

PROF. JORGE ROSELL SENHENN. LA CONSTITUCIÓN DEL 99 Y LA NEGACIÓN DE DOGMAS POSITIVISTAS. 221-241. REVISTA CENIPEC. 33. 2018-2021. ESPECIAL. ISSN: 0798-9202

PROF. JORGE ROSELL SENHENNN

**LA CONSTITUCIÓN DEL 99 Y LA NEGACIÓN
DE DOGMAS POSITIVISTAS**

Recepción: 24/03/2022.

Aceptación: 09/05/2022.

Prof. Jorge Rosell Senhenn
jolerosen@yahoo.com
UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA EXPERIMENTAL LIBERTADOR
BARQUISIMETO-VENEZUELA

Resumen

Con este trabajo se propone poner de relieve las implicaciones del nuevo marco constitucional en orden a la administración de justicia penal. Se trata de advertir las injusticias a las cuales conlleva la aplicación de la ley penal desde una visión anclada en el positivismo jurídico, en la que la norma acaba aplicándose sin tener en cuenta las situaciones del caso concreto, en una concepción formal del principio de igualdad.

Palabras clave: positivismo jurídico, igualdad material, justicia penal.

The Constitution of 99 and the rejection of positivist dogmas

Abstract

This article highlights the implications of the new constitutional framework for the administration of criminal justice. It is argued that injustices arise when the criminal law is applied from the perspective of legal positivism, in which the norm is ultimately applied without taking into account the particularities of the case in hand, based on a formal concept of the principle of equality.

Key words: legal positivism, material equality, criminal justice.

La Constitution de 1999 et la négation de dogmes positivistes

Résumé

Ce texte propose de mettre en évidence les implications du nouveau cadre constitutionnel ajusté à l'administration de la justice pénale. Il s'agit de s'apercevoir des injustices qui résultent de l'application de la loi pénale dans une perspective ancrée dans le positivisme juridique, où la norme finit par s'appliquer sans tenir compte des situations du cas concret, dans une conception formelle du principe d'égalité.

Mots clés: positivisme juridique, égalité matérielle, justice pénale.

A Constituição de 99 e a negação de dogmas positivistas

Resumo

Propõe-se neste trabalho, colocar em relevo as implicações do novo marco constitucional em relação à administração de justiça penal. Trata-se de advertir sobre as injustiças em que se incorre com a aplicação da lei penal desde um olhar ancorado no positivismo jurídico, no qual a norma acaba sendo aplicada sem considerar as situações do caso em concreto, em uma concepção formal do princípio de igualdade.

Palavras chave: positivismo jurídico, igualdade material, justiça penal.

1.- Introducción

El propósito de este trabajo es demostrar como la Constitución de 1999 desarticula al sistema jurídico venezolano de la tesis positivista o formalista. Es conocido como el diseño curricular de las Escuelas de Derecho todavía está anclado en esta corriente del pensamiento jurídico: plenitud hermética del sistema y por tanto todos los derechos exigibles están previstos en la ley a la cual no puede agregársele nuevos elementos; privilegio de las formas jurídicas sobre la realidad; aplicación de la ley a todos por igual; obligatorio cumplimiento sin excepción de las normas creadas por el órgano competente del Estado; interpretación unívoca del texto legal; neutralidad en la interpretación del sistema normativo y por tanto función neutral del juez.

El problema que crea la tesis positivista-formalista no radica en el contenido de algunos de estos lineamientos teóricos, sino en la cerrazón dogmática de no admitir excepciones. Por ejemplo, sabemos que en principio los derechos del ciudadano están previstos en la ley, pero esto no significa que no podamos precisar otros derechos extra legem o bien que a todos debe ser aplicada la ley por igual, sin embargo, existen situaciones sociales a examinar por las cuales debe desecharse tal principio. La negación dentro del sistema jurídico venezolano de éstas dos ideas de raíz positivista, puede ser verificada como mandato constitucional en los artículos 22 y segundo aparte del artículo 21, como más adelante se desarrollará.

