

Constitución y principios penales: los límites al legislador en la creación de los hechos punibles y las penas

Jorge Enrique Núñez

Sumario

- I. Introducción
- II. Estado Constitucional, Ley penal y Jurisdicción Constitucional
- III. Concepto y función de los principios penales
- IV. Principio de legalidad
 - A. Reserva legal
 - B. Irretroactividad
 - C. Taxatividad
- V. Principio de culpabilidad
 - A. Intrascendencia de la pena
 - B. Responsabilidad por el hecho
 - C. Exigencia de dolo o culpa
 - D. Imputación personal
- VI. Principio de lesividad
- VII. Principio de humanidad
- VIII. Principio de proporcionalidad
 - A. Adecuación
 - B. Necesidad
 - C. Proporcionalidad en sentido estricto
- IX. Principio *ne bis in idem*
 - A. Imposición acumulativa de sanciones administrativas y penales
 - B. La reincidencia
- X. Principio de igualdad
- XI. La prohibición de la pena de extrañamiento del territorio de la República
- XII. Conclusiones

I. Introducción

El objeto del presente artículo está constituido por los principios penales y su función limitadora de la actividad del legislador, al momento de la introducción de hechos punibles y penas en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de un tema que, indiscutiblemente, atañe a las relaciones entre la Constitución y el ordenamiento jurídico penal. La creación de la Ley penal

representa un ejercicio del poder punitivo del Estado, de allí deba estar sometida a una serie de límites definidos por el programa penal de la Constitución. Éste se encuentra articulado por una serie de principios, derechos y garantías vinculadas al Derecho penal y al Derecho procesal penal, que filtran la intervención de los órganos que conforman el sistema penal.

A los efectos de una mayor claridad y sistematización del presente artículo, en primer lugar se realizan unas consideraciones generales sobre la vinculación entre el Estado Constitucional, la legislación penal y la Jurisdicción Constitucional, con especial referencia al Texto Constitucional de 1999, que grandes aportes ha traído en estas materias. Luego, se aborda el tema relativo al concepto y función de los principios penales. Posteriormente, se analizan detalladamente los contenidos de dichos principios y cómo ha sido su aplicación por la jurisdicción constitucional venezolana, en casos concretos en los cuales se juzgó sobre la legitimidad de diversas normas penales. Ahora bien, el estudio del concepto, presupuestos y clasificación del control de la constitucionalidad de las leyes, excede los alcances del presente trabajo¹.

En este sentido, el análisis aquí explanado, se circunscribe a los principios que definen los requisitos de legitimidad de las normas que introduzcan delitos, faltas y penas, tales como los de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, entre otros. Asimismo, se incluye la revisión crítica de algunas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico penal, que coliden con dichos principios, y que, por ende, son inconstitucionales. Los principios atinentes al proceso penal serán objeto de otra publicación.

II. Estado constitucional, ley penal y jurisdicción constitucional

Innegablemente, la Constitución es la norma suprema. Tal como sostiene Álvarez, es una Súper-Ley con supremacía en el contexto del ordenamiento jurídico global del Estado, siendo entonces la base fundamental de aquél². Este principio se encuentra recogido en el artículo 7 de nuestra Carta Magna, e implica una limitación a la función legislativa. Aquél impone al Legislador el deber de respetar el contenido de la Constitución, no pudiendo aquél abrogarlo ni mucho menos modificarlo, debiendo legislar, en cualquier caso, sólo en los términos definidos por aquélla³. Ello obedece a que la Constitución diseña una compleja red de controles⁴. En este sentido, y como indica Casal, la Constitución establece

¹ Sobre tema, *vid.* Jorge Enrique Núñez: “Consideraciones sobre el control judicial de la constitucionalidad de las leyes penales en Venezuela” *Revista del Ministerio Público*. V etapa. N° 12. Caracas. Ministerio Público. 2012, pp. 18 y 19.

² Tulio Álvarez: *Constituyente, reforma y autoritarismo del siglo XXI*. 1ª edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. 2007, pp. 20 y 21.

³ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 19.

⁴ T. Álvarez: “Constituyente...” *op. cit.*, p. 21.

reglas que salvaguardan ciertas libertades de los excesos que suelen derivarse del uso del poder cuando éste no se encuentra sometido a límites precisos y expresos⁵.

Con arreglo a la doctrina mayoritaria, podemos afirmar entonces que la idea de Constitución como norma suprema del Estado, significa que debe existir una necesaria correspondencia entre la Ley penal y el contenido, dirección y hasta los propósitos de la Constitución; por tanto, si dicha concordancia no se verifica, la Ley penal carecerá de validez material⁶. Debemos precisar, que en la presente investigación se ha acogido el concepto de legalidad en sentido material o legitimidad (por encima del concepto de legalidad meramente formal)⁷, como directriz para la evaluación de la conformidad entre la Constitución y la Ley penal.

Íntimamente vinculado con este principio, tenemos el artículo 25 de la Constitución, el cual sanciona expresamente con la declaratoria de nulidad, a todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados en aquélla y la Ley, lo cual cobra especial vigencia de cara a la legislación penal⁸. Sin duda alguna, esta es una huella del Estado constitucional de derecho adoptado en la Constitución de 1999.

Sobre esto último, y siguiendo a Rosales, debemos afirmar que uno de los grandes aportes de la Constitución de 1999 ha sido la consolidación del modelo de Estado constitucional de derecho, entendido como Estado garantista, recogido en la expresión "Estado democrático y social de Derecho y de Justicia" empleada en el artículo 2 de aquélla. En este sentido, sostiene dicha autora que el Estado constitucional de derecho implica el carácter jurídico y vinculante directo de la Constitución, concretamente, aquél promueve una relación social cada vez más directa con la toma de decisiones y el ejercicio y control del poder político, con el único fin de darle a los Derechos Humanos un espectro amplio y progresivo de desarrollo que se basa en la inclinación garantista del orden constitucional⁹. Ahora bien, las aportaciones del Estado constitucional de

⁵ Jesús María Casal: *Constitución y Justicia Constitucional*. Segunda edición ampliada. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. 2005, p. 25.

⁶ José Guillermo Andueza: *La jurisdicción constitucional en el Derecho venezolano*. Caracas. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho, 1974, p. 16.

⁷ E. Rosales: "*Control Judicial...*" *op. cit.*, p. 164.

⁸ Sobre el principio de supremacía constitucional, desde la perspectiva del Derecho penal, *vid.* R. Colmenares: Ricardo Colmenares Olívar: "Principios del Derecho Penal Constitucional venezolano." *Revista Capítulo Criminológico*. Volumen 30, N° 4, Octubre-Diciembre. Maracaibo, Universidad del Zulia, 2002, pp. 196, 197 y 198.

⁹ Elsie Rosales: "Control Judicial de constitucionalidad de las leyes penales en Venezuela". *Sistema Penal, Ley Penal y Estado Constitucional*. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Estudios Jurídicos N° 18. 2007, p. 161. Sobre las

derecho han sido, fundamentalmente, la profundización de la democracia participativa, la articulación de un sistema de derechos y garantías, así como el robustecimiento de la jurisdicción constitucional¹⁰. Sobre este último aspecto, y siguiendo a Casal, debemos afirmar que los derechos fundamentales sólo pueden limitar el ejercicio del poder, cuando tienen a su servicio mecanismos procesales adecuados para lograr su protección, ante instancias realmente independientes e imparciales¹¹. Estos mecanismos están representados por el control de la constitucionalidad de las leyes.

Ahora bien, la legislación penal, amén de ser la parcela del ordenamiento jurídico que implica la mayor injerencia en la libertad, ha sufrido una proliferación desbocada en los últimos tiempos, violentando, en no pocos casos, los Derechos Humanos¹². Aunado a ello, y siguiendo a Baratta, es preciso alertar, entre otros peligros, sobre la violencia institucional que entraña la pena, la alta selectividad de la justicia penal, e igualmente, que el sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver¹³. Estas circunstancias, definen la estrategia asumida en el presente trabajo, en el cual se apuntala el rol de los principios penales como límites infranqueables a la actividad legislativa. En palabras del mencionado autor italiano, los principios penales son los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal¹⁴. En esta investigación, asumimos la doble función que, según el prenombrado autor, cumplen los Derechos Humanos de cara al ámbito penal: Ellos limitan la intervención penal, y a su vez, definen el objeto posible, pero no necesario, de la tutela por medio del ordenamiento jurídico penal¹⁵.

De modo tal, que los principios limitadores al legislador penal, también son los criterios aplicables por el Juez Constitucional, a fin de evaluar la legitimidad de la Ley penal, ya sea por vía del control concentrado de la constitucionalidad, previsto en los artículos 334 (último aparte) y 336 (numerales 1, 2 y 3) de la Constitución, o mediante el control difuso, definido

implicaciones del modelo de Estado constitucional en el ámbito penal, ver también R. Colmenares: "Principios...". *op. cit.*, pp. 194, 195, 196 y 214.

¹⁰ E. Rosales: "Control Judicial..." *op. cit.*, p. 160.

¹¹ J. Casal: "Constitución..." *op. cit.*, pp. 25 y 26.

¹² E. Rosales: "Control Judicial..." *op. cit.*, p. 154.

¹³ A. Baratta: "Principios..." *op. cit.*, pp. 300, 301 y 302.

¹⁴ A. Baratta: "Principios..." *op. cit.*, p. 304. Este autor denomina a tales principios como "intrasistemáticos", puesto que operan desde un punto de vista interno al Derecho penal. Asimismo, los distingue de los principios "extrasistemáticos", los cuales se refieren a los "... criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales, en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal".

¹⁵ Alessandro Baratta: "Principios del Derecho Penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la Ley penal)". *Criminología y sistema penal*. 1ª edición. Buenos Aires-Montevideo. Editorial BdeF, 2004, p. 299.

en el artículo 334 (primer aparte) *eiusdem*. A su vez, tal control constituye un instrumento para la salvaguarda del Estado constitucional de derecho, frente a normas penales que pretendan habilitar un ejercicio arbitrario del poder penal, en perjuicio del sistema de derechos y garantías inherentes a aquél¹⁶.

En definitiva, los principios penales son un instrumento metodológico imprescindible para evaluar la constitucionalidad de la Ley penal¹⁷. Si el articulado de esta última irrespeto uno o varios de dichos principios, tal Ley carecerá de legitimidad¹⁸. No obstante, debe aclararse que los principios penales no son los únicos parámetros para la determinación de la constitucionalidad de una Ley penal, pero, no obstante, constituyen un punto de partida importante para tal labor¹⁹. A continuación se expondrá en qué consisten tales principios, y cuál es su función en el Estado constitucional de derecho.

III. *Concepto y función de los principios penales*

Una premisa fundamental para articular la definición de los principios penales es que éstos, como magistralmente afirma Rosales, son una clara proyección de los derechos y garantías previstos en la Constitución y en tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por la República²⁰.

En este orden de ideas, Vecchionacce entiende por principios penales como aquellas proposiciones abstractas, muchos de ellos con sustento fáctico que tienen como propósito el planteamiento de exigencias dirigidas a la obtención de la justicia previo al aseguramiento y el respeto de la dignidad del hombre y del ciudadano; siendo así, su finalidad no es otra que la defensa del hombre contra todo tipo de atropello y todo proceder que niegue tal condición²¹.

Desde un punto de vista general, Velásquez sostiene que los principios son aquellos postulados inspiradores de un ordenamiento jurídico, o de un determinado ámbito del saber que, bajo la forma de enunciados, condicionan la validez de los conocimientos o afirmaciones de aquél²². Es decir, pueden ser

¹⁶ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 17.

¹⁷ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 17.

¹⁸ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 17.

¹⁹ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 17.

²⁰ Elsie Rosales: “Constitución, interpretación jurídica y principios penales”. *Libro Constitución, principios y Garantías penales*. Caracas. Instituto de Ciencias Penales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. 1996, p. 6. En el mismo sentido, *vid.* J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 17.

²¹ Frank Vecchionacce: Los principios de derecho penal (sustantivos y adjetivos) en materia de drogas: posición crítica. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas. Universidad Central de Venezuela. N° 81, p. 146.

²² Fernando Velásquez: *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá. Editorial Temis, 2002. p. 29.

concebidos como verdades fundamentales de ese ordenamiento jurídico o rama del saber o sistema de conocimientos, según el caso. Partiendo de esta premisa, y concretamente en el caso de los principios penales, estos vendrían a ser axiomas que permiten orientar y encausar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica²³.

Es nuestro criterio, los principios penales poseen un indudable fundamento ético-político, toda vez que su raíz nuclear radica en la idea de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia prevista en el artículo 2 de la Constitución²⁴. Así, los valores que llenan de contenido a tales principios son, esencialmente, la vida, la libertad, la dignidad humana, la igualdad, la democracia, la seguridad jurídica, la preeminencia de los derechos humanos y la seguridad jurídica²⁵.

Cabe destacar, que el modelo de Estado delineado en el artículo 2 de nuestra Carta Magna, contribuye significativamente en la articulación de los límites al poder punitivo, toda vez que en un modelo de Estado como el allí definido, el poder no es absoluto; sino, por el contrario, un poder sometido a límites²⁶. Así, el poder penal, como manifestación de la violencia estatal, necesariamente amerita límites a su actuación²⁷.

De lo anterior se deduce, con meridiana claridad, que los límites a la intervención penal vienen dados por un cuerpo normativo con el cual existe una vinculación jurídica esencial, a saber, la Constitución²⁸. Así, debe afirmarse que esta última contempla un verdadero programa penal²⁹, término que acuñó la Sala

²³ F. Velásquez: *Manual de Derecho Penal...* op. cit., p. 29.

²⁴ Jorge Enrique Núñez: "El principio *ne bis in idem*: aproximación desde una perspectiva limitadora del poder punitivo". *Revista Capítulo Criminológico*. Volumen 37, N° 4, Octubre-Diciembre. Maracaibo, Universidad del Zulia, 2009 p. 209.

²⁵ J. Núñez: "El principio..." op. cit., p. 209.

²⁶ José Ramón Serrano-Piedecabras: "Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal". Bogotá. Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez. 2005, p. 133.

²⁷ J. Serrano-Piedecabras: "Conocimiento científico..." op. cit. p. 133.

²⁸ J. Serrano-Piedecabras: "Conocimiento científico..." op. cit., p. 136.

²⁹ En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 1.632, del 2 de noviembre de 2011, estableció lo siguiente: "... si bien dicho poder estatal [punitivo] es otorgado por la Constitución, al mismo tiempo la extensión de dicho poder [punitivo] debe estar limitada por una serie de principios que están al servicio de la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (valores superiores éstos del ordenamiento jurídico), y que se encuentran consagrados tanto en la propia Constitución como en tratados internacionales suscritos por la República. Así, en esta forma de organización estatal, las autorizaciones o facultades otorgadas a los órganos estatales nunca son ilimitadas; por el contrario, toda autorización sólo se concede en los límites que la Constitución y la ley definen y toleran. Debe afirmarse que entre los límites axiológicos consagrados en

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia nro. 828, del 28 de junio de 2015³⁰, es decir, un conjunto de principios de naturaleza político-criminal, que fungen como marco normativo al cual debe ajustarse el legislador³¹.

