Nº 1

Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional

Contenido:

Presentación..... 4

Doctrina:

Breve análisis sobre el carácter orgánico de las leyes 5

Informes:

El deber de consulta al ejecutivo nacional, según sentencia del 21/04/2016 de la Sala Constitucional 19

La vigencia temporal de la enmienda constitucional, según sentencia del 21/04/2016 de la Sala Constitucional 25

La infracción de la libertad de reunión y de expresión como mecanismo de persecución política en Venezuela. Especial referencia al caso de Leopoldo López y otros 33

FEBR-JULIO
2016

La descentralización en Venezuela. Puertos, Aeropuertos y Carreteras 76

Legislación

Ley de Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela..... 106

Propuesta para el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia..... 112

Anteproyecto de Ley Orgánica de Reuniones y Manifestaciones Públicas 132

Anteproyecto de Reforma de la Ley del Estatuto de la Función Pública 195

Proyecto de Ley de Transmisiones Simultáneas, Publicidad Oficial y Medios Públicos..... 216

Informe sobre medidas de intervención policial..... 234

Proyecto de Ley Orgánica de Transparencia, Divulgación y Acceso a la Información Pública..... 266

Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica

Febrero-Julio 2016

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

Con la colaboración del
Instituto de Estudios Constitucionales

La infracción de la libertad de reunión y de expresión como mecanismo de persecución política en Venezuela. Especial referencia al caso de Leopoldo López y otros[16]

DIAJ-DER

Resumen:

- Resulta inadmisible la penalización de las manifestaciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión;
- La República Bolivariana de Venezuela todavía no ha adecuado sus leyes sobre privacidad y la protección del honor y la reputación conforme con los principios de la distinción entre las personas públicas y las personas privadas y la real malicia;
- La CIDH ha advertido acerca de una serie de normas restrictivas al pleno ejercicio de la libertad de expresión que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos;
- En el caso de las manifestaciones públicas, son detenidos y procesadas personas que se encontraban en el lugar de los hechos, sin que quede constancia la imputación individual de un hecho específico a cada procesado;
- La legislación contra la delincuencia organizada ha sido aplicada a las numerosas detenciones en manifestaciones públicas, lo cual ha dado

[16] Basado en 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. Caracas, 2015. Inédito

lugar a la imputación de penas elevadas, con infracción del principio de legalidad penal, y de proporcionalidad de la pena;

- La norma penal que titpifica la instigación ha sido objeto de interpretación extensiva contraria al principio de legalidad penal;

- El delito de instigación a delinquir debe ser interpretado en base a los derechos de libertad de expresión y manifestación pública. Si la expresión en cuestión constituye un aporte con relación a un asunto esencial para la opinión pública, entonces debe aplicarse una presunción en favor de la libertad de expresión.

- El uso de la denominación "*delito de obstaculización*" es erróneo, por cuanto se trata en realidad de un delito contra la seguridad de las vía de circulación, que debe ser denominado "*preparación del peligro de un siniestro mediante cierre y obstaculización de vías públicas*".

- Los jueces venezolanos han ignorado los mecanismos básicos de interpretación jurídica. La infracción de la norma es imputada, por la simple obstaculización de las vías, en el marco de manifestaciones públicas, lo cual es contrario al principio de legalidad penal.

- La Corte Suprema de Chile declaró que Leopoldo López y Daniel Ceballos se encuentran sometidas a privación de libertad en virtud de un proceso ilegítimo, por hechos de connotación evidentemente política y sin protección de sus tribunales nacionales.

Contenido:

Influencia de los derechos fundamentales en el derecho penal 35
La libertad de expresión y los delitos de peligro abstracto..... 38
El estádar en el sistema interamericano 38
El estándar de la jurisprudencia en el derecho internacional 39
El estándar de la jurisprudencia en el derecho comparado (EE.UU.) 40
La libertad de expresión y los delitos de peligro abstracto en Venezuela 41

El principio de lesividad 43
El principio de subsidiariedad..... 44
El principio de *ultima ratio* en la práctica judicial 45
La responsabilidad individual 49
Parte especial..... 50
Asociacion para delinquir 50
Incitación a alteraciones del orden público..... 58
Intimidación pública 64
El delito de obstaculización 67
Venezuela frente a la jurisdicción universal 72

6. Influencia de los derechos fundamentales en el derecho penal

El caso Crest [1]

En la prensa nacional, en un aviso desplegado del diario 2.001 se imputó a la persona jurídica PROCTER & GAMBLE el siguiente hecho determinado: "La Biblia del consumidor que se publica en Estados Unidos dice 'La crema dental CREST es cancerígena'... 'El uso del dentífrico CREST produce CANCER'... 'Usar la crema dental CREST destruye la dentadura y produce CANCER'... la Procter & Gamble INC. fabrica la crema dental CREST producto nocivo para la salud". Tal imputación se hizo el 16 de octubre de 1995. Y en el editorial del diario "2.001" de ese mismo día, se imputó el siguiente hecho determinado y muy capaz de exponer al desprecio u odio público: "La crema dental 'Crest' produce cáncer. En los Estados Unidos se ha comprobado científicamente que la crema 'Crest' es cancerígena, produce cáncer a quienes la usan…". "…No hay duda que de esta empresa imperialista, la 'Procter & Gamble', quiere infectar de cáncer a la población venezolana con sus comprobadamente dañinos productos, por lo que responsablemente este diario alerta a los consumidores de dichos productos para que los rechacen, de la misma manera que llamemos la atención del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social para que actúe perentoriamente en el decomiso de la crema dental 'Crest' por el riesgo mortal que entraña para los venezolanos.[17]

[17] SCP-TSJ 29/02/2000 EXP. Nº 97-1971

2 La sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia del 29/02/2000 puede ser citada como la única pieza jurisprudencial venezolana de los últimos años, acorde con el estándar internacional de protección de los derechos fundamentales en el derecho penal. Lamentablemente, los principios establecidos en dicha sentencia no han encontrado desarrollo en la práctica judicial penal. [18]

3 La Sala de Casación Penal estableció que, los delitos de difamación e injuría exigen el "animus diffamandi" (voluntad consciente de difamar), por lo cual queda excluida la respectiva responsabilidad penal al no haber ese ánimo sino otros "animi": "jocandi", "narrandi", "defendendi", "consulendi" y "corrigendi". Están descartados por completo y por potísimas razones todos estos "animi", con la excepción del "animus narrandi". Las informaciones suministradas en los medios de comunicación y por los periodistas, en principio, no llegan a ser delictuosos (difamación e injuria) porque se consideran expuestos con un "animus narrandi" o intención de narrar, informar o comunicar. [19]

4 La Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha advertido, que resulta en

[18] SCP-TSJ 29/02/2000 EXP. Nº 97-1971
[19] SCP-TSJ 29/02/2000 EXP. Nº 97-1971

principio inadmisible la penalización per se de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión. En otras palabras: se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que dicha limitación (la penalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática. Además, es necesario valorar si la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos.[20]

Es importante recordar que la penalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden acceder a otros canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el objeto del reclamo se origina. El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado, tiene un efecto disuasivo sobre aquellos

[20] Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2005, párr. 96

sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente.[21]

6 Esquema del caso: Crest

En el caso planteado, la Sala observó que no hubo moderación en la imputación y/o publicación o comunicación-editorial que hizo el diario "2001", así como tampoco en las otras imputaciones hechas a PROCTER & GAMBLE en las otras ediciones del mismo diario. La imputación fue tan sumamente grave cuan sostenida a través de una muy intensa y virulenta campaña periodística. Y en consecuencia no es aceptable que hubo el "animus narrandi" o de sólo informar, ya que la inmoderación demuestra una falta al puro ánimo de informar la verdad en la imputación periodística. Sin embargo, lo que demuestra de forma palmaria esa falta a esa medular obligación de ser veraz, es el hecho de que la imputación de que la crema dental "CREST" producía cáncer no se ajusta a la verdadera expresión de la publicación estadounidense citada en las publicaciones del diario "2001", y otras como "Meridiano" y la revista "Gran Clase y Belleza". Esa inmoderación, esa ausencia de verificación y esa falta a la verdad, excluye el ánimo de informar que a su vez excluiría la difamación. Todo lo cual revela un componente subjetivo finalístico de difamar o menoscabar la reputación PROCTER & GAMBLE DE VENEZUELA, C.A. [22]

7. La libertad de expresión y los delitos de peligro abstracto[23]

7.1. El estádar en el sistema interamericano

7 En el análisis de supuestos llamados o incitaciones a conductas punibles, la Corte Interamericana ha exigido que pueda determinarse del contenido de los discursos o declaraciones que se haya autorizado, instigado,