Lo primero a examinar será la separación de dos valores según el artículo 2 de la Constitución: Derecho y Justicia. Confundidos en la máxima positivista-formalista de que la realización de la ley es la justicia, impide ver la realidad de normas jurídicas inicuas, desfasadas socialmente. La disposición constitucional citada disuelve esta fusión, conjuntamente con el artículo 257.

La prevalencia de la realidad sobre las formas es otro acierto constitucional previsto en el numeral 1° del artículo 89, que da al traste con las pretensiones formalistas de invertir esta relación: la irracional máxima de ver la realidad a través de las formas, a través de la ley y no como lógicamente lo prevé dicha disposición de ver la ley a través de la realidad.

Por otra parte, se examinará como la máxima expresión de la tesis kelseniana de la plenitud hermética del sistema jurídico, es desvirtuada por los artículos 22 y 27 de la Constitución, como más adelante se comprobará.

La conseja positivista es que todos somos libres e iguales en una sociedad democrática, por lo que tenemos a nuestra orden el ejercicio de todos nuestros derechos y garantías, pero ignorando la desigualdad que significa el acceso a los bienes de subsistencia ¿Cómo podría un ser humano ejercer a cabalidad su derecho a expresarse libremente, a ejercer el derecho al libre tránsito o a alguna propiedad, a exigir un debido proceso o disfrutar de elegir o ser elegido, si está sumido en la miseria, en la pobreza crítica? ¿Es verdaderamente libre aquel que ni siquiera tiene como alimentarse y alimentar a sus hijos? Y si no es libre, como lo son otros en esta sociedad, ¿es igual a ellos?

Lo anterior no es una dramatización exagerada, sino el reconocimiento de una realidad que trata de demostrar la falsedad de lo pregonado por el formalismo, mediante el cual se nos declara a todos libres e iguales, haciendo caso omiso de que vivimos en una sociedad de graves desigualdades. Al contrario de lo afirmado por el positivismo las desigualdades sociales son reconocidas por el segundo aparte del artículo 21 de la Constitución. Como lo recomienda Alessandro Baratta con base a las alternativas de conducta a la orden del sujeto, a través del margen de oportunidades que tienen en sus vidas, es que se le aplicará el sistema legal: todos no somos iguales ante la ley. La gravísima contradicción entre ley y entorno social y su irrelevancia para la tesis positivista, es posible en el mundo de la legalidad al abstraemos de la realidad con base en los conceptos jurídicos a través de las formalidades.

2.- El cielo de los conceptos jurídicos

Como lo manifesté en la monografía "La Constitución de 1999, los Derechos Humanos y el Sistema Penal" (Rosell, 2003, 276), lo anterior hace venir a mi memoria algo leído hace años y escrito hace muchos más por Rudolph von Ihering (1818-1892), en el libro "Jurisprudencia en Broma y en Serio", citado por Recasens Siches, en el cual ironiza sobre este problema existente entre realidad y abstracción en un capítulo titulado "El Cielo de los Conceptos Jurídicos". Imagina el autor que había muerto, y en dicho cielo es recibido

por un ángel. Para burlarse magistralmente de los "teóricos", pone en boca del ángel custodia las siguientes palabras, ante el asombro expresado por Ihering, supuestamente fallecido, de que no se necesite aire, luz, ni nada terreno en el celestial lugar:

"Para nosotros el aire es como veneno. Precisamente nuestro cielo está en el último rincón del universo, para que no penetren ni el aire, ni los rayos del sol. Los conceptos no soportan el contacto con el mundo real. En el mundo de los conceptos que tienes ante ti, no existe más que el imperio de los pensamientos y conceptos abstractos... y repudian todo contacto con el mundo terrenal."

Ihering, aun siendo un destacado representante del liberalismo filosófico, continúa su sarcástica crítica de lo que para su época (y todavía ahora, siglo y medio después) era el Derecho para la mayoría de los "juristas", recordando un consejo que el ser celestial le ofrece como remedio de su mal terreno de recordar asuntos prácticos, para lo cual le recomienda beber un trago de las aguas del Leteo, pues en ese cielo como en el más allá de la mitología griega, existe una fuente similar, lo cual produce "...que se olvide todo lo que sean percepciones de la vida real". (Rescasens, 1973, 37).

