de inutilización. En la práctica, a pesar de que el reglamento exige la existencia de peligro grave e inminente a las personas, bienes e instituciones públicas o privadas, tal facultad ha sido aplicada en el caso de aeronaves bajo la sospecha de transportar droga, o por ingresaran "sin autorización" al espacio aéreo venezolano. En 2013 fueron derivadas unas 30 aeronaves.

4.4.2 La protección de la vida como justificación material

La limitación del derecho a la vida debe encontrarse materialmente justificada, cuando resulte indispensable para proteger otros bienes jurídicos de mayor peso, luego de una ponderación que considere todas las circunstancias del caso. Cierto que la vida constituye un *"valor superior del ordena-*

miento jurídico", tal como lo indica el artículo 2 de la Constitución, pero ello no impide su ponderación con respecto a otros bienes jurídicos igualmente valiosos.

El artículo 68 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, según el cual, el uso de la fuerza mortal sólo estará justificado para la defensa de la vida del funcionario o funcionaria policial o de un tercero.

Esquema parcial del Ejercicio: Vehículo Ford Sierra rojo

En el caso narrado no se encontraba en peligro la vida, sino que la medida se encontraba destinada al control de identidad y a la eventual revisión de un vehículo por la sospecha de comisión de un delito de tráfico de estupefacientes. En aplicación estricta del artículo 68 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, según el cual, el uso de la fuerza mortal sólo estará justificado para la defensa de la vida del funcionario o funcionaria policial o de un tercero, la actuación del funcionario debería ser considerado excesivo por cuanto no existía peligro inminente de la vida.

4.4.3 La protección de otros bienes jurídicos

La jurisprudencia había admitido pacíficamente la evaluación de las causas de justificación del artículo 65 del Código Penal, para establecer la antijuridicidad de una muerte ocasionada por funcionarios de policía.[109] El artículo 281 del Código Penal también ha sido considerado como una habilitación amplia para el uso de las armas, por parte de militares en servicio, funcionarios de policía, resguardos de aduanas, o los funcionarios o empleados públicos que estuvieren autorizados para tenerlas o portarlas por las leyes o reglamentos que rijan el desempeño de sus cargos, *"en defensa del orden público"*.

[109] SCP-TSJ 25/07/2000 Exp. No:N-00-009, SCP-TSJ 01/08/2000 Exp. Nro. 93-1089, SCP-TSJ 16/11/2000 Exp. 00-1242

Sin embargo, a partir de la vigencia de la regulación contenida en el artículo 73 de la Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía, equivalente al actual artículo 68 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, el cual limita la justificación del uso de la fuerza mortal exclusivamente a *la defensa de la vida* de la funcionaria o funcionario policial o de un tercero, resulta cuestionable si la defensa de un bien jurídico distinto, por ejemplo el derecho de libertad personal o de propiedad o en general, del orden público, puede servir de fundamento a las eximentes de responsabilidad, a que se refiere el artículo 65 del Código Penal venezolano.

Al respecto, existe controversia en el derecho comparado. A favor de la aplicabilidad de otras causas de justificación, distintas a la protección de la vida, podría señalarse que al igual que el derecho a la vida, también gozan de protección constitucional otros bienes jurídicos irrenunciables, tales como la integridad física, psíquica y moral, o la libertad personal. De acuerdo con las circunstancias del caso concreto, el uso mortal de la fuerza podría considerarse idóneo, necesario y proporcional, con respecto a la defensa de tales bienes jurídicos. En otro contexto, la Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que sería contraria a la Constitución "*una norma que erige en delito la conducta razonable de los particulares encaminada a proteger la vida y la libertad, propias o de un semejante*".[110] Con ello se alude a la difícil cuestión de si es posible que una norma legal excluya por completo la aplicación de una causa de justificación.

[110] C-542-93

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Ahora bien, la materia de las causas de justificación permite la corrección de las reglas de aplicación general en casos que no podían ser previstos por el legislador. Se trata, de circunstancias extraordinarias en las cuales la aplicación de una sanción podría dar lugar a una situación injusta en el caso concreto, es decir, a un sacrificio particular que exceda lo razonablemente exigible. La causa de justificación no cuestiona la validez de la regla. El conflicto entre dos bienes jurídicos o intereses protegidos constitucionalmente deriva de una situación excepcional y daría lugar a una regla especial de validez temporal, únicamente mientras dure la causa de justificación.[111]

En fin, consideramos que el método que ofrece mayores probabilidades de alcanzar un resultado justo en el caso concreto debe tomar en consideración, como punto de partida, las limitaciones establecidas por las normas de policía de carácter exhaustivo, tales como la prohibición del uso de la fuerza mortal para proteger bienes jurídicos distintos de la vida del funcionario o de un tercero. Sin embargo, puede admitirse la existencia de situaciones extraordinarias, en las cuales el cumplimiento de tal prohibición exceda lo razonablemente exigible al funcionario de policía. En tales casos es admisible que un bien jurídico distinto sirva de fundamento a la legítima defensa del funcionario o de un tercero. Pero tal concesión no puede ser incondicional, porque con ello quedaría vacía la regla general. Por tal motivo, podemos hacer uso de algunos correctivos, que permiten dar tratamiento diferenciado a funcionarios de policía, con respecto a un particular. Entre ellos, podemos mencionar la adopción de escalas progresivas para el uso de la fuerza, deber

[111] Espinoza, Principios de derecho constitucional, pág. 41

de resistencia pasiva y la presunción de que el entrenamiento policial permanente le permite enfrentar la situación de una forma distinta.

En cuanto al entrenamiento policial permanente, es válido tomar en consideración que si bien es cierto que al funcionario de policía no se le puede exigir que se someta a un estado de indefensión en una situación en la cual un ciudadano común hubiera podido defenderse legítimamente, sin embargo, debe exigirse a éste un mayor grado de control de la situación que al ciudadano común. A diferencia del ciudadano común, el funcionario de policía tiene la experiencia y el entrenamiento que se requiere para asumir situaciones de peligro a la vida e integridad propia y de terceros,[112] por lo que el análisis de los elementos de la causa de justificación debe exigir un nivel más elevado de indoneidad, necesidad y proporcionalidad, que en el caso de un ciudadano común.

De tal forma, podríamos afirmar que el artículo 68 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, la cual limita la justificación del uso de la fuerza mortal exclusivamente a la defensa de la vida de la funcionaria o funcionario policial o de un tercero es *lex specialis* frente al artículo 65 del Código Penal, por lo que es de aplicación preferente frente a aquél. Sin embargo, el artículo 65 del Código Penal puede ser empleado como un correctivo, en situaciones extraordinarias, cuando la aplicación estricta de la ley especial suponga un sacrificio de bienes irrenunciables del funcionario, que exceda lo razonablemente exigible.

[112] CA-CJP-CJ-EDO.LARA Agost. 2006 ASUNTO: KP01-R-2006-0113

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

4.4.4 El Ejercicio Legítimo de la Autoridad

Como ejemplo de las tareas inherentes al ejercicio de la autoridad, puede señalarse la detención de una persona, el allanamiento del hogar doméstico, siempre que cumplan las garantías establecidas en la Constitución y las leyes, así como los casos de fuga o la resistencia a la autoridad. En general, la aplicación de esta causa de justificación requiere, al igual que el caso de la legítima defensa, que el medio empleado hubiera sido idóneo para alcanzar el fin perseguido, necesario y que el bien jurídico protegido sea de tal importancia que justifique proporcionalmente el sacrificio de los bienes jurídicos afectados. De tal forma, se afirma que la fuga no justifica el uso de armas, aún cuando no hubiera otro medio para lograr la captura. En criterio de *Wolf*, la fuga de una persona podría justificar, según la gravedad de la falta o la peligrosidad del delincuente, que la autoridad use el arma para una lesión que impida la fuga, pero sería inexcusable una lesión mortal.[113]

Esquema parcial del Ejercicio: Vehículo Ford Sierra rojo

El funcionario de policía disparó en contra de un vehículo que no acató la voz de "alto" y produjo la muerte de su tripulante. La Sala de Casación Penal[114] hizo uso de la eximente de responsabilidad prevista en el ordinal 1º del artículo 65 del Código Penal, sin detenerse en la evaluación de los principios de proporcionalidad. Un análisis de tal principio hubiera permitido constatar que la conducta del transgresor sólo constituye una falta en nuestra legislación penal y que el uso de armas por parte de funcionarios policiales sólo se justifica cuando está en peligro la vida o, en ciertos casos graves, la integridad física.[115]

En fin, en los casos en que el uso de la fuerza por parte de funcionarios de policía sea capáz de producir la muerte, el artículo 68 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, hace

[113] Wolf, Tratado de Derecho Constitucional Venezolano, Tomo II, pág. 58
[114] SCP-TSJ 25/07/2000 Exp. No:N-00-009
[115] Voto salvado del Magistrado Rosell Senhenn

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

inaplicable el eximente de responsabilidad, a que se refieren los artículos 65, numeral 1 y 281 del Código Penal venezolano.

4.5 Esquema del análisis de fondo[116]

El uso de la fuerza mortal, por parte de funcionarios de los órganos de seguridad del Estado, constituye una medida cuyas consecuencias tienen el carácter definitivo e irreversible de la muerte. Una medida de tal naturaleza tiene carácter extraordinario, solamente admisible en casos extemos. En el análisis de fondo, los elementos constitutivos de la causal de justificación deben encontrarse dados en su nivel máximo.

4.5.1 El principio de idoneidad

El principio de idoneidad constituye un límite mínimo de la facultad de actuación de los órganos del Estado.[117] En tal sentido, justifica una obligación del funcionario de hacer lo posible para brindar protección eficaz a los bienes jurídicos en juego. En el caso de los órganos de seguridad ciudadana, el artículo 55 de la Constitución establece como tales bienes jurídicos dignos de protección *"la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes".*

Del artículo 55 de la Constitución deriva cierto ámbito de discrecionalidad, en la evaluación de si un funcionario tiene el deber de intervenir o no en una

[116] Haremos uso del esquema de argumentación y del método de ponderación que es propio del derecho alemán, aún cuando los mismos no son aplicados en Venezuela, salvo por algunas referencias de la doctrina.
[117] Espinoza, Derecho Constitucional en Alemania y Austria, pág. 70; Espinoza, Principios de Derecho Constitucional, pág. 136

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

situación que constituya amenaza, vulnerabilidad o riesgo tales bienes jurídicos, así como en la selección de la medida a adoptar y su intensidad. Sin embargo, en situaciones graves, tal discrecionalidad puede quedar reducida a cero, esto es, el medio empleado no puede ser objetivamente ineficaz. Se trataría en tales casos de una obligación específica, cuyo incumplimiento constituiría una omisión contraria a derecho.

El principio de idoneidad también constituye un límite que impide la escogencia de determinadas medidas. El uso de la fuerza mortal no se encuentra justificado cuando probablemente no impida eficazmente la afectación a los bienes jurídicos protegidos. El análisis del principio de idoneidad debe tomar en consideración que a los funcionarios de policía les es exigible un mayor grado de control de la situación que al ciudadano común. A diferencia del ciudadano común, el funcionario de policía tiene la experiencia y el entrenamiento que se requiere para asumir situaciones de peligro a la vida e integridad propia y de terceros.[118]

En todo caso, dado el carácter irreversible e irreparable del uso mortal de la fuerza, su ejercicio sólo podría encontrarse justificado cuando exista certeza con anterioridad al hecho, acerca de los elementos siguientes:

4.5.2 La existencia de un peligro actual e inminente para el funcionario o un tercero

En principio, el deber de protección de la vida supone que la mínima posibilidad de la amenaza a la vida de la víctima puede servir de justificación al

[118]CA-CJP-CJ-EDO.LARA Agost. 2006 ASUNTO: KP01-R-2006-0113

ejercicio legítimo de su defensa. Una medida de tal naturaleza tiene carácter extraordinario, solamente admisible en casos extemos. En el análisis de fondo, todos los elementos constitutivos de la causal de justificación deben encontrarse dados en su nivel máximo. En cuanto al elemento relativo a la existencia de un peligro actual e inminente para el funcionario o un tercero, sólo puede considerarse como tal el mayor grado posible de presunción de la existencia del peligro, esto es, que exista certeza de su existencia.

Esquema parcial del Ejercicio: El ciudadano REINALDO R.

En el caso narrado, los policías escucharon que les disparaban y ante el temor de resultar heridos hicieron varios disparos. En tal caso no existía certeza de la existencia de un peligro para la vida de los funcionarios. La Sala de Casación Penal declaró que el funcionario *"obró en estado de defensa putativa al sentir incertidumbre y temor de ser asesinado, durante la persecución que hacían para capturar a unos antisociales que habían ejecutado un robo, por lo que disparó y se produjo tal resultado."* En realidad, la Sala hace referencia a la eximente consagrada en el numeral 3 del artículo 65 del Código Penal, relativo al exceso en la defensa. Sin embargo, no puede existir exceso en la defensa si no existió una situación objetiva de defensa, esto es, una agresión ilegítima. En todo caso, podría haber podido considerarse que el funcionario asumió erróneamente la existencia de la situación de defensa, lo cual afectaría la intencionalidad.[119] En fin, llama la atención que la Sala obvió el argumento según el cual el estudio Planimétrico y el examen de Balística, habrían determinado que una de las balas pertenece a un fal, "*accionado a 50 centímetros de distancia*."

4.5.3 La responsabilidad de una persona sobre el peligro inminente

La justificación de las medidas coercitivas (distintas al uso de la fuerza mortal) de la policía preventiva deben estar dirigidas fundamentalmente frente al perturbador y sólo excepcionalmente frente a terceros. Tales medidas pueden ser aplicadas fundamentalmente frente al sujeto sobre el cual existen fundados indicios de la comisión del hecho. Ejemplo de ello es el requisito de la existencia de un *"motivo suficiente"* exigido por los artículos 205 y 207 del Código Orgánico Procesal Penal para la inspección de vehículos y de personas. Como lo indica el artículo 70, numeral 1 de la Ley Orgánica

[119] Arteaga, Derecho penal venezolano (1997), pág. 203

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, "el nivel del uso de la fuerza a aplicar está determinado por la conducta de la persona." Como se observa, tales medidas pueden ser aplicadas frente al sospechoso de la comisión del hecho.

En el caso extremo del uso mortal de la fuerza, los elementos que justifican la medida deben ser llevados al máximo exigible. El uso de la fuerza mortal no sería admisible en personas distintas del agresor. Es decir que sólo podría encontrarse justificado por la legítima defensa, pero no por un estado de necesidad.

4.5.4 El principio de necesidad

El principio de necesidad se encuentra establecido en el artículo 55 de la Constitución como uno de los límites del uso de armas de fuego por parte de funcionarios de policía. La Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana desarrolla tal principio en su artículo 70, el cual establece los criterios para graduar el uso de la fuerza. Según tal disposición, las funcionarias y funcionarios policiales emplearán la fuerza física con apego a los siguientes criterios:

1. El nivel del uso de la fuerza a aplicar está determinado por la conducta de la persona y no por la predisposición del funcionario o funcionaria.
2. El uso diferenciado de la fuerza implica que entre la intimidación psíquica y la fuerza potencialmente mortal, el funcionario o funcionaria graduará su utilización considerando la progresión desde la resistencia pasiva hasta la agresión que amenace la vida, por parte de la persona.
3. El funcionario o funcionaria policial debe mantener el menor nivel del uso de la fuerza posible para el logro del objetivo propuesto.
4. En ningún momento debe haber daño físico innecesario, ni maltratos morales a las personas objeto de la acción policial, ni emplearse la fuerza como forma de castigo directo.

El uso de un medio capaz de causar la muerte a una persona debe constituir una alternativa excepcional. Esto supone, a los efectos del principio de necesidad, que tal medida sea la única posible, es decir, que resulte *indispensable* para brindar protección eficaz a los bienes jurídicos en peligro. En la mayoría de los casos, existirán otras alternativas para salvar la vida de los propios funcionarios o de terceros.

El análisis debe tomar en consideración que a los funcionarios de policía les es exigible un mayor grado de control de la situación que al ciudadano común. A diferencia del ciudadano común, el funcionario de policía tiene la experiencia y el entrenamiento que se requiere para asumir situaciones de peligro a la vida e integridad propia y de terceros.[120] De tal forma que, por ejemplo, no se considera necesario el uso del arma de Reglamento para repeler *"palabras obscenas con tono amenazante"* o los golpes de un agresor,[121] aún cuando la misma situación hubiera podido justificar la reacción de un ciudadano común.

4.5.5 Teoría de los niveles de afectación del derecho

Se trata de clasificar por niveles o escalones los diferentes grados posibles de afectación de la libertad. Las condiciones especiales de la materia pueden ser relevantes para formar un nuevo nivel. A partir de esta clasificación por grados o niveles puede aplicarse un trato ajustado y diferenciado.[122]

En Venezuela, el artículo 195 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) establece que "Cuando sea necesario se podrá proceder al examen corporal y mental del impu-

[120] CA-CJP-CJ-EDO.LARA Agost. 2006 ASUNTO: KP01-R-2006-0113
[121] CA-CJP-CJ-EDO.LARA Agost. 2006 ASUNTO: KP01-R-2006-0113
[122] Espinoza, Principios de derecho constitucional, pág. 107

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

tado, cuidando el respeto a su pudor. Si es preciso, el examen se practicará con el auxilio de expertos (…) Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad."

En el ejemplo citado se distinguen claramente dos niveles de intervención del Estado, a pesar de que la afectación de la autonomía de la voluntad (art. 20) y de la integridad física son igualmente graves. Sin embargo, en un nivel inferior, existen suficientes indicios de una relación de causalidad entre el imputado y el hecho que se investiga. En el segundo nivel se trata de "*otras personas*". El Legislador aplicó un trato distinto en cada nivel. En el primer nivel la intervención es admisible siempre que sea necesario, mientras que en el segundo nivel se requiere que sea "*absolutamente indispensable para descubrir la verdad*".[123]

4.5.6 El principio de proporcionalidad

En el caso de legítima defensa de particulares, el principio de proporcionalidad admitiría una valoración a favor de los bienes jurídicos del agredido, y al mismo tiempo un desvalor de la conducta del agresor ilegítimo. Sin embargo, en el caso del uso de la fuera por parte de funcionarios policiales, no encuentra igual aplicación el elemento de prevención general que le sirve de fundamento.

Como se indicó anteriormente, el artículo 73 de la Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía es de aplicación preferente a los artículos 65 y 281 del Código Penal, por lo que el uso de la fuerza mortal por parte de un funcionario de policía *sólo* se encuentra justificado para la defensa de la vida de

[123] En todo caso, es cuestionable que el legislador no estableció distinciones en cuanto a la gravedad del hecho.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

la funcionaria o funcionario policial o de un tercero y no ya en razón de el ejercicio legítimo de una autoridad, la legítima defensa o la *"defensa del orden público"*.

4.6 El uso de armas de fuego en manifestaciones públicas

Ejercicio: Resolución No. 008610

Mediante Resolución dictada por el Ministro para la Defensa, se reguló la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en reuniones públicas y manifestaciones.[124] Entre otras normas, el art. 15, num. 9 establece una excepción a la prohibición de portar o usar armas de fuego en el control de reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, cuando por la necesidad y proporcionalidad de los medios empleados para contrarrestarla, sea necesario su porte y uso. El art. 22 indica en el num. 7 que, frente al riesgo mortal la funcionaria o funcionario militar, aplicará el método del uso de la fuerza potencialmente mortal, bien con el arma de fuego o con otra arma potencialmente mortal.

4.6.1 Relación jurídica

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

4.6.2 Principio de reserva legal

La norma no tiene carácter sancionatorio, por lo que no es aplicable el principio de reserva legal penal. Sin embargo, se trata de una limitación a un derecho fundamental, por lo que es materia de reserva legal general. Tal como lo dispone el último aparte del artículo 55 de la Constitución venezolana, una limitación por parte del Estado del derecho a la vida debe encontrarse

[124] Resolución No. 008610 del 23 de enero de 2015, dictada por el Ministro del Poder Popular para la Defensa G.O. No. 40.589 de 27/01/2015

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

establecida por una norma dictada por el Parlamento. Sin embargo, la Resolución del Ministro para la Defensa no constituye una ley formal.

El grado de determinabilidad debe ser proporcional a la gravedad de la afectación del derecho. La afectación del derecho a la vida sería definitiva e irreversible, incluso más gravosa que una sanción privativa de libertad. Por tal motivo, no es suficiente una cláusula general, como el deber de los órganos de seguridad ciudadana para brindar protección frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo. Más bien, se requiere que la ley establezca claramente en qué casos puede el Estado realizar una conducta capaz de poner en riesgo la vida de una persona. Podría pensarse que la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana (2009) sería aplicable como fundamento legal, en la medida en que regula el uso de la fuerza mortal. Pero tal disposición no se encuentra destinada a regular la situación particular de las reuniones manifestaciones públicas. Una interpretación extensiva sería inadmisible.