Según Carbonell, la legislación penal es la rama del ordenamiento jurídico más estrechamente vinculada a la Constitución³². Desde este enfoque, afirma dicho autor que la Constitución define y escoge los valores a los que ha de servir la legislación, de allí que la primera no sólo establece el radio de acción del ordenamiento jurídico penal, sino que también fundamenta y limita la acción del Estado³³. Como consecuencia de esto, el Poder Legislativo, al momento de dictar la legislación penal, debe restringir al mínimo posible las libertades, ello

la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyas implicaciones abarcan tanto la dimensión sustantiva como procesal del ámbito jurídico-penal, podemos resaltar, a título de ejemplo, la prohibición de establecer o aplicar la pena de muerte (artículo 43), la inviolabilidad de la libertad personal, salvo en los supuestos en que la propia Constitución lo autoriza (44.1), el principio de intrascendencia de las penas, la prohibición de establecer penas perpetuas, infamantes o que excedan los treinta años (artículo 44.3), el derecho de toda persona a no ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (46.1), el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (46.2), el derecho a la defensa (49.1), el principio de presunción de inocencia (49.2), el derecho a ser oído con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial (49.3), el derecho de toda persona a ser juzgada por sus jueces naturales (49.4), el principio de legalidad de los delitos, faltas e infracciones (artículo 49.6), el ne bis in idem (49.7), la prohibición de establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional de venezolanos y venezolanas (artículo 50), la prohibición de extraditar ciudadanos venezolanos y venezolanas (artículo 69) y el principio de legalidad de los procedimientos. Asimismo, pueden resaltarse otros límites al ejercicio del poder punitivo, cuya recepción no ha sido expresa en la Constitución, sino inferida de otros valores, principios y derechos consagrados en ella, como son el principio de culpabilidad (sentencias 1.744/2007, del 9 de agosto; y 490/2011, del 12 de abril), el principio de subsidiariedad (sentencia nro. 1.676/2007, del 3 de agosto) y el antes mencionado principio de legalidad de los procedimientos”.

³⁰ Así, en su sentencia nro. 828, del 26 de junio de 2015, la Sala Constitucional estableció: “... los límites a la intervención penal se encuentran previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual contempla en este sentido un programa penal, es decir, un conjunto de principios limitadores, cuya función primordial es fungir como marco normativo para la actuación de los órganos del sistema penal, y especialmente, para el legislador.”

³¹ J. Serrano-Piedecასas: “*Conocimiento científico...*” *op. cit.* p. 135.

³² Juan Carlos Carbonell: “*Derecho Penal. Concepto y principios constitucionales*”. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. Tercera edición. 1999, p 83.

³³ J. Carbonell: “*Derecho Penal...*”. *op. cit.*, p 84.

en atención a los principios de proporcionalidad, legalidad y culpabilidad, entre otros³⁴.

Un rasgo característico de los principios penales, y que se encuentra íntimamente ligado a lo anterior, es su carácter antropológico, ya que operan en procura del desarrollo y la protección de la persona.³⁵ Como bien afirma Vecchionacce, tienen como inicio y fin al hombre, ya que de él proceden y a él se dirigen³⁶. Los artículos 2, 3 y 19 de la Constitución son claros sobre este particular.

En este tema, Colmenares³⁷ afirma lo siguiente:

“La visión del derecho penal en los últimos tiempos es, a nuestro criterio, antropocéntrica, por cuanto el eje primordial de su estudio es la persona humana, hombre y mujer, como ser individual y social, y todos sus derechos y atributos esenciales constituyen el objeto de protección del orden jurídico constitucional y legal...”

Luego, según Donini, el Poder Judicial es el único que puede realmente controlar el contenido de las leyes penales, a la luz de los referidos principios limitadores antes descritos. Si bien el órgano legislativo tiene cierta amplitud al momento de crear la Ley, el funcionamiento real de ésta siempre será más limitado, ya que es a otro órgano a quien le corresponde su revisión y aplicación³⁸. Según este autor, el Poder Judicial, además de llevar a cabo el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes penales, funge como puente a los fines del establecimiento de una relación directa entre el Poder Público y los ciudadanos. Así, según Donini, cabe señalar que la magistratura es la intérprete de los derechos de todos los ciudadanos, y lo hace “desde abajo”, es decir, partiendo de los conflictos sociales concretos que le corresponde resolver, es decir, a partir de los casos sometidos a su conocimiento³⁹.

En este mismo orden de ideas, Colmenares⁴⁰ indica lo siguiente:

³⁴ J. Carbonell: “*Derecho Penal...*”. *op. cit.*, p 85.

³⁵ J. Núñez: “*El principio...*”. *op. cit.* p. 209.

³⁶ F. Vecchionacce: “*Los principios...*” *op. cit.*, p. 146.

³⁷ R. Colmenares: “*Principios...*”. *op. cit.*, p 193.

³⁸ Massimo Donini: “Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LVIII. Fascículo II. Madrid. Ministerio de Justicia - Ministerio de la Presidencia, 2006, p. 405.

³⁹ M. Donini: “*Jueces y democracia...*” *op. cit.*, p. 406.

⁴⁰ R. Colmenares: “*Principios...*”. *op. cit.*, p. 211.

“Siempre se ha entendido que dentro de la Democracia, la función garantista que le corresponde al derecho y, en especial, a la jurisdicción penal, es la de prevenir y reprimir el delito, por una parte; pero fundamentalmente debe contribuir a minimizar la violencia punitiva del Estado, aplicando los mecanismos que protejan los derechos fundamentales del ciudadano contra el abuso y la arbitrariedad de la fuerza por parte de los órganos del poder público y otros particulares.

(...)

La salvaguarda de esos valores significa un control de la constitucionalidad, porque el Poder Judicial constituye el garante de la tutela efectiva de las garantías ciudadanas frente a un potencial conflicto con los poderes públicos y privados, cuando reivindica sus aspiraciones en cada sentencia”.

En esta misma línea de criterio, Zaffaroni enseña que la defensa irrestricta de los derechos civiles y políticos de todos los ciudadanos, es una tarea del Poder Judicial en cualquier sistema jurídico que comparta la antropología básica de la legislación internacional de Derechos Humanos⁴¹. Así, según dicho autor, un Estado sin jueces independientes y sin poder suficiente para indicarle a los otros poderes del Estado (Legislativo y Ejecutivo) la necesidad de respetar la dignidad humana, no es un Estado Democrático ni tampoco un Estado de Derecho⁴², de allí que, según dicho autor, “...un partido de fútbol deja de ser tal y se convierte en un tumulto cuando no hay árbitro ni jueces de línea”.

Igualmente, Zaffaroni sostiene que tales principios no son taxativos, en el sentido de que no constituyen una lista cerrada o inamovible, toda vez que su número es susceptible de aumentar, bien sea porque surjan otros que aún no hayan sido descubiertos, o porque aparezcan otros que se deduzcan de los principios ya conocidos⁴³.

El sustento de ese carácter enunciativo de los principios penales, se encuentra en los artículos 19, 22 y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En este sentido, el artículo 19 de dicho Texto Constitucional consagra el principio de progresividad de los Derechos Humanos, en virtud del cual el Estado debe garantizar y respetar el goce y ejercicio

⁴¹Eugenio Raúl Zaffaroni: *Hacia dónde va el poder punitivo*. Medellín. Universidad de Medellín, 2009, p. 57.

⁴² E. Zaffaroni: “*Hacia dónde va...*” *op. cit.* p. 64.

⁴³ E. Zaffaroni: “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”. Buenos Aires. Editorial EDIAR. 2005, p. 96.

irrenunciable, indivisible e interdependiente de aquéllos. Por su parte, el artículo 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla la cláusula abierta de derechos y garantías, en virtud de la cual pueden ser invocados Derechos Humanos que no figuren expresamente en nuestra Constitución (siempre y cuando sean inherentes a la persona), mientras que el artículo 23 *eiusdem* consagra la jerarquía constitucional de los tratados en materia de Derechos Humanos.

Por limitaciones de espacio, a continuación sólo se analizarán algunos principios de índole sustantivo, que operan como límites al legislador penal, a saber: El principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio de lesividad, el principio de humanidad, el principio de proporcionalidad, el principio *ne bis in idem*, la prohibición de la pena de expulsión del territorio de la República y el principio de igualdad.

IV. Principio de Legalidad

Uno de los principios limitadores por excelencia, es el de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Este principio consiste en que los delitos, las faltas y las penas deben estar previstos sólo en las leyes⁴⁴. Como bien lo ha señalado de forma pacífica y reiterada la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dicho principio funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho⁴⁵. Así, la Sala Constitucional ha establecido que se trata de la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho penal, y el cual se vincula con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad⁴⁶. Tal como lo afirma Carbonell, este principio, tanto en su dimensión política como técnica, alcanza una categoría indiscutible de garantía del ciudadano frente al poder punitivo⁴⁷. Su configuración formal básica, que debemos a Feuerbach, se cristaliza en el aforismo *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*".

En el ámbito penal, este principio está reconocido en el artículo 49.6 de la Constitución, el cual dispone que "Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes" y en el artículo 1 del Código Penal vigente, el cual establece

⁴⁴ F. Vecchionacce: "*Los principios...*" *op. cit.*, p. 148.

⁴⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro. 1.203, del 23 de julio de 2008. Expediente nro. 08-0586.

⁴⁶ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro. 1.744, del 9 de agosto de 2007. Expediente nro. 04-2149.

⁴⁷ J. Carbonell: "*Derecho Penal...*". *op. cit.*, p 110.

que “Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviese expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente”. Asimismo, este principio está recogido en el artículo 6 del Código Orgánico de Justicia Militar y en el artículo 529 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En cuanto a la vocación limitadora de este principio, la Sala Constitucional, en su sentencia nro. 1.747, del 10 de agosto de 2007, estableció lo siguiente:

“El artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. Esa disposición constitucional contempla el principio de tipicidad penal, el cual es contenido del principio de legalidad, que ha sido configurado por la doctrina de la siguiente manera: nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa. Se trata de un principio que delimita el poder punitivo del Estado”.

Respecto al sentido y alcance de los artículos 49.6 de la Constitución y 1 del Código Penal, Arteaga sostiene que el principio de legalidad trasciende la simple exigencia de que los delitos y penas sólo puedan ser creados mediante una ley, toda vez que dicho principio implica también que los hechos y las penas deban estar previamente establecidos en una ley para que la conducta sea susceptible de ser sancionada penalmente⁴⁸, y asimismo, dicho principio también exige que tales hechos y penas deban estar determinados de forma expresa en el texto legal⁴⁹.

De lo anteriormente expuesto, consideramos que del principio de legalidad se derivan varios subprincipios, a saber: A. Reserva legal; B. Irretroactividad; y C. Taxatividad.

A. Reserva legal

Según ésta, todo el régimen de los delitos y las penas debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo nacional⁵⁰, a saber, en las leyes, cuya definición la

⁴⁸ Alberto Arteaga Sánchez: *Derecho Penal Venezolano*. Undécima edición actualizada. Caracas. Ediciones LIBER. 2009, pp. 72, 73.

⁴⁹ A. Arteaga: *Derecho Penal...* op. cit. pp. 72, 73.

⁵⁰ J. Núñez: “Consideraciones...” op. cit., p. 27.

encontramos en el artículo 202 de la Constitución. Tal como afirma Baratta⁵¹, este principio

“... impone limitar el ejercicio de la función punitiva sólo a las acciones previstas por la ley como delitos: nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine. Esto excluye, particularmente, la posibilidad de introducir penas en el ámbito de cualquiera de los poderes del Estado que no sea el legislativo”.

En la doctrina venezolana, Párraga sostiene que, según el principio de reserva legal, el Poder Legislativo (Asamblea Nacional) es el único órgano del Poder Público que se encuentra facultado y autorizado para legislar en materia penal⁵². Así, la legislación penal, dada su especial importancia, queda sometida a una reserva de Ley⁵³, lo cual significa que sólo mediante una Ley en sentido formal, es posible crear los delitos, las faltas y las penas.

Este criterio fue adoptado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia nro. 2.338, del 21 de noviembre de 2001, para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 2, 6, 26 y 27 de la Ley sobre Régimen Cambiario⁵⁴, por considerarlos contrarios a los principios de reserva legal en materia penal y de separación de poderes.

En la mencionada decisión, la Sala Constitucional estableció que el principio de reserva legal viene dado por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante Ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante decretos, reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce del carácter de Ley formal. Una de esas trascendentales materias es la penal, en cuyo ámbito este principio cobra una especial vigencia, al establecer que el órgano legislativo nacional sea el único legitimado para la creación de los delitos y las penas⁵⁵. Como bien sostiene Vecchionacce, la

⁵¹ A. Baratta: “Principios...” *op. cit.*, p. 306.

⁵² Jesús Párraga, Jorge Nilson Morales y María Alejandra Fernández: “Breve Introducción a los principios garantistas como fundamento para la creación de un nuevo Código Penal”. *Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas (CENIPEC)*. N° 27. Mérida. Universidad de los Andes. 2008, p. 141.

⁵³ J. Carbonell: “Derecho Penal...” *op. cit.*, p. 109.

⁵⁴ Gaceta Oficial nro. 4.897 Extraordinario, del 17 de mayo de 1995.

⁵⁵ Criterio reiterado, entre otras, en las sentencias 537, del 15 de abril de 2005; 1.676, del 3 de agosto de 2007; 1.744, del 9 de agosto de 2007; 1.120, del 10 de julio de 2008; y 490, del 12 de abril de 2011, todas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

reserva legal demanda que la Ley provenga del organismo o cuerpo nacional representativo de la voluntad popular⁵⁶.

En orden de ideas, y siguiendo a Binder, consideramos que la Asamblea Nacional constituye el ámbito esencial de la representación del pueblo, que se materializa a través del debate parlamentario⁵⁷, y es por ello que dicho órgano del Poder Público es el único que posee la legitimidad democrática para la creación de la Ley penal. De lo anterior se desprende el rol trascendental de la actividad parlamentaria en la configuración de los límites al poder punitivo del Estado⁵⁸.

Incluso, en el siglo XVIII, Beccaria⁵⁹ hizo mención a esta exigencia, afirmando lo siguiente:

“... sólo las leyes pueden crear las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”.

En atención a ello, el procedimiento de formación de la Ley penal debe ser respetuoso del principio de representación popular. Sobre este particular, Baratta⁶⁰ indica lo siguiente:

“El principio de representación popular impone, en el procedimiento de formación de la ley penal, el respeto de los requisitos mínimos del Estado de derecho, en lo que concierne a la representatividad de la asamblea legislativa y a su funcionamiento regular; en particular, a la participación popular en la formación de la voluntad legislativa mediante elecciones libres y secretas y la libre organización de los partidos y de los movimientos políticos”.

En Venezuela, la reserva legal se encuentra cristalizada en el artículo 156.32 de la Constitución, el cual dispone de forma expresa, que es competencia del Poder Público Nacional, la legislación en materia penal. Asimismo, esta garantía también se desprende del texto del artículo 187.1 *eiusdem*, según el cual

⁵⁶ F. Vecchionacce: *“Los principios...” op. cit.*, p. 149.

⁵⁷ Alberto Binder: *Introducción al derecho penal*. 1ª edición. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc. 2004, p. 130.

⁵⁸ A. Binder: *“Introducción...” op. cit.*, p. 130.

⁵⁹ Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria: *De los delitos y las penas*. Primera edición en “Área de conocimiento: Ciencias sociales”. Madrid. Alianza Editorial, S.A. 1998, p. 34.

⁶⁰ A. Baratta: *“Principios...” op. cit.*, p. 307.

corresponde a la Asamblea Nacional legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.

Precisado lo anterior, debe señalarse que la Sala Constitucional estableció en su sentencia nro. 1.676, del 3 de agosto de 2007, que del principio de reserva legal se derivan cuatro garantías de índole formal:

“... se habla en primer lugar de una GARANTÍA CRIMINAL, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (nullum crimen sine lege); de una GARANTÍA PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (nulla poena sine lege); de una GARANTÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una GARANTÍA DE EJECUCIÓN, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia”.