[21] Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2005, párr. 97
[22] SCP-TSJ 29/02/2000 EXP. Nº 97-1971
[23] Ver en detalle, Espinoza/Rivas, El sistema interamericano y el derecho comparado, pág. 72

instruido u ordenado, o de algún modo promovido, actos de agresión o violencia contra las presuntas víctimas, por parte de órganos estatales, funcionarios públicos o grupos de personas o individuos específicos.[24]

La Corte ha hecho suyo el criterio sostenido por la Corte Internacional de Justicia, en el sentido que las declaraciones públicas del líder religioso de Irán, Ayatollah Khomeini, atribuyendo a los Estados Unidos de América la responsabilidad por todos los problemas de su país, no podían ser interpretadas como una autorización del Estado para llevar a cabo la operación específica de invadir y tomar la Embajada de los Estados Unidos.[25] 8

7.2. El estándar de la jurisprudencia en el derecho internacional

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha sostenido que el elemento *"directo"* de la incitación implica que la incitación *"asume una forma directa y, específicamente, induce a otros a realizar un acto delictivo"* y que *"es necesario algo más que una sugerencia vaga o indirecta para que exista incitación directa... La fiscalía debe probar* 9

[24] Corte IDH Caso Ríos y otros vs. Venezuela Sentencia de 28 de enero de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 144
[25] Corte IDH Caso Ríos y otros vs. Venezuela Sentencia de 28 de enero de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 116

una relación definitiva entre el acto caracterizado como incitación [...] y un delito específico".[26]

10 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la elaboración de un folleto de propaganda que incluía algunas críticas *"virulentas"* de las políticas del gobierno hacia la minoría curda, y llamó a los ciudadanos curdos a *"oponerse"* a estas políticas formando *"comités vecinales",* no podían considerarse incitación al uso de violencia, hostilidad u odio entre ciudadanos. También consideró que la pena de prisión era *"desproporcionada en relación con el fin perseguido y, por lo tanto, no era necesaria en una sociedad democrática"*.[27]

7.3. El estándar de la jurisprudencia en el derecho comparado (EE.UU.)

11 El principio cardinal de la jurisprudencia estadounidense es que el Estado no puede restringir una expresión en función de su contenido. Este postulado implica que, en principio, en el derecho de los Estados Unidos no se puede restringir la difusión de una idea determinada bajo el argumento de que ésta sea nociva, peligrosa u ofensiva.[28]

[26] Human Rights Watch, Una Década de Chávez, pág. 107
[27] Human Rights Watch, Una Década de Chávez, pág. 107
[28] Bertoni, Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas, pág 14

La Corte Suprema estadounidense ha establecido que el discurso se encontrará protegido por la Primera Enmienda de la Constitución a menos que dicha exhortación "pública" se encuentre dirigida a incitar o a producir lo que se ha denominado como una acción ilícita "inminente". Dicho de otra forma, para los tribunales estadounidenses no puede sancionarse el discurso del incitador que no tiene posibilidades "reales" de generar una reacción en la audiencia: este tipo de discursos no resulta lo suficientemente peligroso como para ser restringido. Por el contrario, son los valores democráticos los que exigen que éste sea tolerado.[29] 12

7.4. La libertad de expresión y los delitos de peligro abstracto en Venezuela [30]

En Venezuela, el Código Penal tipifica la conducta de quienes disparen armas de fuego o lancen sustancias explosivas o incendiarias, contra gentes o propiedades, lo cual ha sido interpretado como la posibilidad abstracta de producir terror en el público, sin exigir como condición la realización del peligro.[31] 13

La reforma del Código Penal en 2005 modificó el delito de amenaza a funcionario público, ampliándolo tanto en cuanto al núcleo del tipo como 14

[29] Bertoni, Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas, pág 15
[30] Ver en detalle, Espinoza/Rivas, La libertad de expresión en Venezuela, pág. 542
[31] Sala N° 1 Corte de Apelaciones del Estado Zulia 05/04/2004 Causa N° 1Aa-1983-04

en cuanto a los sujetos pasivos. Así, la acción ya no sería constreñir, sino el simple *"amenazar con el fin (elemento subjetivo) de intimidar"*. Además, la nueva tipificación se extendió a los parientes cercanos del funcionario, por lo que la violencia o amenaza puede alcanzar a cualquier persona vinculada al funcionario.[32]

15 El Fiscal General de la República interpuso recurso de nulidad por inconstitucionalidad de los delitos de instigación pública a delinquir, de causar pánico con informaciones falsas y de preparación del peligro de un siniestro mediante cierre y obstaculización de vías públicas.[33]

16 El Juzgado Vigésimo Primero de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas condenó al ciudadano Oswaldo Álvarez Paz a cumplir la pena de dos (2) años de prisión más las accesorias de ley, por la perpetración del delito de difusión de información falsa. La interpretación judicial presumió la realización del peligro "basado en parámetros de máxima de experiencia", en infracción del derecho a la libertad de expresión. [34]

17 La Comisión Interamericana se pronunció acerca de la aplicación del artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar al señor Usón

[32] Fuente: SCON-TSJ 30/03/2006 Exp. Nº 05-2293
[33] Fuente: SCON-TSJ 30/03/2006 Exp. Nº 05-2293
[34] Fuente: SCP-TSJ 22/02/2013 Exp. No. 2012-318

Ramírez. Señaló que no resulta suficiente invocar meras conjeturas sobre eventuales afectaciones del orden, que no planteen claramente un riesgo razonable de disturbios graves.[35] La Corte Interamericana estableció que el delito por el cual se condenó al señor Usón Ramírez no guardaba relación explícita con la protección de la seguridad nacional o el orden público.

8. El principio de lesividad

La Sala Constitucional ha establecido que de acuerdo con el principio de lesividad sólo será legítima la tipificación de una conducta en la ley penal, cuando aquélla produzca una afectación a un bien jurídico (sea por lesión propiamente dicha, o por peligro concreto o cierto), dicho en otras palabras, sólo pueden ser criminalizadas aquellas conductas que impacten gravemente los intereses o bienes jurídicos, individuales o colectivos, más importantes (por ejemplo, vida, integridad personal, libertad personal, salud pública, administración pública, etc.). Asimismo, el principio de lesividad está vinculado al principio de culpabilidad (vid. supra), ya que el legislador sólo puede castigar conductas que lesionen o pongan en peligro aquellos intereses.[36]

[35] Corte IDH Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela Sentencia de 20/11/2009, párr. 89
[36] SCON-TSJ 25/06/2015 Expediente n.º 11-0069

19 Los actos u omisiones a los cuales éste hace referencia, deben generar un conflicto social, representado por el ataque a un valor jurídico penalmente relevante. La configuración del hecho punible no se agota con su sola descripción en la ley penal (aspecto formal), sino que requiere una conducta humana que lesione o produzca un riesgo para determinados bienes jurídicos (aspecto material o sustancial). Entonces, siendo la finalidad de la ley penal la protección de intereses socialmente relevantes, sólo podrán ser reputados como hechos punibles las conductas que lesionen o pongan en peligro intereses jurídicos, cuya fuente cardinal es el Texto fundamental.[37]

20 Desde esa perspectiva, castigar la mendicidad per se implica que lo sancionado no es un acto o conducta, sino una forma de ser o un modo de conducción de la vida; en otras palabras, al sujeto se le pena por el hecho de ser mendigo, y no por perpetrar un hecho concreto que atente o ponga en peligro, al menos de forma significativa, un bien jurídico que exija tutela penal, de esa forma y ante tal situación; circunstancia que, por ende, revela que la norma en cuestión se enfrenta, además, al principio de lesividad o responsabilidad exclusiva por acciones u omisiones que lesionen bienes jurídicos.[38]

9. El principio de subsidiariedad

21 El principio de subsidiariedad implica que el Derecho Penal debe ser el último recurso (o ultima ratio) para solucionar los conflictos sociales, debiéndose acudir a aquél sólo cuando sean insuficientes -o no existan-

[37] SCON-TSJ 25/06/2015 Expediente n.º 11-0069
[38] SCON-TSJ 25/06/2015 Expediente n.º 11-0069

otros mecanismos menos lesivos, como son los establecidos en otras ramas del ordenamiento jurídico.[39]