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

En el caso planteado, podemos asumir que la autorización general para el porte y uso de armas de fuego en el control de manifestaciones, a través de

una resolución, es una situación imputable sólo al Estado. Ello excluye la aplicación de las causas de justificación y exige la vigencia del principio de legalidad y de las garantías de protección de los derechos fundamentales frente a la actuación del funcionario. Además, el elevado riesgo para la vida de terceros no agresores no puede ser justificado, en ningún caso.

Guía Chirino, Rubén A.: El Estado social y su utilización para la desconstitucionalización del Estado venezolano. (El permanente golpe de Estado de la Sala Constitucional). Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica – REDIAJ Nº 10. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, Abril 2017, pp. 892-912
http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/892-912.pdf

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

El Estado social y su utilización para la desconstitucionalización del Estado venezolano. (El permanente golpe de Estado de la Sala Constitucional)

Rubén A. Guía Chirino[*]

Resumen: En este ensayo, el autor hace una aproximación de como desde el método de interpretación sistemático, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha interpretado la cláusula del Estado social para así vaciar de contenido la Constitución y sus valores democráticos y republicanos, los cuales ha desconocido desde sus inicios, con las consecuencias que hoy día podemos observar en Venezuela. Así mismo, se compara jurisprudencia de otros países que se constituyen como Estados Sociales, a fin de examinar cómo han afrontado fuera de nuestras fronteras el reto interpretativo que conlleva el Estado social para la justicia constitucional.

I.- Introducción

No es un secreto para los estudiosos del Derecho Constitucional, que la interpretación de la Constitución entraña grandes retos; ya sea desde el punto de vista del propio lenguaje que ella emplea, así como desde la perspectiva del contexto político y social que debe englobar y en cierto modo encausar hacia la racionalidad.

Es por ello, que en las líneas subsiguientes se abordará la interpretación que la Sala Constitucional ha realizado sobre el Estado Social estipulado en el artículo segundo de la Constitución, así como el método de exégesis empleado esa Sala, que no es otro que el método sistemático. Sin embargo es de resaltar que con este ensayo no se pretende producir algún tipo de teoría

[*] Abogado egresado de la Universidad Santa María. Especialista en Derecho Procesal Constitucional de la universidad Monteávila. Director del Centro de Investigación y Promoción de Cultura Jurídica y Miembro del Consejo Editorial de la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional de Venezuela.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

reduccionista sobre la interpretación de la Constitución, sino por el contrario analizar las bondades y debilidades del método sistemático de interpretación, para así entenderlo dentro de su justo contexto.

Partiendo de esas consideraciones, es necesario contextualizar un poco los motivos que llevaron a emprender este estudio. En Venezuela a partir de la promulgación de la nueva Constitución de 1999, el Estado se refundó en "democrático y social de derecho y de justicia" –Artículo 2–, pero además de ese cambio sustancial, se produjo otro que creó una figura inédita en nuestro país: la Sala Constitucional, que funciona dentro del Tribunal Supremo de Justicia.

Dicho apéndice del Tribunal Supremo de Justicia, ha usurpado las facultades de la Asamblea Nacional y del resto de todo al resto de las salas del TSJ, a través de exégesis de los artículos 335 y 336 la interpretación "por vía de autoridad" de la Constitución, y para ello mediante decisiones "vinculantes"; que crearon desde el inconstitucional recurso de interpretación de la Constitución[1], hasta la expansión[2] del recurso de revisión de las sentencias del resto de las Salas del TSJ.

Esta situación ha traído como consecuencia un descalabro en el correcto funcionamiento de la justicia constitucional venezolana. Aunado a esas usurpaciones de la Sala al resto de los órganos constitucionales del Estado,

[1] Ver sentencia N° 1077 del 22 de septiembre de 2000, caso Servio Tulio León disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1077-220900-00-1289.HTM&gws_rd=cr&ei=LujnWKmpB4WSmwG2-LHIBw

[2] Ver Sentencia N° 93 de fecha 6 de febrero de 2001 caso corpoturismo disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/93-060201-00-1529%2520.HTM&gws_rd=cr&ei=SebnWMD1NYjjmAH114aYBg;

encontramos la reiterada interpretación del Estado Social, muchas veces en abstracto lo que equivale a legislar como órgano político deliberante representativo; por parte de la Sala, la cual ha desembocado en que diversos derechos y libertades, sean inoperantes; todo ello con fundamento en que el Estado venezolano pasó de un Estado de derecho a un Estado social y por consiguiente –parafraseando un poco a la Sala– los intereses y derechos particulares deben ceder ante los colectivos[3], sin profundizar o delimitar el alcance de tal tesis, causando una absoluta incertidumbre. En tal sentido analizaremos hasta qué punto se puede considerar que se han minado las bases del Estado y en consecuencia su desconstitucionalización, mediante un claro activismo político de la Sala Constitucional.

Este descalabro, ha llegado al punto en que la Sala Constitucional se ha atribuido para así *contra legem*, en las sentencias 156 y 157 del 2017, todas las atribuciones de la Asamblea Nacional y la posibilidad de transferir dichas facultades a los demás organismos que ella considere. Sentencias que como veremos no son un punto aislado, siquiera de la reciente tensión que desde el año 2015 se ha presentado entre la Sala y la Asamblea Nacional; sino que responde a un sistemático desconocimiento del orden constitucional, que haya sus inicios desde la entrada en funcionamiento de la Sala Constitucional, el cual se ha agravado en los recientes años.

[3] Véase en ese sentido fallo N° 85 del 24 de enero de 2002 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

II.-Interpretación Sistemática

Antes de entrar en materia, es necesario sentar las bases del orden teórico, sobre que ha entendido la doctrina más autorizada por interpretación sistemática, cual es su finalidad y alcance.

Para entender este método de exégesis constitucional, es necesario entender que en el pensamiento de los partidarios o "usuarios" –si se pueden llamar así– de esta manera de interpretar la Constitución, subyace una idea, la cual consiste en que éstos, consideran al derecho como un sistema.

Pero ¿que conlleva esta idea del derecho como un sistema? ¿Cómo se compadece esto con la dogmatica constitucional actual? En cuanto a la primera cuestión, existe un acuerdo básico sobre el concepto de sistema, que son las ideas de orden y unidad. "El orden supone una coherencia interna racionalmente captable" y "la unidad supone que es posible reconducir las diferentes unidades individuales y desconectadas a unos pocos y determinados principios básicos" [4].

Por otra parte y para responder la segunda interrogante siguiendo la teoría de Dworkin, el sistema jurídico se entiende como "un grupo coherente de valores morales y políticos que subyacen al derecho".[5] En nuestra Constitución se echaron las bases de ese sistema en el artículo 2:

"ART. 2.— Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que **propugna como valores superiores** de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democra-

[4]Iturralde Sesma, V. (2007). El derecho como sistema. *Anuario de Filosofía del Derecho* , 345-364.
[5] Iturralde Sesma, V. *Ob. Cit.*

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

cia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político." (Subrayado de quien suscribe).

Aclaradas un poco estas ideas fundamentales, veamos ahora en qué consiste la interpretación sistemática, y como subyacen las ideas que antes explicamos:

Para Naranjo Mesa[6] es: "La comparación que se hace de determinada norma con el texto de la Carta Fundamental, considerando este como un todo. Se parte de la base de que esta recoge los principios generales de la sociedad en la cual ese ordenamiento va a tener aplicación y a los cuales deben someterse las normas de inferior jerarquía, a fin de crear un sistema coherente de reglas que le permitan al intérprete determinar, de dicha comparación, el acatamiento a los preceptos de la Constitución por parte de las normas inferiores"

Según Duque Corredor[7]: *"El método sistemático entiende que el sistema jurídico, es una unidad, por lo que ubica la disposición normativa o institución (ley) en un ordenamiento jurídico (sector del sistema), para establecer la relación que tiene éste con la unidad jurídica de la que forma parte."*

A estos grandes aportes conceptuales, es menester agregarles, que para que un sistema pueda tener éxito, es necesario que sea capaz de auto conservase y sea cada vez más eficaz en esa labor. Si el sistema jurídico no es capaz de auto conservarse está destinado a perder su sentido de unidad, orden y coherencia. En consecuencia los jueces deben cuidar en sus interpretaciones pervertir el sistema jurídico.

Para tan ardua labor Dworkin hace referencia a que la hermenéutica debe desenvolverse en dos dimensiones: la de consistencia y la de justificación[8].

[6] Naranjo Mesa, V. (2014). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas.* Bogotá: Temis. Pag. 432
[7] Duque Corredor, R. (2014). Sistema de Fuentes de Derecho Constitucional y Técnica de Interpretación Constitucional . Caracas: Ediciones Homero.
[8] Iturralde Sesma, V. *Ob. Cit.*

En la primera de ella se trata "de concordar o adecuar las practicas del pasado"[9] todo ello a través de los principios o valores que se han deducido del sistema jurídico y se han consolidado en la práctica jurídica.

En cambio en la segunda dimensión, "el intérprete profundiza en los principios de justicia más arraigados que fundamentan e informan el contenido de los derechos" y "si el intérprete se muestra insatisfecho con la solución más consistente o debe desempatar entre varias: entonces necesita de nuevos argumentos que ya no pueden encontrarse en las convenciones y prácticas habituales" y luego en "el estadio post-interpretativo, que es donde se reforma la práctica: Una vez que se ha reconstruido el orden más coherente del sistema y la interpretación más cabal a partir de un caso en concreto, procede ahora a aplicar dicha interpretación a las demandas del mismo e imponer verdaderamente la coherencia en el sistema." [10]

Queda en evidencia que la vigencia del sistema y su eficacia, dependen de la labor hermenéutica que hagan los tribunales del conglomerado de los valores y principios, en su aplicación a los casos concretos; para así corregir las fallas o lagunas del sistema, con miras a recuperar la unidad y coherencia que un sistema jurídico reclama.

Ahora bien, este método de interpretación busca que el juez tome la Constitución como un todo, pero veamos ahora los problemas que ello conlleva: El primero de ellos, es su aplicación en el control concentrado y el segundo de ellos determinar cuáles artículos son los correctos para llevar a cabo una

[9] Iturralde Sesma, V. *Ob. Cit.*
[10] Iturralde Sesma, V. *Ob. Cit.*

interpretación correcta, más allá de si se realiza a través de un control objetivo o subjetivo de la constitucionalidad.

Resulta pues problemática la aplicación de este método de exegesis de la Constitución en el control concentrado, por una razón intrínseca a ese medio de control; y por otro motivo propio de los textos constitucionales. En el orden intrínseco, encontramos que el control concentrado es un juicio abstracto; es decir, al juez le corresponde juzgar sin un caso concreto, en el cual pueda contar con hechos objetivos demostrables por pruebas, que puedan brindar contundencia a los alegatos planteados de inconstitucionalidad de las leyes y así sustentar el juzgador su decisión en base ello. En tal sentido, en el control objetivo de constitucionalidad, la labor de juzgamiento consiste en contrastar la mejor interpretación de la ley objetada, con la mejor interpretación de la Constitución.

Entonces, ante esa abstracción resultará difícil para el juez constitucional determinar cuáles artículos son los correctos para resolver la objeción de la ley, debido a que la escogencia de unas normas u otras cambiaría el resultado de la interpretación. A todo esto, debemos sumarle que la Constitución es un texto altamente indeterminado, ya que en ella se recogen valores, conceptos esencialmente controvertidos y los propios derechos constitucionales[11]. En tal sentido, cuando un juez constitucional contrasta una ley con una cláusula tan abstracta de la Constitución como la del artículo 2, es imposible que éste no haga valoraciones políticas o peor aun morales, es por ello que para cierto sector de la doctrina, esas proporciones constitucionales

[11] En ese sentido: Ferreres Comella, V. (2012). *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

no vinculan al juez; veamos entonces lo que ha manifestado la jurisprudencia española al respecto, en especial el voto particular del entonces magistrado Francisco Rubio Llorente en el fallo STC 53/1985[12]:

"Las razones de mi disentimiento pueden resumirse en el simple juicio de que con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e invade el ámbito que la constitución reserva al legislador; vulnera así el principio de separación de poderes, inherente a la idea de Estado de derecho y opera como si el tribunal fuese una especie de tercera cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las cortes generales.

…El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos «encarnan», para decidir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizás más aún, al propio poder constituyente. Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo, representación del pueblo!) que el precepto de modo alguno impone. Por esta vía, es claro que podía el Tribunal Constitucional, contrastando las leyes con los valores abstractos que la constitución efectivamente proclama… invalidar cualquier ley por considerar incompatible con su propio sentimiento de la libertad, la igualdad, la justicia o el pluralismo político. La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al juez."

Nótese, que España en su Constitución, al igual que nuestro país, se erige como un Estado Social, con todas las implicaciones que ello tiene. Pero como se observa en ese voto disidente antes transcrito y con las consideraciones que de seguidas se harán, en Venezuela se ha entendido por parte de nuestra jurisdicción constitucional que el artículo 2 autoriza a la Sala Constitucional para actuar de forma exacerbada e incluso legislar, sin respetar ningún límite jurídico.

[12]Disponible en: https://www.boe.es/boe/dias/1985/05/18/pdfs/T00010-00025.pdf (Recuperado el 27/12/16).

II.- El Estado social y la interpretación constitucional

Como se ha expuesto, Venezuela es a partir de 1999 un Estado social de derecho y de justicia, esto incorpora una serie de ideales políticos y jurídicos[13] al sistema constitucional. Esta transformación conlleva un gran reto interpretativo, ya que en el Estado social de derecho conviven valores del modelo liberal, como lo son el Estado de derecho, el principio de legalidad y el control tanto político como jurisdiccional; junto con una serie de valores y principios del Estado social –procura existencial– "que no desarrolla a su vez una normativa específica propia"[14], y en muchos casos se podría considerar que se encuentran en choque con los anteriores.

Esta cohabitación la expone el maestro Manuel García-Pelayo cuando explica la relación entre el Estado y la sociedad que propone el paradigma del Estado social; que a diferencia del Estado liberal plantea "estructurar la sociedad a través de medidas directas o indirectas"… "creando, si no nuevas clases, si nuevas categorías sociales"[15] y en consecuencia se observa "una tendencia a la estatización de la sociedad, pero también con una tendencia a la socialización del Estado y, por tanto, a la difuminación de límites entre ambos términos"[16] (Estado y sociedad).

Este nuevo planteamiento en la función y fines del Estado, comporta una amplia discrecionalidad por parte de los entes encargados de ejecutar el ide-

[13] Véase en ese sentido sentencia 1309 de la Sala Constitucional de fecha 19 de julio de 2001
[14] Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia
[15] García-Pelayo, M. (2009). *Las transformaciones del estado contemporáneo* . Madrid:Alianza Editorial
[16] García-Pelayo, M. (2009). *Ob. Cit.*

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

al del *Welfare State* y por consiguiente es capaz de escapar de los controles jurídicos y políticos[17], además de crear expectativas en la población, gracias a las grandes cargas que este ideal impone al Estado; lo que trae como consecuencia que el incumplimiento de estas obligaciones, genere crisis en el Estado social.

Así pues, el intérprete de la Constitución se encuentra frente a este contexto de carácter valorativo o de ideales políticos de los fines del Estado en el paradigma del *Welfare State*, por una parte; y por otra en cohabitación se encuentra con el paradigma de los valores del Estado liberal. Y es aquí donde se plantea el reto exegético, el cual consiste en ponderar estos valores y conformar un sistema que unifique la actuación de los jueces constitucionales, con ocasión de casos concretos; así como evitar dirimir controversias que en el fondo plantean debates políticos que implican una alta carga de discrecionalidad, para así evitar demoler los principios democráticos que el sistema constitucional propugna y limitar su actuación a los aspectos jurídicos de las decisiones que se tomen en el ámbito político que puedan de igual forma socavar el andamiaje democrático, y en tal sentido es importante tener en cuaenta el fallo BVerfGE 59, 231 del Tribunal Constitucional Federal Alemán que al respecto estableció:

Sentencia de la Primera Sala del 13 de enero, 1982:

"Al principio del Estado social se le puede atribuir significado para la interpretación de los derechos fundamentales, así como para la interpretación y valoración constitucional –con sujeción a la reserva de ley– de leyes que limitan los derechos fundamentales.

[17] Ferrajoli, L. *(2000) Ob. Cit.*

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Sin embargo, este principio no es adecuado para limitar los derechos fundamentales sin una concreción posterior, esto es, directamente. El principio de Estado social fundamenta el deber del Estado de garantizar la existencia de un orden social justo (véase por ejemplo, BVerfGE 5, 85 [198]; 22, 180 [204]; 27, 253 [283]; 35, 202 [235 y ss.]); para el cumplimiento de ese deber se le atribuye al legislador un amplio poder de reglamentación (BVerfGE 18, 257 [273]; 29, 221 [235]). El principio del Estado social le impone al Estado una función, pero no establece cómo debe cumplir esa función; de otro modo, tal principio podría entrar en conflicto con el principio de democracia. El orden democrático de la Ley Fundamental se estaría limitando y recortando en forma decisiva, entendido como el ordenamiento de un proceso político libre, si a la formación de la voluntad política se le impusiera cumplir una obligación constitucional de una determinada manera, sin que pudiera ser de otro modo. Debido a esa flexibilidad el principio del Estado social no puede imponerle a los derechos fundamentales ningún límite directo."[18] (Subrayado nuestro).

En un orden de ideas similares, la corte Constitucional Colombiana señala en sentencia SU-111 de 1997 lo siguiente:

La actualización concreta del Estado social de derecho, corresponde a una exigencia que se impone constitucionalmente a los titulares de las distintas funciones del Estado y que abarca un conjunto significativo de procesos sociales, políticos y jurídicos. Un papel destacado, sin duda, se reserva a la ley. No se ve cómo pueda dejar de acudirse a ella para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar las partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos. La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente. Lo contrario, esto es, extraer todas las consecuencias del Estado social de derecho, hasta el punto de su individualización en forma de pretensiones determinadas en cabeza de una persona, por obra de la simple mediación judicial, implicaría estimar en grado absoluto la densidad de la norma constitucional y sobrecargar al juez de la causa.(subrayado nuestro).

Como se ha observado, en todos los países en los cuales se ha consagrado tal proposición de Estado social: (i) se relegan al legislador para que desarrolle las implicaciones de la "procura existencial", que trata de impulsar

[18] Schwabe, J. (2009). *Jurisprudencia del Tribuanl Constitucional Federal Alemán.* Mexico D.F.: Konrad Adenauer-Stiftung.

ese tipo de Estado; y, (ii) los tribunales del control concentrado se abstienen de dar una aplicación directa, para evitar hacer valoraciones políticas o morales al respecto.

III.- Análisis de la sentencia 85 del año 2002

Para entender de donde proviene la idea de la interpretación sistemática de la Constitución por parte de la Sala Constitucional del TSJ, es necesario analizar un poco la sentencia 1309 del 19 de julio de 2001, donde si bien la Sala hace un análisis de la interpretación tópica, ésta deja ver su pensamiento sobre lo que ésta considera sobre el Estado social y su función jurisdiccional, cuando establece:

> Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y **que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica** (interpretatio favor Constitutione). **En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia)** y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado.

De lo anterior, podemos resaltar lo siguiente: (i) La sala hace énfasis en que la interpretación constitucional debe hacerse desde el artículo 2 de la Constitución –independientemente del método exegético– ya que éste artículo sienta las bases de un ideal político –sin mencionar las bases filosóficas de ese proyecto–; (ii) además esta sentencia representa un hito ideológico para las subsiguientes decisiones y en consecuencia "*la interpretación y aplica-*

ción del resto del orden jurídico no depende del texto constitucional como parámetro objetivo, sino del orden constitucional cuyo máximo intérprete y garante es la Sala Constitucional. En ese contexto, a la potestad interpretativa máxima de la Sala se suma su potencial arbitrariedad.''[19] Esta interpretación es a todas luces, una subversión y descalabro de lo que la Constitución plantea cuanto a la estructura del Estado, que además usurpa las competencias de prácticamente todos los demás órganos constitucionales, con lo cual se acumula en la Sala todo el poder del Estado y en consecuencia una ruptura del orden jurídico constitucional.