Pues bien, todavía en este siglo XXI conseguimos "juristas" de quienes se podría burlar Ihering, imputándole una actitud parecida a la del ángel guardián del cielo de los Conceptos Jurídicos. Son estos "juristas" los que olvidan las desigualdades sociales, las diferencias reales, tratando de ocultarlas detrás de una igualdad y una libertad formales decretadas legalmente a través de mandatos abstractos y generales, como deben ser las normas jurídicas. Según esa tesis nuestra obligación como "juristas" sólo es conocer y estudiar las abstracciones, porque lo demás no tiene relevancia para el derecho. Este es el mandato formalista: ver la forma y no el contenido de la norma; este es el designio positivista: aplicar la norma mecánicamente olvidando en dicho proceso la axiología; este es el objetivo liberal: concretar el mandato legal en todos por igual, sin considerar las consecuencias sociales.

Las palabras imaginarias del ángel guardián son ideas que rechazan una realidad, para contentarse con dogmas, que no por ello dejan de constituirse

en falacias, o precisamente por ello son grandes embustes en los cuales nos hace creer el "raciocinio jurídico". Vivir en un mundo de irrealidades es propio de las personalidades esquizofrénicas que se caracterizan por la alteración de la percepción de la realidad o pérdida de contacto con el mundo exterior (Pequeño Larousse, 2003).

Es por lo anterior que, en el enfoque para examinar el sistema jurídico en este trabajo, con base en disposiciones de la Constitución de 1999, se rechazarán posiciones formalistas y tesis positivistas, para dar entrada a realidades y anteponerlas a las abstracciones generalizantes a las cuales nos tiene acostumbrado esa visión esquizoide de utilizar el sistema jurídico.

3.- Lo que implica un estado social de derecho

Para iniciar nuestro recorrido por la Constitución y precisar aquellas normas que se relacionan con la consagración de derechos humanos, debemos examinar el artículo 2, cuyo contenido parcial es el siguiente: "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...".

Además de diferenciar claramente Derecho y Justicia, la Constitución nos indica que el Estado democrático no se queda en lo formal; no se limita a declararnos iguales y libres en una sociedad de libertad y de igualdad, sino que va más allá y consolida el sustrato sustancial de la democracia, que no es otra cosa que el reconocimiento de las desigualdades reales como se prevé en el ordinal segundo del artículo 20, en el sentido de que el Estado debe garantizar "... que la igualdad ante la ley sea real y efectiva", a fin de que se puedan realizar los derechos sustantivos, es decir, los derechos de sobrevivencia. (Rosell, 2002, 13).

Al contrario, una democracia formal propia del liberalismo, se contenta con una actitud pasiva en lo referente al reconocimiento de los derechos de libertad, para cuya realización basta con no actuar: respeto su derecho a la libertad, no privándolo ilegítimamente de ella; su derecho a la propiedad, no despojándolo de sus bienes; sus derechos políticos, no obstaculizando su ejercicio. Con no actuar e impedir que terceros lo hagan en contra de esos derechos, en una democracia formal se cumple con sus propósitos. Fue el importante legado de la revolución liberal burguesa que detonó en la Francia

de finales del siglo XVIII. Pero de eso hace ya más de dos siglos durante los cuales el pensamiento político y jurídico ha evolucionado.

La función de una democracia social es totalmente diferente, pues el Estado, además de garantizar los derechos de libertad antes aludidos, crea expectativas ante los derechos de sobrevivencia: los derechos económicos, sociales y culturales. Por esta razón se constituye la obligación del Estado, no sólo en respetar los derechos de libertad no actuando, sino además en actuar a fin de satisfacer aquellas expectativas: "... la declaración constitucional de los derechos del ciudadano, equivale a la declaración constitucional de los deberes del Estado" (Ferrajoli, 1995, 862).