El Derecho penal deja de ser necesario para resguardar a la sociedad cuando esto último puede alcanzarse mediante otras vías, las cuales tendrán preferencia en la medida en que sean menos lesivas para los derechos individuales. En resumidas cuentas: en un Estado social al servicio de sus ciudadanos, la intervención penal estará legitimada siempre y cuando sea absolutamente necesaria para la protección de aquéllos, y esto se da cuando los mecanismos extra penales no son suficientes para garantizar dicha protección".[40] 22

10. El principio de *ultima ratio* en la práctica judicial

Las anteriores citas jurisprudenciales, relativas a la teoría de los bienes jurídicos protegidos y el principio de *ultima ratio*, constituyen en realidad pronunciamientos aislados en la práctica venezolana.[41] 23

La Comisión Interamericana ha señalado que, la República Bolivariana de Venezuela todavía no ha adecuado sus leyes sobre privacidad y la protección del honor y la reputación conforme con los principios de la 24

[39] SCON-TSJ 25/06/2015 Expediente n.º 11-0069
[40] SCON-TSJ 25/06/2015 Expediente n.º 11-0069
[41] Ver en detalle, Espinoza/Rivas, La libertad de expresión en Venezuela, pág. 589

distinción entre las personas públicas y las personas privadas y la real malicia.[42] El artículo 444 del Código Penal ha sido aplicado en el caso de la condena de dos años y tres meses de prisión impuesta al abogado *Tulio Alberto Álvarez Ramos;*[43] la pena de un (1) año y cuatro (4) meses de prisión impuesta al periodista *Henry Crespo;*[44] la condena impuesta al periodista *Balza Altuve Julio Rolando*, a cumplir la pena de dos (2) años y once (11) meses de prisión, y a la pena pecuniaria de ochocientas dieciséis con sesenta y séis (816,66) Unidades Tributarias;[45] así como la acusación en contra de la periodista *Marianella Salazar*.[46] La norma citada es contraria a la doctrina contenida en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

25 La Sala Constitucional de Venezuela se pronunció acerca de la constitucionalidad de los artículos 223, 224, 225, entre otros, del Código Penal. La Sala estimó que sólo eran parcialmente nulas.[47] Tal decisión es contraria a la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

---

[42] Derecho a la Libertad de Expresión y Pensamiento en Venezuela. 2003, párr. 466
[43] Fuente: SCP-TSJ 07/02/2006 Exp. N°AA30-P-2005-00534
[44] Sala 7ma Corte de Apelaciones del Área Metropolitana de Caracas 12/07/2006 CAUSA Nº 2968-06
[45] Sala 6ta Corte de Apelaciones del Área Metropolitana de Caracas 08/12/2006
[46] Sala 10 Corte de Apelaciones del Área Metropolitana de Caracas 26/05/2010 Expediente Nº 10Aa 2638-10
[47] SCON-TSJ 15/07/2003 Exp. N° 01-0415

La Comisión Interamericana ha advertido acerca de una serie de normas que se encuentran dentro del Código Penal de Venezuela que, de aplicarse, serían restrictivas al pleno ejercicio de la libertad de expresión al penalizar la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos.[48] Tal es el caso de los artículos 147 y siguientes del Código Penal de 2005. También se ha advertido que todos los delitos de desacato son sancionados, en Venezuela, con penas de prisión, y a mayor jerarquía del funcionario afectado, corresponderá una mayor pena para quien cometa el delito. Esto es contrario al principio democrático según el cual los funcionarios públicos con roles públicos y responsabilidades más importantes deben estar abiertos y expuestos a un mayor grado de crítica que los ciudadanos.[49] 26

El Ministerio público interpuso acusación en contra del periodista *Napoleón Bravo* por el delito tipificado en el artículo 147 del código penal.[50] Dicha norma también fue aplicada para justificar la imposición de Medidas cautelares Sustitutivas a dos personas que tenían en su poder en poder *cuarenta (40) llaveros* con la figura reconocible del Ciudadano Presidente de la República;[51] la Medida Cautelar Sustitutiva de Libertad 27

[48] Derecho a la Libertad de Expresión y Pensamiento en Venezuela. 2003, Informe sobre Venezuela, párr. 452
[49] Human Rights Watch, Una década de Chávez, pág. 92
[50] Human Rights Watch, Una década de Chávez, pág. 95
[51] Juzg 2do 1ra Inst de Control del Estado Falcón 15/04/2010 ASUNTO: IP01-P-2010-000751

impuesta al señor *Guillermo Zuloaga Nuñez*;[52] la medida de privación judicial preventiva de libertad impuesta al ciudadano *Yendry Jesús Sánchez González*,[53] así como la acusación en contra del ciudadano *Javier José Castellano Cortesía*, por destruir propagandas alusivas al Presidente de la República y a la Misión Vivienda.[54]

28 El Fiscal General de la República interpuso recurso de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 506 -vociferaciones y ruidos molestos. Tales normas son contrarias a la doctrina contenida en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La norma ha sido aplicada en el caso de la detención de veinticinco (25) personas, que gritaban diferentes consignas,[55] y en la detención de las ciudadanas *Marina Garcia* y *Maryuri Carolina Muñoz Rosendo*, quienes mantuvieron cerrada la autopista Charallave Ocumare.[56]

29 También es contraria a la doctrina del Sistema Interamericano la condena impuesta a los ciudadanos *Laureano Márquez* y *Teodoro Petkoff Malec*, en su carácter de Presidente de la Empresa Mercantil *"Editorial la Mosca Analfabeta C.A"* y Director del Diario *"Tal Cual"*,

---

[52] Sala 6ta Corte de Apelaciones del Área Metropolitana de Caracas 20/05/2010 CAUSA N° 2762-2010 (Aa) S6
[53] Sala 6ta Corte de Apelaciones del Área Metropolitana de Caracas 11/06/2013 Expediente Nº 3419-13
[54] Tribunal Penal de Control – Cumaná 12/08/2012 ASUNTO PRINCIPAL : RP01-P-2012-004748
[55] Sala N° 1 Corte de Apelaciones del Estado Zulia 05/04/2004 Causa N° 1Aa-1983-04
[56] Tribunal de Control del Estado Miranda 31/10/2006 ASUNTO PRINCIPAL : MP21-P-2006-001809

la sanción de pagar lo equivalente a diez meses y quince días de ingreso mensual.[57]

La Corte Interamericana estableció que la condena impuesta al señor *Usón Ramírez*, por el delito de *"injuria contra la Fuerza Armada Nacional"* era contraria a la Convención Americana.[58] 30

11. La responsabilidad individual

Las reuniones públicas constituyen en el ejercicio colectivo de un derecho individual. Pero en el derecho penal el principio de culpa constituye una piedra angular de la teoría del delito. La culpabilidad jurídico penal consiste en la reprochabilidad personal del acto antijurídico.[59] Sin embargo, se ha observado la práctica de las autoridades venezolanas, especialmente en el caso de las manifestaciones públicas, en base a la cual son detenidos y procesadas personas que se encontraban en el lugar de los hechos, sin que quede constancia en el acta policial o a través de una prueba distinta la imputación individual de un hecho específico a cada procesado. 31

El Juzgado 9no de Control del Edo Lara estableció que no existen elementos de convicción para decretar flagrancia en relación al delito de lesiones personales, por las lesiones 32

[57] Tribunal de Protección del Niño y Adolescente del Estado Lara 08/02/2007 ASUNTO: KP02-V-2006-00226; Human Rights Watch, Una Década de Chávez, pág. 105
[58] Corte IDH Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela Sentencia de 20/11/2009, párr. 84
[59] Arteaga, Derecho penal venezolano (2009), pág. 313

ocasionadas al funcionario que pisa el clavo, señalando que era imposible establecer que los cuatro imputados de autos, todos a la vez, colocaron el clavo que pisó el funcionario y que perforó la bota para incrustarse en su pié. Por otra parte, en relación a las lesiones en cara y cuello con objeto contuso, al haber sido impactado con unas piedras, cuando un grupo aproximado de 200 personas comenzaron a arremeter contra la comisión, sería imposible establecer que el objeto contuso (piedra) con el que se le ocasionaron las lesiones fue lanzado por los cuatro imputados de autos al mismo tiempo, ya que no se ha individualizado la responsabilidad penal, ni siquiera se calificó bajo la modalidad de la complicidad correspectiva. Sin embargo, dictó las medidas cautelares de detención en su propio domicilio, y la constitución de dos fiadores, por la presunta comisión de los delitos de resistencia a la autoridad, daños alpatrimonio publico, incendio en edificaciones publicas, instigacion a delinquir, intimidacion publica agravada, instigacion al odio, y asociacion para delinquir, las cuales fueron confirmadas por la Corte de Apelaciones del Estado Lara.[60]

33 De lo anterior se evidencia la interpretación de una serie de delitos, aplicados con frecuencia en el marco de manifestaciones públicas, en el sentido que no se requiere de la individualización del autor ni la precisión de la conducta que le es imputable.