Ahora en concreto con el fallo objeto de análisis de este trabajo, podemos observar, que la Sala hace un gran esfuerzo en teorizar sobre el Estado social, los valores que le son inmanentes como la procura existencial, la solidaridad, etc. y para ello hace uso de la interpretación sistemática tal y como se observa claramente en los siguientes párrafos:

> La Constitución de 1999 en su artículo 2 no define que debe entenderse por Estado Social de Derecho, ni cuál es su contenido jurídico. Sin embargo, la Carta Fundamental permite ir delineando el alcance del concepto de Estado Social de Derecho desde el punto de vista normativo, en base a diferentes artículos, por lo que el mismo tiene un contenido jurídico, el cual se ve complementado por el Preámbulo de la Constitución y los conceptos de la doctrina, y permiten entender que es el Estado Social de Derecho, que así deviene en un valor general del derecho constitucional venezolano.
>
> Además del artículo 2 de la vigente Constitución, los artículos 3 (que señala los fines del Estado), 20 (que hace referencia al orden social), 21.1 y 2, 70, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 90, 102, 112, 113, 115, 127, 128, 132 y 307, y los relativos a los Derechos Sociales establecidos en el Capítulo V del Título III, se encuentran ligados a lo social, y sirven de referencia para establecer el concepto del Estado Social de Derecho y sus alcances.

[19] Berríos Ortigoza, J. A. (2013). El concepto constitucional de Estado Democratico y Social de Derecho y de Justicia, como parametro interpretativo del porder coercitivo de la Administración Pública en Venezuela . *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y Vigésimo Aniversario de FUNEDA* , 21-47.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

De lo antes transcrito podemos observar como subyace la idea de que la Constitución es el pilar fundamental del sistema jurídico, y que además para nuestra Sala Constitucional, es un sistema como el descrito por Dworkin –de valores y principios–; pero esa Sala sólo reconoce los principios y valores que ella considera.

De seguidas, la Sala en su teorización señala: que los derechos sociales no acarrean una obligación directa del Estado frente a los ciudadanos, sino que conforman una serie de principios que informan y guían al legislador, para que en sus actividades legislativas, propendan al proyecto del Estado social; pero reitera que las proposiciones de la Constitución son de aplicación inmediata y corresponde a esa Sala aplicarlas de forma directa:

> "…que las normas que crean los derechos prestacionales no son de carácter programático, muchas tienen límites difusos o son indeterminadas, pero el Juez Constitucional para mantener la supremacía constitucional tiene el deber de aplicarlas y darles contenido mientras la legislación particular con relación a ellas se emite."

Cabe reflexionar, si esa argumentación resulta contraria a lo que ha sostenido esa Sala sobre las proposiciones de la Constitución, respecto de los derechos "sociales" o de procura existencial. Ahora bien, la Sala al aplicar directamente eso derechos de procura existencial, ¿no terminaría creando políticas públicas y por consecuencia invadiendo competencias de otros poderes? Respuesta a esas interrogantes dan los instrumentos internacionales y la propia Constitución, cuando establecen que los derechos sólo se pueden restringir mediante los procesos políticos (leyes) en una sociedad democrática, y es en ese sentido la Declaración Universal de los Derechos del Hombre señala:

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

"Art. 29:

2.- En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática" (subrayado nuestro).

En ese mismo sentido la convención interamericana de derechos humanos dispone:

"Art. 32: Correlación entre Deberes y Derechos

2.- Los derechos de casa persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática."

Lo propio hace nuestra Constitución cuando establece:

Artículo 203:

Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o **para desarrollar los derechos constitucionales** y las que sirvan de marco normativo a otras leyes.

Todo proyecto de ley orgánica, salvo aquel que esta Constitución califique como tal, será previamente admitido por la Asamblea Nacional, **por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley.** Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de leyes orgánicas… (Resaltado y subrayado del autor)

De esos artículos se observa, que los derechos no pueden desarrollarse o reglamentarse a través de un órgano carente de legitimidad democrática y por ello mal puedo erigirse la Sala con sus interpretaciones (i) como órgano superior al legislativo y (ii) creadores de normas generales y abstractas. Esto conlleva graves consecuencias para el sistema democrático, ya que la Sala Constitucional, no cuenta con ninguna legitimidad democrática, con lo cual

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

mal puede imponer sus interpretaciones sobre derechos o valores constitucionales al poder legislativo.

En ese sentido, corresponde al órgano legislativo hacer los juicios valorativos del contenido de la Constitución y no a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que esta última debe considerar también el contexto democrático en que se desenvuelve su actividad jurisdiccional, para no romper con las facultades hermenéuticas correspondientes al sistema republicano, ya que si bien se ha mencionado, la Sala posee la interpretación "por vía de autoridad", no es la única intérprete de la Constitución, ya que corresponde a la Sala Constitucional interpretar la Constitución de forma excepcional; es decir cuando se presenta un conflicto, mientras que el poder legislativo es el primer y natural intérprete del texto constitucional. Usurpar esta facultad, como lo hace la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, implica romper con la separación de poderes y por ende desconstitucionalizar al Estado, toda vez que queda desprovisto de sus valores fundamentales, como la democracia representativa entre otros.

En el caso particular, la desconstitucionalización del Estado viene dada en concreto por dos motivos fundamentales como son: El apartarse la Sala Constitucional del contexto democrático en el que se encuentra y tomar partido activamente en la política al pretender dar interpretaciones que "llenen de contenido" los artículos de la Constitución o los derechos a allí plasmados e imponerlos a todos los órganos constitucionales. Por otra parte y si se tomara por cierto que le está atribuida a la Sala, dicha facultad de interpretar de forma paraconstituyente, se estaría ante una Constitución semántica, ca-

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

rente de cualquier fuerza normativa y los derechos fundamentales que esta contiene quedarían a la discreción de unos pocos magistrados, quedando así socavadas las bases del Estado Constitucional de Derecho. Ejemplo de esto es el siguiente párrafo de la sentencia bajo análisis que señala que ante el Estado social de derecho: "*derechos individuales pierden efectividad ante derechos colectivos, tal como ocurre con el de la libertad económica, ya que por razones de interés social (artículo 112 Constitucional), ella puede verse limitada, sobre todo -si conforme al mismo artículo 112- el Estado debe garantizar la justa distribución de la riqueza".* Estos temas de restricciones de derechos, como lo señalase en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán antes transcrita, en un sistema democrático corresponde al poder legislativo, ya que a todas luces razonamientos como el transcrito conforma un juicio de valor y no un juicio jurídico que por su naturaleza deber ser objetivo, además de restringir la libre conformación política que debe imperar en el sistema democrático del Estado constitucional de derecho.

Por lo tanto la Sala, en esta sentencia realiza lo que en la doctrina se llama jurisprudencia de valores; pero ésta olvida que los valores son objetos abstractos compuestos por ideas, que muchas veces son indeterminados o esencialmente controvertidos por naturaleza, y en consecuencia, pretender que cierta conducta o legislación es contraria a los valores constitucionales es una labor difícil que en muchas ocasiones deviene en arbitrariedad, como ocurre en el fallo bajo análisis. Es por ello que la interpretación de éstos valores se relega en los momentos constituyentes al legislador ordinario, para que en las circunstancias oportunas interprete esos postulados, según las

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

circunstancias fácticas; y por eso los encargados del control concentrado de la constitucionalidad deben guardar respeto a las interpretaciones que de esas cláusulas indeterminadas y abstractas haga el legislador; y con ello mantener el equilibrio de los sistemas tanto jurídicos como democráticos y con ello evitar demoler la vocación normativa de la Constitución.[20]

En este estadio, podemos afirmar que más allá de las tensiones que entre la Sala Constitucional y la Asamblea Nacional desde el año 2015, hasta las nefastas sentencias 156 y 157 del año 2017, la Sala Constitucional ha venido desde sus inicios acumulando paulatinamente "poderes" para sí, que han roto con la estructura del Estado y que en definitiva, esa usurpación ha transformado la justicia constitucional venezolana en un mecanismo de revancha política, bien sea de las mayorías circunstanciales y lo que es peor de las minorías.

Como se ha observado, la cláusula del Estado social, jamás permite a los órganos jurisdiccionales atribuirse funciones de otros órganos del Estado, desarrollar políticas públicas, mucho menos legislar de forma general y abstracta so pretexto de aplicar de forma directa la Constitución; ya que permitir tal facultal desnaturaliza la función jurisdiccional y crea una inseguridad jurídica insalvable como la que hoy día vive nuestro país.

IV.- Conclusiones y reflexiones

A lo largo de este trabajo, hemos intentado esbozar porque se puede considerar al derecho como un sistema, como se interpreta si se toma en cuenta

[20] Ferreres Comella, V. (2012). *Ob. Cit.*

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

esta teoría y como se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional venezolana. De este análisis se puede observar:

- Que el sistema al que hace referencia esta teoría es un sistema dinámico, toda vez que puede mutar –para fortalecerse o en el peor de los casos para autodestruirse–; además es un sistema interconectado con otros, verbigracia, el político, económico y social.

- El "usuario" del método sistemático de interpretación constitucional, debe tomar en cuenta las relaciones existentes entre el sistema jurídico y los demás, para poder tener éxito en su labor de conservarlo y mejorarlo.

- Como hemos observado, este método exegético posee la bondad de que considera la Constitución como un todo, y propende a la coherencia en la exegesis de su texto. Pero esto por otra parte le juega en contra, toda vez que pudiera ocurrir que el intérprete no considerase otros elementos que conforman el sistema, y puede quedar éste desvirtuado, perder sus pilares –coherencia y unidad– y por ende resultar sin sentido o anulado.

- Corresponde a los jueces –en especial a los constitucionales– velar por la perdurabilidad y consistencia del sistema jurídico, y en ese sentido deben evitar realizar juicios de valor político o moral al momento de la hermenéutica constitucional, ya que esa facultad se debe desarrollar en el sistema democrático.

Por último, es necesario reflexionar sobre la desconstitucionalización del Estado, ya que si bien esta se puede generar por diversas causas tal como lo señala el profesor Sagüés[21], específicamente por la interpretación de las normas constitucionales, dicho autor señala que: "*múltiples variantes, como dar a las palabras de la constitución un significado absurdo o rebuscado, interpretar un artículo de ella desconectándolo de los restantes, practicar analogías improcedentes, desplegar un razonamiento incongruente, in-*

[21] Sagüés, N. P. (2010). Cultura constitucional y desconstitucionalización. *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano* , 97-108.

ventar excepciones que la constitución no prevé, subestimar unas cláusulas y exagerar el valor de otras, tergiversarlas, pervertir y desnaturalizar el contenido de ciertos derechos, etcétera."

Consideramos que lo antes transcrito, resume muy bien la grave situación que generó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al desconocer cualquier tipo de orden jurídico y normas fundamentales que constituyen el parámetro para considerar que existe constitucionalismo en Venezuela, como son la separación de poderes, el Estado de derecho y la imposibilidad de restringir derechos a través de sentencias. Con lo cual se puede aseverar que a través de la Sala Constitucional se demolieron las bases del sistema jurídico y en consecuencia despojaron a la Constitución de su fuerza normativa.

Referencias

Berríos Ortigoza, J. A. (2013). El concepto constitucional de Estado Democratico y Social de Derecho y de Justicia, como parametro interpretativo del porder coercitivo de la Administración Pública en Venezuela . La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y Vigésimo Aniversario de FUNEDA , 21-47.

Duque Corredor, R. (2014). Sistema de Fuentes de Derecho Constitucional y Técnica de Interpretación Constitucional . Caracas: Ediciones Homero.

Ferrajoli, L. (2000). El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ferreres Comella, V. (2012). Justicia Constitucional y Democracia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .

García-Pelayo, M. (2009). Las transformaciones del estado contemporáneo . Madrid: Alianza Editorial.

Iturralde Sesma, V. (2007). El derecho como sistema. Anuario de Filosofía del Derecho , 345-364.

Naranjo Mesa, V. (2014). Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá: Temis.

Sagüés, N. P. (2010). Cultura constitucional y desconstitucionalización. Anuario de derecho constitucional Latinoamericano , 97-108.

Schwabe, J. (2009). Jurisprudencia del Tribuanl Constitucional Federal Alemán. Mexico D.F.: Konrad adenauer-stiftung.

Fernández, Fernando M.: Acceso a la Justicia Universal. Exposición de motivos. El Código de Derecho penal Internacional ("CODEPI") Base de la memoria jurídica, la reconciliación y la paz en Venezuela. Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica – REDIAJ Nº 10. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, Abril 2017, pp. 913-952
http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/913-952pdf

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Acceso a la Justicia Universal. Exposición de motivos. El Código de Derecho penal Internacional ("CODEPI") Base de la memoria jurídica, la reconciliación y la paz en Venezuela

Por: Fernando M. Fernández [*]

1 Introducción

Agradezco profundamente la invitación de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional en la "Consulta del País que queremos todos" coordinada por el Dr. Werner Corrales[1] a exponer nuestra propuesta sobre el acceso a la justicia universal por medio de la entrega del anteproyecto de Código de Derecho Penal Internacional ("CODEPI")

[*] El Abogado Fernández ha participado en la Coalición Internacional por la Corte Penal Internacional y como tal actuó con diversas ONG como Amnistía Internacional para lograr la aprobación del Estatuto de Roma en 1998. Desde entonces ha dictado innumerables charlas, talleres y cursos de todos los niveles sobre los crímenes internacionales, el procedimiento penal y los aspectos criminológicos de tales hechos punibles, tanto en universidades e instituciones nacionales como extranjeras. Ha colaborado permanentemente con los diferentes eventos del Modelo de Naciones Unidas (MUN) en universidades y liceos. Asimismo, ha escrito diversas monografías especializadas y numerosos artículos de divulgación. Redactó el anteproyecto de Código de Derecho Penal Internacional ("CODEPI") introducido en la Comisión de Política Interior de la Asamblea Nacional el 10-08-16.
Fernández ha redactado, co-redactado o coordinado más de 20 leyes y Códigos con vigencia en el país. Fue Asesor Ad-Honorem de la Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente de 1999. Fue asistente y luego asesor de la Comisión Legislativa del extinto Congreso de la República y, posteriormente, de la Asamblea Nacional (2001-2004) coordinando la Comisión Mixta para la reforma de los Códigos Penal, Procesal Penal y de Justicia Militar. Fue coordinador técnico de la reforma institucional, judicial, policial, militar y penitenciaria de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE). Fue Asesor del Fiscal General de la República y Comisionado del Ministerio Público. Se ha desempeñado como consultor para el Banco Central de Venezuela. Ex consultor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre Reforma Judicial, así como al Banco Interamericano de Desarrollo y del Ministerio de Justicia para la reforma del sistema de justicia penal, la policía, las cárceles, Medicina Forense y la Fiscalía. Experto de la ONU-International Bar Association contra el delito de tortura. Consultor de la ONG Respuestas al Desarrollo.

[1] Ver sus palabras en: https://politikaucab.net/2017/02/03/exposicion-de-werner-corrales-leal-en-la-asamblea-nacional-con-motivo-de-la-inauguracion-de-la-consulta-nacional-del-pais-que-queremos-todos/

El 10 de agosto de 2016, gracias a la gentil acogida de la Comisión de Política Interior[2], presidida por la Diputada Delsa Solórzano, fue entregado el CODEPI. Hoy toca ampliar la base de discusión de este humilde papel de trabajo con las ONG y personalidades de la sociedad civil para llevar el debate a la comunidad nacional.

El anteproyecto de CODEPI es el resultado de nuestra experiencia profesional y docente en Venezuela y el exterior sobre este tema, la cual nació antes de 1998 en la promoción de la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ("Estatuto de Roma"), el cual debe ser necesariamente implementado en nuestro país, como una fórmula que garantice los derechos humanos, la paz social, la reconciliación, la justicia y la creación de la memoria jurídica indispensable para evitar que se produzcan cualesquiera de los crímenes atroces y delitos que allí se tipifican.

En el anteproyecto de CODEPI se condensan nuestras reflexiones de todos estos años, lo cual no garantiza que sea un instrumento perfecto: es, tan solo, el punto de partida para un debate, el cual se traduciría en una legislación nacional que complete la obligación internacional de nuestro país, en el sentido de garantizar jurídicamente los derechos humanos de toda la población. La invitación a todos es para que hagan sus recomendaciones para mejorar este papel de trabajo.

La primera de las conclusiones a las que hemos llegado es que se requiere un instrumento separado del Código Penal ordinario, el cual debe ser refor-

[2] Ver mi artículo: Justicia Universal para Venezuela. Disponible en: http://amnistia.ning.com/profiles/blogs/justicia-universal-para-venezuela; y Crimen de crímenes. En: http://noticiasvenezuela.org/2016/09/14/crimen-de-crimenes-por-fernando-m-fernandez/

mado para re-codificar la profusa y confusa legislación penal paralela y descodificada, la cual ha sido una causa de dificultades y un gran escollo para la administración de justicia, en general, causante de no poca impunidad y corrupción. Pero, su peor impacto lo es el inacceso a la justicia de las víctimas de delitos comunes y de la delincuencia organizada. El Código Penal de los delitos comunes requiere un abordaje autónomo y distinto a lo que hoy día planteamos sobre el CODEPI. Allí podría estar, además, el conjunto de delitos contra el Derecho Interrnacional de los Tratados, entre las de más materias.

2 Motivación del anteproyecto de Código de Derecho Penal Internacional[3]

Entregamos para la consideración de la Asamblea Nacional el presente papel de trabajo que contiene un anteproyecto legislativo, a los fines de su estudio, debate, consulta y posterior aprobación en cumplimiento de la obligación contraída por la República Bolivariana de Venezuela al haberlo ratificado y haber promulgado la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (de ahora en adelante la "Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma"), publicada en Gaceta Oficial N° 5.507 Extraordinario de fecha 13 de diciembre de 2000.

[3] En Alemania se llama Código Penal Internacional ("CPI") para distinguirlo del Código Penal de derecho interno. (Ver: https://www.mpicc.de/files/pdf1/vstgblspan1.pdf). Por razones de facilitar la difusión de su denominación y evitar las frecuentes confusiones que existen en materia penal, como se evidencia en la que existe entre el Código Orgánico Procesal Penal ("COPP") y el Código Penal vigente para los delitos comunes. Sugerimos a la Asamblea Nacional la denominación CÓDIGO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL, cuyo acrónimo sería CODEPI, por ser la que más se ajusta técnicamente a la idea de la codificación de una nueva disciplina jurídica especializada.

En efecto, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (de ahora en adelante el "Estatuto de Roma") fue aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de una Corte Penal Internacional (de ahora en adelante la "CPI"). Actualmente el mismo tiene 139 países signatarios y 124[4] ratificaciones[5] . Venezuela fue el primero de los países de Iberoamérica y el 11° del mundo que lo ratificó, al consignar el instrumento de ratificación ante el Secretario de la Organización de las Naciones Unidas, el día 7 de junio del año 2000, en ejecución del artículo 128 del Estatuto de Roma.

El Estatuto de Roma entró en vigor el 1° de julio de 2002, luego del 11 de abril de 2002, fecha en la que fueron consignadas las 60 ratificaciones de tan importante instrumento jurídico. El 11 de marzo de 2003 se juramentaron los 18 magistrados que integraron la Corte Penal Internacional en una ceremonia solemne en La Haya, Países Bajos, con lo cual quedó formalmente instaurada. En abril de 2003 fue designado el primer Fiscal ante la CPI.

Sin embargo, Venezuela está en mora en tipificar la tutela penal de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales y el propio Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, bajo el manto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es hora de cumplir con

[4] Ver: http://www.iccnow.org/?mod=romesignatures&lang=es
[5] Ver el mapa de los países parte del estatuto de Roma en: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx

el país, con las obligaciones internacionales de la República y con la humanidad. El CODEPI llenaría ese vacío y retraso jurídico.

El propósito de esta Exposición de Motivos es el de fijar los fundamentos en los cuales se propone a la Asamblea Nacional se introduzca, consulte, debata y promulgue un instrumento normativo autónomo que sistematice el proceso penal internacional y su implementación en Venezuela para juzgar los crímenes internacionales bajo la premisa de establecer un juicio justo[6], conforme a los estándares internacionales. A tal fin, anexamos el papel de trabajo que hemos entregado a la Asamblea Nacional para su consideración.

En el año 2001 se creó en Venezuela una Comisión Mixta[7] para el Estudio de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal y Orgánico de Justicia Militar de la Asamblea Nacional, a la que estuvieron integradas la Sub-Comisión del Código Penal y la del Código Orgánico de Justicia Militar, de allí se designó un Equipo Técnico para que realizara un estudio profundo sobre el tema. Dicha Comisión y sus derivaciones fueron disueltas en diciembre de 2004, sin que se concluyera su estudio, salvo en lo referido a la reforma del Código Orgánico Procesal Penal (de ahora en adelante "COPP").