Ahora bien, el concepto de Ley al cual hacen referencia tales garantías formales, es el descrito en el artículo 202 de la Constitución, a saber, el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador.

Incluso, en nuestro criterio, la creación de los delitos, faltas y penas debe hacerse mediante ley orgánica, según las previsiones del artículo 203 de la Constitución, puesto que si por desarrollo debe entenderse cualquier clase de regulación general de los derechos, entonces este concepto arropa a las normas que impongan límites a aquéllos, como es el caso de las penales. Esta tesis la asumió la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia nro. 4, del 7 de febrero de 2012⁶¹.

⁶¹ En dicha sentencia, la Sala Constitucional, al analizar la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, afirmó lo siguiente: *“... se observa que la Ley Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo establece en su Título III un catálogo de tipos penales, a los cuales asigna penas privativas de libertad, circunstancia que, en criterio de esta Sala Constitucional, constituye un segundo motivo para reconocerle su carácter orgánico, por tratarse de una ley dictada ‘... para desarrollar derechos constitucionales’ (...) se considera como ‘desarrollo’ cualquier clase de regulación general de los derechos, lo cual necesariamente abarca a las normas que impongan límites a aquéllos (entre las cuales se encuentran las normas penales), en virtud de la necesaria convivencia social. Así, la existencia de una norma penal que defina un delito y prevea una pena para su realización, implica necesariamente la limitación de derechos constitucionales. Desde este enfoque, los tipos penales constituyen una reducción del*

Otro punto de interés asociado a la idea de reserva legal es el relativo a las normas penales en blanco. En estas hipótesis, la norma contentiva del tipo (norma remitente) efectúa una remisión a otra disposición normativa (norma remitida), a fin de complementar los alcances de aquél. Generalmente, la norma remitida es de rango sublegal, adquiriendo, por ejemplo, la forma de decretos presidenciales o resoluciones ministeriales.

En sentencia nro. 2.338, del 12 de noviembre de 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 6 de la Ley sobre Régimen Cambiario, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.897, Extraordinario, del 17 de mayo de 1995, argumentando que el recurso de las normas penales en banco, al menos en el caso de los delitos previstos en las prenombradas disposiciones, era contrario al principio de reserva legal, y por ende, al principio de legalidad. A tales efectos, la Sala indicó lo siguiente:

principio general de libertad, en el sentido de que prohíben la realización de una actividad que no era penalmente ilícita antes de la creación de aquéllos. Asimismo, la previsión legal de una pena (específicamente la prisión) y su ulterior imposición al infractor, constituyen una limitación al derecho a la libertad personal (entre otros derechos), necesaria para salvaguardar la libertad de los demás integrantes de la sociedad (...) la libertad es un valor fundamental del ordenamiento jurídico venezolano, el cual se enmarca en un modelo de Estado democrático y social, de Derecho y de justicia, así como también constituye un derecho fundamental. Ahora bien, el Estado tiene el deber de asegurar el máximo nivel de libertad y bienestar de sus ciudadanos, protegiendo los bienes jurídicos de estos frente a las agresiones más lesivas. Para tal función, debe acudir a mecanismos coactivos, concretamente, los medios de control social formalizados, entre los cuales se encuentra el Derecho Penal, la cual impacta de la manera más sensible la esfera de libertades de las personas. La cuestión radica entonces en proteger las libertades de los ciudadanos, utilizando al mínimo posible el Derecho Penal, ello en virtud del grado de esta aflicción que ocasiona a las libertades. En otras palabras, debe obtenerse el mayor grado de libertad y bienestar de los ciudadanos utilizando al mínimo posible la actividad punitiva (...) vista desde esta segunda perspectiva, la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo también se adapta a la descripción del artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que desarrolla derechos constitucionales, en tanto las normas penales en ella contenidas configuran una clara regulación del derecho a la libertad, conforme a los criterios expresados ut supra (...) Con base en los planteamientos expuestos en el presente fallo, y conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 25.14 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala Constitucional declara la constitucionalidad del carácter orgánico conferido a la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, sin que ello constituya pronunciamiento sobre la constitucionalidad del contenido material de dicho texto normativo”.

“... las normas legales que prevén la posibilidad de ser desarrolladas mediante reglamentos “delegados”, son calificadas como normas en blanco, toda vez que en algunos casos, se encuentran vacías de todo contenido material y sólo establecen remisiones vagas, al no tener conocimiento sus destinatarios de los hechos que se pretenden sancionar, y en otros, sólo establecen las sanciones y los delitos, pero la incursión en éstos dependerá de que se configure el supuesto previsto no en la disposición legal, sino en el instrumento reglamentario.

(...)

... las remisiones que las normas de la Ley sobre Régimen Cambiario impugnadas hace al Ejecutivo Nacional, para que éste establezca “(...) restricciones o controles a la libre convertibilidad de la moneda, cuando su necesidad y urgencia surja de la realidad económica y financiera del país (...)”, no son exhaustivas en cuanto a la configuración de los delitos e infracciones cambiarios, sino que, constituyen sin duda alguna, “normas en blanco”, cuya finalidad primordial es otorgar al Ejecutivo una discrecionalidad ilimitada para que determine los parámetros conforme al cual, un hecho futuro constituirá o no un tipo delictual de naturaleza cambiaria, toda vez que son las restricciones o los controles que éste establezca, los que van a determinar si se cumplen o no los supuestos de hechos previstos en las normas de la Ley sobre Régimen Cambiario.

En el caso de autos, la Ley bajo estudio contiene los delitos e infracciones cambiarios, sin embargo, el establecimiento de los parámetros del control a la libre convertibilidad de la moneda -que en caso de incumplirse implicará la configuración de tales delitos cambiarios-, queda en manos del Ejecutivo, quien establecerá los controles mediante un instrumento de rango sublegal, posterior a la ley. Ello así, debe esta Sala Constitucional declarar que las normas contenidas en los artículos 2 y 6 de la Ley sobre Régimen Cambiario están viciadas de inconstitucionalidad al ser contrarios a los principios de la reserva legal y separación de los poderes públicos antes referidos”.

Sin embargo, en un giro jurisprudencial de 180 grados, la misma Sala Constitucional, en su sentencia nro. 1.555, del 4 de diciembre de 2012, consideró

que el artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.358 Extraordinario del 3 de enero de 1992, que establecía el delito de extracción ilícita de materiales, también bajo el esquema de una norma penal en blanco, era conforme a la Constitución. A tal efecto, la Sala esgrimió los siguientes argumentos:

“Frente a la afirmación de los recurrentes que el dispositivo legal es violatorio de los principios de legalidad y tipicidad, debemos señalar que en materia ambiental, la Administración adopta un sistema preventivo de medidas para que no llegue a producirse la infracción, operando antes de que se ataque al orden ambiental, siendo esta ratio legis o razón de la Ley, conforme a la cual fue dictado el Decreto N° 2.219, fundamentándose para ello en los artículos 4, 19, 20 y 21 de la Ley Orgánica del Ambiente de 1976, en concordancia con los artículos 49, 50, 53, 54 y 76 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983, dirigido a proteger la materia ambiental, al establecer las normas mediante las cuales los particulares deben cumplir con los requisitos allí señalados, a los fines de obtener las autorizaciones y aprobaciones necesarias para realizar la actividad correspondiente, y con el objeto de que la autoridad administrativa la controle, teniendo como resultado atenuar el impacto ambiental que puedan ocasionar tales actividades.

Entonces, de la lectura del Decreto N° 2.219 se desprende que el mismo no dispone sanción alguna para el incumplimiento, por parte del administrado, de solicitar las autorizaciones ante la autoridad competente, sino que tal situación le correspondía ser resuelta por el entonces artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente de 1992, recurrido en el presente caso.

En virtud de lo anterior, en relación con el contenido del artículo impugnado, y sin acudir a mayores consideraciones conceptuales, se advierte que el legislador en ningún momento ha violado el principio de legalidad y tipicidad establecido en el numeral 6 del artículo 49 de la norma fundamental, ya que la entonces autoridad competente, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, ahora Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, tiene atribuciones conferidas por ley, para preservar el ambiente en todo el territorio nacional.

Por lo antes expuesto, se hace necesario destacar que para interpretar correctamente una disposición legal, en este caso el artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente de 1992, es necesario concatenarla con las normas integrantes del ordenamiento jurídico que, aún contenidas en leyes diferentes, regulan la misma materia o materias afines.

En este sentido, no cabe alegar el desconocimiento de la existencia de una norma, ya que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, en tanto que cuando alguien transgrede la advertencia punitiva, se origina un hecho que violenta el ordenamiento jurídico, y por ello debe el legislador establecer una descripción legal, para el caso de que se realice y, en el presente caso, el legislador estableció el tipo penal y la pena correspondiente en el artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente de 1992, en concordancia con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ambiente de 1976 y en el Decreto 2.219.

De ahí, que con base a lo anteriormente expuesto, y visto que el artículo 31 de la Ley Penal del Ambiente, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.358 Extraordinario del 3 de enero de 1992, no resulta violatoria los derechos garantizados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional declara sin lugar el recurso de nulidad interpuesto por los ciudadanos Ernesto Rafael Pineda Hernández y William Corkern Beauperthuy”.

En nuestro criterio, la legitimidad de la norma penal en blanco está condicionada a que la norma remitida posea rango legal. Por el contrario, si ésta es de rango sublegal, será contraria a los artículos 49.6, 156.32 y 187.1 de la Constitución, puesto que en ese caso el tipo penal, al menos en una parte, se estaría articulando con una disposición que no proviene de la Asamblea Nacional como cuerpo legislador.

En definitiva, sostenemos que, en todo caso, será inconstitucional cualquier normativa penal que no haya sido dictada por la Asamblea Nacional⁶². Por mayor razón, serán inconstitucionales los actos no legislativos que contengan normas de contenido penal⁶³. Bajo esta perspectiva, ni siquiera por

⁶² Por ejemplo, los decretos presidenciales con rango, valor y fuerza de ley, las leyes estatales y las ordenanzas municipales.

⁶³ Como serían, por ejemplo, los decretos dictados por el Presidente de la República o por los gobernadores, en el marco de la actividad administrativa.

conducto de la parte *in fine* del artículo 335 de la Constitución -jurisprudencia vinculante- pueden crearse delitos, faltas ni penas.

B. Irretroactividad

Este segundo subprincipio implica, en líneas generales, que la Ley penal no puede ser aplicada a hechos anteriores a su entrada en vigencia, todo lo cual se consolida en la máxima *tempus regit actum*⁶⁴. Según Muñoz Conde y García Arán, la creación de una nueva figura delictiva por la Ley penal exterioriza un desvalor sobre los hechos que se definen, pero ese desvalor no puede recaer sobre conductas cometidas con anterioridad a la Ley en la cual aquél se expresa⁶⁵. Tal como lo sostiene Arteaga, según esta implicación del principio de legalidad, la Ley penal no puede aplicarse a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, complementándose, además, con la no ultractividad, que prohíbe la aplicación de la Ley penal a hechos que ocurran después de su extinción⁶⁶.

En el ordenamiento jurídico venezolano, el subprincipio de irretroactividad está reconocido en los artículos 24 de la Constitución, 2 del Código Penal y 529 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.

Como lo ha establecido la Sala Constitucional, el fundamento de esta garantía es que si la Ley penal persigue que el ciudadano se abstenga de cometer delitos, anunciando para ello la imposición de una pena a las personas que desplieguen las conductas constitutivas de aquéllos, entonces a dichos ciudadanos no se les podrá atribuir ninguna responsabilidad penal, si determinadas conductas de éstos, al momento de su realización, no eran consideradas como delitos por la Ley penal⁶⁷. De este modo, la idea de irretroactividad también se asienta sobre el principio de seguridad jurídica, es decir, constituye una exigencia ineludible que hace segura la aplicación de la legislación penal, evitando la sorpresa del ciudadano⁶⁸.

En consecuencia, cualquier norma penal que acepte o autorice la aplicación retroactiva de su contenido, a hechos ocurridos con anterioridad a su

⁶⁴ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 28.

⁶⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho Penal. Parte General*. 4ª Edición, revisada y puesta al día. Valencia. Editorial *tirant lo blanch*. 2000, p. 151.

⁶⁶ A. Arteaga: “Derecho Penal...” *ob. cit.*, p. 100.

⁶⁷ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro.1.655, del 25 de julio de 2005. Expediente nro. 04-3116.

⁶⁸ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro.1.655, del 25 de julio de 2005. Expediente nro. 04-3116.

entrada en vigencia, sería a todas luces inconstitucional y ajena al modelo de Estado de Derecho que contempla nuestra Constitución⁶⁹.

No obstante lo anterior, debe señalarse que este subprincipio no es absoluto, ya que admite una excepción, la cual viene dada cuando, en el marco de la sucesión de leyes⁷⁰, la nueva Ley penal que sustituye a la primera, es más benigna que esta última. Ante dicho supuesto, la Sala Constitucional, interpretando los artículos 24 de la Constitución y 2 del Código Penal, ha establecido que será plausible aplicar retroactivamente la nueva Ley aun cuando los hechos hayan acaecido antes de su vigencia⁷¹. En tal sentido, podrá ser más benigna la nueva ley penal, por ejemplo, cuando ya no considere delictivo un hecho que en la legislación anterior sí lo era; cuando la sanción de un ilícito sea modificada en beneficio del sujeto, sea cualitativamente (por ejemplo, que se sustituya la pena de prisión por una de multa) o cuantitativamente (por ejemplo, que se disminuya el *quantum* de la pena asignada al delito o falta); así como también si otros aspectos del tratamiento jurídico-penal del delito resultan más beneficiosos (por ejemplo, que la nueva ley contenga circunstancias atenuantes o eximentes que la ley sustituida no contemplaba)⁷².

Sin embargo, la Sala Constitucionalidad, en su sentencia nro. 1.747, del 10 de agosto de 2007 estableció –en nuestra opinión, de forma correcta– que el ámbito de los delitos permanentes, un comportamiento que no ha sido consumado en su totalidad, puede ser tipificado como delito, si durante esa consumación entra en vigencia la disposición legal que lo incluye como hecho punible, como ocurre en el caso del delito de desaparición forzada de personas (éste, en criterio de la Sala Constitucional, es permanente y no continuado).

El contenido y alcances de este principio fue objeto de una profunda discusión en la sentencia nro. 794, del 27 de mayo de 2011, dictada por la Sala Constitucional, en orden a la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario publicada en la Gaceta Oficial nro. 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, dada la contradicción entre el contenido de dicha norma penal y el artículo 114 de la Constitución.

⁶⁹ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 29.

⁷⁰ Sobre el concepto y las hipótesis de la sucesión de leyes penales, *vid.* A. Arteaga: “Derecho Penal...” *op. cit.*, pp. 99, 100, 101, 102 y 103.

⁷¹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro.1.655, del 25 de julio de 2005. Expediente nro. 04-3116.

⁷² Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro.1.655, del 25 de julio de 2005. Expediente nro. 04-3116.

C. Taxatividad

El subprincipio de taxatividad (también denominado mandato de certeza, principio de determinación o principio de tipicidad) implica que el supuesto de hecho legal debe estar definido de forma clara, precisa e inequívoca, es decir, la Ley penal debe describir claramente las características del hecho punible, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas, nebulosas o vagas⁷³. Tal como afirma Baratta “... *la pena es aplicable únicamente en los casos de realización de tipos de conducta expresamente previstos por la ley con indicación de sus elementos descriptivos y normativos*”⁷⁴. Esta exigencia la encontramos, por ejemplo, en el artículo 529 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, al exigir éste que la definición de los delitos y faltas sea expresa e inequívoca.