El Estado entonces, tendrá que invertir los recursos necesarios para realizar los derechos a la salud, al trabajo, a una vivienda digna, a la educación. No sólo debe cruzarse de brazos ante las necesidades del ciudadano, con la excusa formalista de que se vive en una sociedad de libres y de iguales, debiendo el Estado respetar la individualidad no interfiriendo en su libre albedrío, pues el individuo tiene toda la libertad para procurarse lo necesario para cubrir sus necesidades; sino tomar otra actitud, ante la evidencia de esas vitales necesidades (salud, alimentación, vivienda, trabajo, educación), el Estado debe actuar aplicando los recursos necesarios para satisfacerlas.

Cuando el Estado incumple en concretar los derechos de sobrevivencia a los cuales está obligado y sitúa al sujeto en estado de vulnerabilidad social, como se describe en el artículo 21 constitucional comentado, queda deslegitimado parcial o totalmente en su función represiva. La anterior tesis de la co-culpabilidad social y estatal es sostenida por el catedrático colombiano Jesús Gómez López: "... a los imputados que hayan cometido hechos punibles a consecuencia de situaciones extremas de marginalidad, discriminación, pobreza, miseria o de ignorancia extrema, o por circunstancia de vulnerabilidad social, en cuanto estas condiciones hayan influido en la decisión del hecho, se les puede reconocer especiales atenuantes de pena y aun la exclusión de responsabilidad, admitiendo la co-culpabilidad social y estatal, tal como acertadamente lo señaló el entonces Juez Superior Primero Penal del Estado Lara, doctor Jorge Rosell Senhenn, en sentencia de 4 de febrero de 1993" (Gómez, 30, 2008).

Lo aludido arriba por Gómez López, fue el asunto que mis alumnos de post grado bautizaron como "El caso de la mesonera micro traficante", a quien absolví luego de una sentencia condenatoria de primera instancia a ocho años de prisión, por presuntamente poseer 12 gramos de "bazuko" (liga de cocaína con sustancias inocuas), sin importarme si en realidad estaba en posesión de la mínima cantidad de sustancia aludida, como expresamente lo escribo en la sentencia, sino porque al ser detenida quedaron en abandono extremo sus siete hijos menores, debido a que el Estado incumplió la orden de ejercer la tutela del menor abandonado prevista en la Constitución y en la Ley Tutelar del Menor vigente en esa época. En la dispositiva palabras más o palabras menos ordeno: "Señora, vaya a cuidar sus hijos".

4.- ¿Derecho y justicia son instancias diferentes?

Además de declarar a Venezuela como un Estado en el cual debe constituirse una democracia social, el artículo 2 de la Constitución coloca en planos diferentes al derecho y a la justicia. Nos conseguimos aquí con una diferenciación importantísima en lo que respecta a estas dos instancias que constituyen prácticamente el mundo jurídico: la primera referida a la ley, como la entiende el positivismo, en el sentido de que Derecho es sólo norma positiva, y la segunda a los valores como precisa las nuevas corrientes del pensamiento jurídico que incluye dentro del derecho la instancia axiológica.

Es un paso relevante el que da la Constitución al ordenar no sólo la realización del Derecho, de la ley, como lo entiende el positivismo (repetimos, para el positivismo Derecho es norma jurídica y nada más), sino que se ordena como finalidad del Estado la realización de la Justicia. La Justicia pues, es una instancia diferente y superior a la de la ley, y esto viene a ser confirmado por el artículo 22 de la misma Constitución que dispone que no es necesario la positivización de algún derecho (no es necesaria la llamada "base legal" de alguna reclamación), para que éste sea satisfecho por el poder jurisdiccional, como lo dispone el artículo 27 de la Constitución, creando una obligación para el juez en este sentido: "Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales

sobre derechos humanos". Lo anterior constituye la inclusión implícita de los derechos prevista en el artículo 22, pero tomando la forma de una obligación para el Poder Judicial: reconocer y realizar derechos extra legem, derechos que no figuran en el catálogo legal.