Sin embargo, la necesidad, motivación y nuestro interés por este importante tema se mantuvieron incólumes, por lo que el estudio e investigación sobre el mismo no decayó. Luego de haber realizado una extensa consulta a nivel

[6] Ver: Amnistía Internacional: *Juicios Justos*, Manual de Amnistía Internacional. EDAI. Madrid, 1998. Disponible en: http://amnistiainternacional.org/publicaciones/19-juicios-justos-manual-de-amnistia-internacional.html
[7] Dicha Comisión Mixta fue presidida por el Diputado, periodista y abogado Alberto Jordán Hernández. Al autor de estas líneas correspondió el alto honor y responsabilidad de ser el coordinador técnico de la misma.

nacional e internacional a destacados juristas y expertos, de haber participado en innumerables foros públicos de universidades, profesionales e institucionales, además de revisar la abundante doctrina y recomendaciones escritas, he considerado oportuno plantear la necesidad de introducir el presente CODEPI como un nuevo instrumento normativo codificado de carácter sistemático, ordenado y exhaustivo que contiene todo lo relacionado a la investigación y sanción de los crímenes internacionales, incluidos los principios y el procedimiento, de conformidad con los estándares del Estatuto de Roma.

El Estatuto de Roma ha sido el paso más importante de la historia del Derecho que se ha dado en esta materia. Sin embargo, Venezuela está casi al desnudo por carecer de legislación: dependemos del Tribunal Penal Internacional de La Haya y debemos litigar en inglés o francés; es decir, no somos soberanos. En conclusión, en Venezuela no hay tutela jurídica universal de todos los derechos humanos de todos[8], ni estamos preparados para una transición hacia la democracia y el Estado de Derecho, el único sistema en el que los derechos humanos son garantizados de forma plena y en cuyo seno pueden sancionarse las posibles violaciones. Una medición de cuan democrática es un Estado es la capacidad que se tenga de conseguir el respeto de los derechos humanos de las víctimas de todos los hechos punibles, pero, especialmente de los crímenes atroces.

[8] A pesar de que la Constitución en su Título III es diáfana en su adopción de los derechos humanos como norte de la acción jurídica del Estado, de forma írrita, se denunció la Convención Americana de Derechos Humanos sin derogar la Ley Aprobatoria que la acogió y permitió su ratificación. Con ello, el Estado venezolano se exceptuó de su responsabilidad legal Internacional, dejando en desamparo a todos los venezolanos frente a los abusos que cometan sus funcionarios.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

3 Aprobación e implementación del Estatuto de Roma

La Ley Aprobatoria[9] del Estatuto de Roma dice en su artículo Único que "se aprueba en todas sus partes a los fines internacionales en cuanto a Venezuela se refiere…" lo que deja claro el compromiso de la República Bolivariana de Venezuela con la CPI, a cuya jurisdicción quedan sometidos los venezolanos, desde el momento de su vigencia. Pero también denota que hace falta crear la jurisdicción universal penal de tutela a los derechos humanos, que consiste en implementar en el territorio nacional el Estatuto de Roma, conforme a la tradición jurídica venezolana para que sea eficaz a los fines internos, es decir, para que los tribunales venezolanos tengan atribuida en la legislación la completa y soberna jurisdicción sobre los posibles casos que pudieren plantearse, de conformidad con los cánones dogmáticos y técnicos del Derecho Penal Internacional que exige el rigor científico de esta disciplina.

Esta forma aprobación legal, "a los fines internacionales en cuanto a Venezuela se refiere", pone en evidencia que:

(i) Tal como dispuso el legislador patrio, la CPI tiene plena jurisdicción sobre todos los venezolanos desde el 1° de julio de 2002, luego de la consignación de las primeras 60 ratificaciones del instrumento ante la Organización de las Naciones Unidas. La consecuencia de tal disposición es que, de ocurrir desde entonces, algún evento de los tipificados en el Estatuto de Roma, la CPI tendría plena capacidad de actuación, reconocida por la norma única de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma antes transcrita, en aplicación del principio de complementariedad,

[9] La Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma fue publicada en Venezuela en la Gaceta Oficial N° 5.057 Extraordinario del 13/12/2000.

dado que Venezuela no ha implementado internamente sus disposiciones con carácter primario.

(ii) El legislador venezolano al aprobar el Estatuto de Roma excluyó de forma clara los efectos internos del instrumento, en virtud del lógico compromiso internacional de hacer un desarrollo legislativo que sirviese de medio para cumplir con el objetivo fundamental del Estatuto, como es que cada país, conforme a su tradición jurídica, establezca los mecanismos necesarios de implementación interna para prevenir, evitar, investigar, enjuiciar y sancionar los hechos criminales de mayor gravedad contra los derechos humanos, en concordancia con los estándares internacionales. La consecuencia de ello es que, hasta ahora, los Tribunales venezolanos no serían los competentes para conocer de estos casos, debido a que no existen normas precisas que así los faculten. El CODEPI que se introduce en este acto resolverá esta situación y ejercerá la soberanía de sus instituciones.

(iii) Para afirmar la soberanía nacional es necesario que los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela tengan atribuida de forma expresa la capacidad jurisdiccional de poder conocer de tales tipos penales y decidir sobre los posibles casos, en desarrollo de la obligación internacional contraída al ratificar el Estatuto de Roma y haber previsto esta posibilidad los artículo 29 y 261 de la Constitución, como veremos más adelante.

(iv) En tal sentido, el CODEPI es el instrumento jurídico codificado y sistemático que desarrolla las normas relativas a la competencia, los principios rectores y, especialmente, la tipificación de los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma, cuidando de la coherencia necesaria entre ambos instrumento,s por razones obvias de seguridad jurídica y preservación estricta del principio de legalidad penal, a los fines de evitar la impunidad.

(v) Finalmente, el Estatuto de Roma es un Tratado Internacional que debe ser cumplido, en ejecución del principio de derecho internacional respecto de la obligación de los Estados de cumplir con los Tratados suscritos y ratificados (*pacta sunt servanda*),

previsto en la Convención de Viena sobre los Tratados Internacionales.

4 ¿Qué es la jurisdicción universal?

Es aquella que tutela jurídica e institucionalmente todos los derechos humanos de todos, independientemente del territorio y de la nacionalidad. Su base es la Declaración Universal de los Derechos Humanos y todos los Tratados Internacionales, Declaraciones y otros instrumentos que le han seguido. Es un imperativo categórico de los Estados tomar las previsiones legales para instaurar las normativas relativas a la jurisdicción universal de los derechos humanos que hagan posible las normas de procedimiento que permitan el enjuiciamiento de delitos y crímenes que afecten los derechos humanos en cualquier parte del mundo, tal como se desprende de la letra de los Acuerdos de Ginebra y ha acontecido en la legislación interna de los países europeos, razón por la cual se iniciaron los procedimientos en el Caso Pinochet, en España y Reino Unido. De la misma forma, se ha procedido en diversos casos de ruandeses ante tribunales belgas, debido al genocidio de 1994. Igualmente, se conocen casos en Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Países Bajos, y Suiza. Asimismo, en Italia y Alemania, se ha abierto y sentenciado casos por desapariciones forzadas en Argentina en los años 70 y 80[10].

Amnistía Internacional (Premio Nobel de la Paz) ha dicho: "El principio de jurisdicción universal de permite a los Estados iniciar investigaciones y enjuiciamientos contra presuntos autores de delitos, incluidos los crímenes

[10] Ver: "*Tortura: Nunca Más*" en: www.a-i.es/camps/cat/impuni03.htm

graves comprendidos en el derecho internacional, independientemente de su nacionalidad, de la nacionalidad de la víctima y del lugar donde se hayan cometido los delitos[11]".

Los artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 establecen la obligación de juzgar a los criminales de guerra, o entregarles a otro Estado para que sean juzgados, en los siguientes términos:

"Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes".

En nuestro medio, apenas existe una vieja norma prevista en el Código Penal que dice así:

Art. 4.9 del Código Penal venezolano: Están sujetos a enjuiciamiento en Venezuela y se castigarán de conformidad con la ley penal venezolana:

(...)

9. Los venezolanos o extranjeros venidos a la Republica que, en alta mar, cometan actos de piratería u otros delitos de los que el Derecho Internacional califica de atroces y contra la humanidad; menos en el caso de que por ellos hubieren sido ya juzgados en otro país y cumplido la condena. (Subrayado nuestro)

Dicha disposición permite enjuiciar los crímenes internacionales sin exigir una vinculación territorial con Venezuela, siempre y cuando estuvieran tipi-

[11] Ver: Amnistía Internacional. *Informe 2002. Ahora que es la hora de saber*. Editorial Amnistía Internacional. Madrid, 2002. Págs. 43 y 44.

ficados en derecho internacional. Sin embargo, se limita a los actos cometidos en alta mar lo que limita la jurisdicción de los tribunales venezolanos, dado que excluye los hechos atroces y contra la humanidad cometidos en territorio continental o insular.

De su parte, la Cruz Roja Internacional ha dicho que:

> "Los tribunales pueden enjuiciar a todas los sospechosos de crímenes de guerra si disponen de pruebas suficientes. Al no juzgar tienen que garantizar que dichas personas pueden ser extraditadas en aplicación de la regla *auto federe auto jadiare*. Pueden también entregarles a un tribunal internacional para que sean enjuiciados.
>
> En efecto, los Convenios de Ginebra de 1949 obligan a los Estados a reprimir penalmente los crímenes de guerra. Los Convenios y su Protocolo adicional I especifican los actos que constituyen crímenes de guerra. Son las violaciones más graves del derecho internacional humanitario tales como el homicidio intencional de personas protegidas, su trato inhumano, los ataques contra la población civil e incluso contra bienes tales como monumentos históricos[12]."

Los Convenios de Ginebra de 1949 establecieron un sistema cuya rigurosa aplicación imposibilitara a los criminales de guerra evitar que fueran juzgados ante los tribunales de su propio país o en cualquier otro Estado. Es decir que imponen la obligación a los Estados de garantizar que sus leyes penales contengan las disposiciones necesarias para buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, crímenes de guerra, y de ser el caso hacerlas comparecer ante su propia justicia o entregarlas a otro Estado interesado en castigarlas. Además, los tratados no se satisfacen con la adopción de dichas leyes, sino que exigen expresamente a los Estados, buscar activamente a los sospechosos y juzgarles efectivamente[13].

[12] Artículos 50, 51, 130 y 147 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente, así como los artículos 11 y 85 del Protocolo adicional I de 1977.
[13] Artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente.

Estas reglas no toleran ningún límite en cuanto a la nacionalidad de los reos o de las víctimas, ni con respecto al lugar donde se cometieron los crímenes. Por lo tanto difieren de la jurisdicción basada en la territorialidad, la personalidad activa (nacionalidad del sospechoso) o pasiva (nacionalidad de la víctima), o el interés nacional del Estado. En otras palabras, no se requiere ningún vínculo con el fórum del crimen si no fuese por el interés de todos que los crímenes de guerra sean sancionados.

Los Convenios de Ginebra instalan entonces una jurisdicción universal la cual esta reforzada por el hecho de que 191 Estados son parte en dichos convenios y se comprometieron por consiguiente a aplicar sus disposiciones, lo que significa que no debería ser posible evitar el castigo.

El motivo por el cual los Estados se comprometieron a ejercer una jurisdicción tan amplia en materia de los crímenes de guerra trasciende de la convicción que dichos crímenes atentan a la conciencia del mundo civilizado y amenazan el orden jurídico internacional. Es decir que se considera el criminal de guerra como *hostis humani*. Por lo tanto la represión de sus crímenes responde a un interés de todos los Estados y no únicamente de aquellos directamente afectados[14]".

La jurisdicción universal de los derechos humanos no puede limitarse a los códigos militares, por cuanto, muchas veces quienes actúan en tales crímenes no sólo son militares. Se ha dado el caso de participación de civiles, por lo que tal jurisdicción debe establecerse plenamente en el Código Penal,

[14] Ver: *Aplicación nacional de la jurisdicción universal en materia de los crímenes de guerra.* Documento de trabajo para la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional de Venezuela. Comité Internacional de la Cruz Roja. Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario. Unidad América Latina. Mimeografiado, 2004.

como norma rectora para todos los efectos, tal como corresponde a la tradición jurídica venezolana.

5 Concepto de justicia transicional:

Justicia transicional es la justicia del cambio positivo desde el autoritarismo y la dictadura hacia la democracia, protectora y garante de los derechos humanos. Eso implica acciones jurídicas, políticas, económicas y sociales que permitan documentar y aprender del error para no repetir los horrores. La amnesia y el negacionismo intencionales frente a los crímenes atroces son las principales causas de la reincidencia. Sin justicia no puede haber reconciliación verdadera y perdurable. Los hechos criminales atroces no pueden quedar impunes, pero tampoco puede permitirse la venganza: ese es el desafío.

6 Codificación de los crímenes internacionales

La norma constitucional referida al principio de sistematicidad de los códigos está contenida en el artículo 202 de la Constitución se vería fortalecida de dictar un Código[15] que desarrolle e implemente en Venezuela las normas previstas en el Estatuto de Roma, desde las que organizan la jurisdicción y competencia de los Tribunales especializados, como aquellas referidas a los derechos humanos y tipificación de los crímenes internacionales, considera-

[15] Tal como fue fijado en el documento de la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional: "Los Códigos son, luego de la Constitución, las leyes más importantes de una República. En ellos se condensa lo fundamental de las normas de convivencia de una sociedad, garantía de los valores incluidos en la formulación del Estado de Derecho que comparten los ciudadanos en una democracia, lo cual asegura la cohesión social, cuyo fundamento es el respeto de los derechos humanos.*"*. Ver: Comisión Mixta para el estudio de los Códigos Orgánico Procesal Penal, Penal y Orgánico de Justicia Militar. Sub-Comisión del Código Penal: *Hacia un Nuevo Código Penal*. Asamblea Nacional. Caracas, marzo de 2002. Págs. 6 y 7. (Redactores: Elisa Rosales y Fernando M. Fernández) Ver también: www.asambleanacional.gov.ve

dos estos como la garantía máxima posible en un Estado Constitucional[16] Democrático y Social, de Derecho y de Justicia[17] frente a las peores violaciones de los derechos humanos que puedan concebirse, como es el caso de los crímenes internacionales.

Artículo 202 de la Constitución: "La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos." (Subrayado nuestro)

Es de hace notar que el CODEPI es un instrumento sistemático y que, por ser una codificación del Derecho Penal Internacional, difiere conceptual y sustancialmente en varios aspectos del derecho penal ordinario y de la codificación de los delitos militares tipificados en el Código Orgánico de Justicia Militar, ambos de vieja data y no adaptados aún a las novedades jurídicas mundiales. Por eso nuestra sugerencia a la Asamblea Nacional apunta a la necesidad de crear un cuerpo normativo codificado independiente y aparte de los otros instrumentos vigentes, así como fijar las reglas correspondientes para su correcta aplicación. De esa manera se fortalece la codificación penal y se permite la especialización del Derecho Penal Internacional, considerado como una nueva rama jurídica en la cual confluyen otras disciplinas, conforme a la mejor doctrina y práctica en el derecho comparado.

[16] Artículo 7 de la Constitución. "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución".
[17] Artículo 2 de la Constitución. "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político".

No obstante, hay que remarcar que tanto el Código Penal[18] y sus más de 80 leyes penales descodificadas, así como el Código Orgánico de Justicia Militar[19] requieren ser reformados urgentemente de forma y fondo, bajo el principio de sistematicidad que manda el artículo 202 de la Constitución. También deberán ser reformadas las leyes del sistema judicial[20].

7 Desarrollo constitucional de los crímenes internacionales

Puede notarse el adelanto que ha significado la constitucionalización de algunos de los principios y crímenes tipificados en el Estatuto de Roma en la Constitución. Ello, en virtud de que su discusión y probación fueron consecutivas a las que su produjeron en la ciudad de Roma, un año antes.

Una de las grandes novedades del Estatuto de Roma, como Tratado Internacional, es que establece por vez primera en un instrumento de carácter obligatorio para las partes el establecimiento de la responsabilidad penal de personas naturales que comanden tropas o que dirijan un Estado y que cometan alguno de los peores hechos punibles imaginables contra la humanidad. A lo cual se suman los líderes militares o de grupos armados organizados que ataquen poblaciones civiles en conflictos no internacionales. Todo ello, de

[18] El Código Penal es un verdadero desastre, una colcha de retazos, por cuanto ha sido reformado en los años 2000 y 2005 empeorando la descodificación y publicando nuevamente en Gaceta Oficial artículos que han sido derogados por leyes penales especiales o anulados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. La inseguridad jurídica surgida de este despropósito es extrema.

[19] El autor de estas líneas tuvo el inmenso honor de haber colaborado en estudio técnico y redacción de la reforma parcial del Código Orgánico de Justicia Militar de 1938 a solicitud de la Comisión Legislativa del Congreso de la República, presidida por el Dr. Luis Enrique Oberto. El objetivo de entonces era lograr la adecuación de sus normas al proceso acusatorio del COPP al abandonar el sistema inquisitivo-mixto que preveía el Código de Enjuiciamiento Criminal (Ver: Gaceta Oficial # 5.263 Extraordinario del 17 de septiembre de 1998).

[20] Asimismo, tocó al autor de estas líneas el estudio técnico, coordinación y redacción de la siguiente normativa: Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura (Ver: Gaceta Oficial # 36.534 del 8 de septiembre de 1998), Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley de Carrera Judicial, Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley de Policía Judicial (Ver: Gaceta Oficial # 5.263 Extraordinario del 17 de septiembre de 1998).

forma independiente a la responsabilidad internacional y legal de los Estados por los hechos cometidos por funcionarios.

Es necesario que se implemente en Venezuela lo conducente para que el Estatuto de Roma sea efectivo en el cumplimiento de sus propósitos. Ello quiere decir que deberá discutirse este papel de trabajo, en virtud de la insuficiencia dogmática y el alcance jurídico limitado que tienen el Código Penal y el Código Orgánico de Justicia Militar en la materia, instrumentos que solo podrían incluir delitos materiales de derecho interno circunscritos al ámbito local del país, a diferencia de los especificados en el CODEPI que tipifica los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión, que son los hechos punibles más graves (*core crimes*) de trascendencia internacional, para los que es aplicable la Jurisdicción Universal, consagrada en la Constitución por el Constituyente Originario convocado en Asamblea Nacional Constituyente en 1999, como veremos más adelante.

Asimismo, el CODEPI implementa simultáneamente la Constitución y el propio Estatuto de Roma al regular lo relativo a la cooperación de los tribunales venezolanos con la CPI. Igualmente, crea un Fondo Fiduciario para la Indemnización de las Víctimas de Crímenes Internacionales y Graves Abusos de los Derechos Humanos con el objetivo de indemnizar a las víctimas, en el entendido de brindar las herramientas de acción para impedir la impunidad de las más graves violaciones de los derechos humanos. Con el desarrollo de las normas del Estatuto de Roma en el derecho interno se cerrará el círculo contra quienes cometan los crímenes establecidos en él. De esa manera, las víctimas podrán hacer sus reclamaciones ante dicho Fondo Fidu-

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

ciario, conforme lo dispongan los tribunales competentes para conocer de los crímenes internacionales.

Pero no basta con la tipificación de los crímenes y que estos sean congruentes y coherentes con el Estatuto de Roma si, de forma detallada y precisa, no se adoptan los principios penales y procesales previstos en él, los que son contrarios a los principios penales generales propios del derecho penal interno, por ej.: imprescriptibilidad, extraterritorialidad, jurisdicción universal y responsabilidad de los superiores, entre otros.

8 Preeminencia de los derechos humanos y tutela del derecho penal internacional

La Constitución establece en el artículo 2 el principio de preeminencia de los derechos humanos. Asimismo, consagra las nociones del Estado Constitucional Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, algo totalmente diferente a los modelos liberal y socialista de Estado, como forma jurídica del Estado para garantizar de los valores y principios superiores de su ordenamiento legal. En otras palabras, no puede alcanzarse la justicia, sino por el recto camino de la aplicación de las leyes, es decir, del derecho.

Dice así el art. 2 de la CONSTITUCIÓN:

> Artículo 2:"Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político". (Subrayado nuestro)

En tal sentido, el cambio de paradigma que significa esta norma impone la máxima tutela del derecho penal a ese bien jurídico de los derechos humanos en su más amplia trascendencia internacional, en su integralidad y universalidad, sin excepciones ni exclusiones. Lo que quiere decir que, además de contar con un instrumento constitucional tuitivo y preventivo en todos los sentidos, respecto a los derechos humanos como es la Constitución, hace falta un conjunto de normas punitivas que imponga sanciones penales a los que atenten contra el género humano, la paz y el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

9 Universalidad e interdependencia de los derechos humanos

El artículo 19 constitucional consagra los principios de universalidad, progresividad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos de toda persona, sin discriminación alguna. Corresponde a la legislación penal, especialmente a los Códigos, brindar la máxima garantía posible en la tutela efectiva a esos bienes jurídicos[21].