Tal como lo afirma Bettiol, para garantizar la esfera de libertad de todos los ciudadanos frente a toda arbitraria intervención estatal, resulta necesario que la lesión al bien jurídico sea típica, es decir, no todo acto lesivo de un interés ajeno es delito sino sólo aquél que esté descrito claramente como tal en la Ley penal⁷⁵.

Es el caso, que el contenido del mandato de taxatividad se cristaliza en el tipo, siendo este último la descripción precisa e inequívoca de la conducta en la norma penal⁷⁶. Según Rosales, el tipo penal debe ser preciso, determinado y cerrado, a fin de que pueda cumplir con las exigencias de este principio⁷⁷.

En su sentencia nro. 828 del 25 de junio de 2015, la Sala Constitucional declaró la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 502 del Código Penal, al estimar que éste resultaba contrario al principio de taxatividad, en los siguientes términos:

“...observa esta Sala que el mencionado tipo penal impugnado, además de no describir la acción de mendigar,

⁷³ J. Núñez: “*Consideraciones...*” *op. cit.*, p. 30. En esta misma línea de criterio, Vecchionacce señala lo siguiente” “... *los tipos deben estar concebidos como tal que sean precisos, concretos e inequívocos, para que las palabras empleadas en las descripciones típicas y los hechos a los cuales éstas se refieran, no permitan interpretaciones que contradigan sus fines fundamentales. Dicho de otra manera, los términos empleados por el legislador deben proporcionar certeza, de modo que se eviten torcidas aplicaciones*” (Vid. F. Vecchionacce: “*Los principios...*” *op. cit.*, p. 151).

⁷⁴ A. Baratta: “*Principios...*” *op. cit.*, p. 306.

⁷⁵ Giuseppe Bettiol: *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona. Editorial Bosch. 1973, p. 73.

⁷⁶ Así lo estableció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia nro. 1.744, del 9 de agosto de 2007.

⁷⁷ Rosales: “*Constitución...*” *op. cit.*, p. 91.

tampoco precisa qué debe entenderse por persona “no apta para el trabajo” o por persona “apta para el trabajo”.

Así pues, la disposición contenida en el artículo 502 del Código Penal no describe de forma suficientemente clara y precisa la conducta prohibida, circunstancia que se enfrenta con la exigencia de ley estricta (lex stricta) y, por tanto, con los principios de taxatividad y legalidad de la ley penal (vid. arts. 1 del Código Penal y 49.6 del Texto Fundamental), los cuales se vinculan, a su vez, con los principios del debido proceso, la tutela judicial efectiva y justicia (vid. arts. 49, 26, 2 y 1 eiusdem). Siendo así, se considera que, en este primer aspecto, le asiste la razón a la Representación de la Defensoría del Pueblo. Así se declara.

(...)

... debe afirmarse que el numeral 6 del artículo 49 del Texto Constitucional contempla el principio de legalidad penal, cuyo contenido se traduce, básicamente, en que todo el régimen de los delitos, faltas y penas debe estar regulado necesaria y únicamente en las leyes dictadas por el Poder Público Nacional (nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta, certa et stricta)”.

Sin embargo, en su sentencia nro. 497, del 6 de abril de 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al resolver el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido contra el entonces artículo 286 del Código Penal publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 915, del 30 de junio de 1964, que establecía el delito de instigación a delinquir, en su modalidad de apología, estimó que esta disposición legal no violaba el artículo 49.6 de la Constitución, en lo que respecta al subprincipio de taxatividad. En dicha decisión, la Sala indicó:

“Teniendo en cuenta lo antes expresado, esta Sala observa que el artículo 286 del Código Penal no adolece de la imprecisión alegada por el recurrente, pues contempla clara y expresamente como delito a la conducta consistente en hacer “...la apología de un hecho que la ley prevé como delito”, y para cuya consumación requiere de dos circunstancias extras establecidas también en forma expresa, que son: 1) la publicidad y, 2) el poner en peligro la tranquilidad pública.

Esto quiere decir que es necesario que la alabanza o loa se haga en forma pública, lo cual puede ocurrir en presencia

de varias personas, o bien de una sola, siempre que se haga públicamente, valiéndose de algún medio de comunicación que lleve implícita la publicidad, como lo sería la prensa, la televisión o la radio; tan es así que actualmente la apología del crimen ha sido considerada como un delito informático, cuando se utiliza la Internet para su consumación.

Ahora bien, existe también otra condición para que se configure el supuesto de hecho en estudio, y es que se ponga en peligro la tranquilidad pública, esto es, que haciendo la loa de hechos delictuosos se altere el orden público, la paz y serenidad del colectivo, de tal forma que podría generarse un caos moral y social.

Resulta por tanto –a juicio de esta Sala– expresamente consagrado como delito, la conducta dirigida a hacer la apología de un hecho previsto como delito por la ley, de manera que no existe contradicción alguna del artículo 286 del Código Penal que sanciona dicha actuación con el artículo 1º eiusdem, ni tampoco violación del artículo 69 de la Constitución de 1961, hoy en día numeral 6 del artículo 49 de la vigente Constitución, pues la consecuencia jurídica del mencionado artículo 286, consistente en la sanción de prisión de cuarenta y cinco días a seis meses ha sido prevista para los tres supuestos de hecho que regula dicha norma entre los cuales está la apología del delito”.

En palabras de Zaffaroni, el Derecho penal debe requerir al legislador el mayor esfuerzo en precisión semántica, pero es el caso que este último no siempre cumple con tal exigencia, de modo que son frecuentes las leyes que infringen este mandato de estricta legalidad⁷⁸. Ante ello, el Juez Constitucional debe considerar inconstitucional a la ley penal que refleje tal oferta del legislador irresponsable⁷⁹.

Derivada del mencionado mandato de taxatividad o de certeza, aparece la prohibición de analogía, la cual, según Mir Puig, se traduce en la imposibilidad de aplicar en perjuicio del reo, el texto legal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo o similar a otros

⁷⁸ E. Zaffaroni: “Manual...” *op. cit.*, p. 106.

⁷⁹ E. Zaffaroni: “Manual...” *op. cit.*, p. 106.

supuestos contenidos en dicho texto⁸⁰, especialmente cuando dicho modo de integración se utiliza para la creación de un nuevo tipo penal⁸¹.

En consecuencia, toda norma legal que acepte o autorice en su articulado la analogía en perjuicio del reo o *in malam partem*, será contraria a la legalidad y a la seguridad jurídica, y por ende, inconstitucional.

Sin embargo, consideramos que la analogía en favor del reo (*in bonam partem* o *pro reo*) no es contraria al subprincipio de taxatividad. Así, por ejemplo, en materia de causas de justificación, Modolell sostiene que en el Derecho penal venezolano es admisible la legítima defensa de terceros, apelando a la analogía a favor del reo, sin que ello esté reñido con el principio de legalidad. Al respecto, dicho autor⁸² indica lo siguiente:

“Soy de la opinión que debe extenderse por analogía (pro reo), la legítima defensa del numeral 3 del artículo 65 CP, al caso de la defensa de terceros o de bienes ajenos. En efecto, se trata de supuestos semejantes que ameritan un tratamiento igual. Y no se infringiría el principio de legalidad ya que mediante esta aplicación analógica no se crean delitos o se aumentan penas, sino, por el contrario, se amplía el ámbito de una causa de justificación”.

Una discusión significativa sobre este punto, tuvo lugar en la sentencia nro. 490, del 12 de abril de 2011, dictada por la Sala Constitucional. En dicha decisión se estableció, con carácter vinculante, que la aplicación judicial del dolo eventual no puede ser catalogada, en modo alguno, como un supuesto de analogía, puesto que tal figura dogmática constituye una modalidad del dolo típico, que se deduce conceptualmente del elemento volitivo de este último. Concretamente, la Sala indicó que el dolo eventual tiene cabida dentro de los alcances del término “intención”, empleado por el legislador en los artículos 61 y 405 del Código Penal. En consecuencia, la Sala Constitucional señaló que el dolo eventual no choca con el principio de legalidad penal, consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución.

⁸⁰ Santiago Mir Puig: *Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición. Barcelona. Editorial Reppertor, 1998, p. 86.

⁸¹ Respecto a la prohibición de analogía en el ámbito penal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 956, del 9 de mayo de 2006, estableció lo siguiente: “... ni la ley ni la doctrina dominante admiten, en materia penal, tanto sustantiva como procesal, la analogía, de conformidad con el principio de legalidad que la rige...”.

⁸² Juan Luis Modolell: *Derecho Penal. Teoría del Delito*. 1ª edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2014, p. 218.

V. Principio de Culpabilidad

El principio de culpabilidad (*nullum crimen sine culpa*) es uno de los más importantes y representa una sensible conquista de los sentimientos humanitarios⁸³. Exige, según Rodríguez Mourullo, que a la persona pasible de sanción se le pueda reprochar personalmente la realización del injusto, es decir, que se pueda entender su conducta como la consecuencia del ejercicio normal de su autonomía personal⁸⁴. De este modo, para que el imputado sea declarado culpable, se requiere, por una parte, que haya ejecutado el hecho punible, y por la otra, que éste se le pueda atribuir psíquica y espiritualmente, al punto de que no podrá hablarse de ilicitud, si tal relación de pertenencia no se verifica⁸⁵.

Tal como lo señala Mir Puig, la expresión principio de culpabilidad engloba diferentes límites al *ius puniedi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda “culpase” a quien la sufra del hecho que la motiva.

Siguiendo a este insigne representante de la escuela catalana del Derecho penal, del principio de culpabilidad se derivan, a su vez, los siguientes subprincipios: A. Intrascendencia de la pena; B. Responsabilidad por el hecho; C. La exigencia de dolo y culpa; y D. El principio de imputación personal⁸⁶.

A. Intrascendencia de la pena

Según este primer subprincipio, no se puede castigar a una persona por un hecho ajeno, es decir, nadie puede responder por hechos punibles cometidos por otros⁸⁷. Su reconocimiento constitucional lo encontramos en el artículo 44.3 de la Constitución, el cual dispone expresamente que “... *la pena no puede trascender de la persona condenada*”.

⁸³ F. Vecchionacce: “*Los principios...*” *op. cit.*, p. 159.

⁸⁴ Gonzalo Rodríguez Mourullo: *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*. Madrid. Editorial civitas. Madrid. 2002, p. 83. En el mismo sentido, Luigi Ferrajoli: “*Derecho y Razón*”. *op. cit.*, pp. 487, 488 y 489.

⁸⁵ F. Vecchionacce: “*Los principios...*” *op. cit.*, p. 160.

⁸⁶ S. Mir Puig: “*Derecho Penal...*” *op. cit.*, pp. 97 y 98.

⁸⁷ Vid. J. Núñez: “*Consideraciones...*” *op. cit.*, p. 31. Asimismo, respecto al contenido y alcance de esta garantía, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 834, del 18 de junio de 2009, estableció que: “... *la pena no se transfiere, no comprende a terceros; de esta manera las penas son personales e intrasferibles; excluyendo así la responsabilidad penal por acciones u omisiones de otros y hechos cometidos sin los presupuestos subjetivos de la responsabilidad penal...*”.

B. Responsabilidad por el hecho.

Este segundo subprincipio se traduce en que no se pueden castigar formas de ser, personalidades, pensamientos, sino solamente actos u omisiones. En este sentido, Baratta⁸⁸ afirma:

“... se rechaza toda forma de derecho penal de autor y se mantiene solamente el derecho penal de acto. No es posible hacer derivar responsabilidad penal de alguna de las características personales del imputado subsumibles en un tipo de autor, sino únicamente las características del comportamiento que puedan ser subsumibles en un tipo de delito previsto en la ley”.

Aquí se evidencia la pugna entre un Derecho penal de autor (se castiga a la persona por lo que es) y un Derecho Penal de acto (se castiga a la persona por lo que hace, por sus hechos).⁸⁹ Este principio lo reconoció expresamente la Sala Constitucional en sus sentencias 1.744, del 9 de agosto de 2007⁹⁰; y 828 del 25

⁸⁸ Baratta: *“Principios...” op. cit.* p. 318.

⁸⁹ J. Núñez: *“Consideraciones...” op. cit.*, p. 31.

⁹⁰ En la mencionada sentencia, la Sala Constitucional estableció que *“... al posibilitar el legislador estatal la aplicación de la normativa de la Ley sobre Vagos y Maleantes mediante la norma contenida en el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara (siendo que aquella establece sanciones privativas de libertad), claramente ha reflejado esta reprochable -y anacrónica- tendencia del ‘Derecho Penal del autor’ en el texto de una norma sancionadora de naturaleza administrativa, todo lo cual resulta abiertamente contrario al PRINCIPIO DE CULPABILIDAD (nullum crimen sine culpa), que es aplicable tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, y el cual exige que a la persona pasible de sanción se le pueda reprochar personalmente la realización del injusto, es decir, que su conducta pueda considerarse como la consecuencia del ejercicio normal de su autonomía personal. En el caso sub lite, el mencionado principio se ve afectado en una de sus específicas manifestaciones, a saber, en el PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO, en virtud del cual sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosas para los intereses que se pretende proteger (...) La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge en su texto sin duda alguna el PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, pero no se trata de una recepción expresa, sino inferida de otros valores, principios y derechos. Para ello, hay que atender fundamentalmente al carácter democrático del modelo de Estado venezolano delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos fundamentos filosóficos radican en la dignidad del ser humano, la igualdad real de los hombres y la facultad de éstos de participar en la vida social. El sustrato de dicho principio también puede deducirse del contenido de artículo 21 en sus numerales 1 y 2, del artículo 44.3, del artículo 46 en sus numerales 1 y 2, y del artículo 49.2 del Texto Constitucional. De igual forma, cabe señalar que el principio de culpabilidad se*

de junio de 2015, al declarar la nulidad por inconstitucionalidad de varias disposiciones del Código Policia del Estado Lara y del artículo 502 del Código Penal, respectivamente.

Asimismo, la extinta Corte Suprema de Justicia (en Pleno), lo invocó en orden a declarar la nulidad por inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes, en su sentencia del 14 de octubre de 1997 (expediente nro. 0251), en los siguientes términos:

“... tanto el artículo 2° como el artículo 3° de la ley, lo que hacen, no es tipificar conductas como punibles sino atribuir la situación de "peligrosidad" al sujeto que incurra en tales conductas, lo cual, ciertamente, es distinto. En otras palabras, "se castiga al hombre por lo que es y no por lo que hace".

(...)

La Ley sobre Vagos y Maleantes está supuestamente dirigida a castigar, no al acto punible sino a la persona. No a su conducta sino a lo que es, de manera que esta característica de la Ley autoriza la persecución de personas, sin consideración a que se cometan o no acciones prohibidas. Se violan así el derecho a la libertad y a la seguridad personales consagradas en los artículos 60, ordinales 2° y 1° de la Constitución de la República”.

Este subprincipio se deduce también del artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando señala que *“Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”*. Igualmente, dicho principio está contemplado en el artículo 1 del Código Penal vigente, el cual establece que *“Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviese expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente”*. Dicho subprincipio se evidencia, claramente, en las expresiones *“... por actos u omisiones...”* y *“...por un hecho...”* empleadas por las precitadas disposiciones normativas.