Debemos olvidar los viejos dogmas mediante los cuales la justicia está "amarrada" a la ley. Esta nueva concepción nos indica que la finalidad del Estado, y con mayor precisión la de uno de sus órganos, el Poder Judicial, es dictar una decisión justa aún cuando la misma formalmente no se corresponda con el contenido legal. Como lo anotó Levis Ignacio Zerpa: las pretensiones del positivismo simple de creer que el derecho era solamente la ley, en el cual no tiene cabida los valores, las ve con cierto desdén el pensamiento jurídico contemporáneo. No se trata de acatar y simplemente aplicar la ley, por aplicarla, se trata más bien de alcanzar las finalidades sociales y morales que el Derecho persigue (Zerpa, 2001, 169).

5.- La plenitud hermética del sistema legal y su negación

Los artículos 22, 94, 33, 63 y 5 (parte final) de las constituciones venezolana, colombiana, argentina, hondureña y brasileña ordenan proteger derechos extra sistema. El reconocimiento de derechos que no están en la ley es un mandato de Constituciones propio de una democracia social (Venezuela se adelantó con sus artículos 49 y 50 de la Constitución del 61).

La conclusión forzosa es que la base de la tesis positivista de la plenitud hermética del Derecho es negada constitucionalmente: no todo el Derecho está en la ley. Lo que a primera vista pareciera un irreverente disparate en contra del sistema legal, está consagrado en textos constitucionales. Por lo mismo el sistema legal no es pleno, pues no abarca todos los derechos de los cuales puede gozar la persona, ni tampoco es hermético pues se le puede agregar componentes. Por otra parte, para reforzar tales ideas, los principios del Derecho como la doctrina jurídica, forman parte del Derecho, por lo que pueden ser componentes operativos del sistema. Para completar este cuadro definido por Dworkin, tanto la doctrina debidamente aceptada como los principios son elementos en los cuales el juez puede sustentar sus decisiones, aparte, claro está, que en la legislación vigente. Entonces el

Derecho no es sólo ley, sino que está conformado también por otros elementos utilitarios para basamentar las decisiones de los jueces o las peticiones de los interesados.

6.- Lo formal como necesario, pero no suficiente según los artículos 257 y 89 constitucional

El artículo 257 de la Constitución ordena que el proceso tiene por finalidad la realización de la justicia. De nuevo aparece como función jurisdiccional primordial, no la simple realización de la ley, no el a veces engañoso propósito de la aplicación mecánica y acrítica del sistema legal, sino algo mucho más valioso: la consecución de la justicia.

Esta disposición de nuevo niega el formalismo como propósito del proceso, puesto que impone una instancia de contenido axiológico a fin de que se pueda valorar la ley con el propósito de determinar su aplicación. Este es un paso importantísimo dentro del pensamiento jurídico contemporáneo, al crearse el deber de examinar la regulación del derecho positivo, no sólo con vista en su forma de producción, sino en relación a los contenidos producidos. (Ferrajoli, 1999, 16).

Si ante los viejos lineamientos de las ciencias jurídicas lo importante era la forma, lo formal, el formalismo como ideología: toda norma creada por la autoridad competente ajustándose al procedimiento respectivo para su creación, es de obligatoria aplicación, ahora según los nuevos paradigmas se hace necesario examinar también su contenido, para precisar si debe aplicarse o no, y en caso de su aplicación, hacer los ajustes normativos, si son necesarios, con base en las circunstancias sociales del caso específico.

Por lo anterior, en una democracia social, es el contenido de la norma (y no su simple proceso formal de creación) con vista en su valor social, lo que determinará si debe aplicarse. Son los principios los que hacen sustentables y aplicables las normas jurídicas, al extremo, como lo enseña Dworkin, que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez, cuando dicha norma viola un principio (Calsamiglia, 1999, 9). A través de estas ideas es que el operador de justicia deberá crear la instancia axiológica desde la cual

enjuiciará a la norma y decidirá si la aplica. Si una norma legal viola el principio más valioso como es el de la justicia, perfectamente el operador de justicia podrá solicitar su desaplicación (fiscal, defensor, abogado), como también ordenar dicha desaplicación (juez).