Cuando el Constituyente Originario de 1999 estableció el deber del Estado a garantizar a "toda persona, sin discriminación alguna", se refiere al principio de universalidad del goce y ejercicio irrenunciable de los derechos humanos, lo que incluye a todos los individuos humanos que habitan el territorio nacional. La universalidad se conecta con el principio de interde-

[21] Un ejemplo interesante de esta propuesta lo encontramos en el Código Penal colombiano del año 2000 en cuyo artículo 2 se establece que las normas y postulados sobre derechos humanos que se encuentren en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, formarán parte integral del Código Penal.

pendencia de los derechos humanos que consiste en el grado e intensidad de condicionamiento mutuo entre todos y cada uno de los derechos humanos.

En fin, el CODEPI es la forma más eficaz que brinda el Derecho Penal Internacional para el establecimiento de la garantía jurídica máxima. Así se cumplirá la obligación constitucional, en concordancia con los Tratados Internacionales que obligan a la República.

Dice así el art. 19 de la Constitución:

Artículo 19: "El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen." (Subrayado nuestro)

Este artículo constitucional recoge de manera fiel lo establecido en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, Austria de 1993, cuando se emitió en la Asamblea general de la ONU la "Declaración y Programa de Acción de Viena" sobre la interdependencia y universalidad de los derechos humanos.

Una de sus cláusulas dice así:

5. "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales". (Subrayado nuestro).

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

10 Jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales en derechos humanos

Además, la Constitución innovó en materia de aplicación de los Tratados Internacionales en derechos humanos, cuando quiera que estos sean más favorables que la propia Constitución y cualquier otra Ley, en caso de conflicto normativo. En tal eventualidad, el Constituyente los considera de rango constitucional y son prevalecientes, por lo que se aplicarán de inmediata y directa por los Tribunales y demás organismos públicos. Por esa razón, el CODEPI establece en su artículo 7 la incorporación de los Tratados Internacionales en derechos humanos como parte del derecho aplicable.

Adicionalmente a lo anterior, el concepto de un juicio justo[22], que involucra al debido proceso en la investigación y el procesamiento más el logro de una sentencia justa se desarrolla en varios de sus artículos. En consecuencia, además de ser un Código con normas penales, el CODEPI también desarrolla derechos humanos en su texto e integra el conjunto de Tratados Internacionales en la materia.

> Artículo 23 de la CONSTITUCIÓN: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público" (Subrayado nuestro)

[22] Ver: Manual de Juicios Justos de Amnistía Internacional. Disponible en: https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/POL3000214?CMD=VEROBJ&MLKOB=32963475252 . Ver también: Esquema de la Investigación y el Procedimiento ante la Corte Penal Internacional. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/21023.pdf

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

11 Responsabilidad penal de los funcionarios por las más graves violaciones de derechos humanos

Adicionalmente, la Constitución establece de manera clara e imperativa que la consecuencia de cualquier acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos humanos consagrados y garantizados en la Constitución es su nulidad. También el Constituyente Originario de 1999 ordenó que los funcionarios responsables de esta violación tengan responsabilidad penal, civil y administrativa, por lo que los crímenes internacionales que tipifica el Estatuto de Roma, que significan las más graves de las violaciones de los derechos humanos deben ser implementados apropiadamente en nuestro país. Eso es lo que procura el CODEPI.

Artículo 25 de la Constitución: "Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores". (Subrayado y negritas nuestros)

Es importante destacar que el CODEPI también desarrolla el principio de la obediencia legítima, que involucra el hecho de la no obligatoriedad de cumplir órdenes en menoscabo de derechos humanos. En materia de los crímenes internacionales, todo inferior jerárquico esta exceptuado de cumplir con esa orden ilegítima.

12 Derecho de acceso a la justicia penal internacional

En el mismo sentido, la CONSTITUCIÓN, reconoce y garantiza el derecho de acceso a la justicia de toda persona, lo que debe considerarse especialmente si son víctimas de las más graves violaciones de sus derechos huma-

nos. Lo cierto es que, mientras no exista un desarrollo legislativo apropiado que implemente el Estatuto de Roma, el único Tribunal competente para conocer de estos casos es la CPI, que está localizado en La Haya, Países Bajos. Además, los idiomas oficiales son el inglés y el francés. Adicionalmente, los Tribunales de otros países en los que se ha implementado la jurisdicción universal de los derechos humanos también podrían conocer de casos que ocurran en Venezuela. Lo contradictorio es que Venezuela no tenga Tribunales que satisfagan el derecho a una tutela judicial efectiva en materia de crímenes internacionales, a pesar de haber sido pionero entre los países de Iberoamérica. El CODEPI establece que la jurisdicción primaria para estos casos es la de los Tribunales penales especializados de Venezuela.

> Artículo 26 de la Constitución. "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.
>
> El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles". (Subrayado nuestro)

Para que el acceso a la justicia penal internacional sea gratuito y accesible se hace indispensable que se desarrolle e implemente el Estatuto de Roma en Venezuela, como prevé el CODEPI. De lo contrario, los venezolanos tendrían que ir a la Haya a hacer sus planteamientos en otros idiomas, de ser necesario, debido a la posibilidad de ser víctimas de crímenes internacionales.

13 Imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

El Estatuto de Roma ha creado las bases para impedir la impunidad de los crímenes internacionales más dañinos al género humano. Tal propósito ha sido también adoptado por la Constitución venezolana. El artículo 29 constitucional consagra las normas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, lo cual es congruente, con lo establecido en el artículo 29 del Estatuto. Así como también, prohíbe que se otorgue beneficio alguno que permita su impunidad, tal como la amnistía o el indulto, entre otros. Igualmente, establece que los crímenes de lesa humanidad serán investigados y juzgados[23] por los tribunales ordinarios.

> Artículo 29 de la CONSTITUCIÓN: El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. (Subrayado nuestro)
>
> Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía. (Subrayado nuestro)

Tal como señala el maestro del Derecho Penal Internacional Kai Ambos[24]: "El uso moderno del concepto de crímenes de lesa humanidad (en adelante "CLH") podría remontarse a la declaración del 28 de mayo de 1915 dada por los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, en la que se hizo alusión a las masacres de la población armenia en Turquía. En esta declaración, las atrocidades cometidas fueron descritas como "crímenes contra la huma-

[23] La Constitución dice que serán investigados y enjuiciados por los tribunales ordinarios, sin embargo, la investigación penal en el sistema acusatorio establecido en el COPP y en el propio Er prevé que la investigación corresponde al Fiscal, quien acusará ante el órgano jurisdiccional que corresponda.

[24] AMBOS, Kai: *CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y LA* CORTE *PENAL INTERNACIONAL*. Disponible en: http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/CRIMENESDELESAHUMANIDAD.pdf

nidad" por los cuales todos los miembros del Gobierno turco serán declarados responsables junto a sus agentes implicados en las masacres´. En este caso, la novedad consistió en que los crímenes fueron cometidos por ciudadanos de un Estado contra sus propios conciudadanos y no contra los de otro Estado."

14 Tribunales competentes para conocer de los crímenes internacionales

El artículo 261 constitucional reserva a los tribunales militares el conocimiento de los delitos de naturaleza militar, que son los que tipifica el Código Orgánico de Justicia Militar, exclusivamente, y establece, de forma concordante, que los tribunales ordinarios se ocuparán de los delitos comunes, de las violaciones de los derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad. De la misma manera, el Constituyente de 1999 estableció que serían las leyes las que establezcan la jurisdicción y la competencia de los Tribunales. El CODEPI desarrolla esta norma.

Artículo 261 de la Constitución. La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas serán seleccionados por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento, se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar. La ley regulará lo relativo a las jurisdicciones especiales y a la competencia, organización y funcionamiento de los tribunales en cuanto no esté previsto en esta Constitución. (Subrayado nuestro).

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

15 Derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos

Finalmente, el artículo 30 constitucional establece el deber del Estado venezolano de indemnizar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Tales normas deben desarrollarse legislativamente, en cumplimiento del mandato constitucional, en normas codificadas, como prevé el artículo 202 constitucional. El CODEPI desarrolla este mandato del Constituyente de 1999.

A los fines de comprender mejor lo expuesto, copiamos el texto del articulado.

Artículo 30 de la CONSTITUCIÓN: El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.

El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.

El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados. (Subrayado nuestro).

16 Prohibición de la pena de muerte

Un antecedente remoto de la justicia penal internacional y al propio Estatuto de Roma, ha sido la tradición constitucional venezolana evidenciada en la prohibición absoluta de la pena de muerte, como un adelanto a los principios sobre un juicio y penas justos, Venezuela abolió de forma absoluta la pena de muerte para todos los delitos, mediante el Decreto de Garantías de 1863, lo que facilitó poner fin a la Guerra Federal. En 1864 esa prohibición absoluta se convirtió en norma constitucional, la cual ha sido confirmada en

las 20 constituciones que ha tenido Venezuela desde entonces. El CODEPI mantiene esta tradición del Derecho patrio.

Art. 14.1 Constitución de 1864: "La Nación garantiza a los venezolanos: 1ª La inviolabilidad de la vida, quedando abolida la pena capital, cualquiera que sea la ley que establezca"...

17 Necesidad de memoria jurídica de los crímenes atroces

¿Por qué es necesario contar con el registro y procesamiento jurídico de los hechos criminales y más graves abusos a los derechos humanos que pudieron o puedan ser cometidos en algún momento de la historia de Venezuela?: Para evitar el olvido de las atrocidades. La amnesia intencional (negacionismo, secretismo, propaganda, lavado de cerebro, culto a la personalidad, amor programado a los líderes, indiferencia moral, el bloqueo y opacidad de la información) o involuntaria (tendencia natural del ser humano al olvido) conduce a su repetición. Por eso los lemas "Prohibido olvidar" y "Nunca más" persiguen evitar que se vuelvan a repetir hechos atroces. Y es que solo mediante el registro judicial de los acontecimientos más graves que ha sufrido la humanidad se permite mantener el recuerdo de situaciones y hechos terribles. La historia y la cultura requieren de la justicia que fije y pruebe los hechos y que se aplique el Derecho a través de Juicios Justos y el debido proceso como el previsto en el Estatuto de Roma. Por eso se debe legislar en Venezuela. No se puede esperar más.

18 La tendencia al olvido

Venezuela carece de una memoria jurídica que sea veraz, creíble y confiable producida por un Poder Judicial independiente, imparcial y autónomo. Sin

ella, la verdad histórica carece de asidero y la tendencia al olvido, como hecho natural y cultural, está en la base de la repetición de grandes crímenes y tragedias. También, el hecho noticioso se pierde con la nueva noticia si no hay un dato jurídico consolidado (la sentencia) que permanezca y pueda ser consultado nuevamente. El expediente del caso es el antídoto frente a la amnesia. Todo crimen atroz que se cometa debe ser enjuiciado y los responsables deben ser condenados por un tribunal independiente y autónomo. La justicia no es venganza, tampoco impunidad. El inocente no debe temer a las víctimas que reclaman ser reconocidas y visibles. Restaurar los daños es curar las heridas de las víctimas y de una sociedad entera. Así lo prevé el Estatuto de Roma y así deberíamos legislar.

19 Fallas de la memoria histórica y cultural

Un Estado autoritario e injusto, con severas fallas en garantizar los derechos humanos, como es el Estado venezolano, y una sociedad carente de memoria jurídica impactan negativamente la memoria colectiva histórica y cultural, las cuales suelen ser manipuladas y desviadas de la verdad de los hechos, un ejemplo: los textos de historia de Venezuela para escolares han sido cambiados para crear una nueva épica revolucionaria, sepultar otros hechos esenciales pero inconvenientes e impedir el análisis crítico. En otras palabras, para superar el pasado la educación se vuelve imposible si no hay una base forense que demuestre los hechos atroces que se han cometido o sufrido, sin importar intereses ideológicos ni la influencia extranjera. Así como el Estatuto de Roma sirve para evitar este problema al mundo, el CODEPI debe servir, igualmente, para Venezuela.

20 Núremberg: el primer y más largo intento

Los juicios de Núremberg constituyen el esfuerzo más significativo contra el olvido y la construcción de la memoria jurídica de la historia humana en el Siglo XX, luego del Holocausto y otros crímenes atroces. Los juicios a los jerarcas nazis, a los juristas, a los médicos, a los empresarios, a las organizaciones criminales (partido nazi, la Gestapo y las SS) y a quienes ejecutaron órdenes genocidas fue solo el principio de un proceso llamado de "desnazificación[25]" que ha durado décadas y que no termina aún.

70 años más tarde de los grandes juicios de Núremberg esa memoria se sigue procesando y fijando los hechos en el foro judicial: ejemplos son los juicios a Demanjuk[26], Groning[27] y Reinhold[28]. Los lemas de la construcción jurídica de la memoria histórica son: "prohibido olvidar" y "nunca más". El otro aspecto de la tarea por realizar es la educación, como bien lo dijo Adorno. Este largo proceso de 7 décadas ya transitadas por Alemania indica la necesidad prospectiva de contar con el CODEPI para el futuro y salvaguardar a las próximas generaciones de la catástrofe.

---

[25] El proceso de desnazificación de Alemania fue un ambicioso proyecto para lograr el establecimiento de la democracia, la paz y reconciliación. Ver detales en: *La desnazificación de Alemania*. Disponible en: http://www.elholocausto.net/parte04/desnazificacion.htm

[26] John Demanjuk (conocido como "Iván el Terrible"), ex miembro de las SS, fue condenado por el Tribunal Regional de Múnich a 5 años de prisión en 2011 bajo el cargo de colaborar como cómplice con las muertes de 28.060 judíos asesinados en el campo de exterminio nazi Sobibor. Ver un recuento de las incidencias del juicio, disponible en: https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007957

[27] Ver nuestro artículo "El tesorero de Auschwitz" disponible en: http://amnistia.ning.com/profiles/blogs/el-tesorero-de-auschwitz

[28] "Reinhold H., de 94 años de edad, tenía veinte cuando empezó como guardia de seguridad en el campo de concentración de Auschwitz. Un ayudante en la maquinaria de muerte nazi. Según el fiscal es corresponsable de la muerte de al menos 170.000 personas. La justicia alemana lo dejó en paz, a él y a otros como él, durante décadas. Ahora, más de 71 años después de su época en las SS, se los juzga." Ver: Justicia tardía: juicio a exguardias de campos de concentración. Disponible en: http://www.dw.com/es/justicia-tard%C3%ADa-juicio-a-exguardias-de-campos-de-concentraci%C3%B3n/a-19039349 y http://www.dw.com/es/nonagenario-exguardia-de-auschwitz-ser%C3%A1-juzgado-en-alemania/a-18900401

21 Otras atrocidades que recordar

Otros esfuerzos notables, a pesar de errores e inconsistencias, para la construcción de la memoria jurídica en torno a atrocidades posteriores a Núremberg han sido los juicios seguidos por Tribunales Ad Hoc[29] de Tokio[30], Ruanda[31], la Ex Yugoslavia[32], Líbano[33] y Camboya[34]. El caso de Timor del Este[35] todavía sigue impune. En todo caso, una vez que se cometen crímenes atroces, cuesta mucho esfuerzo y tiempo sanar las heridas. Las víctimas quizás perdonen, pero nunca olvidan.

22 Memoria de la corrupción

De la misma forma, deben ser mencionados los esfuerzos por crear una memoria jurídica por enjuiciar gravísimos actos de corrupción y latrocinio. En efecto, la corrupción arruina al Estado[36] y este deteriora la vida de los

[29] "… Hoy en día, es imposible evaluar el efecto disuasorio de los tribunales ad hoc respecto de futuros crímenes. No hay aún evidencia suficiente. Tampoco es posible evaluar la medida en que efectivamente establecen la verdad de los hechos. Si bien la administración de justicia queda más clara ante los ojos del público, aún queda sin resolver el problema de la identificación y el enjuiciamiento de los sospechosos…" En: Comité Internacional de la Cruz Roja: Tribunales ad hoc. Disponible en: https://www.icrc.org/spa/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/ad-hoc-tribunals/overview-ad-hoc-tribunals.htm

[30] Ver: Los procesos de Núremberg y Tokio, precedentes de la Corte penal Internacional. En: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2610/34.pdf

[31] Ver: WALDORF, Lars: Genocidio, justicia y reconciliación en Ruanda. Disponible en: http://www.politicaexterior.com/articulos/politica-exterior/genocidio-justicia-y-reconciliacion-en-ruanda/

[32] *Bosnia, 20 años después de la guerra de la vergüenza* "… A pesar de las desgracias que sufrieron todos los pueblos de Bosnia, 20 años después del inicio de la guerra todavía no existe el país la disposición para iniciar un verdadero proceso de reconciliación. "La inexistencia de una verdad sobre la guerra y la falta de disposición a juzgar los crímenes son las consecuencias más serias del conflicto bélico que tienen impacto en la actualidad y en el futuro", declara a Efe el analista Momir Dejanovic, quien lamentó que aun hay "tres o cuatro verdades". "Los bandos no se hacen cargo de los crímenes cometidos por los suyos", prosigue…" Disponible en: http://www.publico.es/actualidad/bosnia-20-anos-despues-guerra.html

[33] Ver: Tribunal Especial de El Líbano. En: https://www.stl-tsl.org/en/action/home

[34] Ver: Cámaras Extraordinarias del Tribunal de Camboya. Disponible en: https://www.eccc.gov.kh/en

[35] Ver: Declaración sobre la situación en Timor Oriental. Es necesario juzgar a los culpables de delitos contra la humanidad y tanto Portugal como Australia, tienes jurisdicción y competencia para hacerlo. Por el Equipo Nizkor. En: http://www.derechos.org/nizkor/doc/timor.html

[36] El autor de estas líneas ha publicado recientemente el libro "Contra la Corrupción", editado por LIVROSCA y "El Estado como botín" publicado por el Observatorio de Delito Organizado, Caracas 2016 y 2017, respectivamente. Se destaca en estas obras la violación universal de todos los derechos humanos de todos como producto de

ciudadanos, porque se ve impedido de garantizar todos los derechos humanos de todos. Los actos de administradores corruptos merman el patrimonio público y empobrecen al Estado quitándole recursos para garantizar los derechos humanos. Con la corrupción solo gana la nomenclatura que controla al Estado y pierden todos los ciudadanos victimizados. En caso de que concurran hechos de corrupción con los crímenes que tipifica el CODEPI, esta jurisdicción penal especial debería acumular los expedientes y procesar de forma conjunta.

23 Casos notables de jurisdicción universal y de combate a la corrupción

Perú[37] y Chile[38] han demostrado que la corrupción es aliada de graves violaciones de derechos humanos cometidas por sus gobernantes. Pinochet, Fujimori y Montesinos son una muestra de, además, de que el poder absoluto corrompe absolutamente: la tentación del poder omnímodo es también exponencial. El esfuerzo institucional posterior por construir la memoria jurídica en esos países ha demostrado que se pueden recuperar bienes obtenidos delictuosamente por causa del abuso de poder y graves violaciones de derechos humanos. El caso de El Salvador merece una consideración especial por la participación de la ONU en la reconciliación luego de una cruenta guerra civil[39]. Mención especial merecen los casos tramitados en Argenti-

la corrupción sistemática que se observa en Venezuela.

[37] La Comisión por la Reconciliación y la Verdad produjo un extenso y detallado informe. Disponible en: http://cverdad.org.pe/ifinal/

[38] "El Decreto Supremo N° 355 de 25 de abril de 1990 creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, cuyo objetivo principal fue contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, ya fuera en el país o en el extranjero, si estas últimas tuvieron relación con el Estado de Chile o con la vida política nacional…" Disponible en. http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html

[39] La Comisión de la Verdad para El Salvador surge de los Acuerdos de Paz de Chapultepec, que pone fin a la

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

na[40], Chile, Uruguay, Guatemala, entre otros. Ello es un ejemplo de que, si hay voluntad política y control social, sí se puede. Venezuela no puede ser la excepción.

24 Amnesia y manipulación de la verdad

En contrapartida, no ha habido el reconocimiento ni mucho menos la construcción de una memoria jurídica en varios casos y situaciones que han quedado impunes: Armenios, Ucranios, Uzbekos, Kazakos, pobladores de la ex Unión Soviética, China Maoísta, Kurdos en Irak, Cuba, Haití, Corea del Norte y muchos más. El caso de Colombia, con el revés del NO en el referéndum revela claramente que las víctimas deben ser escuchadas y que exigen el cese de la impunidad. Luchar contra el olvido de los hechos atroces de los últimos años y crear una memoria jurídica consistente y veraz es el reto de los venezolanos.

25 Estructura y contenido del CODEPI

El texto del Anteproyecto de CODEPI se compone de 105 artículos, los cuales están integrados en 2 Libros.