Desde este punto de vista, consideramos que la agravante de reincidencia, prevista en los artículos 100 y siguientes del Código Penal es violatoria del principio de culpabilidad, ya que autoriza un aumento del *quantum* de la pena en razón de la condición de reincidente del reo, lo cual es propio de un Derecho

encuentra consustancialmente vinculado con el principio de legalidad, el cual también se desprende del modelo de Estado delineado en la mencionada norma constitucional”.

penal de autor –aquél de un Estado policial– y no de un Derecho penal de acto –aquél de un Estado democrático⁹¹.

C. Exigencia de dolo o culpa

Esta tercera derivación del principio de culpabilidad, implica que la responsabilidad penal de una persona no puede fundarse únicamente en que el hecho que se le impute haya sido materialmente causado por ella, sino que se requiere también que ese hecho haya sido causado dolosamente⁹² o al menos de forma imprudente⁹³. En otras palabras, demanda que el autor del hecho lo haya querido⁹⁴. De esta forma se evita la responsabilidad objetiva o por el resultado (*versari in re illicita*)⁹⁵. Este subprincipio ha sido reconocido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 490, del 12 de abril de 2011.⁹⁶ En esta misma línea de criterio, la Sala de Casación Penal del Tribunal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 190, del 23 de mayo de 2011, reconoció también esta tercera manifestación del principio de culpabilidad, vinculándola con el concepto de acción finalista. En este último fallo, se estableció, lapidariamente, lo siguiente:

“... constituye un principio básico de nuestro derecho penal de corte liberal, que para el establecimiento de la responsabilidad penal, respecto de aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro de lesión, bienes jurídicos penalmente tutelados; es necesario establecer no solamente la corporeidad del hecho delictivo, que se configura con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico objeto de tutela penal; sino que además se debe acreditar que ese actuar lesivo devenga de una acción u omisión culpable entendida

⁹¹ J. Núñez: “El principio...”. *op. cit.*, p. 219.

⁹² Ver, por ejemplo, los artículos 405, 413 y 451 del Código Penal).

⁹³ Por razones metodológicas, dentro de este término incluiremos la imprudencia, la negligencia y la impericia (ver, por ejemplo, los artículos 356, 409 y 420 del Código Penal).

⁹⁴ F. Vecchionacce: “Los principios...” *op. cit.*, p. 160.

⁹⁵ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 31. También, sobre este tema, *vid.* Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Tercera edición. Madrid. Editorial Trotta. 1998, pp. 487, 488, 489 y 490.

⁹⁶ En dicha sentencia, la Sala Constitucional señaló lo siguiente: “... el principio de culpabilidad, concretamente, el principio de dolo o culpa (manifestación de aquel), excluye la responsabilidad objetiva, de allí que el fundamento de la responsabilidad penal repose en la responsabilidad subjetiva por haber desplegado la conducta objetiva descrita en el tipo legal, ya sea de forma dolosa o culposa (...) Esa responsabilidad subjetiva se fundamenta en el dolo típico, principal elemento subjetivo, y en la imprudencia típica, elemento generalmente excepcional, que informa la dimensión objetiva del obrar objetivo descrito en algunos tipos particulares (*vid.* artículo 61 del Código Penal)”.

ésta en su sentido latu sensu (dolo o culpa) pues no existe delito ni pena sin culpa 'nullum crimen nulla poena sine culpa'. De manera que no debe hacerse una imputación personal y mucho menos imponerse una sanción penal, sino está debidamente demostrada la vinculación subjetiva entre el acto y el actor.

(...)

Ello es así, por cuanto toda conducta típica en los tipos penales a “título doloso” -como es el de autos-, está precedida de una intención conciente y voluntaria de su autor que la ejecuta a un fin previamente determinado, de allí que acertadamente la teoría finalista, propuesta por el Maestro Hans Welzel afirma que “acción humana es ejercicio de la actividad final”, por lo que bajo esta concepción la acción viene a constituir el ejercicio final de la voluntad, pues la voluntad primero anticipa el fin selecciona los medios, para realizarlo, considera sus efectos concomitantes; para finalmente dirigir una acción al fin querido previamente programado por la voluntad.

De allí que nuestro Código Penal al señalar en su artículo 61: “Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión...”; pues como se ha sostenido, para que determinado hecho punible pueda ser imputado a una persona, es necesario en principio, que en la ejecución de éste, haya existido la intención de cometerlo, es decir, la voluntad libre y consciente de infringir las disposiciones legales prohibitivas, pues salvo en los delitos culposos; en los delitos a título doloso, sin la intención no existe la responsabilidad penal; por ello nuestro Código Penal, en el artículo citado, establece una prohibición de castigo para el reo, si éste no ha tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye.

(...)

De manera tal, que estatuido en el Código Penal como precepto general que sólo la intención o la culpa en los casos expresamente previstas en la ley penal, origina el castigo de los hechos punibles; no existe pena ni responsabilidad penal cuando en la ejecución de la conducta dañosa no está precedida o dirigida por éste elemento subjetivo.

(...)

En tal sentido, la imposición de la pena debe necesariamente atender al elemento subjetivo del tipo penal, pues de conformidad con el principio “nullum crimen nulla poena sine culpa”, en nuestro derecho penal está abolida la responsabilidad objetiva, la cual durante su vigencia implicó la absurda posibilidad de imponer una sanción penal sin atender a la vinculación de la persona con el hecho, es decir, independientemente de si es posible o no hacer un imputación personal del injusto”.

Desde este enfoque, sería inconstitucional, por ejemplo, el artículo 3 de la vigente Ley Penal del Ambiente, publicada en la Gaceta Oficial nro. 39.913, del 2 de mayo de 2012, cuyo texto dispone que “*La responsabilidad penal, a los efectos de los delitos ambientales, cuya ejecución exige la violación de una norma administrativa, es objetiva y para demostrarla basta la comprobación de la violación, no siendo necesario demostrar la culpabilidad*”. Esta norma legal, autoriza la imposición del castigo sobre la base de una mera responsabilidad objetiva, descartando expresamente la comprobación del dolo o de la culpa, todo lo cual choca, nuestro criterio, con el principio de culpabilidad, e incluso, con la presunción de inocencia reconocida en el artículo 49.2 de la Constitución.

D. Imputación personal

Este cuarto subprincipio consiste en que ninguna persona puede responder penalmente, si carece de las condiciones psíquicas suficientes para comprender la prohibición deducida de la norma penal⁹⁷, en los términos del artículo 62 del Código Penal, el cual prevé a la inimputabilidad como eximente la responsabilidad penal. Es decir, la punición presupone que el autor del hecho haya comprendido su naturaleza y significación⁹⁸. En este sentido, no se pueden imponer penas a personas que padezcan enfermedad mental (por ejemplo, esquizofrenias, psicosis maniaco-depresivas, neurosis, etc.) ni tampoco a los niños⁹⁹.

Como corolario de lo anterior, y siguiendo el criterio asentado por la Sala Constitucional en su sentencia nro. 1.744, del 9 de agosto de 2007, consideramos que la Constitución recoge en su texto, sin duda alguna, el principio de culpabilidad en todas y cada una de sus manifestaciones, pero no se trata de una recepción

⁹⁷ J. Núñez: “*Consideraciones...*” *op. cit.*, p. 33.

⁹⁸ F. Vecchionacce: “*Los principios...*” *op. cit.*, p. 160.

⁹⁹ J. Núñez: “*Consideraciones...*” *op. cit.*, p. 33. En este sentido, ver el artículo 532 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

expresa, sino inferida de otros valores, principios y derechos¹⁰⁰. Para ello, hay que atender fundamentalmente al carácter democrático del modelo de Estado venezolano delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos fundamentos filosóficos radican en la dignidad del ser humano, la igualdad real de los hombres y la facultad de éstos de participar en la vida social¹⁰¹. El sustrato de dicho principio también puede deducirse del contenido de artículo 21 (numerales 1 y 2), del artículo 44.3, del artículo 46 (numerales 1 y 2) y del artículo 49.2 del Texto Constitucional¹⁰². De igual forma, cabe señalar el principio de culpabilidad se encuentra consustancialmente vinculado con el principio de legalidad, el cual también se desprende del modelo de Estado delineado en la mencionada norma constitucional¹⁰³.

VI. Principio de lesividad

Otro límite fundamental al ejercicio del poder punitivo, es el principio de lesividad u ofensividad¹⁰⁴ (*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*), el cual exige que en todo hecho punible exista un bien jurídico lesionado¹⁰⁵. Según este principio, sólo es legítima la intervención penal, frente a graves afectaciones al bien jurídico (sea por lesión propiamente dicha, o por peligro cierto). Dicho en otras palabras, sólo pueden ser criminalizadas aquellas conductas que impacten gravemente a los bienes jurídicos más importantes¹⁰⁶ (por ejemplo, vida, integridad personal, libertad personal, propiedad, etc.). De modo tal, que la legitimidad de la actuación penal está condicionada por una lesión importante a un bien jurídico¹⁰⁷. Este principio tiene su basamento en el artículo 20 de la Constitución, según el cual toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social. En consecuencia, y siguiendo a Zaffaroni, las acciones que no lesionan a nadie está fuera de toda injerencia estatal¹⁰⁸.

Este principio está recogido expresamente en la parte *in fine* del encabezado del artículo 529 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños,

¹⁰⁰ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 33.

¹⁰¹ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 33.

¹⁰² J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 33.

¹⁰³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro. 1.744, del 9 de agosto de 2007. Expediente nro. 04-2149.

¹⁰⁴ J. Carbonell: “Constitución...” *op. cit.*, p. 215.

¹⁰⁵ E. Zaffaroni: “Manual...” *op. cit.*, p. 111.

¹⁰⁶ E. Rosales: “Constitución...” *op. cit.*, p. 94.

¹⁰⁷ Jorge Rosell: El Estado social de Derecho y los nuevos límites del Derecho penal. *Revista Capítulo Criminológico*. Volumen 30, N° 1, Enero-Marzo. Maracaibo, Universidad del Zulia, 2002, p. 58.

¹⁰⁸ E. Zaffaroni: “Manual...” *op. cit.*, p. 109.

Niñas y Adolescentes, cuyo texto dispone que ningún adolescente puede ser objeto de sanción, si su conducta “... *no lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado*”.

Según Zaffaroni, mientras no haya una afectación al bien jurídico, no podrá existir un conflicto y, mientras no haya un conflicto, no podrá afirmarse la tipicidad de la conducta, por lo cual sería ilegítimo habilitar el ejercicio del poder punitivo en tal caso¹⁰⁹.

En nuestro criterio, la configuración del delito, y concretamente, de la tipicidad, no se agota con su sola descripción en la ley penal (aspecto formal), sino que requiere una conducta que lesione o produzca un riesgo para determinados bienes jurídicos (aspecto material o sustancial)¹¹⁰, tal como lo estableció la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia nro. 42, del 11 de agosto de 2011. En palabras de Zaffaroni, la tipicidad requiere la verificación de un *pragma* conflictivo. Según este autor, el principio de lesividad se introdujo en el Derecho penal con el concepto de bien jurídico (en tal sentido, mientras no haya lesión a un bien jurídico, no habrá delito alguno)¹¹¹. De allí que la doctrina mayoritaria asocie la idea de lesividad con el principio del bien jurídico¹¹².

En esta misma línea de criterio, la Sala Constitucional, en su sentencia nro. 828, del 25 de junio de 2015, al enjuiciar el artículo 502 del Código Penal, indicó:

“... un límite fundamental al ejercicio del poder punitivo, es el principio de lesividad u ofensividad (reflejado en el aforismo nullum crimen nulla poena sine injuria), el cual exige que en todo hecho punible exista un bien jurídico lesionado o al menos puesto gravemente en peligro (en similar sentido, ver art. 529 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el cual, además

¹⁰⁹ E. Zaffaroni: “Manual...” *op. cit.*, p. 110.

¹¹⁰ Sobre este particular, señala Rosell, citando a Mera, que “*La antijuricidad que da pie para la actuación penal no debe ser entonces puramente formal, sino que debe existir una antijuricidad material que consiste precisamente en la afectación real del bien jurídico*” (Vid. J. Rosell: “El Estado...” *op. cit.*, p. 58). En este mismo sentido, Vecchionacce sostiene lo siguiente: “*Nadie discute que las normas penales persiguen fines que tienen que ver con la consideración que hace el legislador respecto de la tutela de determinados intereses que comprometen los sentimientos y valores sociales relevantes, trascendentes. Lo contrario constituiría no sólo un proceder carente de sentido y contenido sociopolítico, sino que también sería un acto arbitrario. Por este motivo, aquello a lo que va dirigido la ley penal ha sido denominado bien o valor jurídico objeto de tutela*” (F. Vecchionacce: “Los principios...” *op. cit.*, p. 153).

¹¹¹ E. Zaffaroni: “Manual...” *op. cit.*, p. 110.

¹¹² J. Rosell: “El Estado...” *op. cit.*, p. 58.

de consagrar el principio de lesividad, reconoce el postulado de legalidad penal).

El principio de lesividad se encuentra íntimamente vinculado al principio de legalidad penal (vid. supra), ya que de conformidad con el primero, 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.

Como bien lo señaló la representación de la Defensoría del Pueblo, el principio de lesividad también puede extraerse del numeral 6 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que 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).

... el principio de lesividad se introdujo en el Derecho Penal de la mano del concepto de bien jurídico (en tal sentido, mientras no haya afectación a un bien jurídico, no habrá hecho punible alguno).

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.

Sobre este punto, resulta pertinente invocar el criterio establecido por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de

Justicia en sentencia n.º 42 del 11 de agosto de 2011. Caso: Mercedes Prieto Serra y Nelson Orlando Mejía Durán. Exp. n.º 07-0168, según el cual:

‘... nuestra legislación penal, al igual que el resto de los ordenamientos jurídicos de corte democrático y liberal, no concibe, admite ni acepta el castigo o la punición para hechos o conductas que no comporten un daño, lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico, tal como ocurre el caso bajo examen.

Vale destacar, una vez más, que la función esencial del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, de allí que no puede configurarse delito sin ofensa del bien jurídico protegido, (principio de ofensividad o lesividad), de allí el conocido adagio: NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE INJURIA ...”

Así, en criterio de la Sala Constitucional, este principio constituye un mandato para el legislador, siendo necesario señalar que, además, aquél se encuentra en íntima vinculación con el principio de culpabilidad -en lo que se refiere al principio de responsabilidad por el hecho-, ya que exige y apunta hacia la incriminación de actos u omisiones, con lo cual se excluye el castigo por pensamientos, sospechas, modos de ser o actitudes frente a la vida, tendencia totalitaria derivada del denominado Derecho penal de autor.

Tal como lo señala Bettiol, la objetividad del delito está justamente en la lesión a un bien jurídico. Según este autor, el delito no constituye un puro acto de rebelión o de desobediencia a una ideología o ética determinada, tal como lo afirmaron en su momento los teóricos del totalitarismo penal (concepción puramente subjetiva), sino que está necesariamente ligado a una realidad externa¹¹³, que no es otra que la afectación al bien jurídico.

Debido a lo anterior, sostenemos que la criminalización debe ceder ante los casos de insignificancia, puesto que en éstos no se lesionan ni se ponen en peligro intereses fundamentales de la sociedad. Como afirma Vecchionacce, el legislador no debe correr el albur de sancionar conductas que no son expresión de sentimientos y valores colocados en la cima de la estimativa social y política en un determinado momento; lo contrario, sería censurable y constitutivo de un acto arbitrario¹¹⁴.

¹¹³ G. Bettiol: “Instituciones...” *op. cit.*, p. 73.