Se crea entonces una nueva manera de hacer justicia que se relaciona más con la vida, con la realidad, con el contexto social, que con las abstracciones propias de los dogmas jurídico-positivos. Para corroborar lo anterior el primer numeral del artículo 89 de la Constitución, en materia laboral, pone en su puesto secundario las formas privilegiando la realidad: "En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias". Tal preeminencia viene a reforzar las ideas antes expresadas de que los derechos de las personas, a través de la inclusión implícita de los derechos humanos del artículo 22 constitucional, podrán ser reconocidos y realizados más allá de lo que formalmente indique la ley.

7.- Conclusiones

En un estado social de Derecho no sólo debe examinarse las formas y decidir conforme a la normativa legal exclusivamente (lo propio de un estado formal de derecho), sino que además debe estudiarse las condiciones sociales de la persona a quien el sistema penal juzga (Rosell, 2002, 56). Con base en lo anteriormente afirmado se tendría que revisar ese imaginativo y abstracto principio de que todos somos iguales ante la ley, ya que la realidad nos demuestra lo contrario. Lo que vemos y sabemos del sistema penal nos debe hacer negar dicho dogma: lo evidente no necesita probarse. Lo que sí requiere un examen es cómo y por qué se produce tal trato desigualitario.

Al constituirse Venezuela en una democracia social de derecho, en la cual se distingue entre legalidad y justicia (art. 2 de la Constitución); al consagrarse derechos supralegales (art. 22 de la Constitución), siendo obligación del juez precisarlos y realizarlos (art. 27 de la Constitución); al fijarse que la finalidad del proceso no es la realización de la ley, de la legalidad, sino la concreción de un bien que se deduce del principio básico de las ciencias jurídicas, como es el de la justicia (art. 257 de la Constitución), ordenándose igualmente anteponer este principio ante formalismos no esenciales (artículo

89 de la Constitución), en Venezuela se dio un paso de enormes proporciones al dejar atrás los viejos dogmas del positivismo (el "paliopositivismo" como lo llama Ferrajoli), para tomar el camino del garantismo que presupone la realización de la democracia sustancial, en el sentido de no sólo garantizar y satisfacer los derechos de libertad, sino también aquellos fundamentales para el desarrollo digno del ser humano, como son los derechos de sobrevivencia referidos a las expectativas sociales, económicas y culturales que debe ofrecer una democracia social.

En este contexto debe centrarse la labor jurisdiccional y tomar conciencia de que existe una protección extraordinaria de los derechos humanos, siendo esta función de mayor importancia en los tribunales constitucionales, que en Venezuela son todos, debido a la orden que emana del artículo 27 de la Constitución antes aludido, y del control difuso que pueden ejercer, conforme al artículo 334 del mismo instrumento legal.

Debe recordarse igualmente que los derechos humanos le corresponden a la persona por su misma condición, por lo que el Estado no es el que otorga dichos derechos, sino el que debe crear las condiciones para su realización, pues son propios del individuo, previos e independientes de la existencia del Estado. Estos derechos fundamentales limitan la autoridad del Estado en relación a los derechos de libertad y operan como fuente de obligación del mismo, para la realización de los derechos de sobrevivencia (Bacigalupo, 1999, 13).

Para concluir debe recordarse que dentro del sistema penal debe verse la legislación que lo compone, principalmente el Código Penal y el Código Orgánico Procesal Penal, como un conjunto de garantías a favor del ciudadano. Dichos instrumentos conforman la seguridad del ciudadano que sólo podrá ser juzgado a través de conductas previamente tipificadas como delitos y a través de un debido proceso también pautado de antemano. Así que tales instrumentos legales deben verse, no como instrumentos de represión, sino como un conjunto de garantías que obligan al Estado. Esos Códigos nombrados, principalmente en el área penal, antes de dar poder al Estado, lo limita, sirviendo de escudo para el ciudadano en contra del abuso y la arbitrariedad a la cual tiende con frecuencia el poder ejecutivo, y más específicamente en nuestra región latinoamericana, las agencias policiales.