12. Parte especial

12.1. Asociacion para delinquir

34 Caso Leopoldo Eduardo López Mendoza (asociación para delinquir)

El tribunal estimó que, el acusado forma parte de una asociación delictiva, siendo su fin iniciar una campaña pública y agresiva contra el Presidente de la República y las Instituciones del Estado, haciendo del conocimiento a la audiencia, acompañantes y en general a las personas afines con su discurso, que el actual Gobierno tiene vínculos con el narcotráfico, lo señaló además de ser corrupto, opresor, antidemocrático, y que era necesario salir a conquistar la democracia, y que para ello el cambio o la salida solo iba ser posible con el pueblo en la calle, para lo cual empezó a efectuar convocatorias y concentraciones de

[60] Corte de Apelaciones Edo Lara 26 días del mes de Febrero de 2014 KP01-R-2014-000106

personas a través de los diferentes medios de comunicación social convencionales y alternativos, y en especial de su cuenta twitter identificada con la dirección @leopoldolopez, sin tomar en cuenta que su llamado no es el llamado del ciudadano común, sino de una persona que mueve masas, por lo tanto evidentemente sus discursos generan grandes movimientos de calle, lo cual ha debido considerar para evitar hechos como los sucedidos el 12 de febrero de 2014.

El acusado contó con un grupo estructurado de otros dirigentes politicos, entre ellos, la ciudadana Marìa Corina Machado y Gaby Arellano, quienes se encontraban al frente del edificio sede del Ministerio Público, al momento en que el ciudadano Leopoldo López, ofreció su discurso.[61] [*ver esquema en párr. 50*]

El artículo 37 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento al Terrorismo, dispone: 35

Artículo 37. Quien forme parte de un grupo de delincuencia organizada, será penado o penada por el solo hecho de la asociación con prisión de seis a diez años.

En cuanto a la definición de qué ha de entenderse por "delincuencia organizada," el artículo 4.9 de la Ley dispone: 36

Artículo 4.9. Delincuencia organizada: la acción u omisión de tres o más personas asociadas por cierto tiempo con la intención de cometer los delitos establecidos en esta Ley y obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para terceros. Igualmente, se considera delincuencia organizada la actividad realizada por una sola persona actuando como órgano de una persona jurídica o asociativa, con la intención de cometer los delitos previstos en esta Ley.

El artículo 1 de la mencionada ley orgánica dispone: 37

[61] Juzg 28vo 1ra Inst Juicio Caracas 10/09/2015

Artículo 1.-Objeto de la Ley. La presente Ley tiene por objeto prevenir, investigar, perseguir, tipificar y sancionar los delitos relacionados con la delincuencia organizada, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los tratados Internacionales relacionados con la materia, suscritos y ratificados válidamente por la República.

38 De acuerdo con el Juzgado Vigésimo Octavo de Juicio, el delito de asociación constituye un tipo penal autónomo que sanciona la simple asociación, se trata pues de un delito de peligro que castiga la mera intención criminal, puniendo el desvalor del acto antes que el del resultado material, donde el requisito subjetivo del tipo concretado en la finalidad, no solo reclama el dolo directo (intención de realizar el tipo objetivo y voluntad de hacerlo), sino que constituye la esencia de la imputación y del reproche, ya que, se castiga ese "simple" hecho, sin requerir ni siquiera el comienzo de la ejecución del delito fin, ni por supuesto, un daño al bien jurídico que se pretendía ofender, todo lo que significa como conspiración que es, una anticipación notable al límite de la punición que normalmente plantea el comienzo de la ejecución.[62]

39 Es pues una norma de carácter excepcional, (porque se aleja del principio de la responsabilidad por el hecho, de la exterioridad de la acción, y porque pune la mera puesta en riesgo de un bien indeterminado – cualquiera de los protegidos por cualquier delito encartado en la legislación penal- a través de la creación de un delito de peligro

[62] Juzg 28vo 1ra Inst Juicio Caracas 10/09/2015, pág. 276

abstracto), y por lo tanto de interpretación restrictiva, conforme a los principios generales de derecho comúnmente admitidos.[63]

El requisito subjetivo del tipo, constituido por el objetivo criminal consistente en la finalidad de la comisión de uno o más delitos, exige un dolo ab initio, por cuanto los agentes deben haberse asociado para delinquir, de forma y modo que no hay delito en los casos en que se constituye una sociedad cualquiera, con un fin lícito, diferente del objetivo concretamente criminal que exige la figura, lo que no hace mudar el carácter de la sociedad, de lícita a ilícita.[64] 40

Se trata, de un delito formal y de peligro que no produce resultado visible en el mundo exterior; se consuma por el solo hecho de formar parte de la asociación, independientemente de los delitos que ese grupo pudiese llegar a cometer. En cada uno de los hechos cometidos por todos o por alguno de los miembros de la empresa criminal.[65] 41

Como se observa, la sentencia citada no hace referencia alguna a la relación entre la asociación y la intención de cometer los delitos establecidos en el resto de la Ley Orgánica contra delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo. Un criterio extensivo también 42

[63] Juzg 28vo 1ra Inst Juicio Caracas 10/09/2015, pág. 276
[64] Juzg 28vo 1ra Inst Juicio Caracas 10/09/2015, pág. 276
[65] Juzg 28vo 1ra Inst Juicio Caracas 10/09/2015, pág. 276

ha sido sostenido por la Sala Nº 4 de la Corte de Apelaciones de Caracas, la cual ha señalado que, el legislador no limitó el alcance de esta Ley especial, únicamente para aquellos delitos tipificados en la misma, sino que por el contrario amplió la posibilidad de su aplicación a aquellos casos en los cuales también se cometan otros delitos de los contemplados tanto en el Código Penal, como en otras leyes especiales, cuando éstos sean cometidos o ejecutados por un grupo de delincuencia organizada.[66]

43 La Sala de Casación Penal revocó una sentencia de apelación que había sostenido que la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada sólo podía aplicarse para castigar los crímenes de la delincuencia organizada, entendiendo que ésta "…presupone la existencia de una asociación delictiva que despliega sus acciones en más de un estado, garantizado por un código de honor, que obliga a guardar silencio respecto de la identidad de los miembros y a las actividades criminales ejecutada por el grupo y cualquiera que sea su especialidad, tiene como propósito fundamental lograr beneficios económicos de alto impacto y bajo operaciones bien planificadas que aseguren la mayor vigencia posible del grupo…". Según el a-quo, en los casos en que no exista una red criminal,

[66] Sala Nº 4 de la Corte de Apelaciones de Caracas 17/06/2014 CAUSA Nº 3511-14 (Aa)

la conducta del sujeto activo debe ser sancionado según el Código Penal.[67]

44 La Sala de Casación Penal sostuvo que, si bien el delito podía ser castigado en base al Código Penal, sin embargo, la realidad actual, relativa al aumento de la criminalidad habría llevado al legislador a castigar también a personas que no necesariamente forman parte de verdaderas organizaciones criminales y que se dedican a esta actividad en los distintos Estados del país, asignándole una elevada pena, buscando mediante este mecanismo punitivo y represor su no ejecución, con miras a proteger los bienes que resultan lesionados.[68] En nuestro criterio, resulta claro que la Sala de Casación Penal realizó una interpretación extensiva, por motivos de oportunidad de política-criminal, excediendo el principio de legalidad penal.

> 45 Con ello se omite, uno de los elementos que delimitan el tipo, al cual alude expresamente el artículo 4.9 de la misma ley, en el sentido que, la asociación debe tener por finalidad la comisión de "los delitos establecidos en esta Ley". La frase citada se repite en dos oportunidades en el mismo párrafo, lo cual puede dar un indicio de su importancia para la interpretación de la ley.[69] Igual interpretación deriva de la declaración del objeto de la ley orgánica, en su artículo 1, el cual alude a la especial relación de los hechos delictivos con la delincuencia organizada. A los fines de la identificación de los sujetos a quienes va dirigida esta Ley, debe ser tomada en cuenta esta norma rectora de la aplicación de cualquiera de sus normas.[70]

---

[67] SCP-TSJ 30/06/2010 Exp.AA30-P-2010-000032
[68] SCP-TSJ 30/06/2010 Exp.AA30-P-2010-000032
[69] También en este sentido, Brewer-Carías, El caso Leopoldo López y los fiscales y jueces del horror, pág. 12
[70] Voto salvado de la Magistrada Blanca Rosa Mármol del León, en SCP-TSJ 30/06/2010 Exp.AA30-P-2010-

46 Además se deja de lado otro de los elementos delimitadores del tipo, referido a la relativa estabilidad de la asociación, que deriva de la expresión personas asociadas "por cierto tiempo". El juzgador debe determinar la existencia o no de un grupo estructurado, esto es, un grupo de delincuencia organizada un no simplemente de un grupo formado deliberadamente para la comisión inmediata de un solo delito.[71]

47 En Venezuela, la legislación contra la delincuencia organizada ha sido aplicada a las numerosas detenciones en manifestaciones públicas. El sólo hecho del ejercicio colectivo de la actividad ha dado lugar a la imputación de penas elevadas, cuya finalidad se refería a la especial peligrosidad de la delincuencia organizada y el terrorismo. Con ello no sólo se infringe el principio de legalidad penal, sino además el de proporcionalidad de la pena.