1. El Libro Primero contiene los principios rectores y del Derecho Penal Internacional aplicables a los crímenes internacionales contra el género humano, la paz y el Derecho Interrnacional Humanitario. En las definiciones y uso de

Guerra Civil de El Salvador, con la finalidad de investigar y esclarecer las más graves violaciones de derechos humanos ocurridos durante la Guerra Civil, dando lugar al Informe denominado "De la Locura a la Esperanza: La guerra de 12 años en El Salvador", publicado el 15 de marzo de 1993. Ver: *INFORME "DE LA LOCURA A LA ESPERANZA: LA GUERRA DE 12 AÑOS EN EL SALVADOR" (COMISIÓN DE LA VERDAD PARA EL SALVADOR)*. Disponible en: http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/elsalvador/informe-de-la-locura-a-la-esperanza.htm

[40] JUICIOS A LOS MILITARES. Documentos secretos, Decretos, Leyes y Jurisprudencia del Juicio a las Juntas militares argentinas. Ver: http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/conde.html

términos el CODEPI desarrolla los mecanismos de cooperación penal internacional, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, entre otros temas complementarios.

2. El Libro Segundo tipifica (i) los crímenes internacionales: Tal como los denomina de forma unívoca el estatuto de Roma, los tipos penales que especifica el anteproyecto de CODEPI al adoptar la jurisdicción universal son los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión. Y (ii) Los delitos contra la justicia penal internacional a los fines de evitar agresiones a los operadores de justicia penal Interrnacional, víctimas, testigos y expertos.

26 Consideraciones generales

Venezuela debe garantizar las posibilidades ciertas de un juicio justo para sancionar los crímenes internacionales para que los tribunales penales nacionales pueden ejercer la jurisdicción universal sobre las violaciones y los abusos graves contra los derechos humanos y contra el derecho humanitario internacional. Tal como lo plasma el ER y lo expresa la CONSTITUCIÓN, en el artículo 2 de su texto al establecer el principio de preeminencia de los derechos humanos en el contexto del Estado Democrático, Social, de Derecho y de Justicia.

Los siguientes son recomendaciones fundamentales acerca de tales principios:

1. **El CODEPI debe ser coherente con el Estatuto de Roma:** El nuevo CODEPI debe mantener la necesaria coherencia e identidad con el Estatuto de Roma sin copiar textualmente su contenido a los fines de brindar la necesaria seguridad jurídica a los justiciables. Asimismo, debe ser adecuadamente diseñado para evitar contradicciones o vacíos con el COPP y los demás instrumentos nacionales e internacionales que existen acerca del juzgamiento de los crímenes internacionales, como son los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Acuerdos de Ginebra y sus Protocolos en materia de Derecho Internacional Humanitario.

2. **Jerarquía de los crímenes internacionales.** Los crímenes internacionales son atroces y deben ser considerados como los hechos punibles más graves que puedan concebirse, cometerse o sufrirse. En este sentido, son distintos a los delitos comunes. Afectan al género humano, la paz y el derecho internacional de los derechos humanos. Las víctimas de estos hechos representan a la humanidad. Por eso, la tutela penal de esos bienes jurídicos, especialmente el de la vida, deben ser preeminentes frente a las categorías clásicas del derecho penal interno, que no comprometen esos valores de la misma manera, aun cuando coinciden en variados elementos. Eso lo impone el principio constitucional de preeminencia de los derechos humanos y es lo que se viene desarrollando en el derecho comparado. Tal como hemos hablado en diferentes ocasiones en reiteración del documento *Hacia un nuevo Código Penal*[41], el CODEPI que proponemos adoptar debe ceder el paso a la tutela

[41] Como puede observarse, estos lineamientos se centran en la tutela de los derechos humanos y difieren totalmente de los proyectos de reforma del Código Penal que se han presentado hasta el momento, los que giran alrededor del Código de Zanardelli de 1889, repitiendo el modelo liberal de entonces centrado en la tutela penal del Estado y la autoridad como valores preeminentes en menoscabo de los derechos humanos.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

penal del género humano, la paz y el derecho internacional de los derechos humanos, además de modernizarse y ponerse al día respecto de los delitos comunes y nuevos principios penales.

3. **El cargo oficial no exime de responsabilidad penal:** El CODEPI debe garantizar que los tribunales penales especializados de la Nación tengan competencia respecto de toda persona sospechosa o acusada de delitos graves comprendidos en el derecho internacional, cualquiera que fuera el cargo oficial de esa persona en el momento del posible delito o en cualquier otro momento posterior. En tal sentido, no puede existir inmunidad parlamentaria, diplomática, política, religiosa, militar ni de cualquier otro tipo en relación con cargo oficial alguno. En tal sentido, para el procesamiento de tales hechos cometidos por altos funcionarios, no deben aplicarse las normas relativas al antejuicio de mérito o prerrogativa procesal alguna. En tal sentido, un juicio justo reclama que no haya argumento alguno ni privilegio que impida la efectiva sanción penal de los crímenes internacionales.

4. **Imprescriptibilidad y no impunidad:** El CODEPI garantiza que no se impone ningún plazo a la obligación de procesar a una persona responsable de los crímenes comprendidos en el derecho internacional. Los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma son imprescriptibles. En consecuencia, no pueden quedar impunes. Además, no pueden gozar de beneficios como el indulto, el perdón o la amnistía de los culpables basados en privilegios ningunos. Tampoco podrán ser archivados los expedientes o interrumpidos los procesos de investigación, sin menoscabo de las garantías

establecidas en el debido proceso. En tal sentido, la noción de un juicio justo refuerza los derechos de la víctima a obtener justicia.

5. **No habrán eximentes de responsabilidad penal:** Las ordenes de superiores, la razón de Estado, los Estados de Excepción, las Leyes Habilitantes, el cumplimiento del deber, la coacción y la necesidad no deben ser circunstancias eximentes permisibles ni brindar ocasión a la impunidad. El nuevo CODEPI debe garantizar que las personas sometidas a juicio ante tribunales nacionales por la comisión de crímenes internacionales graves comprendidos en el derecho internacional sólo pueden presentar eximentes compatibles con el derecho internacional y la moderna doctrina penal. Las órdenes de superiores, la razón de Estado, los Estados de Excepción, las Leyes Habilitantes, la legislación y decretos de emergencia, el cumplimiento del deber, la obediencia debida, la coacción y el estado de necesidad, entre otras, no deben ser circunstancias eximentes permisibles que dejen impunes tales crímenes. En ningún caso de genocidio o crímenes de lesa humanidad resultará admisible el argumento de la obediencia a los superiores ni alegar la ignorancia de la prohibición de esos hechos punibles, tal como establece taxativamente el Estatuto de Roma respecto de tales atrocidades. En tal sentido, un juicio justo no puede ser impedido por ningún eximente como los identificados

6. **Ausencia de intromisiones de cualquier tipo:** La decisión de iniciar o interrumpir una investigación o un procesamiento por crímenes internacionales debe tomarla únicamente el Fiscal del Ministerio Público competente, sujeto al debido examen judicial sin menoscabo de su independencia, auto-

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

nomía y objetividad basándose sólo en consideraciones jurídicas y sin intromisiones ajenas de cualquier tipo y procedencia. La Defensoría del Pueblo deberá actuar para asegurar que este propósito se cumpla efectivamente. Las Organizaciones No Gubernamentales velarán porque tales instituciones funcionen adecuadamente. Las víctimas de crímenes internacionales deben ser atendidas y asistidas tal como prevén el COPP, el Estatuto de Roma y la normativa internacionalmente aceptada. La noción de un juicio justo exige que no haya obstáculos a la investigación y enjuiciamiento.

7. **Las investigaciones y procesamientos de oficio:** Sin esperar a que se presenten denuncias de las víctimas o de otras personas con interés suficiente en el caso. El nuevo CODEPI y las autoridades deben garantizar que su derecho interno exija a las autoridades del país ejercer la jurisdicción universal para investigar los crímenes internacionales por ser de acción pública y, si hay pruebas admisibles suficientes, iniciar investigaciones de oficio sin esperar a que una víctima u otra persona con interés suficiente en el caso presenten una denuncia.

8. **Respeto de las garantías de juicio justo internacionalmente reconocidas:** El CODEPI debe garantizar a las personas sospechosas o acusadas de crímenes internacionales todos los derechos necesarios para que su juicio sea justo y se celebre sin demoras, respetando estrictamente el derecho internacional y las normas internacionales sobre juicios justos y el debido proceso, basados en el sistema acusatorio, oral y público que garantice la presunción de inocencia. Todos los organismos del Estado, incluida la po-

licía de investigaciones penales, el Ministerio Público y los jueces, deben garantizar que se respetarán plenamente estos derechos.

9. **Juicios públicos**: Y, de ser posible, con la asistencia de observadores internacionales. Para garantizar no sólo que se hace justicia, sino también que se vea que se hace justicia, las autoridades competentes deben permitir que a los juicios de personas acusadas de crímenes comprendidos en el derecho internacional asistan como público en calidad de observadores organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales de reconocida reputación y actuación previa a los hechos, además de los interesados en el caso, quienes podrán asistir a las audiencias.

10. **Víctimas**: Se deben tener en cuenta los intereses y necesidades de las víctimas, de los testigos y de sus familias. Los tribunales nacionales deben proteger a las víctimas y los testigos, así como a sus familias. En la investigación de los crímenes se deben tener en cuenta los intereses especiales de las víctimas y los testigos vulnerables, como son las mujeres y los niños. Los tribunales deben ofrecer la debida reparación a las víctimas y a sus familias, tal como lo prevé la Constitución y el COPP.

11. **Prohibición absoluta de la pena de muerte y de otras penas perpetuas, crueles, inhumanas o degradantes:** La Constitución reconoce y garantiza el derecho a la vida y prohíbe la pena de muerte, penas perpetuas, inhumanas o degradantes de forma absoluta. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte aun cuando sus crímenes afecten a la humanidad. En Venezuela, no es posible que en los juicios por crímenes internacionales, ni en otro tipo de delitos, se imponga el castigo capital ni penas perpetuas, crueles, in-

humanas o degradantes. La pena máxima por los crímenes internacionales no podrá exceder los 30 años de prisión y sus límites se establecerán sobre la base de los principios de justicia y proporcionalidad.

12. **Cooperación internacional en las investigaciones y procesamientos:** El Estado venezolano debe cooperar plenamente en las investigaciones y procesamientos con las autoridades competentes de otros Estados que ejerzan la jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales. Especialmente, por las causas que cursen ante la Corte Penal Internacional. En tal sentido, se debe legislar de forma complementaria al nuevo CODEPI. En ello se impone la necesidad de impedir la impunidad al no existir refugio en país alguno para los criminales.

13. **Formación eficaz de los jueces, fiscales, investigadores, defensores y forenses:** Los cuerpos legislativos nacionales deben garantizar que los jueces, fiscales, defensores, investigadores y expertos forenses deben recibir formación eficaz y ser capacitados en normas de derechos humanos, derecho humanitario bélico y derecho penal internacional.

14. **Elaboración de instrumentos complementarios:** De la misma manera, se deben incorporar normas complementarias del COPP, a los fines de hacerlo eficaz a la investigación y enjuiciamiento de quienes sean señalados por crímenes internacionales acerca de unas Reglas de Obtención y Custodia de Evidencias de Crímenes Internacionales, que permitirá a los cuerpos de investigación penal recoger las pruebas e impedir su contaminación, falsificación, sustitución o adulteración durante la cadena de custodia;

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

27 Conclusiones y recomendaciones finales

Parte de la tarea pendiente por hacer Venezuela es implementar el Estatuto de Roma, para ello se debe estudiar y, luego del debate y consultas correspondientes, promulgar cuanto antes una legislación nacional para implementar el Estatuto de Roma. El CODEPI presentado a la Asamblea Nacional el 10 de agosto de 2016 y ahora lanzado a la discusión pública puede servir de papel da trabajo en este cometido.

En fin, Venezuela no puede esperar más para legislar adecuadamente en materia de crímenes internacionales. El Estatuto de Roma está en vigor pleno desde julio de 2002 y la Fiscalía y la Corte Penal Internacional entraron en funcionamiento por lo que los venezolanos ya están tutelados judicialmente en el plano internacional. Pero, es necesario implementarlo en el país, a los fines de tener jurisdicción soberana sobre tales crímenes y contar con un CODEPI que tutele efectivamente los bienes jurídicos constitucionales y, especialmente, los derechos humanos en Venezuela.

En consecuencia, con el mayor respeto, sugerimos a esta audiencia:

1. Impulsar un amplio debate a nivel nacional que genere conciencia sobre la importancia de un instrumento como el CODEPI que implemente el Estatuto de Roma en Venezuela.

2. Que la Asamblea Nacional designe una Comisión Mixta de Diputados que estudien este papel de trabajo y cualquier otro que se presente

3. Que se introduzca formalmente un proyecto de ley de acuerdo con la fórmula constitucional de la iniciativa legislativa (3 o más Diputados).

4. Que se discuta y apruebe en un plazo no mayor de un año la legislación sugerida.

Fernández, Fernando M.: Anteproyecto de Código de Derecho Penal Internacional. Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica – REDIAJ Nº 10. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, Abril 2017, pp. 953-1006
http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/953-1006.pdf

Anteproyecto de Código de Derecho Penal Internacional

Por: Fernando M. Fernández

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

ASAMBLEA NACIONAL

La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela,

DECRETA el siguiente:

CÓDIGO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

("CODEPI")

LIBRO PRIMERO

PRINCIPIOS RECTORES

TÍTULO UNICO

PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL APLICABLES A LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

CONTRA EL GÉNERO HUMANO, LA PAZ Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Artículo 1. Parte preliminar: Definiciones y uso de términos

"Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales" o los "Convenios y sus Protocolos": (i) Convenios I, II, III y IV firmados en la ciudad de Ginebra, Suiza el 12 de agosto de 1949, adoptados por la Ley Aprobatoria publicada en Gaceta oficial N° 481 Extraordinario de fecha 21 de febrero de 1956; (ii) Protocolos Adicionales I y II de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, adoptados mediante Ley Aprobatoria publicada en Gaceta oficial N° 5.241 Extraordinario de fecha 06 de julio de 1998; (iii) Protocolo Adicional III a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (aun no suscrito por Venezuela); (iv) la Ley de Protección al Nombre y Emblema de la Cruz Roja, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.207 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2015; (v) y los Convenios y Protocolos que se firmasen y ratificasen por la República a futuro; los cuales contienen las normas de derecho internacional humanitario incluidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Elementos de los Crímenes.

"Corte Penal Internacional" o "Corte": Corte creada por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que funciona en La Haya, Países Bajos, cuya jurisdicción sobre los crímenes internacionales es complementaria de los Tribunales penales especializados de la República Bolivariana de Venezuela.

"Crímenes internacionales": son los hechos punibles más graves de trascendencia internacional para la comunidad internacional en su conjunto que puedan cometerse y que están tipificados en este Código, de competencia de los tribunales penales especializados de la República Bolivariana de Vene-

zuela, que desarrollan los que se encuentran previstos en la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Elementos de los Crímenes

"Delitos contra la justicia penal internacional": son los hechos punibles de trascendencia internacional y de jurisdicción universal cometidos en contra de la administración de justicia penal internacional, de competencia de los tribunales penales especializados de la República Bolivariana de Venezuela, bien cuando sean cometidos contra las autoridades de investigación y juicio, víctimas, testigos y peritos nacionales que persigan estos delitos, o contra las autoridades de investigación y juicio, víctimas, testigos y peritos que participen en algún proceso ante la Corte Penal Internacional o los Tribunales competentes de otro país.

“Elementos de los Crímenes”: documento complementario del Estatuto de Roma, aprobado por la Asamblea de los Estados Parte en septiembre de 2002, en el que se establecen los contenidos de cada uno de los crímenes internacionales tipificados y que forma parte integral de este Código.

"Entrega": Procedimiento de entrega de una persona solicitada al Estado venezolano por la Corte Penal Internacional en ejecución de las normas del Estatuto de Roma y este Código. De la misma manera, el procedimiento que se realice desde la Corte Penal Internacional a los tribunales venezolanos previstos en este Código.

"Estatuto de Roma" o "Estatuto": Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de Julio de 1998, ratificado por Venezue-

la el 7 de junio de 2000 y aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, publicada en Gaceta Oficial N° 5.507 Extraordinario de fecha 13 de diciembre de 2000.

"Extradición": Procedimiento especial de entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un convenio internacional firmado por la República o en el derecho interno venezolano

"Reglas de Procedimiento y Prueba": Documento complementario del Estatuto de Roma en el que se explicitan y detallan las normas relativas al procedimiento y las pruebas a seguir por la Corte Penal Internacional, aprobado por la Asamblea de los Estados Parte en septiembre de 2002 y que forma parte integral de este Código, a los fines de complementarle, en concordancia con las normas previstas en el Código Orgánico Procesal Penal, en lo que fueren aplicables.

“Tratados e Instrumentos Internacionales”: Son todos aquellos documentos (Declaraciones, Tratados, Pactos, Convenios, Convenciones, Estatutos, así como sus correspondientes Protocolos de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Penal) relacionados con la tutela efectiva de los derechos humanos, tanto en tiempos de paz como en tiempos de conflicto, que hayan sido aprobados por la Organización de la Naciones Unidas, por la Organización de Estados Americanos o bilateral y multilateralmente por la República y otros Estados que expresen la voluntad mutua entre los países signatarios, los cuales forman parte integral de las materias que contiene este Código,

cuyo conocimiento y aplicación compete los tribunales especializados y demás autoridades aquí previstas.

Artículo . De la jurisdicción universal y de la competencia de los tribunales venezolanos

La República Bolivariana de Venezuela tiene plena jurisdicción para juzgar los casos en los que se realice alguno de los crímenes internacionales tipificados en este Código, en concordancia con la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y su instrumento complementario llamado los Elementos de los Crímenes, así como en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos que atenten contra el género humano, la paz y el derecho internacional humanitario independientemente del lugar o territorio en el que se hubieren cometido los crímenes, y de la nacionalidad de los perpetradores y de las víctimas.

La jurisdicción universal se efectuará mediante Tribunales penales especializados con competencia exclusiva y excluyente respecto de estos hechos, lo cual es extensible al Ministerio Público y a los otros componentes del sistema de administración de justicia penal internacional.

En caso de que junto a estos crímenes concurra algún delito de los tipificados en leyes especiales o de derecho común, prevalecerá la competencia de los tribunales especializados que establece este Código y se juzgarán tales hechos punibles en una misma causa.

Los tribunales especializados en esta materia también serán competentes para fijar las sanciones civiles, administrativas y disciplinarias derivadas el

hecho punible que correspondan, según las leyes venezolanas que apliquen. De la misma manera, dictarán las órdenes de detención y captura, el congelamiento de bienes, las órdenes de confiscación y las medidas de reparación que sean pertinentes, según el procedimiento que autoricen las leyes vigentes en concordancia con los Tratados e Instrumentos Internacionales.

La jurisdicción universal se ejercerá extraterritorialmente siempre que cualquiera de los crímenes cometidos, en cualquiera de sus fases, afecte los bienes jurídicos aquí tutelados, aun cuando la persona señalada de ser responsable de un crimen internacional no se encuentre en territorio venezolano e independientemente de su nacionalidad. Si el Estado venezolano no pudiere o no quisiere asumir el ejercicio de esta competencia y el investigado estuviere en su territorio éste deberá ser entregado a la Corte Penal Internacional o ser extraditado a otro Estado para su juzgamiento.

Mientras se realizan los cambios constitucionales y legales derivados del Estatuto de Roma y demás Tratados e Instrumentos Internacionales en cuanto a la extradición de los nacionales se refiere, las autoridades venezolanas tomarán todas las medidas necesarias que impidan la impunidad de los hechos.

Artículo . Del ejercicio profesional

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales elaborará las bases del concurso público de méritos y de conocimientos de los abogados y abogadas que deseen ejercer ante los tribunales especializados, sobre la base de la consulta a los Decanos de Derecho y Relaciones Internacionales de las Uni-

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

versidades públicas y privadas, los Directores de los Postgrados de Derecho Penal, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, así como a los Tribunales de Ética profesional de los Colegios de Abogados del país.

En todo caso prevalecerán criterios de excelencia profesional, experiencia previa en defensa de los derechos humanos, docencia en alguna de las disciplinas complementarias del Derecho Penal Internacional, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario de no menos de 10 años, así como conducta ética y desempeño impecables de la profesión. En todo caso, será oída la opinión de las ONG en derechos humanos reconocidas por organismos internacionales que tengan, al menos, 10 años ininterrumpidos de funcionamiento.

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia organizará la realización de los concursos públicos y será la instancia que autorice el ejercicio profesional ante los tribunales penales especializados.

Artículo . Competencia sobre crímenes de guerra

Los crímenes de guerra tipificados en el presente Código serán juzgados por los tribunales penales especializados que prevé este Código.

Siempre que alguno de los responsables de cualquiera de los crímenes de guerra tipificados en este Código sean civiles, e independientemente de que sean superiores jerárquicos de militares o de civiles, y en cualquier caso en que alguna de las víctimas fuere civil, el fuero atrayente será el de los tribunales penales especializados de la rama civil que sean competentes y su enjuiciamiento se realizará conforme al procedimiento y garantías procesales

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los Tratados e Instrumentos Internacionales , este Código, el Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y su instrumento complementario denominado las Reglas de Procedimiento y Prueba en lo que sean aplicables.