¹¹⁴ F. Vecchionacce: “Los principios...” *op. cit.*, p. 155.

VII. Principio de humanidad

Este principio tiene como basamento la dignidad del individuo, y constituye un escudo contra las penas crueles, brutales e inhumanas (por ejemplo, pena de muerte, lapidación, amputación de miembros, marcas en el cuerpo, torturas, penas perpetuas, etc.)¹¹⁵. Tal como lo señala Zaffaroni, el principio de humanidad “...*impone la exclusión de toda crueldad inusitada*”¹¹⁶. Su materialización en la actualidad puede palparse en la sustitución de penas privativas de libertad por otras penas menos lesivas, como la multa o el trabajo en beneficio de la comunidad¹¹⁷.

Incluso, Beccaria sostuvo en su época, que las penas crueles son innecesarias en orden a la prevención de los delitos. Dicho autor abogó por una legislación suave, pero efectiva en su aplicación¹¹⁸, en los siguientes términos:

“No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres; y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza, aumentan su fuerza”.

En otras oportunidades hemos afirmado que la base constitucional de este principio se encuentra reconocido, en primer lugar, en el artículo 43 de la Constitución, en el cual se prohíbe expresamente el establecimiento legal y la aplicación de la pena de muerte¹¹⁹, y que igualmente, este principio está reconocido en el artículo 44.3 *eiusdem*, según el cual están prohibidas las penas perpetuas o infamantes, así como las superiores a treinta años¹²⁰; así como también que este principio fue recogido en el artículo 46.1 del Texto Constitucional, cuyo enunciado dispone que ninguna persona puede ser

¹¹⁵ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁶ E. Zaffaroni: “Manual...” *ob. cit.*, p. 112.

¹¹⁷ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁸ C. Beccaria: “De los delitos...” *op. cit.*, p. 79.

¹¹⁹ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 33.

¹²⁰ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 33.

sometida a penas crueles, inhumanas o degradantes¹²¹. A nivel legal, este principio se encuentra previsto en el artículo 538 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En nuestro criterio, los alcances de este principio se extienden a la fase de ejecución de la pena¹²². Ello lo deducimos de los artículos 46 (numerales 1 y 2) y 272 de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, los cuales establecen disposiciones expresas en el sentido de que las penas y medidas de seguridad a imponer por un hecho delictivo, respeten de manera absoluta la dignidad de la persona humana¹²³.

Sin embargo, en su sentencia nro. 2.255, del 13 de noviembre de 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al evaluar la constitucionalidad del artículo 436 del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 915, del 30 de junio de 1964, que establecía una atenuación de la pena en el delito de aborto honoris causa, consideró que dicha norma penal no era contraria a los derechos a la vida y al honor, reconocidos en los artículos 43 y 60 de la Constitución, respectivamente. Al respecto, la Sala afirmó lo siguiente:

“Los derechos constitucionales a la vida, al honor y a la no discriminación, están dirigidos a tutelar bienes jurídicos específicos, de manera que, quien atente contra ellos, indefectiblemente que su acto debe ser cuestionado y, dependiendo del caso, sancionado por el sistema jurídico venezolano.

En tal sentido, el aborto, entendido según Carrara como la muerte dolosa del feto en el útero, o la violenta expulsión del útero que causa la muerte del feto, está contemplado en el artículo 432 y siguientes del Código Penal, incluido como uno de los delitos contra las personas, pues, para nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo expone el jurista venezolano Héctor Febres Cordero, “(...) el ser humano tiene autonomía biológico-jurídica desde su concepción, y por consiguiente, se reconoce el derecho que tiene el feto a la vida (...)” (Curso de Derecho Penal. Parte Especial; Tomo II, página 259).

Partiendo de lo anterior, nuestra legislación ha establecido varios tipos básicos del delito de aborto; a saber, el procurado -artículo 432-, el provocado -artículo 433-, el

¹²¹ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 34.

¹²² J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 34.

¹²³ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 34.

sufrido -artículo 434-, el agravado -artículo 435-, el justificado o terapéutico -artículo 435, último aparte- y el atenuado u honoris causa -artículo 436-, éste último recurrido en nulidad.

Así, el aborto honoris causa es una atenuante específica del delito de aborto, que, como toda atenuación, obedece a causas eminentemente subjetivas que modifican la aplicación de la pena, lo cual no quiere decir que desaparezca con ello la punibilidad del acto, ya que éste no deja de ser antijurídico, sino que, simplemente, la ley, para medir el grado de culpabilidad de un hecho punible debe atender a las causas determinantes de éste, y sancionar la conducta con mayor o menor rigidez según lo reprochable de las indicadas causas.

En el caso de autos, la atenuante, es decir, la preservación del honor o la honra de la persona, está emparentada directamente con el grado de intolerancia social, por lo que la ley reconoce el poder que ella puede ejercer sobre la conciencia del agente, y aunque ciertamente, tal supuesto en modo alguno puede ser justificativo de la conducta delictiva, no se debe negar que la sociedad rechaza y deshonra a la mujer cuando se conoce su proceder.

De manera que, la razón de la atenuante se encuentra en la conveniencia de ser benignos con la mujer que se encuentra entre el sentimiento de maternidad y el desprecio público, optando por el delito en aras de conservar su honra, por lo cual, “(...) si la Ley castigara con todo su rigor a la culpable, sin tener en cuenta su estado, sería despiadada; y si la declarase exenta de pena, sería injusta. Por eso, entre ambos extremos, llega a una transacción que concilia las exigencias del derecho estricto y de la moral con la mitigación de la pena” (Héctor Febres-Cordero. Vid. Ob. Cit.).

De allí que, esta Sala considera que la norma contenida en el artículo 436 del Código Penal no transgrede los derechos constitucionales aludidos, dado que, con dicho dispositivo normativo no se desatiende el derecho constitucional a la vida o “al honor y a la no discriminación” del feto, sino que la ley, obedeciendo a circunstancias sociales, atenúa la pena para no mantenerse indiferente a la realidad existente,

razón por la cual, declara sin lugar el recurso de nulidad interpuesto contra el aludido dispositivo normativo”.

En cualquier caso, estará viciada de inconstitucionalidad la norma que establezca la pena de muerte, o una pena que implique una crueldad inusitada contra la integridad personal (por ejemplo, la amputación de miembros, las marcas en la piel, etc.), o una pena perpetua o que exceda los treinta años de duración¹²⁴. Asimismo, será inconstitucional la norma (sustantiva o procesal) referida a la ejecución de la pena, cuando no sea respetuosa de este principio¹²⁵.

VIII. Principio de proporcionalidad

Para la imposición del castigo no basta que la persona a quien se le impute la realización de un hecho punible haya sido declarada culpable, sino que también resulta imprescindible que la estimación y graduación de la pena que deba imponerse, responda al parámetro de la gravedad de la lesión¹²⁶. Según Mir Puig, el principio de proporcionalidad implica que la pena sea proporcional al delito, y que la medida de la proporcionalidad sea establecida con base en la dañosidad social del hecho¹²⁷. Este principio penal está reconocido expresamente en el artículo 539 de la vigente Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Un antecedente importante del principio de proporcionalidad en la historia de las ideas penales, lo ubicamos en la obra de Beccaria¹²⁸, quien al respecto señalaba:

“No es sólo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan a la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los

¹²⁴ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 34.

¹²⁵ J. Núñez: “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 34.

¹²⁶ Jorge Enrique Núñez: “Incidencias del principio de proporcionalidad en la individualización de la pena.” *Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas (CE-NIPEC)*. N° 27. Mérida. Universidad de los Andes. 2010, p. 171.

¹²⁷ S. Mir Puig: “Derecho Penal...” *op. cit.*, p. 100. En este mismo sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 940, del 21 de mayo de 2007, estableció al respecto lo siguiente: “Para el derecho penal moderno, es importante que toda pena no sea excesiva, es decir, que no sea abusiva y desmesurada; y ello responde a una exigencia de la justicia, así como de la política criminal. Esa exigencia, no sólo comprende a las penas principales o corporales, sino también debe incluir a las penas accesorias y no corporales, toda vez que todas ellas son consecuencias jurídicas del delito”.

¹²⁸ C. Beccaria: “De los delitos...” *op. cit.* pp. 39, 42.

estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas...

(...)

Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no confrontarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja”.

Este principio constituye un límite básico al legislador penal. La Sala de Casación Penal, en su sentencia nro. 070, del 26 de febrero de 2003, hizo unas consideraciones sobre su contenido y alcances, e incluso, afirmó que su anclaje se encuentra en los artículos 2, 19, 20 y 26 de la Constitución, indicando al respecto lo siguiente:

“El principio de la proporcionalidad de las penas es clásico dentro del derecho penal y viene consagrado universalmente desde el siglo XVIII. La mayoría de las constituciones del mundo lo acogen como formando parte del concepto de la equidad y de la justicia.

César Beccaria en su clásica obra ‘De los Delitos y de las Penas’, publicada por primera vez en 1764, ya señalaba la necesidad de la exacta distribución de las penas, teniendo éstas que estar proporcionadas de acuerdo al daño social que el delito haya ocasionado ‘vi debe essere una proporzione fra i delitti e le pene’.

Montesquieu, también en su clásica obra ‘Del espíritu de las leyes’, se refiere a la necesidad de la proporcionalidad que debe existir entre el daño ocasionado por el delito y la pena que ha de aplicar el Estado: ‘la libertad es favorecida por la naturaleza de las penas y su proporción’.

Pero el antecedente más remoto y que ha servido de inspiración a todos los ordenamientos jurídicos es el clásico aforismo latino, de cómo ULPIANO define la justicia ‘Justicia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi’.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en varias disposiciones, donde se hace referencia la justicia se acoge el principio de la proporcionalidad: en el artículo 2, cuando se refiere a que ‘Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...’ El concepto de Justicia está inspirado en todas

las Constituciones del Mundo en la ya señalada clásica definición de lo que se entiende por Justicia, en donde aparece como elemento indispensable el principio de la proporcionalidad como un elemento supra constitucional reconocido universalmente; en los artículos 19 y 20 donde se garantiza el goce y ejercicio de los derechos humanos, en su más amplia concepción conforme a éste último artículo, siendo precisamente el principio de la proporcionalidad un derecho inherente a la persona humana; en el artículo 26, donde se señala expresamente: ‘el Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita...’ La equidad es sinónimo de Justicia que en su concepto más acabado y en sentido distributivo le da a cada cual lo que le corresponde acude al principio de la proporcionalidad en la forma de repartirse las recompensas y los castigos.

En las leyes penales y en especial en nuestro Código Penal, el principio de la proporcionalidad rige en las disposiciones referentes a los títulos: III de la aplicación de las penas; IV de la conversión y conmutación de penas; V de la responsabilidad penal y la circunstancias que la extinguen, atenúan y agravan; así mismo en la parte especial en relación a las penas aplicables a ciertos delitos...”.

Enmarcando el principio de proporcionalidad en una perspectiva más afín a la protección de los derechos humanos, podemos señalar, siguiendo a Baratta, que sólo las violaciones graves de éstos pueden ser objeto de sanciones penales, debiendo ser la pena proporcional al daño social ocasionado por dichas violaciones¹²⁹.

No obstante la validez de las anteriores aproximaciones conceptuales al principio de proporcionalidad, la pregunta de ¿cuánta pena? que obedece al aforismo *poena debet commensurari delicto*, sigue aún sin una respuesta acabada, siendo que esta situación ha sido una constante en el transcurso de la historia de las ideas penales¹³⁰, ello por las dificultades que se presentan al momento de articular unos parámetros concretos y sólidos que permitan establecer y graduar de manera uniforme la pena que debe corresponder a cada delito¹³¹.

¹²⁹ A. Baratta: “Principios...” *op. cit.* p. 309.

¹³⁰ J. Núñez. “Incidencias...” *op. cit.* p. 171.

¹³¹ J. Núñez. “Incidencias...” *op. cit.* p. 171. Sobre este particular, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 812, del 11 de mayo de 2005, estableció unos parámetros generales para estimar cuándo una pena es

Según Velásquez, la razón de esto último obedece a que el principio de proporcionalidad posee una naturaleza relativa, ya que del mismo no se derivan prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso concreto, implicando el mismo un juicio de ponderación entre la pena y el fin que con ésta se pretende alcanzar, de allí que se diga que es un principio relacional, ya que implica la comparación de dos magnitudes, concretamente, con él se examina la legitimidad de los medios a la luz del fin perseguido¹³². Tal como enseña Ferrajoli, de ese nexos legal existente entre la sanción y el ilícito penal, se deriva la exigencia de que la elección de la calidad y cantidad de la primera por el legislador, se haga en atención a la gravedad y la naturaleza del segundo¹³³.

Para ilustrar de una manera más diáfana cuáles son las implicaciones y el contenido del principio de proporcionalidad, debe partirse de la siguiente idea: La libertad es un valor fundamental del ordenamiento jurídico venezolano, y a su vez constituye un derecho fundamental¹³⁴. Ahora bien, el Estado tiene el deber de asegurar el máximo nivel de libertad y bienestar de sus ciudadanos, protegiendo los bienes jurídicos de estos frente a las agresiones más lesivas¹³⁵. Para tal función, debe acudir a mecanismos coactivos, concretamente, los medios de control social formal, entre los cuales se encuentra la legislación penal, la cual impacta de la manera más sensible la esfera de libertades de los sujetos¹³⁶. La cuestión radica entonces, tal como lo ha señalado la Sala

proporcional, en el siguiente modo: *“La regla general es la que la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad, al daño causado, a la gravedad del acto y a las circunstancias del hecho y del autor”*.

¹³² F. Velásquez: *“Manual...”* op. cit., p. 36.

¹³³ L. Ferrajoli: *“Derecho y razón...”* op. cit. p. 398.

¹³⁴ J. Núñez: *“Incidencias...”* op. cit. p. 172.

¹³⁵ J. Núñez: *“Incidencias...”* op. cit. p. 172. Sobre la función protectora de bienes jurídicos que cumple el Derecho Penal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 915, del 20 de mayo de 2005, afirmó lo siguiente: *“...entendiendo que el sistema político y jurídico venezolano parte de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal en Venezuela estaría llamado a materializar una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure el funcionamiento satisfactorio de ésta, a través de la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Lo anterior acarrea la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten contra dichos bienes jurídicos...”*.

¹³⁶ J. Núñez: *“Incidencias...”* op. cit. p. 172. Sobre este aspecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 1.632, del 2 de noviembre de 2011, estableció lo siguiente: *“... la existencia y ejercicio de este poder punitivo que se ejerce a través del Derecho Penal, genera una tensión entre los derechos de los ciudadanos y el interés del Estado por motorizar su reacción frente a la infracción de los mandatos y prohibiciones contemplados en la ley penal. En efecto, la aplicación del Derecho Penal, y concretamente, la actividad de persecución penal del Estado, afecta de la forma más sensible a los bienes primarios de todo ser humano (por ejemplo, la libertad), imprescindibles para pensar en otros derechos cuyo ejercicio garantiza la Constitución*

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en proteger las libertades de los ciudadanos, utilizando al mínimo posible el Derecho penal, ello en virtud de esta aflicción que ocasiona a las libertades; en otras palabras, debe obtenerse el mayor grado de libertad y bienestar de los ciudadanos utilizando al mínimo posible la actividad punitiva¹³⁷.

Un amplio sector de la doctrina sostiene que, según el principio *pro libertate*, no será legítima la intervención penal, si ésta no es necesaria para conseguir el mayor grado de libertad posible. Es por ello, como lo afirma Carbonell, que toda la actividad punitiva del Estado deba ser interpretada a la luz del principio *restringenda sunt odiosa*, según el cual cualquier restricción de la libertad es odiosa, de allí que haya que imponer las menores restricciones posibles¹³⁸.