48 La Sala Nº 4 de la Corte de Apelaciones de Caracas ha asumido como un delito de asociación para delinquir, la participación de más de tres personas asociadas por cierto tiempo con la intención de cometer distintos delitos orientados a alcanzar la desestabilización del Gobierno Central, en razón de que, la persona apodada "La Flaca" es señalada como una de las promotoras de las reuniones orientadas presumiblemente a organizar los grupos violentos donde se planificaban las denominadas "Guarimbas" y por su parte, el ciudadano Ignacio P. F., es igualmente mencionado, como uno de los presuntos financistas de esos grupos violentos y como una de las personas que suministraba materiales para esas actividades violentas.[72]

49

000032

[71] Voto salvado de la Magistrada Blanca Rosa Mármol del León, en SCP-TSJ 30/06/2010 Exp.AA30-P-2010-000032

[72] Sala Nº 4 de la Corte de Apelaciones de Caracas 17/06/2014 CAUSA Nº 3511-14 (Aa)

La Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Estado Zulia ha desestimado la aplicación del delito de asociación para delinquir en el marco de manifestaciones públicas. Ha señalado la sala que para establecer la forma de participación en la perpetración del delito debe determinarse cómo se encuentra estructurada la organización criminal, es decir, los jefes como determinadores o autores intelectuales, miembros como los ejecutores o autores material, dependiendo de la cadena de mando, o el carácter dentro del grupo de personas que la integran, mediante acuerdo o pacto de tres o más personas, que puede ser explícito o implícito, (en el primer caso, debe constar la expresión de voluntad de los asociados para delinquir, o en el segundo caso, que de sus actividades habituales se evidencie tal asociación). Además, conforme al artículo 4 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, debe determinarse el tiempo por el cual se constituyen o tienen operando.[73]

Esquema del caso: Leopoldo Eduardo López Mendoza (Asociación para delinquir)

50

1) Bienes jurídicos protegidos. En el caso de la delincuencia organizada, la paz social resulta más gravemente afectada por las ventajas que derivan de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de la red criminal.

2) Libertad objeto de limitación. La libertad de expresión y de manifestación pública

[73] Sala 1ra Apelaciones Edo Zulia 13/05/2014 VP02-R-2014-000221. En términos similares, Corte de Apelaciones Edo Falcón 10/07/2015 ASUNTO : IP01-R-2014-000176

3) Interpretación gramatical. La expresión quien forme parte de un *„grupo de delincuencia organizada "* deja la duda de cuáles elementos sirven para calificar una asociación de este tipo.

4) Interpretación sistemática. En cuanto a la definición de qué ha de entenderse por "delincuencia organizada," el artículo 4.9 de la Ley la define la como la acción u omisión de tres o más personas asociadas por cierto tiempo con la intención de cometer los delitos establecidos en esta Ley.

5) Interpretación teleológica. Debe distinguirse la pertenencia a una organización, de la situación de codelincuencia, pues la existencia de personas coordinadas -sin sujeción jerárquica- no supone la existencia de organización, ésta es un aliud y un plus frente a la mera codelincuencia. La finalidad de la regulación especial de los delitos realizados por la delincuencia organizada, se refiere a la necesidad especial de protección que deriva de la mayor afectación de la paz social. En efecto, en estos casos la organización dispone de las ventajas que derivan de una estructura con repartición de funciones entre sus miembros, lo que asegura una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de la red criminal.[74]

6) En consecuencia, la presencia de tres o más personas no es suficiente para justificar la existencia de una asociación o *grupo de delincuencia organizada*

7) Finalmente, la aplicación de una norma que establece penas de prisión de seis a diez años es desproporcionado en una conducta que se realiza en el marco de los derechos de libertad de expresión y de manifestación pública.

12.2. Incitación a alteraciones del orden público

51 Caso: Leopoldo López y otros (instigación a la desobediencia de las leyes)

Según el tribunal, habría demostrado que los imputados Damian Daniel M. G. y Angel De J. G., actuando determinados por el ciudadano Leopoldo López, instigaron a la desobediencia de las leyes, con el fin de que se generara violencia y de esta forma crear el caos y perturbar la tranquilidad y la paz de la ciudadanía, como efectivamente sucediò el dìa 12 de febrero de 2014, ya que ambos imputados se encontraban en el lugar de las hechos, conjuntamente con los demás manifestantes que causaban destrozos, instigando estos dos ciudadanos, así como

[74] En el derecho español, ATC 212/1998, de 13 de Octubre

el resto de los manifestantes, a la desobediencia de las leyes.

En cuanto al ciudadano Leopoldo Eduardo López Mendoza, el tribunal estimó que fue determinador en el delito de instigación pública. En el presente caso el ciudadano LEOPOLDO LÓPEZ, determinó a través del uso de los medios de comunicación social convencionales y alternativos, sus discursos de contenido violento, pues su único propósito era desaparecer la tranquilidad pública, al llamar a un grupo de personas en correspondencia con su alocución, para desconocer las autoridades legítimas y las leyes. El 12 de febrero del 2014, el ciudadano Leopoldo Eduardo López Mendoza, antes de iniciar su marcha emite otro discurso de forma violenta, estableciendo como consigna "#LASALIDA-#LACALLE", cuyo fin de acuerdo a lo manifestado en reiteradas oportunidades por este dirigente, era realizar un cambio total y profundo de quienes conducen el Poder Público Nacional, con el fin que fueran sustituidos de sus cargos, ya que en su criterio el problema no solo era el Presidente de la República Nicolás Maduro; sino todas las cabezas de los Poderes Públicos que habían sido secuestrados por el Estado, es decir refuerza nuevamente su pretensión de desconocer a las autoridades legítimas.[75] [*ver esquema en párr. 61*]

Los artículos 283 al 285 del Código Penal disponen: 52

De la instigación a delinquir

Artículo 283. Cualquiera que públicamente o por cualquier medio instigare a otro u otros a ejecutar actos en contravención a las leyes, por el solo hecho de la instigación será castigado:

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

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

Artículo 284. En el caso indicado con el numeral 1 del artículo 283, nunca podrá excederse de la tercera parte de la pena señalada al hecho punible a que se refiere la instigación.

Artículo 285. Quien instigare a la desobediencia de las leyes o al odio entre sus habitantes o hiciere apología de hechos que la ley prevé como delitos, de modo que ponga en peligro la tranquilidad pública, será castigado con prisión de tres años a seis años.