Los tribunales penales militares especializados sólo serán competentes respecto de aquellos crímenes de guerra tipificados en este Código y los del Código Orgánico de Justicia Militar, exclusivamente, cuando todos los sujetos activos y los superiores jerárquicos involucrados en tales hechos sean militares en funciones y cuando todas las víctimas sean militares en funciones, conforme a la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela. Bajo este supuesto, se aplicarán las normas previstas en este Código con preferencia a las establecidas en el Código Orgánico de Justicia Militar. A los fines de este Código todo militar retirado y que no sea llamado a servicio será considerado civil.

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia es la última instancia para conocer de tales hechos y la única competente para dirimir los conflictos de competencia que se presentaren entre distintos tribunales especializados en conocer a cerca de los crímenes internacionales, según las normas previstas en este Código y los otros instrumentos aplicables. En caso de dudas prevalecerá siempre la competencia de los tribunales penales especializados no militares.

Artículo . Principios rectores de Derecho Penal Internacional

Los principios aplicables a los crímenes internacionales son los previstos en el presente Título. De forma complementaria y en lo que sea pertinente, serán aplicables los previstos en el Estatuto de Roma y los Tratados e Instrumentos Internacionales. En caso de dudas, se aplicará de manera preferente el instrumento más favorable al reo, sin menoscabo de los derechos de las víctimas.

Artículo . Carácter principal de la jurisdicción nacional

Los tribunales penales especializados venezolanos constituidos al efecto y de forma previa a los hechos, serán los encargados de juzgar los crímenes internacionales previstos en este Código según las normas procesales que sean aplicables.

De forma complementaria, la Corte Penal Internacional podrá enjuiciar tales casos solo si los Tribunales especializados y otras autoridades de la República que sean competentes no pudieren o no quisieren investigar, procesar y sancionar alguno de los crímenes aquí tipificados. Mientras se crea esta rama especializada de la administración de justicia penal, la Corte será el organismo competente para conocer de estos casos.

En caso de tramitarse el mismo caso ante otra jurisdicción concurrente, previa solicitud, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia podrá determinar el foro en que sea más conveniente llevar a cabo el enjuiciamiento. Para ello tomará en consideración la ley más benigna y las mejores condiciones institucionales para llevar a cabo un juicio justo.

Artículo Non bis in idem y res iudicata

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Nadie será penado dos veces por un mismo hecho, ni habrá nueva persecución penal de la cosa juzgada, a menos que el proceso en el otro Tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por alguno de los crímenes internacionales previstos en este Código; o que el juicio no hubiese sido instruido de forma independiente o imparcial con las garantías del debido proceso y las otras establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal y los Tratados e Instrumentos Internacionales que sean aplicables y que aseguren un juicio justo.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia solo podrá revisar los casos en virtud del incumplimiento de las normas del párrafo anterior.

Artículo . Derecho aplicable

Las normas establecidas en este Título serán de aplicación preferente. En todo aquello que no contradiga las mismas, se aplicarán las normas expresadas en el Código Penal, el Código Orgánico Procesal Penal y el Código Orgánico de Justicia Militar.

De forma complementaria, podrán aplicar las normas establecidas en la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Los Tratados e Instrumentos Internacionales y en Derecho Internacional Humanitario contenidos en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales aprobados por la ley respectiva, formarán parte integral de este Código. Asimismo, lo será la Convención sobre la Imprescriptibilidad de

los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad adoptada por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), del 26 de noviembre de 1968.

De la misma manera, la jurisprudencia derivada de las sentencias emitidas por la Corte Penal Internacional y de otros Tribunales Penales Internacionales podrán servir de orientación a los jueces.

Se aplicará el Código Orgánico Procesal Penal y la jurisprudencia surgida de casos comunes, en todo lo que no se oponga al presente Código.

La doctrina de los autores especializados podrá servir de orientación a los jueces.

Artículo ***Nullum crimen sine lege***

Nadie podrá ser condenado penalmente por un crimen internacional, si este no ha sido tipificado en este Código. La analogía es improcedente.

La tipificación de cada crimen internacional será interpretada restrictivamente según lo publicado expresamente en este Código. En caso de ambigüedad, la tipificación será interpretada en favor de la persona investigada, enjuiciada o condenada, sin menoscabo de los derechos de las víctimas y sin que acarree impunidad.

Queda expresamente prohibida la delegación de facultades legislativas en esta materia a otras ramas del Poder Público, aún bajo los Estados de Excepción. Ello es aplicable, asimismo, a las medidas cautelares o las de seguridad.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Artículo *Nulla poena sine lege*

Quien sea declarado culpable de alguno de los crímenes internacionales por los tribunales venezolanos solo podrá ser penado de conformidad con el presente Código.

Artículo . De las penas aplicables

El límite máximo de las penas no podrá ser mayor de 30 años de prisión. En todo caso, las penas aplicables serán proporcionadas al hecho cometido y sus circunstancias, conforme a las reglas establecidas en el Código Penal vigente.

De forma accesoria, el Tribunal podrá imponer multa de quinientas a doscientas mil unidades tributarias, según el patrimonio del penado y la gravedad del hecho.

En todo caso, el Tribunal ordenará el decomiso de armas e instrumentos para cometer el crimen, del producto, los bienes, capitales, haberes y demás efectos procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los terceros de buena fe ni de la responsabilidad civil que corresponda.

Adicionalmente, el Tribunal podrá imponer la inhabilitación para ejercer cualquier función pública o representativa no menor de un año y hasta por quince años más, luego de cumplida la pena de prisión.

Además, el Tribunal podrá imponer la realización de trabajos humanitarios, comunitarios, educativos o de cualquier índole social en condiciones dignas por un tiempo de un mes a un año, luego de cumplida la pena de prisión.

Las normas resocializadoras previstas en la legislación penitenciaria y en Tratados e Instrumentos Internacionales podrán ser aplicadas cuando contengan disposiciones más favorables al reo que las de la legislación nacional.

Artículo . De la revisión de las penas

Las penas deben cumplir un fin resocializador y de rehabilitación, conforme lo establece el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La pena aplicada podrá ser revisada cuando se cumplan, al menos, las dos terceras partes de la misma.

El Código Orgánico Procesal Penal y el artículo 84 de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional serán las normas aplicables para la revisión del fallo y de la pena.

Artículo . Irretroactividad *rationae personae*

Nadie será responsable penalmente por una conducta anterior a la entrada en vigencia de este Código.

En caso de modificaciones futuras de las normas relativas a los crímenes internacionales, se aplicarán las disposiciones más favorables al investigado, enjuiciado o condenado.

Artículo . Responsabilidad penal individual

Los tribunales penales venezolanos serán competentes respecto de las personas naturales que hayan cometido crímenes internacionales en los térmi-

nos fijados por este Código. Asimismo, los tribunales penales venezolanos determinarán la responsabilidad civil que corresponda a quienes resulten responsables de la comisión de alguno de los crímenes internacionales aquí tipificados.

La responsabilidad penal es individual. Será penado quien:

a) Cometa el crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable.

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya intencionalmente de algún modo en la comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común, de la siguiente manera:

i) Con el fin de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen internacional;

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

e) Quien de forma no intencional o culposa por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de normas incumpla con sus deberes

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

de cuidado, supervisión, diligencia debida y cualquier obligación que, de haber sido cumplida hubiera evitado la comisión de este crimen.

f) Quien, teniendo conocimiento de que ocurrirían estos hechos y pudiendo haberlos impedido, frustrado, reprimido o denunciado, no lo haga y, por causa de su omisión, el crimen se hubiere efectuado.

Artículo . Crímenes en grado de Tentativa y Frustración

Será penalmente responsable aquél que hubiere cometido o participado en la comisión del crimen en concordancia con lo establecido en el artículo anterior.

Asimismo, será responsable quien intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso que conduzca a su ejecución o que participe de cualquier forma en la comisión del crimen, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad.

Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida, frustre o de otra forma evite que el crimen se consume será exonerado de pena por la tentativa, si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

El arrepentido podrá tener una disminución de la pena hasta la mitad siempre y cuando, con su testimonio, contribuya de forma eficaz a identificar a los culpables y estos sean condenados por ello.

Artículo . Responsabilidad del Estado

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

La responsabilidad legal del Estado venezolano es independiente de la que se establezca individualmente a los culpables de estos crímenes, conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al derecho internacional aplicable.

Si el genocidio o crimen de lesa humanidad de que se trate es cometido por miembros de una organización en la ejecución de un plan o de una política determinada de ataques contra integrantes de una población civil, bajo los supuestos del Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes, el tribunal competente podrá decretar su desmantelamiento, clausura definitiva o prohibición.

Si alguno de los crímenes internacionales fuere cometido por funcionarios públicos de cualquier jerarquía, tipo o función, el Estado venezolano indemnizará a las víctimas, conforme a la previsión del artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Si los culpables de tales crímenes no fueren funcionarios, el Estado venezolano deberá procurar que estos indemnicen a las víctimas los daños causados y su rehabilitación. De ser imposible efectuar esta indemnización por parte de los culpables o de personas interpuestas que ayudaren a esconder sus bienes, por causa de su comprobada incapacidad económica, el Tribunal competente deberá ordenar el uso parcial y proporcionado de activos del Fondo Fiduciario previsto en este Código, para satisfacer el derecho de las víctimas.

Artículo . Procesamiento de menores de 18 años

Los menores de 18 años que cometan alguno de estos crímenes serán juzgados por los Tribunales previstos en la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente, los cuales deberán ser especializados en concordancia con las previsiones de este Código.

Artículo . Improcedencia del cargo oficial

Los principios establecidos en este Título y los crímenes internacionales tipificados en este Código serán aplicables por igual a todos sin distinción o inmunidad alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro del gobierno o parlamento, representante elegido, funcionario de gobierno u honorífico de cualquier jerarquía, tanto en el plano nacional, estadual, municipal o comunal.

Nadie será eximido de responsabilidad penal, civil, administrativa o disciplinaria y no constituirá motivo para reducir la pena el cargo oficial, independientemente de su jerarquía, función y posición, bien sea representante elegido o funcionario de gobierno, funcionario diplomático, militar, policial, legislativo o de cualquier otra denominación. También será responsable cualquier familiar, relacionado íntimo o persona interpuesta que coopere en el hecho punible.

Para el enjuiciamiento y condena de los responsables de alguno de estos crímenes no se permitirá prerrogativa, inmunidad, preferencia, distinción o privilegio procesal algunos sin menoscabo del derecho a un juicio justo y al debido proceso. Mientras se realicen los cambios constitucionales y legales

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

pertinentes, la institución del antejuicio de mérito y el allanamiento de la inmunidad parlamentaria no podrán ser usados en aras de obtener impunidad.

Tampoco se permitirá el indulto, el perdón, la amnistía ni concesión procesal alguna que pueda acarrear la impunidad, de conformidad al artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Artículo . Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Código por los crímenes internacionales tipificados, se establece que:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes internacionales que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado, la debida diligencia y los deberes de cuidado propios del cargo sobre esas fuerzas cuando:

    i. Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber, que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

ii. No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a) de este artículo, el superior será penalmente responsable por los crímenes internacionales que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado, la debida diligencia y los deberes de cuidado propios del cargo sobre esos subordinados, cuando:

i. Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii. Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii. No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Artículo . Imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Las acciones judiciales, las penas y los crímenes internacionales de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión tipificados en este Código no prescribirán, conforme al artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional y los Tratados e Instrumentos Internacionales en aras de impedir la impunidad de tales hechos.

Artículo . Elemento de intencionalidad

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen internacional únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos y nada hace o no hace lo suficiente para evitarlo, frustrarlo, impedirlo o reprimirlo, teniendo la capacidad para ello.

3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido.

Artículo . Circunstancias eximentes de responsabilidad penal

1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Título, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley;
b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen internacional, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriere;
c) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado;
d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen internacional como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar.

Esa amenaza podrá:

i. Haber sido hecha por otras personas; o
ii. Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

2. El Tribunal competente determinará si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el presente Título son aplicables en la causa de que esté conociendo.

3. En el juicio, el Tribunal competente podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con este Título. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá conforme a las normas procesales vigentes en Venezuela en concordancia con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Artículo . Error de hecho y error de derecho

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.

2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen internacional no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en este Título.

Artículo . Ordenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen internacional en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
b) No supiera que la orden era ilícita;
c) La orden no fuera manifiestamente ilícita; y
d) Hubiese expuesto razonadamente su objeción de conciencia.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas y no servirá de excusa la ignorancia. Serán igualmente ilícitas las órdenes de atacar a la población civil o personas protegidas y tampoco servirá de excusa la ignorancia.

Artículo . Presunción de Inocencia y trato de los acusados

Se presumirá que toda persona acusada de alguno de estos crímenes, es inocente mientras no se compruebe su culpabilidad ante los tribunales especializados, conforme al derecho aplicable. Durante el proceso recibirá el trato de inocente. La investigación y el juicio será en libertad, salvo que exista peligro de fuga, se cometa algún delito contra la justicia atribuible al investigado por cualquier forma de participación en el hecho, se amenace a alguna de las víctimas, testigos o expertos, se incurra en desacato a las autoridades judiciales o incumplimiento de las medidas cautelares que éstas impongan o se ponga en peligro la incolumidad de las pruebas.

Corresponde al Ministerio Público especializado en crímenes internacionales probar la culpabilidad del acusado, así como ejercer la dirección de la investigación penal.

Para dictar sentencia condenatoria, el tribunal competente deberá estar convencido de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

Artículo . Derecho a una investigación, juicio y pena justos

Toda persona acusada de alguno de los crímenes internacionales tipificados en este Código, tiene derecho a una investigación objetiva y a un proceso debido y justo, conforme lo establecen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Tratados e Instrumentos Internacionales.

De ser condenado, el culpable es acreedor a una sentencia justa y proporcionada el hecho cometido.

El detenido o recluido ilegalmente o por error tiene derecho efectivo a ser indemnizado

El condenado por error judicial, luego de la anulación de la condena equivocada, salvo que el error le sea imputable, tendrá derecho a la indemnización.

Artículo . Derechos de las víctimas

1) Las víctimas de cualquiera de los crímenes internacionales tipificados en este Código deberán ser protegidas, conforme al artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la misma manera que los testigos y expertos que participen en la investigación y juicio.

   La Ley especial dictará las modalidades de esta protección y dispondrá de medidas extraordinarias de protección a tales víctimas cuando sean muje-

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

res, niños o niñas, ancianos o ancianas, indígenas y discapacitados mentales o físicos.

En la sentencia que dicte el Tribunal competente se decidirá sobre la indemnización y la rehabilitación que corresponde a las víctimas. Asimismo, podrá tomar las medidas cautelares que sean necesarias para su protección, sin menoscabo de los derechos de los imputados.

Las víctimas de crímenes internacionales tienen el derecho a participar en el proceso penal de la forma establecida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal y los Tratados e Instrumentos Internacionales. Las ONG en derechos humanos que tengan en su objeto social la asistencia técnica en Derecho Penal Internacional y experiencia comprobada en la defensa de derechos humanos podrán darle asistencia a las víctimas durante el proceso.

En todo momento, el Estado venezolano deberá garantizar la protección, seguridad, bienestar físico y psicológico, dignidad, rehabilitación y vida privada de las víctimas, sin perjuicio de los derechos del acusado.

2) Se crea el Fondo Fiduciario Nacional para la Indemnización de las Víctimas de Crímenes Internacionales y de Graves Abusos de los Derechos Humanos, mediante el cual se dará cumplimiento a lo establecido en el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el presente Código.

La ley especial determinará la forma en que participarán el Estado y los donantes particulares. Dicho Fondo estará constituido, inicialmente, con los montos recaudados por concepto de multas y confiscaciones derivados de delitos de corrupción y delitos comunes, así como de los aportes que deberá realizar el Estado venezolano, en cuyo caso no podrá ser menor del 1% del monto total del presupuesto anual destinado al sector de la administración de justicia.

Las autoridades de dicho Fondo deberán ser personas idóneas que no guarden parentesco alguno con funcionarios del Estado adscritos a dependencias centrales o descentralizadas ni que tengan militancia política, al menos con 10 años de anterioridad. Se preferirá a quienes hayan tenido actividad académica o voluntaria en universidades y organismos de derechos humanos no gubernamentales o no que sean de probada y reconocida actuación.

Artículo . Cooperación internacional en materia de la investigación penal y asistencia judicial

Las autoridades del Estado y los Tribunales venezolanos cooperarán con los Tribunales de otros países y con la Corte Penal Internacional y sus autoridades, cuando quiera que se tramite una causa relativa a un crimen internacional fuera de su jurisdicción, y están obligadas a hacer lo necesario para realizar el proceso de entrega o el de extradición, cuando correspondan según lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la legislación y Tratados e Instrumentos Internacionales que sean aplicables.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Artículo . Circuito Judicial Penal Internacional

En cada estado de la República deberá existir, al menos, un tribunal penal de control, de juicio y de ejecución especializados para atender estos casos. Mientras ello se organiza se creará un circuito judicial de competencia nacional, según las definiciones expresadas en este Código.

Los jueces profesionales que ocupen esas posiciones deberán ser titulares, sin excepción, y, además, deberán aprobar el correspondiente concurso de conocimientos en Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional Penal, Derecho Internacional de los Derechos Humanos o Derecho Internacional Humanitario. Además, deberá mostrar una hoja de servicios que demuestre su independencia de criterio profesional, mediante las publicaciones, escritos, casos que haya manejado; así como su trayectoria, probidad, ética, respetabilidad y moralidad ciudadana y profesional. Dicho concurso lo realizará la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia dentro del primer año de vigencia de este Código.

A solicitud de los acusados o de las víctimas podrán constituirse tribunales mixtos con escabinos que se encargarán de enjuiciar a los imputados por crímenes internacionales, en tales casos estarán compuestos por tres jueces profesionales y seis escabinos.

El Ministerio Público y el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y los servicios forenses especializarán sus órganos y funcionarios siguiendo los criterios antes expresados, los que serán obligatorios.

El sistema penitenciario nacional deberá contar, al menos, con un establecimiento carcelario de máxima seguridad que sea adecuado a estos casos, en estricto aca-

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

tamiento de las normas relativas a los derechos humanos previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las recomendaciones de organismos internacionales en la materia que aseguren la rehabilitación y resocialización de los condenados, así como condiciones físicas óptimas para que se practiquen las detenciones preventivas a que hubiere lugar.

Artículo . Principio de no impunidad

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, este Código y la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional serán prevalecientes en caso de plantearse algún convenio bilateral que intente excluir la responsabilidad penal individual de nacionales de cualquier otro país o que permita la impunidad de los crímenes internacionales aquí tipificados.

Artículo . Inmunidades y privilegios

Las víctimas, testigos, peritos, abogados y demás personas que sean llamadas por los órganos de investigación penal en los casos especificados en este Código, gozarán de los privilegios, inmunidades y facilidades que sean necesarias para el adecuado desempeño de su función, tales como:

a) Inmunidad contra arresto o detención personal;

b) Inmunidad contra la incautación de su equipaje personal y de documentos y papeles, a menos que haya fundadas razones para creer que el equipaje contiene artículos cuya importación o exportación está prohibida por la ley;

c) Inmunidad de jurisdicción de toda índole respecto de las declaraciones que hagan verbalmente o por escrito y los actos que realicen en el transcurso

de su comparecencia ante los órganos de investigación penal o los tribunales penales de la República Bolivariana de Venezuela, la cual subsistirá incluso después de que hayan comparecido ante los mismos;

d) A los efectos de sus comunicaciones con la Corte, el derecho a recibir y enviar papeles y documentos, cualquiera que sea su forma, y materiales relacionadas con sus funciones por correo o en valija sellada;

e) Exención de la inspección del equipaje personal, a menos que haya fundadas razones para creer que el equipaje contiene artículos cuya importación o exportación está prohibida por la ley o sometida a control por las normas de cuarentena del Estado Parte de que se trate, en cuyo caso se hará una inspección en presencia del propio perito;

2. El Tribunal penal especializado competente, previa solicitud del Ministerio Público extenderá a nombre de las víctimas, testigos y peritos y demás personas que deban comparecer o que participen en las actuaciones judiciales de conformidad con las reglas 89 a 91 de las Reglas de Procedimiento y Prueba y a las que se reconozcan los privilegios, inmunidades y facilidades a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo un documento en el que se certifique su participación en las actuaciones de la Corte y se especifique la duración de su participación.