En este contexto, se cristaliza la idea de un Derecho penal mínimo, siendo Ferrajoli uno de sus máximos exponentes. Según esta concepción, debe lograrse el máximo bienestar posible de los no desviados, causando el mínimo malestar necesario a los desviados¹³⁹. A mayor abundamiento, el referido autor italiano expone que el Derecho penal tiene dos funciones esenciales, la prevención general a través de las prohibiciones penales, las cuales están dirigidas a tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos contra las agresiones por parte de otros miembros de la sociedad, y la prevención general de las penas arbitrarias y desproporcionadas, estando ambos fines en relación de conflicto¹⁴⁰. Por tanto, según este autor, el Derecho penal mínimo sería el estrictamente necesario para lograr la máxima tutela de bienes jurídicos, y por ende, para asegurar las libertades de los ciudadanos que no han delinquido, a través de los mínimos ataques a las libertades de los ciudadanos que han cometido delito.

El principio de proporcionalidad, en palabras de Velásquez, se encuentra integrado por una serie de criterios o herramientas a través de las cuales se puede sopesar y medir la licitud de todo género de límites de naturaleza normativa de las libertades, así como todo tipo de interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan el ejercicio de aquéllas¹⁴¹.

Esos parámetros integrados en el principio de proporcionalidad y que operan al momento del análisis de la constitucionalidad de la Ley penal, son

de la República Bolivariana de Venezuela, debiéndose resaltar que esa restricción de bienes o derechos generada por la sanción penal, se encuentra autorizada en el propio texto de aquélla, previo cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos, suministrados por la ciencia del Derecho Penal..."

¹³⁷ Sentencia nro. 4, del 7 de febrero de 2012, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

¹³⁸ J. Carbonell: "*Derecho penal...*" *op. cit.*, p. 200.

¹³⁹ L. Ferrajoli: "*Derecho y razón*" *op. cit.*, p. 332.

¹⁴⁰ L. Ferrajoli: "*Derecho y razón*" *op. cit.*, p. 334.

¹⁴¹ F. Velásquez: "*Manual...*" *op. cit.*, p. 36.

fundamentalmente tres: A. El subprincipio de adecuación; B. El subprincipio de necesidad; y C. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

A. Adecuación

Según este primer subprincipio, también denominado principio de razonabilidad o de idoneidad, debe afirmarse que éste implica, en líneas generales, que toda limitación a un derecho debe ser adecuada con relación a un fin que sea constitucionalmente legítimo¹⁴². En clave jurídico penal esto significa la pena sólo puede legitimarse a través de la protección de bienes jurídicos socialmente valiosos (es así que se relacionan los bienes jurídicos con los Derechos Humanos), concretamente, sólo las necesidades sociales imperiosas justifican la aplicación de la pena¹⁴³. De este modo, una pena que no sea adecuada o idónea, tanto cuantitativa como cualitativamente, para prevenir la lesión o puesta en peligros de bienes jurídicos, será una pena ilegítima¹⁴⁴.

B. Necesidad

En atención a este segundo subprincipio, toda limitación idónea de un derecho debe ser la más benigna para ese derecho¹⁴⁵. A mayor abundamiento, y en palabras de Bernal Pulido, dicho subprincipio impone que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para coadyuvar a alcanzar el fin propuesto¹⁴⁶.

Es el caso, que el Derecho penal es la respuesta más violenta del sistema con relación a los conflictos interpersonales, razón por la cual debe ser la última solución a aplicar¹⁴⁷. Aquí se aprecia el carácter subsidiario del sistema penal, en razón del cual este último debe ser la última razón o la última opción del Estado

¹⁴² Rafael de Asís: *El Juez y la motivación en el Derecho*. Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid-Editorial *dykinson*. 2005, p. 112. Según esta definición, del sub-principio de *adecuación* se derivan dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales, a saber: a) que dicha medida persiga un fin constitucionalmente legítimo; y b) que la misma sea idónea para favorecer su obtención.

¹⁴³ J. Rosell: "*El Estado...*" *op. cit.*, p. 57.

¹⁴⁴ J. Núñez: "*Incidencias...*". *op. cit.* p. 174.

¹⁴⁵ R. de Asís: "*El Juez y la motivación...*" *op. cit.*, p. 112.

¹⁴⁶ Carlos Bernal Pulido: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005, p. 736. En el mismo sentido, Espinoza afirma que entre varios medios igualmente eficaces, debe preferirse a aquél que ocasione menor perjuicio (ver Alexander Espinoza Rausseo: *Principios de Derecho Constitucional*. Caracas. Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 42.

¹⁴⁷ J. Rosell: "*El Estado...*" *op. cit.*, p. 58.

para resolver el asunto planteado, antes de recurrir a otras vías aportadas por las demás ramas del ordenamiento jurídico¹⁴⁸.

Esta tesis fue acogida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia nro. 1.676, del 3 de agosto de 2007, en la cual estableció lo siguiente:

“Lo anterior no es otra cosa que la aplicación directa, por parte de esta Sala Constitucional, del principio de intervención mínima del Derecho penal y, concretamente, del principio de subsidiariedad, en virtud del cual el Derecho penal ha de ser la ultima ratio, es decir, el último recurso que se debe emplear a falta de otros mecanismos menos lesivos, como son los establecidos en el Derecho civil, en el Derecho mercantil y en el Derecho administrativo.

*Debe afirmarse que el principio de intervención mínima se desprende del modelo de Estado social consagrado en el artículo 2 del Texto Constitucional, siendo uno de sus rasgos fundamentales la exigencia de **necesidad social de la intervención penal**. Así, 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”.*

De esta forma, la intervención penal no será necesaria cuando el bien jurídico pueda ser tutelado por otro mecanismo menos lesivo, o cuando ese bien jurídico no necesite tutela penal¹⁴⁹. En efecto, este principio se funde con el carácter de *última ratio* del Derecho penal. Con base en ello, resulta válido afirmar que la pena será necesaria cuando no pueda conseguirse el fin de la prohibición (protección de los bienes jurídicos) a través de medios menos dañinos y graves¹⁵⁰.

¹⁴⁸ J. Rosell: “*El Estado...*” *op. cit.*, p. 58.

¹⁴⁹ J. Carbonell: “*Derecho penal...*” *op. cit.*, p. 207.

¹⁵⁰ F. Velásquez: “*Manual...*” *op. cit.*, p. 37.

De modo tal, y siguiendo a Rosell, podemos afirmar que el legislador debe tomar en cuenta los postulados del Derecho penal mínimo, en el sentido de que sólo las necesidades sociales imperiosas legitiman la intervención penal¹⁵¹.

C. Proporcionalidad en sentido estricto

Este tercer subprincipio, también denominado principio de ponderación, establece la necesidad de que toda limitación idónea y necesaria de un derecho, supere el *test* de las ventajas y sacrificios, por lo cual sólo podrá ser restringido un derecho fundamental -en el caso del Derecho penal, la libertad personal- cuando las ventajas obtenidas con ella sean superiores a los sacrificios¹⁵², en el marco de los valores constitucionales¹⁵³. En otras palabras, la medida restrictiva adoptada debe estar justificada por la protección de un bien jurídico que es tanto o más importante que el afectado¹⁵⁴. En clave penal, esto significa la realización de una ponderación conjunta de la gravedad del hecho, del objeto de tutela y la consecuencia jurídica (pena)¹⁵⁵. Según un sector de la doctrina, la proporcionalidad debe ser determinada mediante la realización de un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y las finalidades que se buscan a través de la conminación penal, de forma que de tal ponderación pueda apreciarse si la medida adoptada (pena) resulta proporcional respecto al fin de defensa o tutela del bien jurídico. De este modo, la individualización de la pena deberá tener en cuenta la gravedad del injusto, la medida de la culpabilidad del agente, y las finalidades de prevención¹⁵⁶.

Esta tesis fue acogida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia nro. 387, del 1 de junio de 2017, para declarar la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 177.4 de la vigente Ley Orgánica de Drogas¹⁵⁷, por considerarlo violatorio del principio de proporcionalidad, en los siguientes términos:

¹⁵¹ J. Rosell: “*El Estado...*” *op. cit.*, p. 61. Este autor señala en este contexto, lo siguiente: “*Sin embargo debido al fetichismo del cual padece el legislador latinoamericano, en creencia de los efectos mágicos de la ley sobre realidades no deseables, priva al contrario del derecho penal mínimo una desmesurada penalización de conductas que inflama al sistema, y contrario de lo que se quiere, lo hace ineficaz*”.

¹⁵² En esta misma línea de criterio, Bernal sostiene que el sub-principio de *proporcionalidad en sentido estricto* significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que dicha intervención implica para los titulares de ese derecho y para la sociedad en general (Bernal: “*El principio...*” *op. cit.*, p. 760).

¹⁵³ R. de Asís: “*El Juez y la motivación...*” *op. cit.*, p. 112.

¹⁵⁴ A. Espinoza: “*Principios...*” *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁵ J. Carbonell: “*Derecho penal...*” *op. cit.*, p. 210.

¹⁵⁶ F. Velásquez: “*Manual...*” *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁷ Gaceta Oficial nro. 39.546, del 5 de noviembre de 2010.

“Tal y como se dijo supra, los delitos vinculados a las drogas no poseen una magnitud de daño generalizable, pues cada delito posee elementos individualizantes en cuanto al daño causado, a diferencia de delitos como el homicidio que siempre tendrán como consecuencia la muerte de un tercero.

Por ello, debemos tener en consideración el principio de proporcionalidad, el cual indica que la gravedad de la pena o de las medidas de seguridad debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente. (MIR PUIG, Santiago, Introducción a las Bases del Derecho Penal, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 141).

Para establecer que una pena es proporcional al delito cometido, hay que ver dicha sanción a la luz de los requisitos de: 1) necesidad, 2) adecuación al fin propuesto y; 3) proporcionalidad en sentido estricto. (CORREA DE CARVALHO, José Theodoro. El Delito de Tráfico de Drogas y el Principio de Proporcionalidad)”.

La sentencia antes transcrita denota que dentro de la labor hermenéutica del Juez Constitucional, debe incardinarse la implementación del principio de proporcionalidad, con todas sus implicaciones. En efecto, dicho principio, siguiendo la clasificación efectuada por Donini, es susceptible de ser calificado como un principio de dirección política o argumentativo, ya que el mismo no puede ser utilizado de forma aislada, es decir, sin el auxilio de otros principios o normas que también se denuncien como vulnerados. En este sentido, tal principio sirve para argumentar, pero sólo cuando dicha argumentación se hace en conjunto con otros principios¹⁵⁸. Para que el órgano de la jurisdicción constitucional encargado del control (concentrado o difuso) de la Ley penal, pueda declarar la inconstitucionalidad de ésta por vulneración del precitado principio, debe adminicular el principio de proporcionalidad con otros principios, como son, por ejemplo, el principio de legalidad y el principio de culpabilidad, entre otros.

Así lo hemos sostenido en otras oportunidades¹⁵⁹, en los siguientes términos:

¹⁵⁸ Massimo Donini: “Jueces y democracia...” *op. cit.*, p. 410.

¹⁵⁹ Jorge Enrique Núñez: El principio de proporcionalidad y el proceso penal. *De nuevo sobre los principios. XI Jornadas de Derecho procesal penal*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. 2008, p. 5.

“... el principio de proporcionalidad de la respuesta punitiva se encuentra asociado, tal como lo señala ROSALES, con el principio de legalidad, ya que a través de este último se diseña el abanico de conductas prohibidas y las penas que les corresponden, con base en el grado de afectación del bien jurídico; con el principio de culpabilidad, ya que la graduación de la pena se efectúa según haya sido el aporte subjetivo en el injusto; y con el Derecho Penal del acto, ya que la medida de la pena depende de la intensidad de la contribución fáctica en la realización del injusto típico. Por tanto, la medida de la respuesta punitiva dependerá del grado del aporte objetivo y subjetivo del sujeto en el injusto, debiendo existir entre ambos un nexo de correspondencia proporcional”.

Por todo lo antes expuesto, consideramos que toda sanción penal que no se ajuste a las exigencias del principio de proporcionalidad, será a todas luces contraria a la Constitución, y así deberá declararlo el órgano jurisdiccional correspondiente.

Así, por ejemplo, es contraria al principio de proporcionalidad, la pena prevista en el artículo 20 de la Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia¹⁶⁰, para el delito de promoción o incitación al odio. En dicha norma se castiga con prisión de diez a veinte años, a quien despliegue la siguiente conducta:

“Quien públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública fomente, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia contra una persona o conjunto de personas, en razón de su pertenencia real o presunta a determinado grupo social, étnico, religioso, político, de orientación sexual, de identidad de género, de expresión de género o cualquier otro motivo discriminatorio...”.

Del análisis detallado de la norma penal transcrita, se evidencia que la sanción que acarrea la realización de la conducta en ella prohibida, no supera, en modo alguno, el juicio de proporcionalidad, a la luz de los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En este sentido, no existe correspondencia entre el bien jurídico definido en los artículos 1 y 3 de la precitada Ley (diversidad, tolerancia, respeto recíproco, paz, convivencia pacífica y tranquilidad pública), con una pena restrictiva de la libertad personal que puede alcanzar los veinte años de duración (esta última no es necesaria ni mucho menos proporcionada en sentido estricto, respecto a la tutela del antes

¹⁶⁰ Gaceta Oficial nro. 41.276, del 10 de noviembre de 2017.

mencionado bien jurídico). En la práctica, el término medio de dicha sanción (quince años de restricción de la libertad personal), se asemeja, cuantitativamente, al término medio de la pena asignada al delito de homicidio intencional simple, previsto en el artículo 405 del Código Penal¹⁶¹. Ahora bien ¿puede pensarse de la misma manera a quien promueve o incita al odio, que a quien mata intencionalmente a una persona? Apodóticamente la respuesta es no, puesto que el injusto que encierra la primera conducta (promover o incitar al odio), es muchísimo menor al de la segunda (matar dolosamente a otra persona). Una lesión a la diversidad, tolerancia, al respeto recíproco, a la paz, a la convivencia pacífica y la tranquilidad pública (bien jurídico del tipo penal de promoción o incitación al odio), nunca podrá ser de la misma gravedad que una afectación a la vida (bien jurídico del tipo penal de homicidio). Retumba así la sabia advertencia de Beccaria: “*Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no confrontarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja*”¹⁶².

Asimismo, Montesquieu¹⁶³ defendía, con especial ahínco, la justa proporción entre la pena y el crimen, resaltando la necesidad de que

“... las penas guarden la armonía que deben tener unas con otras; lo que importa es evitar más bien un delito mayor que otro menor, lo más dañoso para la sociedad que lo menos dañoso...”

(...)

... es un grave mal entre nosotros imponer la misma pena al salteador que roba en despoblado y al que roba y asesina. Evidentemente habría de establecerse alguna diferencia en la pena, por la seguridad pública”.

Por las razones antes expuestas, consideramos como violatoria del principio de proporcionalidad, a la pena asignada al delito contemplado en el artículo 20 de la Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica

¹⁶¹ Conforme a la regla dosimétrica prevista en el artículo 37 de Código Penal, si sumamos el límite inferior de la pena asignada al delito de promoción o incitación al odio (diez años) con su límite superior (veinte años), se obtiene como resultado treinta años de prisión, el cual, dividido a la mitad, da como resultado quince años de prisión. Ahora bien, si sumamos el límite inferior de la pena asignada al delito de homicidio intencional simple (doce años) con su límite superior, también obtenemos treinta años prisión, el cual, dividido entre dos, arroja como resultado quince años de prisión!