[75] Juzg 28vo 1ra Inst Juicio Caracas 10/09/2015, pág. 271

53 La instigación pública a delinquir, es un delito que afecta la tranquilidad pública. Instigar, es incitar, provocar o inducir a uno a que haga una cosa; no es meramente proponer que se cometa, sino promover en cierta forma coactiva a ello, valiéndose de la excitación de las personas o de los instintos de la persona a quien se instiga; es una forma accesoria de participación y a ella son aplicables los principios generales enunciados con relación a la participación propiamente dicha. El instigador quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro, quiere alcanzar ese hecho a través de la psiquiatría del otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo.[76]

54 Los verbos rectores son instigar o inducir, siendo un tipo penal de carácter formal, en virtud que es necesaria la voluntad del sujeto activo para inducir o determinar a alguien a la comisión o perpetración de un delito. Es un delito de carácter autónomo. Para acreditarse la instigación pública, debe ser pública, es decir, de desafío a la ley, de reto abierto, directo, y en presencia de otras personas, o a través de algún medio de comunicación, que permita la divulgación y propagación del mensaje, no de manera clandestina; la instigación debe ser dirigida a la comisión de

[76] Juzg 28vo 1ra Inst Juicio Caracas 10/09/2015, pág. 271

un delito determinado; verbigracia, a quebrantar la ley, o a desconocer el orden constitucional, con el objeto de desestabilizar la paz y tranquilidad social. [77]

Del texto del precepto que se estudia, se desprende que incurre también en el mencionado delito el que excita a otro a perpetrar una simple falta, siempre que ésta sea determinada como que el vocablo infracción, que usó el legislador, comprende los delitos y las faltas. Así, pues, consuma el delito en referencia cualquiera que instigare, públicamente a otro, a cometer una infracción determinada. [78] 55

La conducta incriminada, comprende una instigación hecha públicamente, es decir, en público, en presencia de varias personas. Puede ser dirigida a una sola de éstas, siempre que se haga públicamente. Y este requisito se cumple, no sólo cuando el instigador actúa en presencia de varias personas, sino también cuando se vale de algún medio de comunicación que lleve implícita la publicidad, capaz de establecer información simultánea o sucesiva con un número más o menos apreciable de personas, como la prensa escrita, hablada o televisada. [79] 56

El Fiscal General de la República interpuso recurso de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 283 (anterior 284) -instigación pública a delinquir- por lesionar los artículos 2 (principios democráticos y de justicia) y 26 (principio de justicia responsable), de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Señaló al efecto que, el tipo de 57

[77] Sala No. 2 Corte de Apelaciones Edo Zulia 07/04/2014 ASUNTO : VP02-R-2014-000231
[78] Sala No. 2 Corte de Apelaciones Edo Zulia 07/04/2014 ASUNTO : VP02-R-2014-000231
[79] Sala No. 2 Corte de Apelaciones Edo Zulia 07/04/2014 ASUNTO : VP02-R-2014-000231

instigación pública a delinquir siempre ha constituido una excepción al principio penal de no punición de los actos preparatorios, que por tal impone una interpretación restrictiva, siendo que se trata del castigo de la instigación pública, pues la instigación privada en cualquier delito es punible para el instigador o determinador con la misma pena del autor del delito, en virtud del dominio del hecho que le corresponde mediante su actuación. Sin embargo, al contrario de estos conceptos penales, la versión reformada de este tipo penal amplía de modo grotesco la descripción típica al incluir la característica *"públicamente o por cualquier medio"*, con lo cual se abre una alternativa: o lo hace públicamente o lo hace *"por cualquier medio",* en cuyo caso, se desvirtuaría la exigencia típica clave, cual es el carácter público de la instigación. Ir más allá es contrario a las reglas penales y de racionalidad que imponen la limitación de los tipos penales conforme a los principios democráticos y de justicia, previstos en el artículo 2, que son los que le dan sentido a los principios penales vulnerados por esta ampliación de la punición que no tiene sentido, ni justificación alguna. 80

58 Ha sido precalificado como delito de instigación pública el cierre de la vía, por una multitud de doscientas sesenta 260 personas aproximadamente, que comenzaron a arremeter objetos contundentes (piedras, palos y botella), a los vehículos que circulaban por la carretera

[80] Fuente: SCON-TSJ 30/03/2006 Exp. Nº 05-2293

nacional, donde se ocasionaron daños a muchos de estos vehículos, siendo una zona de seguridad.[81]

> En nuestro criterio, resulta clara la falta de conexión entre los hechos expuestos y el delito de instigación. La escasa motivación de la sentencia tampoco permite determinar de qué forma los hechos de violencia constituyen al mismo tiempo un delito de instigación a delinquir. Habría que concluir que, en criterio de los tribunales, la realización de desórdenes públicos equivale automáticamente a una instigación, seguramente en el sentido de predicar con el ejemplo. En este aspecto parece tener razón la observación del entonces Fiscal General de la República, en cuanto a la excesiva amplitud de la instigación *"por cualquier medio"*. *82* En cualquier caso, nos encontramos frente a una interpretación extensiva contraria al principio de legalidad penal. La expresión citada sólo puede referirse al llamado concreto a través de *"cualquier medio"* de comunicación.

59

Ha sido desestimado el tipo penal de instigación pública, en el caso del imputado Roger Enrique R. C., quien aun cuando presuntamente se encontraba obstaculizando la vía pública con desechos sólidos, según consta en el acta policial, no se desprende de la misma, que el imputado haya ejecutados actos concretos ante otras personas o ante algún medio de comunicación, con el objeto de inducir e incitar a la colectividad o a determinadas personas, para el cometimiento de hechos punibles.[83]

60

Esquema del caso: Leopoldo López y otros (instigación a la desobediencia...)

61

En el caso de los imputados Damian Daniel M. G. y Angel De J. G., se imputa haber instigado a la desobediencia de las leyes, pero sólo se afirma la realización de vías de hecho violentas. Se trata de un patrón muy generalizado en sentencias sobre manifestaciones públicas, en el cual el fallo carece de toda explicación que permita establecer una conexión entre el hecho narrado y el delito [*ver en párr. 59*].

En el caso de la imputación a Leopoldo López si encontramos una conducta que constituye un mensaje público, por lo que debe determinarse si constituye un llamado a la desobediencia de las leyes.

---

[81] Trib Control N° 06 Edo Anzoátegui 21/03/2007 ASUNTO PRINCIPAL: BP01-P-2007-001069. En términos similares, Corte de Apelaciones Estado Lara 26/02/2014 ASUNTO: KP01-R-2014-000106
[82] Fuente: SCON-TSJ 30/03/2006 Exp. Nº 05-2293
[83] Sala No. 2 Corte de Apelaciones Edo Zulia 07/04/2014 ASUNTO : VP02-R-2014-000231

El delito de instigación a delinquir debe ser interpretado en base a los derechos de libertad de expresión y manifestación pública. Si la expresión en cuestión constituye un aporte con relación a un asunto esencial para la opinión pública, entonces debe aplicarse una presunción en favor de la libertad de expresión. Otro elemento determinante de la valoración de la libertad es el referido a la intención de presentar una petición ante el Ministerio Público. El ejercicio de la libertad de manifestar tiene en el presente caso una importancia esencial en el marco del principio del Estado democrático.

Por otra parte, en criterio del tribunal, el acusado realiza un llamado a desconocer a las autoridades legítimas. Se plantea una interpretación contraria al texto de lo expresado en el marco de la manifestación, pero además se pasan por alto las cautelas establecidas en el estándar internacional [*ver en párr. 7 y sig.*], en el sentido de que debe existir un llamado específico y determinado, en cuanto al delito y en cuanto al destinatario. La aplicación de sanciones penales sin observar tales condiciones tiene un efecto disuasivo intolerable desde el punto de vista de la influencia de los derechos fundamentales mencionados.

La infracción del derecho a la libertad de expresión ha sido señalada en Opinión emitida por el Grupo de Trabajo Sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, según la cual, no hay elementos que permitan concluir una relación de causa-efecto entre la convocatoria a una manifestación política, el hablar durante la misma y los resultados de muertos, heridos y daños materiales, que se produjeron al margen de dicha concentración que, por otra parte, ya había concluido.[84]

12.3. Intimidación pública

62 El artículo 293 del Código Penal dispone:

De los que excitan a la guerra civil, organizan cuerpos armados o intimidan al público

Artículo 293. El que haya ejecutado algún acto que tenga por objeto exponer alguna parte de la República a la devastación o al saqueo, será castigado con prisión de dieciocho meses a cinco años. Si la tentativa se efectuare, siquiera en parte, se impondrá la pena de presidio de cinco a nueve años.