Artículo . Renuncia a los privilegios e inmunidades

1. Los privilegios e inmunidades previstos en este Código se reconocen en interés de la administración de justicia y no en beneficio personal. Podrá renunciarse a ellos de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo y

se tendrá la obligación de hacerlo en un caso determinado cuando podrían constituir un obstáculo a la justicia y la renuncia sea posible sin perjuicio del fin para el cual se reconocen.

2. Las víctimas, testigos, peritos, abogados y demás personas que sean llamadas por las autoridades de investigación penal o por el Tribunal competente podrán renunciar a los privilegios e inmunidades, en cualquier oportunidad, siempre que sea ante el Tribunal competente, previa solicitud del Ministerio Público:

LIBRO SEGUNDO

DE LOS CRÍMENES Y LOS DELITOS

TITULO I

DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES CONTRA EL GÉNERO HUMANO, LA PAZ Y EL DERECHO HUMANITARIO

CAPÍTULO I

DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

Artículo . Crimen de genocidio

Será responsable del crimen de genocidio quien con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso, cometa cualquiera de los actos enumerados a continuación, por lo que será sancionado con las penas que establezcan los numerales siguientes.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

1. Pena de prisión de veintiocho a treinta años, para el literal a) de este artículo.

2. Los literales b), c) y d) de este artículo tendrán la pena de veintitrés a veinticinco años de prisión.

Siempre que se den las condiciones estrictas del encabezado de este artículo, serán responsables penalmente quienes efectúen las conductas siguientes:

a) Genocidio mediante matanza

Quien cause la muerte de alguno o de varios miembros del grupo;

b) Genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental

Quien lesione gravemente la integridad física o mental de alguno o de varios miembros del grupo. Cualquier discapacidad total o parcial que sea permanente será considerada lesión grave. Las lesiones menos graves y leves serán sancionadas con pena de prisión reducida hasta un tercio;

c) Genocidio mediante Sometimiento a condiciones de destrucción física

Quien someta intencionalmente a alguno o varios miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, incluido privarlos de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos y medicamentos, así como expulsión de sus hogares;

d) Genocidio mediante impedimento de nacimientos

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Quien dicte o ejecute medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, bien sea mediante abortos compulsivos, prohibición de matrimonios o de procreación, esterilización forzada o cualquier otro medio idóneo a estos fines;

e) Genocidio mediante traslado forzado de niños

Quien traslade o sustraiga por la fuerza a niños menores de 18 años del grupo a otro grupo;

Artículo . Incitación al crimen de genocidio

La incitación pública y directa a una o más personas a cometer este crimen, difundida por cualquier medio ilícito o en abuso evidente de uno lícito, será sancionada con pena de prisión de cinco a diez años, independientemente de que el crimen de genocidio sea o no consumado. Adicionalmente, se podrá imponer multa de doscientas a cien mil unidades tributarias, según la realidad económica del condenado, e inhabilitación para ejercer funciones públicas o representativas por cinco años más, luego de cumplida la pena de prisión.

Por "incitación pública" debe entenderse el llamado a la acción criminal hecha a dos o mas individuos en un lugar público, o a miembros del público en general a través de medios de comunicación, tales como la radio, la Internet y la televisión o por cualquier otro medio eficaz actual o por desarrollar.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

La "incitación directa" implica que la misma debe asumir una forma directa y estar dirigida específicamente a provocar a otro a incurrir en el acto criminal, más allá de constituir sugerencias vagas o indirectas. Sin embargo, la incitación directa puede ser implícita y debe ser analizada a la luz de su contenido lingüístico y cultural.

Artículo . Favorecer regímenes, prácticas o ideologías genocidas

Se sancionará con igual pena que el artículo anterior a quien favorezca, pretenda o facilite la instauración de regímenes o instituciones que amparen o permitan prácticas o ideologías genocidas.

CAPÍTULO II

DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Artículo . Crímenes de Lesa Humanidad

Será sancionado penalmente con prisión quien cometa alguno de los crímenes de lesa humanidad al efectuar cualquiera de las conductas tipificadas en este Título, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Todo ello en concordancia con la tipificación respectiva prevista en este mismo Código y los Elementos de los Crímenes para los delitos que correspondan.

A los fines del presente Título, que se aplicará de forma estricta, por "ataque contra una población civil" se entiende una línea de conducta que implique la comisión u omisión múltiple de los actos mencionados a continuación, de

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

forma intencional o con conocimiento de esa intención, contra una población civil, de conformidad con la política del Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política, mediante la ejecución de las conductas tipificadas en los artículos subsiguientes.

Artículo . Asesinato

Quien ocasione la muerte intencional de una o de más personas, bajo las condiciones especificadas en el párrafo anterior, será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años.

Artículo . Exterminio

Quien cause la muerte de una o más personas o que logre imponer condiciones de existencia que hagan imposible la vida, como la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de todo o parte de una población civil, será sancionado con prisión de veintiocho a treinta años.

Artículo . Esclavitud

Quien ejerza los atributos de un pretendido e ilegítimo derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, obsequiarlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres, adolescentes y niños; o les haya impuesto a esas personas algún tipo similar de privación de su libertad, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Deportación o traslado forzoso de población

Quien efectúe el desplazamiento de una o más personas afectadas, por actos de fuerza u otros actos coactivos de intimidación, amenazas y violencia, de la zona en que estén legítimamente presentes, hacia otro Estado o lugar, sin motivos autorizados por el derecho internacional, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Encarcelación u otra privación grave de la libertad física

Quien efectúe la encarcelación o privación grave de la libertad física de una o más personas en violación de las normas fundamentales que permite la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las normas del debido proceso, así como las que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos y aprobados por la República, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

A los efectos de este Código se entenderá incluido en este crimen el secuestro ocasionado bajo las condiciones específicas de este artículo.

Artículo . Tortura

Quien cause intencionalmente dolor o sufrimiento graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años. No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven única y exclusivamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas y que se restrinjan al ordenamiento constitucional, los Tratados e Instrumentos Internacionales. Cualquier exceso será punible proporcionalmente al hecho.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Artículo . Violación

Quien invada el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que sea, de cualquier parte del cuerpo de la víctima, con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto o con una parte del cuerpo, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Es necesario que la invasión del cuerpo de la víctima haya tenido lugar por la fuerza, amenaza de fuerza o coacción, intimidación, detención, opresión sicológica, abuso de poder, aprovechando el clima de coacción o en perjuicio de una persona incapaz de dar su consentimiento.

Artículo . Esclavitud sexual

Quien en ejercicio de los atributos de un pretendido e ilegítimo derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, obsequiarlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Prostitución forzada

Quien haga que una o más personas realicen uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, bien mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, por medio de intimidación, detención, opresión sicológica, extorsión, constreñimiento, inducción o abuso de poder contra esa o esas personas, aprovechando un entorno coactivo para lograr un consentimiento for-

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

zado, a pesar de que se ofrezca o dé dinero o algún tipo de prestación o bienes a cambio de los actos de naturaleza sexual, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Embarazo forzado

Quien confine a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de la población, o de cometer alguna otra infracción del derecho internacional humanitario, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Esterilización forzada

Quien prive a una o más personas de su capacidad de reproducción biológica, sin que dicha conducta haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas y que se haya producido sin su consentimiento genuino, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Violencia sexual

Quien haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaren un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante amenaza o coacción, mediante intimidación, detención, opresión sicológica, extorsión, constreñimiento, inducción o abuso de poder contra esa o esas personas aprovechando un entorno coactivo para lograr un consentimiento forzado, y cualquier otro acto de naturaleza sexual, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Persecución

Quien, en razón de la identidad del grupo o de la colectividad, prive de forma intencional y grave de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional a un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género y por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho de los derechos humanos, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente crimen o con cualquier otro de los tipificados en este Código, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Desaparición forzada de personas

Quien haya aprehendido, detenido o secuestrado a una o más personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

A los efectos de este Código, el crimen tipificado en este artículo no menoscaba el que se encuentra ya tipificado en el artículo 181-A del Código Penal nacional vigente, referido a la desaparición forzada de personas en casos cuyas condiciones de ejecución son diferentes al tipificado en este artículo.

Artículo . Segregación racial o apartheid

Quien realice el acto inhumano de segregación, opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales, con la inten-

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

ción de mantener ese régimen institucionalizado, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

CAPÍTULO III

DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

Artículo . Crímenes de guerra

1. Los tribunales penales especializados tendrán competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes, en los términos establecidos en los Principios Rectores del Libro Primero de este Código.
2. A los efectos del presente Título, se entiende por "crímenes de guerra" a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente, independientemente de que se trate de un conflicto internacional o no-internacional, tal como se tipifica en los artículos subsiguientes. Los tipos penales contra el Derecho Internacional que establece el Código Penal serán del conocimiento de estos tribunales especializados mientras no haya contradicción con los crímenes tipificados en este Código.
3. Las disposiciones de este Título se aplican a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio del Estado venezolano cuando exista un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y fuerzas de otro Estado, o cuando se trate de conflictos entre las autoridades gubernamentales contra grupos armados organizados o, también, cuando los conflictos sean entre tales grupos.
4. Este Título no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia social u otros actos de carácter similar.
5. Nada de lo dispuesto en este Título afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público y de defender la unidad e integridad territorial de la Nación por medios legítimos y proporcionados a los hechos.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

6. Cualquier exceso de parte de los organismos del Estado y sus funcionarios deberá ser evitado, frustrado o reprimido eficazmente. De ocurrir abusos o delitos contra los derechos humanos, los responsables serán condenados se indemnizará a las víctimas de tales hechos conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la legislación aplicable.

Artículo . Homicidio

Quien cause la muerte a una o varias personas, será sancionado con pena de prisión de veinticinco a treinta años.

Artículo . Tortura

Quien inflija grandes dolores o sufrimientos mentales o físicos a una o más personas, con la finalidad de obtener información o una confesión, de castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier razón discriminatoria de cualquier tipo y que esas personas sean protegidas, será sancionado con pena de prisión de dieciséis a veinte años.

Artículo . Tratos inhumanos

Quien inflija deliberadamente grandes sufrimientos o atentare gravemente contra la integridad física o la salud de una o más personas protegidas será sancionado con prisión de dieciséis a veinte años.

Artículo . Sometimiento a experimentos biológicos

Quien someta a experimentos biológicos a una o más personas, cuando dicho experimento haya puesto en peligro la vida, la salud, e integridad física

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

o mental de las víctimas, sin que se haya realizado por razones terapéuticas, o estuviere justificado por razones médicas, y que no se haya realizado en interés o bajo consentimiento genuino de las víctimas, será sancionado con prisión de dieciséis a veinte años.

Artículo . Destrucción y apropiación de bienes

Quien destruya bienes y se apropie de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente será sancionado con prisión de doce a dieciséis años.

Artículo . Obligar a prestar servicio en fuerzas enemigas

Quien obligue a una o más personas, mediante hechos o amenazas, a participar en operaciones bélicas dirigidas contra el país o las fuerzas armadas a las que pertenecen esas personas, o a prestar servicio en las fuerzas de una potencia enemiga, será sancionado con prisión de doce a dieciséis años.

Artículo . Denegación de un juicio justo

Quien prive a una o más personas de la celebración de un juicio justo e imparcial, al denegarles las garantías judiciales que se definen en los Convenios de Ginebra tercero y cuarto de 1949, será sancionado con prisión de doce a dieciséis años.

Artículo . Deportación o traslado ilegales

Quien haya deportado, trasladado o confinado a una o más personas a otro Estado o a otro lugar, será sancionado con prisión de doce a dieciséis años.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Artículo . Toma de rehenes

Quien haya capturado, detenido o mantenido en calidad de rehén a una o más personas, con amenaza de matar, herir o mantener detenida a esa persona o personas; o que haya tenido la intención de obligar a un Estado, a un organismo internacional, a una persona natural o jurídica, o a un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o puesta en libertad de la persona o personas en calidad de rehenes, será sancionado con prisión de veintidós a veintiocho años.

Artículo . Ataques contra una población civil

Quien realice ataques contra una población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Ataques contra objetos civiles

Quien realice ataques contra objetos civiles, que no sean objetivos militares, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Ataques contra personal participante en misión de paz o humanitaria

Quien realice ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civi-

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

les con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años

Artículo . Ataques que causen muertes, lesiones o daños excesivos

Quien lance un ataque, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea, será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años.

Artículo . Ataques a lugares no defendidos

Quien realice ataques, bombardeos, por cualquier medio, a ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos, que no opongan resistencia o que no sean objetivos militares, será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años.

Artículo . Causar la muerte o lesiones a una persona fuera de combate

Quien cause la muerte o lesiones a una o más personas que estén fuera de combate, hayan depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción, será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años.

Artículo . Uso indebido de una bandera blanca, insignias y emblemas

Quien utilice de modo indebido una bandera blanca, las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas

distintivos de los Convenios de Ginebra, para fines de combate y poner en peligro la vida de personas o causarles así la muerte o lesiones graves, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

Artículo . Traslado indebido de población civil

Quien realice un traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte o de la totalidad de su población civil al territorio que ocupa; o que realice la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

Artículo . Ataque de objetos y edificios prohibidos

Quien dirija ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

Artículo . Mutilación y experimentos médicos o científicos indebidos

Quien someta a una o más personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud, las desfigure o incapacite, o les haya extirpado un órgano o amputado un miembro, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Artículo . Matar o herir a traición

Quien mate o hiera a traición, luego de haberse ganado la confianza de una o más personas que hayan pertenecido a una parte enemiga y les haya hecho creer que tenían derecho a protección en virtud del derecho internacional humanitario, o que estaba obligado a protegerlas, será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años.

Artículo . No dar cuartel

Quien haya dado una orden o hecho una declaración acerca de no dejar sobrevivientes en un conflicto, bien porque se haya hecho como amenaza al adversario o para proceder a las hostilidades de manera que no quedaren sobrevivientes, siempre que el autor estuviera en posición de mando o control efectivos respecto de los subordinados que recibieron la orden o declaración, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

Artículo . Destruir o confiscar bienes del enemigo

Quien destruya o confisque bienes que sean propiedad de una parte enemiga y que dichos bienes sean protegidos en virtud del derecho internacional humanitario, y que no se justifique por razones militares, será sancionado con prisión de diez a quince años.

Artículo . Denegación de derechos a los nacionales de la parte enemiga

Quien declare abolidos, suspendidos o declare inadmisibles ante un tribunal

ciertos derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga, será sancionado con prisión de cinco a diez años.

Artículo . Participación forzosa en operaciones bélicas

Quien obligue mediante hechos o amenazas a una o más personas que sean nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, o contra sus fuerzas bélicas, será sancionado con prisión de cinco a diez años.

Artículo . Saqueo

Quien realice la acción de apropiarse de un bien, para su uso privado y personal, y que prive del bien al propietario sin su consentimiento, será sancionado con prisión de cinco a diez años.

Quien realice la misma conducta en una ciudad, población o plaza, incluso cuando es tomada por asalto, será sancionado con prisión de diez a quince años.

Artículo . Empleo de veneno o armas envenenadas

Quien emplee sustancias o armas que descarguen alguna sustancia venenosa y que, como consecuencia de su uso, se cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas, será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años.

Artículo . Empleo de gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo prohibidos

Quien emplee gases u otra sustancia análoga que sean asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo prohibidos, y que cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades asfixiantes o tóxicas, será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años.

Artículo . Empleo de balas prohibidas

Quien emplee balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, y que agraven el sufrimiento o la herida de la víctima, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Empleo de armas y otros equipos prohibidos

Quien emplee armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Ultrajes a la dignidad humana

Quien someta a una o más personas a tratos humillantes o degradantes, o haya ultrajado su dignidad, será sancionado con prisión de cinco a diez años.

Artículo . Violación

Quien invada el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que sea, de cualquier parte del

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

cuerpo de la víctima, con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto o con una parte del cuerpo, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Es necesario que la invasión del cuerpo de la víctima haya tenido lugar por la fuerza, amenaza de fuerza o coacción, intimidación, detención, opresión sicológica, abuso de poder, aprovechando el clima de coacción o en perjuicio de una persona incapaz de dar su consentimiento.

Artículo . Esclavitud sexual

Quien en ejercicio de los atributos de un pretendido e ilegítimo derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, obsequiarlas, prestarlas, arrendarlas o darlas en trueque, o todos ellos, haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual, será sancionado con prisión de veinte veinticinco años.

Artículo . Prostitución forzada

Quien haga que una o más personas realicen uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, bien mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, por medio de intimidación, detención, opresión sicológica, extorsión, constreñimiento, inducción o abuso de poder contra esa o esas personas, aprovechando un entorno coactivo para lograr un consentimiento forzado, a pesar de que se ofrezca o dé dinero o algún tipo de prestación o bienes a cambio de los actos de naturaleza sexual, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Embarazo forzado

Quien confine a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de la población, o de cometer alguna otra infracción del derecho internacional humanitario, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Esterilización forzada

Quien prive a una o más personas de su capacidad de reproducción biológica, sin que dicha conducta haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas y que se haya producido sin su consentimiento genuino, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Violencia sexual

Quien haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaren un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante amenaza o coacción, mediante intimidación, detención, opresión sicológica, extorsión, constreñimiento, inducción o abuso de poder contra esa o esas personas aprovechando un entorno coactivo para lograr un consentimiento forzado, y cualquier otro acto de naturaleza sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra, será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años.

Artículo . Aprovechamiento de personas protegidas como escudos

Quien traslade a uno o más civiles o a otras personas protegidas o aproveche su presencia para servir de escudo y proteger un objetivo militar de un ata-

que, o las use para proteger, entrabar o favorecer operaciones militares, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

Artículo . Ataque contra con emblemas distintivos de protección

Quien realice ataques contra una o más personas, edificios, material, unidades o vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

Artículo . Causar muerte por inanición

Quien provoque la muerte de una o varias personas por inanición como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, así como el hecho de obstaculizar los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra, será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años.

Artículo . Reclutamiento, uso o alistamiento de niños en las fuerzas armadas

Quien reclute, use o aliste a niños y adolescentes menores de 18 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

Artículo . Destrucción de bienes del enemigo

Quien destruya o confisque bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo, será sancionado con prisión de diez a

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

quince años.

CAPÍTULO IV

DEL CRIMEN DE AGRESIÓN

Artículo . Agresión

Será sancionado con pena de prisión de 25 a 30 años quien estando en posición de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado y planifique, prepare, inicie o ejecute un acto de agresión de características, gravedad y escala suficientes en contra de otro Estado en violación manifiesta de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, sin la justificación de actuar en defensa propia y sin autorización del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

Tales actos de agresión deben calificar como uso de la fuerza armada en contra de la soberanía, integridad territorial, o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Todo ello, de conformidad con la resolución N° 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 14 de diciembre de 1974.

A todo evento, para la aplicación de este tipo penal se deberán cumplir las condiciones que establece la enmienda del Estatuto de Roma durante la Conferencia de Estados Parte celebrada en Kampala, Uganda en junio de 2010. Este tipo penal entrará en pleno vigor, una vez que se active la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre el mismo a partir del 1° de

enero de 2017 y los Estados logren el acuerdo definitivo.

TITULO II

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Artículo . Falso testimonio

El que diere falso testimonio en un juicio cuando esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69 de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma, será sancionado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

Artículo . Pruebas falsas

El que presentare pruebas a sabiendas de que son falsas o hayan sido falsificadas, será sancionado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

Artículo . Corrupción de testigos

El que corrompiere a un testigo que debe testificar, obstruyere su comparecencia o testimonio o interfiriere en ellos, será sancionado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

Artículo . Represalias contra testigos

El que tomare represalias contra un testigo por su declaración prestada ante el Ministerio Público o los Tribunales, será sancionado con la pena cuatro a ocho años de prisión**.**

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Artículo . Destrucción de pruebas

El que destruyere o alterare pruebas o interfiriere en las diligencias de prueba en un procedimiento, será sancionado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

Artículo . Entrabamiento de la investigación

El que pusiere trabas, intimidare o corrompiere a un funcionario de investigación o juicio para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida, será sancionado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

Artículo . Represalias contra funcionarios

El que tomare represalias contra un funcionario de investigación o juicio en razón de funciones que hubiere desempeñado él u otro funcionario, será sancionado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

Artículo . Soborno

El que solicitare o aceptare un soborno en calidad de funcionario de investigación o juicio en relación con esas funciones oficiales, será sancionado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

TITULO III

DISPOSICIONES FINALES

Artículo . Vigencia de este Código

El presente Código entrará en vigencia a los 360 días continuos luego de su publicación en la Gaceta Oficial.

Artículo . Disposición derogatoria

Se derogan las normas legales y sublegales que colidan con este Código.

Artículo 105. Publicación de este Código

El presente Código se publicará en Gaceta Oficial con su exposición de Motivos

FMF/18-04-05 (1ª versión)

FMF/29-11-08 (11ª versión)

FMF/09-03-16 (14ª versión)

FMF/09-08-16 (16ª versión)