¹⁶² C. Beccaria: “*De los delitos...*” *op. cit.* p. 42.

¹⁶³ Carlos Luis de Secondat, Barón de la Brede y de Montesquieu: *Del espíritu de las leyes*. Décima segunda edición. México. Editorial Porrúa. 1998, p. 61.

y la Tolerancia, ya que dicha sanción no se corresponde, en modo alguno, con la gravedad del injusto intrínseco a esa figura punible.

IX. *El principio ne bis in idem*

El principio *ne bis in idem* también posee una gran relevancia para el análisis de la constitucionalidad de la Ley penal. Se encuentra recogido en el artículo 49.7 de la Constitución, el cual dispone que “*Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente*”.

Se trata de una prohibición, cuyo contenido puede sintetizarse de la siguiente forma: Nadie puede ser penado ni procesado dos veces por el mismo hecho y con el mismo fundamento¹⁶⁴.

Un antecedente importante de la implementación de este principio en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes penales, lo encontramos en la sentencia dictada, el 14 de octubre de 1997 (expediente nro. 0251), por la extinta Corte Suprema de Justicia -en Pleno-, en la cual se declaró la inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes, por considerarla contraria al entonces artículo 60.8 de la Constitución de 1961. En dicha sentencia, se estableció lo siguiente:

*“Así, en el literal g), antes reproducido, se cataloga como maleante a quien haya sido condenado dos o más veces por delitos contra la propiedad. Como hipótesis de trabajo, podría ocurrir que un sujeto, después de haber cumplido la pena correspondiente a tales delitos, fuera objeto de determinada medida de seguridad, la cual, como ya se señaló, es de contenido sancionatorio. Ello, a juicio de la Corte, resulta incompatible con lo dispuesto en el ordinal 8° del artículo 60 de la Constitución, en cuyo texto se establece: **“ARTICULO 60.-** La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia: 8° Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente”.*

La contrariedad con el ordinal 8° del artículo 60, deriva del hecho por el cual, entre las medidas de seguridad aplicables a quien haya sido condenado dos o más veces por delitos contra la propiedad, se encuentran aquellas que son privativas de la libertad. Podría ocurrir, y de hecho ocurre, que quien hubiese ya cumplido las condenas

¹⁶⁴ J. Núñez: “*El principio...*”. *op. cit.*, p. 213.

correspondientes a los delitos perpetrados, fuere luego objeto de medida de seguridad que le privase nuevamente de su libertad, con lo cual se vería burlada la mencionada disposición contenida en el ordinal 8° del artículo 60 del vigente estatuto constitucional venezolano. Así se incurre en flagrante violación del principio penal "Nullum Crimen Sine Lege" y también se sanciona por antecedentes, vulnerando el axioma universal de "Non bis in idem".

(...)

De la misma manera, de aplicarse medida de seguridad en el supuesto examinado, resultaría vulnerado lo dispuesto en el ordinal 8° ejusdem, pues se volvería a condenar -aun cuando no judicialmente- a un sujeto ya castigado, por los mismos hechos por los cuales le fue aplicada dicha condena. El mecanismo por el cual el procedimiento para la aplicación de la medida de seguridad no sea formalmente un juicio, no deja de ser óbice para considerar que, en realidad se está aplicando nuevamente determinada medida de contenido sancionatorio a quien ya cumplió su condena, lo cual es a todas luces inconstitucional. Así se declara”.

Ahora bien, desde una perspectiva material o sustantiva, el principio *ne bis in idem* implica que ninguna persona puede ser penada o castigada dos veces por el mismo hecho¹⁶⁵. Con ello se busca neutralizar cualquier pretensión de reiteración punitiva por parte del Estado, entendida como un doble reproche o gravamen punitivo en perjuicio del ciudadano mediante una duplicidad de sanciones¹⁶⁶.

Según Zaffaroni, este principio puede violentarse en las siguientes hipótesis:

A. Imposición acumulativa de sanciones administrativas y penales

Aun y cuando a las sanciones administrativas se les pretenda sustraer el carácter de pena, debe reconocerse que sí tienen tal carácter, ya que, al igual que las sanciones penales, importan un ejercicio del *ius puniendi* que implica un dolor o un sufrimiento para la persona, encontrándose su fundamento en las leyes penales latentes, es decir, aquéllas a través de las cuales el Estado pretende colar

¹⁶⁵ J. Núñez: “El principio...”. *op. cit.*, p. 214.

¹⁶⁶ J. Núñez: “El principio...”. *op. cit.*, p. 214.

de forma solapada el poder punitivo, a diferencia de las leyes penales manifiestas (por ejemplo, el Código Penal), en las cuales es ejercido de forma expresa¹⁶⁷.

Entonces, en aquellos casos en que una Ley establezca acumulativamente para la misma infracción: *a)* Dos sanciones penales; o *b)* Una sanción penal y una sanción administrativa; o *c)* Dos sanciones administrativas, se vulnerará el principio del *ne bis in idem*, y deberá, por ende, ser objeto del control concentrado o del control difuso de la constitucionalidad¹⁶⁸.

B. La reincidencia

La agravante de reincidencia, prevista en los artículos 100 y siguientes del Código Penal, es susceptible de ser considerada como violatoria de la prohibición de doble punición, toda vez que el *plus* de poder punitivo que ella implica, se fundamenta en un delito que ya ha sido penado¹⁶⁹. Es decir, ella habilita el ensanchamiento del poder punitivo, a través del aumento de pena, en razón de un hecho anterior por el cual el ciudadano ya ha sufrido los embates de aquél¹⁷⁰.

X. Principio de igualdad

Uno de los grandes aportes de la Constitución de 1999, es que no basta que se nos declare libres e iguales, sino también que, sustancialmente, el Estado tiene el deber de procurar esa libertad e igualdad, mediante la realización efectiva y material de los derechos fundamentales¹⁷¹. La base normativa de este principio, la encontramos en los artículos 2 y 21 (numerales 1 y 2) de la Carta Magna. Bajo este paradigma, deben tomarse en cuenta las condiciones sociales del sujeto a quien el sistema penal juzga¹⁷². Los aspectos antes relatados, tienen indudables incidencias en orden a la limitación del ejercicio del poder punitivo, y especialmente, el habilitado a través de la legislación penal.

En este sentido, la Sala Constitucional, en su sentencia nro. 266, del 17 de febrero de 2006, estableció que el principio de igualdad normativa constituye una interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, es decir, al órgano legislativo.

¹⁶⁷ E. Zaffaroni: “Manual...”, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁸ J. Núñez: “El principio...”, *op. cit.*, p. 218.

¹⁶⁹ E. Zaffaroni: “Manual...”, *op. cit.*, p. 769.

¹⁷⁰ E. Zaffaroni: “Manual...”, *op. cit.*, p. 769.

¹⁷¹ J. Rosell: “El Estado...”, *op. cit.*, p. 50.

¹⁷² J. Rosell: “El Estado...”, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

Asimismo, en dicha decisión se indicó expresamente, que la violación del principio de igualdad por una Ley, acarrea la declaratoria de inconstitucionalidad de ésta. Al respecto, la Sala indicó lo siguiente:

“... con especial referencia al principio de igualdad normativa, resulta necesario señalar que el mismo constituye un mecanismo de defensa en manos del ciudadano frente a las posibles discriminaciones que pudiera sufrir por obra del Poder Legislativo, e implica la prohibición de que en los principales actos de esta rama del poder público -a saber, en las leyes- se establezcan discriminaciones. Siendo así, el órgano legislativo se encuentra en la obligación de respetar el principio de igualdad, toda vez que su incumplimiento es susceptible de conllevar a la movilización del aparato de la justicia constitucional, a los fines de que sea emitido un pronunciamiento que apunte a catalogar como inconstitucional la ley correspondiente, sea en el caso concreto a través de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, o de forma abstracta mediante la motorización del control concentrado de la constitucionalidad”.

Tal como señalamos anteriormente, el principio de igualdad tiene una dilata relevancia en el ámbito del Derecho penal. Sobre ello, advierte Rosell que si en una democracia formal se parte de que todos somos iguales ante la Ley, sin embargo, en una democracia social, que debe considerar la interacción entre la sociedad y el individuo, se concluye que, desde una perspectiva realista, no todos somos iguales ante aquélla. Afirma dicho autor, que el sistema penal es altamente selectivo, apuntando su batería contra las capas sociales más débiles¹⁷³. Así, no se puede exigir igual deber jurídico a personas diferentes, y menos aun a personas que no tienen a su disposición las condiciones que les posibiliten cumplirlo¹⁷⁴. En atención a ello, el citado autor hace hincapié en el deber del legislador penal debe tomar en cuenta tal desigualdad, como sería, por ejemplo, ampliando los espacios para la aplicación del principio de oportunidad, y en consecuencia, dejando fuera aquellos hechos donde aparezca innecesaria la aplicación del poder punitivo del Estado¹⁷⁵.

En Venezuela, han sido varios los casos en que el Poder Judicial ha ejercido el control concentrado de la constitucionalidad sobre leyes penales, por considerarlas contrarias al principio de igualdad. Tenemos por ejemplo, la sentencia del 5 de marzo de 1980, dictada por la extinta Corte Suprema de

¹⁷³ J. Rosell: “*El Estado...*” *op. cit.*, p. 59.

¹⁷⁴ J. Rosell: “*El Estado...*” *op. cit.*, p. 60.

¹⁷⁵ J. Rosell: “*El Estado...*” *op. cit.*, p. 59.

Justicia -en Pleno-, en la cual se declaró la nulidad del artículo 421 del Código Penal vigente para ese momento¹⁷⁶, el cual le confería un tratamiento beneficioso al hombre considerado reo del delito de uxoricidio por causa de honor, no así a la mujer. Igualmente, otro precedente importante en esta materia es el establecido en la sentencia dictada por ese mismo órgano judicial el 29 de junio de 1999, mediante la cual se declaró la nulidad parcial por inconstitucionalidad del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal vigente para ese momento¹⁷⁷, que condicionaba la procedencia de la imdenización civil en los casos de seducción, violación o rapto, a que la víctima fuere soltera o viuda, y en todo caso, honesta. En criterio de la Corte Suprema de Justicia, esta disposición del Código Penal también era contraria al principio de igualdad.

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia nro. 738, del 11 de agosto de 2016 declaró nulos los artículos 394 y 395 del vigente Código Penal¹⁷⁸, que penalizaban el adulterio. En este último fallo, la Sala estimó que tales normas penales eran repugnantes a los principios de igualdad, no discriminación y dignidad humana, puesto que el tratamiento penal dispensado al hombre adúltero era más beneficioso que el previsto para la mujer adúltera.

En definitiva, toda Ley penal que irrespete el contenido del principio de igualdad, será ilegítima, y por tanto, procederá su declaratoria de nulidad, por vía del control concentrado o el control difuso, según sea el caso.

XI. La prohibición de la pena de extrañamiento del territorio de la República

Por último, y no menos importante, tenemos el principio reconocido en el artículo 50 (único aparte) de la Constitución, el cual proscribía la pena de extrañamiento del territorio de la República. Dicha disposición indica, textualmente, lo siguiente: “*Ningún acto del Poder Público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos o venezolanas*”. Dentro de la noción de “acto del Poder Público” están comprendidos, lógicamente, las leyes dictadas por la Asamblea Nacional.

Ahora bien, debe recalcarse que, desde el punto de vista subjetivo, tal prohibición protege, única y exclusivamente, a los ciudadanos venezolanos. Por argumento a contrario, consideramos que sí serán conformes a la Constitución, las Leyes que dispongan la pena de extrañamiento del territorio nacional contra los extranjeros, por la comisión de algún hecho punible previsto en nuestra legislación penal. Así tenemos, por ejemplo, el artículo 178.2 de la vigente Ley

¹⁷⁶ Gaceta Oficial nro. 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964.

¹⁷⁷ Gaceta Oficial nro. 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964.

¹⁷⁸ Gaceta Oficial nro. 5.768 Extraordinario, del 13 de abril de 2005.

Orgánica de Drogas, cuyo texto establece la pena accesoria de expulsión del territorio nacional, cuando se trate de extranjeros o extranjeras, siendo que esta pena se ejecutará una vez que el reo haya cumplido la pena principal.

En consecuencia, será inconstitucional toda Ley que autorice la imposición de dicha pena (sea como principal o como accesoria) contra ciudadanos venezolanos. Por mayor razón, será inconstitucional toda decisión judicial o acto administrativo que viole la precitada prohibición.

XII. Conclusiones

Los principios del Derecho penal constituyen límites al legislador, y por tanto, al ejercicio del poder punitivo del Estado. Son principios de gran importancia en orden a evaluar la constitucionalidad de una Ley penal en sede de jurisdicción constitucional. La consolidación de tales aspectos, ha sido uno de los aportes de la Constitución de 1999.

Dentro del principio de legalidad se ubican la exigencia de reserva legal, según la cual los delitos, faltas y penas sólo pueden crearse mediante una Ley dictada por el Poder Legislativo Nacional, y concretamente, mediante Ley orgánica. Las normas en blanco serán inconstitucionales, cuando la norma remitida posea rango sublegal. El subprincipio de irretroactividad impide la aplicación de la Ley penal a hechos cometido con anterioridad a su entrada en vigencia, salvo que beneficie al reo. Por último, el mandato de taxatividad demanda que la descripción de las figuras punibles en la Ley debe ser lo más clara posible, impidiendo también la utilización de la analogía en perjuicio del reo. Sin embargo, la analogía *pro reo* no está reñida con este último subprincipio. Un ejemplo de ello, es la legítima defensa de terceros.

Otro principio fundamental es el de culpabilidad, que a su vez contiene una serie de implicaciones, a saber, la responsabilidad por el hecho, la intrascendencia de la pena, la exigencia de dolo y culpa y la garantía de imputación personal. El artículo 3 de la vigente Ley Penal del Ambiente es contrario al principio de culpabilidad, y por tanto, inconstitucional. Lo mismo cabe afirmar respecto de la agravante de reincidencia prevista en los artículos 100 y siguientes del Código Penal.

El principio de lesividad significa que sólo es legítimo el castigo de conductas que afecten gravemente bienes jurídicos. En razón de éste, los casos de insignificancia no deben ser punibles.

El principio de humanidad proscribe el establecimiento de penas crueles, inhumanas o degradantes, entre las cuales se cuentan la pena de muerte, la cadena perpetua, las penas privativas que excedan los treinta años de duración, así como la lapidación, amputación de miembros y marcas en la piel, entre otras. Este principio se extiende a la fase de ejecución de la pena.

Constitución y principios penales: los límites al legislador en la creación de los hechos punibles y las penas

El principio de proporcionalidad exige que la pena sea proporcional a la gravedad del hecho, para lo cual debe apelarse a los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La pena asignada al delito de promoción o incitación al odio, previsto y sancionado en el artículo 20 de la Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia, viola el principio de proporcionalidad, y por tanto, es inconstitucional.

El principio *ne bis in idem* se traduce en que nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho. La agravante de reincidencia también viola este principio.

Otro principio de suma importancia para la limitación del poder punitivo es el de igualdad, el cual obliga al legislador a reconocer la selectividad del sistema penal, al momento de definir los hechos punibles y las penas.

Por último, y no menos importante, está la prohibición de la pena de extrañamiento del territorio nacional. Este principio sólo protege a los ciudadanos venezolanos, no a los extranjeros.