[84] Opinión N° 26/2014 emitida por el Grupo de Trabajo Sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, párr. 59

Veamos los siguientes ejemplos:

La Corte de Apelaciones del Estado Zulia revocó la medida cautelar de privación judicial preventiva de libertad, por no existir suficientes elementos de convicción que hagan presumir la existencia del delito de intimidación pública entre otros. Siendo aproximadamente las 08:38 horas de la mañana, aproximadamente, fue detenido el imputado con una bolsa plástica pequeña de color negro contentiva en su interior de lo siguiente; 01.- trece (13) trozos de manguera de color verde con clavos, 02.- ocho (08) trozos de manguera con clavos, 03.- ciento diez clavos (110) de dos pulgadas tipo tachuela de color gris, 04.- veinte metros de mecate (20) con incrustaciones de clavo con las características antes mencionadas. El imputado había permanecido desde el 24/02/2014 hasta el 28/04/2014 privado de libertad. [85]

El Tribunal Sexto de Control del Estado Sucre condenó al acusado Jesús Eduardo P. R., a cumplir la pena de 03 años, 09 meses, 11 días, 06 horas de prisión, por la comisión de los delitos de obstaculización a la vía pública, daños violentos a la propiedad, alteración al orden público, intimidación pública y agavillamiento. Jesús Eduardo P. R. fue detenido cuando funcionarios de la Guardia Nacional pudieron apreciar la presencia del ciudadano que destacaba liderizando la alteración, dirigiendo la acción de los manifestantes, que se encontraba con un grupo numeroso de personas alterando el orden público, en la Avda. Universidad, cuya circulación del vehículo fue interrumpida por la colocación de obstáculos, asimismo arremetieron con objetos contundentes y fuego la sede del Ministerio Público, ubicado en dicha avenida, y le produjeron daños a la institución, intentando quemarla rociando un líquido a la pared y tratando de prenderla, asimismo este grupo numeroso de presuntos estudiantes, procedió a lanzar a las comisiones de la policía y guardia nacional, piedras, palos, botellas, y todo objeto que encontraban, impidiendo su acción, asimismo obstruyeron con obstáculos y piedras la vía pública.[86]

El Tribunal de Control N° 06 del Edo Anzoátegui decretó medida cautelar sustitutiva de libertad, a los ciudadanos Andres Miguel Q., Manuel Antonio G., Simon Carles V. y Luis Ramon F., como autores o participes en los delitos de instigacion pública, desobediencia de leyes y atentando contra la seguridad en la vía. Los imputados fueron detenidos cuando se estaba llevando a cabo un presunto cierre de la vía, por parte de una multitud de Doscientas Sesenta 260 personas aproximadamente, quienes comenzaron a arremeter objetos contundentes (piedras, palos y botella), a los vehículos que circulaban por la carretera

[85] Sala 1ra Corte de Apelaciones Edo Zulia 28/04/2014 VP02-R-2014-000220
[86] Trib 6to de Control Edo Sucre 12/05/2010 ASUNTO : RP01-P-2010-001006

nacional, donde muchos de estos vehículos ocasionaron daños, siendo una zona de seguridad, por lo que se procedió con la urgencia a disolver la manifestación. [87]

El Tribunal de Control Nº 03 del Edo Lara sustituyó la medida de privación judicial preventiva de libertad a los los ciudadanos Luis Alberto S. B. y Jose Meliton G. C., por la obligación de presentarse periódicamente una vez cada cinco (05) días ante la taquilla de presentaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara y la prohibición de acudir a manifestaciones de cualquier índole. Los imputados estaban a cargo del personal de seguridad del Centro Comercial SAMBIL que a pesar de que se encontraba cerrado, abrían sus puertas únicas y exclusivamente a los manifestantes sirviéndoles de centro de reunión y resguardo, proveyendo inclusive de personal paramédico que prestan sus servicios dentro del inmueble comercial, facilitando esta situación que la manifestación se prolongara debido al acceso libre de las personas que estaban subvirtiendo el orden público y cometiendo actos delictivos fuera de las instalaciones del Sambil, para resguardarse dentro de las mismas, evidenciándose que la conducta desplegada por los sujetos activos sobre los que recae la presente orden de captura fuera de prestar asistencia y auxilio, durante la perpetrado de los hechos delictivos, obstaculizaron e impidieron a los organismos del estado la labor de restablecer el orden público con rapidez, toda vez que solamente permitían el acceso a manifestantes y les habilitaban la salida por una puerta de emergencia alterna dispuesta para evacuarlos, una vez los mismos eran atendidos por el personal medico.[88]

64

De lo expuesto, podemos establecer las siguientes conclusiones:

* El delito de intimidación pública ha sido aplicado con frecuencia en el enjuiciamiento de personas que presuntamente han participado en manifestaciones públicas violentas, pero también en otras alteraciones del orden público.

* También se evidencia la imputación por el solo hecho de encontrarse el sujeto entre los manifestantes, sin determinar específicamente los hechos cometidos por su persona, con lo cual se establece una suerte de responsabilidad colectiva, ajena al derecho penal [*véase en párr. 31*].

* Ha resultado infructuosa la búsqueda de algún análisis en las abundantes decisiones judiciales, relativo al significado de la expresión *"acto que tenga por*

[87] Trib Control N° 06 Edo Anzoátegui 21/03/2007 ASUNTO PRINCIPAL : BP01-P-2007-001069
[88] Corte de Apelaciones del Estado Lara 24/10/2013 ASUNTO: KP01-R-2013-000588

objeto exponer alguna parte de la República a la devastación o al saqueo", pero es claro que no puede ser aplicado a una manifestación no-pacífica, sin exceder la interpretación gramatical que marca los límites de la legalidad penal. La norma tiene que ser interpretada además, en el contexto de delitos que *"excitan a la guerra civil, organizan cuerpos armados"* o intimidan al público; con lo cual se refiere a una agresión armada, mientras que en el caso de las protestas descritas, se produce un bloqueo de vías, por medio de objetos y en algunos casos violencia frente a cosas y resistencia violenta frente a funcionarios.

* Además de la ya mencionada inmotivación jurídica, hemos encontrado numerosas sentencias que omiten incluso la narración de los hechos en que se basa la imputación o la condenatoria.

Aún cuando no guarda relación con el tema, llama la atención que la expresión "devastación o saqueo" es utilizada por una Resolución Nº 2013-0025 de fecha 20 de noviembre de 2013, por la cual la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia establece competencias especiales para el conocimiento de los delitos previstos en la Ley Para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicio, tales como los ilícitos económicos, la especulación, el acaparamiento, la usura, el boicot, alteración fraudulenta de precios, alteración fraudulenta de condiciones de oferta y demanda, el contrabando de extracción. 65

El Tribunal Tercero de 1ra Instancia Estadales y Municipales en funciones de Control-Cumaná condenó por el procedimiento de admisión de los hechos al ciudadano Xavier Jose S. R., por la comisión del delito de intimidacion publica, a cumplir la pena de 01 año y 06 meses de prisión, más las accesorias de ley. Siendo aproximadamente las 8:40 horas de la noche, funcionarios adscritos al IAPES escucharon dos detonaciones, se observo un vehiculo tipo moto, en el cual se desplazaban dos ciudadanos en alta velocidad, quines al percatarse de la presencia policial efectuaron disparos a la misma, luego pierden el control de la moto, e impactan contra una residencia, quedando detenidos los mismos y siendo trasladados al comando policial.[89] 66

12.4. El delito de obstaculización

67

[89] Trib 3ro en funciones de Control-Cumaná 12/07/2013 ASUNTO : RP01-P-2009-005015

Caso: Roger Enrique R. C.

El imputado se encontraba colocando una bolsa de desechos sólidos en una vía principal pública, a las cinco y treinta minutos de la madrugada del día 26 de febrero de 2014. Según la Corte de Apelaciones, dicha acción es punible atendiendo al momento socio-político que vivía el estado Zulia, en ocasión a las manifestaciones que se estaban presentando en el territorio Nacional, para lo cual las barricadas eran formadas en su mayoría por desechos contenidos en bolsas negras, siendo este un hecho público y comunicacional.[90]

68 El artículo 357 del Código Penal dispone

De los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación

Artículo 357. Quien ponga obstáculos en una vía de circulación de cualquier medio de transporte, abra o cierre las comunicaciones de esas vías, haga falsas señales o realice cualquier otro acto con el objeto de preparar el peligro de un siniestro, será castigado con pena de prisión de cuatro años a ocho años.

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

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

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

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

69

[90] Sala No. 2 Corte de Apelaciones Edo Zulia 07/04/2014 ASUNTO : VP02-R-2014-000231

El artículo 357 del Código Penal se encuentra ubicado en el Capítulo II, De los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación. Es claro que el bien jurídico protegido no se refiere simplemente al libre tránsito, sino que se pretende proteger la seguridad en el transporte. Tal interpretación deriva expresamente del elemento delimitador del tipo, relativo a que la conducta debe tener por objeto "*preparar el peligro de un siniestro*." En tal sentido el uso de la denominación "*delito de obstaculización*" es erróneo, por cuanto se trata en realidad de un delito contra la seguridad de las vía de circulación que debe ser denominado "*preparación del peligro de un siniestro mediante cierre y obstaculización de vías públicas*". La interpretación sistemática permite llegar a la misma conclusión, si se tiene en cuenta que la norma se ubica bajo el capítulo denominado "de los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación" y que el mismo artículo contiene varios párrafos referidos a hechos muy graves, tales como, la interrupción de las vías de comunicación mediante voladuras; quien asalte o ilegalmente se apodere de buque y quien asalte un taxi o cualquier otro vehículo de transporte.

La finalidad del legislador se encuentra referida a la persecución de hechos que causan un daño o un peligro muy grave, como se observa de las penas establecidas, así como de la exclusión de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena. En nuestro criterio, la obstaculización del libre tránsito no constituye un perjuicio de tal gravedad que pueda ser

70

comparado a los eventuales peligros para la vida y la integridad de las personas que utilizan las vías públicas.

71 Este criterio ha sido sostenido por la Corte de Apelaciones Estado Carabobo, según la cual, es esencial, también, que se acredite la existencia de un elemento subjetivo fundamental del tipo, cual es el objeto de esa conducta típica, señalado en la figura delictiva que nos ocupa así: "…con el objeto de preparar el peligro de una catástrofe…".[91] En nuestro criterio, no se trata sólo de un elemento subjetivo, sino que la conducta debe ser idónea para producir el peligro. La Corte de Apelaciones Estado Carabobo se pronunció sobre los hechos siguientes:

72 En fecha 01 de marzo de 2004 siendo aproximadamente las 6:30 horas de la tarde una comisión de la Guardia Nacional… practicaron la detención de los ciudadanos identificados ut-supra, que se encontraban manifestando en forma violenta, quemando cauchos y obstaculizando el libre tránsito de vehículos automotores, así como instigando a las personas que se encontraban en las adyacencias a saquear los establecimientos comerciales.

73 De resto, los jueces venezolanos han ignorado los mencionados elementos interpretativos. Así, por ejemplo, luego de transcribir el texto del art. 357 del Código Penal, la Corte de Apelaciones Edo Zulia declaró que el tipo penal se acredita, cuando el sujeto activo ejecute actos concretos con el objeto de obstaculizar e impedir la libre circulación del tránsito y las comunicaciones terrestres; y/o forje señales falsas

[91] Sala N° 1 Corte de Apelaciones Edo Carabobo 30/08/2004 ASUNTO: GJ01-R-2004-000014

"*colocando en riesgo el libre tránsito de la sociedad*", por lo que el bien jurídico protegido, recae sobre el libre tránsito y circulación.[92] Con tal argumento, el tribunal modificó la finalidad protectora de la norma, y dejó sin aplicar el elemento del tipo relativo a la creación del peligro de siniestro, con lo cual, la infracción de la norma es imputada, por la simple obstaculización de las vías, en el marco de manifestaciones públicas.

Tal interpretación extensiva no sólo infringe el principio de legalidad penal y con ello el derecho de reunión, sino además el principio de proporcionalidad de la pena, al imponer una pena de prisión de cuatro años a ocho años a un hecho seguramente cometido con exceso, pero en todo caso, en ejercicio del derecho de reunión, como se observa de los ejemplos siguientes: 74

> Siendo las 10:50 de la mañana…con destino a la entrada Principal del Edificio Sede PDVSA Puerto la Cruz, Urbanización Guaraguao, ... se pudo apreciar un grupo aproximado de cincuenta (50) personas que se encontraban impidiendo el paso de vehículos con destino a la entrada principal del Edificio PDVSA, se pudo observar a un ciudadano que se encontraba crucificado amarrado con alambres y mecates en un poste.[93]
>
> El día 19 de febrero de 2014, siendo las 8:30 horas de la mañana aproximadamente, los funcionarios observaron al adolescente obstruyendo la vía pública, por lo que, procedieron los funcionarios, a realizar la aprehensión[94]

75

[92] Sala No. 2 Corte de Apelaciones Edo Zulia 07/04/2014 ASUNTO : VP02-R-2014-000231
[93] Tribunal de Control N° 07 Edo Anzoátegui 26/11/2006 ASUNTO PRINCIPAL : BP01-P-2006-010062
[94] Tribunal de Juicio del Adolescente Edo Zulia 04/04/2014 Asunto Principal: VP02-D-2014-000192

El Fiscal General de la República interpuso recurso de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 357 (anterior 358) -preparación del peligro de un siniestro mediante cierre y obstaculización de vías públicas- por violación al artículo 26 (principio de justicia responsable y equitativa), de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el principio de proporcionalidad, racionalidad y seguridad jurídica. Señaló el Fiscal General que, con este artículo se lesionan principios constitucionales vinculados al sistema normativo de las penas, en particular, el principio de legalidad de las penas, el de proporcionalidad y el de racionalidad, ya que las penas asignadas son incongruentes; todo esto sin contar, que proscribe las formas alternas al encarcelamiento durante el juicio y después de la condena.[95] La Sala Constitucional aún no ha emitido pronunciamiento al respecto.

76 Esquema del caso: Roger Enrique R. C.

La colocación de una bolsa de desechos sólidos en una vía principal pública no evidencia la intención ni genera el peligro de siniestro, ni atenta contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación, por lo que el delito del artículo 357 del Código Penal no sería aplicable.

13. Venezuela frente a la jurisdicción universal

77

[95] Fuente: SCON-TSJ 30/03/2006 Exp. Nº 05-2293

La Corte de Apelación de Valparaíso de la República de Chile se pronunció acerca del recurso de protección deducido a favor de los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, quienes según los recurrentes son detenidos de conciencia del gobierno de Venezuela; ambos, en dicho país, se encuentran acusados de instigación pública, agavillamiento, daños a la propiedad e incendio por las protestas antigubernamentales masivas y continuas desde febrero y hasta junio de 2014. La corte rechazó el recurso, señalando al efecto que no resulta posible sostener, que el ordenamiento jurídico chileno confiere a las cortes de apelaciones competencia para extender extraterritorialmente los efectos de ella y, más aún, con facultades de imperio, respecto de actos u omisiones arbitrarios o ilegales cometidos fuera del territorio del Estado chileno.[96]

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile revocó la anterior decisión, y en su lugar acogió el recurso, disponiéndo la medida de requerir, a través del Gobierno de Chile, a la Comisión de Derechos Humanos de la OEA, para que se constituya en el Estado de Venezuela, ciudad de Caracas, cárcel militar Ramo Verde y cárcel común de Guarico o donde se encuentren privados de libertad a la fecha de la Visita los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos y

78

[96] CA Valparaíso 28/09/2015 N° Protección-1850-2015

constate el estado de salud y de privación de libertad de ambos protegidos, recoja sus impresiones y evacúe un informe a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, a fin de que ésta adopte todas las medidas aconsejables a la adecuada protección de sus derechos esenciales, respecto a lo cual se informará a esa Corte.[97]

79 La Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile observó que, en ciertos casos de singular importancia y trascendencia para la pervivencia de la propia comunidad internacional, ésta ha permitido excepcionalmente la aplicación del principio de extraterritorialidad, o sea, la potestad de juzgar los hechos que acontezcan fuera de los límites políticos de los Estados, sin que medie un tratado vinculante y sin que existan nexos de otra naturaleza, como el de la nacionalidad.

80 Según la Corte, las personas en cuyo favor se recurre, se encuentran sometidas a privación de libertad por el gobierno de su país en virtud de un proceso aparentemente ilegítimo, por hechos de connotación evidentemente política y sin protección de sus tribunales nacionales, lo que se evidencia por el largo período de encarcelamiento y por la inaccesibilidad a la revisión de sus condiciones por organismos y

[97] CS 18/11/2015 Rol Nº 17.393 -2015

personalidades internacionales (entre ellos un ex presidente chileno, como ha sido destacado en estrados).

81 La Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela emitió un pronunciamiento acerca de la decisión de la Corte Suprema de Chile, a través de un comunicado de prensa. El Tribunal Supremo condenó de forma categórica la afrenta contra el país mediante un documento emanado de un órgano de la Corte Suprema del Estado chileno, en el que se cuestiona el desempeño del Sistema de Justicia, especialmente del Poder Judicial, y por ende al pueblo venezolano. Indicó que el documento carece de validez y es absolutamente inejecutable en el orden internacional e interno por violentar principios y normas universales del Derecho Internacional.[98]

82 En la doctrina venezolana se advirtió que resultaba previsible que Venezuela rechace la visita de la CIDH, tal como ha venido haciendo en otras oportunidades.[99]

[98] Nota de prensa TSJ 19/11/2015. Con respecto al criterio de la inaplicabilidad de las sentencias internacionales en Venezuela, Sosa, Los crímenes contra la humanidad, la Corte Penal Internacional y la soberanía, pág. 461
[99] Brewer-Carías, Allan R.: Las Cortes Supremas de Costa Rica, Brasil y Chile condenan la falta de garantías judiciales en Venezuela, pág. 6