Anexo

A través de este anexo conformado por una decisión del Juzgado Superior Primero Penal del Estado Lara, claramente se constata como el juez puede recurrir a instancias axiológicas, para eludir la aplicación de normas jurídicas a todas luces reñidas con el sentimiento generalizado de justicia. Se aplicó en la decisión los artículos 49 y 50 de la Constitución de 1961, cuyos contenidos están fijados en el artículos 22 de la vigente de 1999. La reseña es del periodista Manuel Torres Godoy, Director que fue del periódico Diario de Tribunales de grata y agradecida recordación por el foro venezolano.

Síntesis de la Decisión: 1) La legalidad no sustituye la legitimidad; 2) La violencia de derechos fundamentales en los sitios carcelarios deslegitima el poder represivo del Estado; 3) Los artículos 49 y 50 de la Constitución de la República conceden amplios poderes al juez convencido de su función garantista; 4) La contradicción entre ley y realidad hace recurrir al juez latinoamericano a instancias axiológicas para la solución de conflictos; 5) Se revoca de Primera Instancia y se concede el beneficio de libertad provisional, aun cuando el procesado tenía antecedentes penales.

JUZGADO SUPERIOR PRIMERO EN LO PENAL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO LARA

Barquisimeto, 04 de mayo de 1994

Años: 184° y 135°

Vista la apelación interpuesta por el defensor definitivo del procesado JLP, contra la negativa del beneficio de libertad provisional bajo fianza, este Tribunal observa:

I

La Libertad Bajo Fianza Negada

El Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Penal dictó auto de detención en contra de Luis José Puertas, pues estando indiciado en un delito de lesiones personales, tenía antecedentes de haber sido beneficiado con una

medida de sometimiento a juicio, por otro hecho por lesiones en el cual estuvo involucrado hace cuatro años, en 1990.

Solicitado el beneficio de libertad bajo fianza, la Juez de la causa se lo negó debido a los antecedentes aludidos, de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Libertad Provisional Bajo Fianza (folio 4).

La defensa, mediante escrito del folio 6, apeló dicha decisión alegando que según el artículo 6 de la Ley aludida "sí es procedente la libertad del ciudadano LJP.

Efectivamente, como lo plantea la defensa, el artículo 6 referido, dentro de las condiciones que debe reunir el procesado, no alude el requisito de los antecedentes penales, pero es el caso que, tal como lo escribe la Juez en su auto, el artículo 13 de esa misma Ley ordena:

"... Para obtener la Libertad Provisional Bajo Fianza, el imputado deberá cumplir acumulativamente los siguientes requisitos: a) No haber sido condenado a pena privativa de libertad, en el curso de los diez (10) años inmediatamente anteriores por la comisión de un hecho punible, no haber quebrantado el Sometimiento a Juicio o la Libertad Bajo Fianza que le hubieren sido concedidos..."

Así pues, desde el punto de vista estrictamente legal, Primera Instancia tuvo razón para negarle a LJP el beneficio solicitado.

Ahora bien, el asunto a revisar, según criterio de este sentenciador, es otro: ¿debe concedérsele a P el beneficio aun cuando la Ley de la materia se lo niega?

II

La ley como la mejor guía, pero no la única

La ley en general es lo primero que debe revisar el juez, o el funcionario jurisdiccional, cuando ha de resolver algún conflicto que se le presente para su decisión, de lo que se difiere de la tesis positivista, es que sea únicamente la ley la que ha de revisar el operador de la norma. La ley, como lo hemos dicho anteriormente, es una buena guía, es el instrumento más idóneo, en principio, para decidir, sin embargo, la ley por sus características de abstracción

y generalidad no puede recoger todos los asuntos de la rica y complicada realidad humana en sociedad. Existen casos, entonces, en los cuales la norma se queda corta para dar la solución equitativa al asunto planteado, razón por la cual el juez debe "completarla en la procesalidad y en la experiencia". Aceptamos que la ley es la mejor guía para el juez, pero en lo que diferimos es en que sea la única vía de la cual se pueda valer éste para solucionar los problemas. El juez no debe ser un mecánico operador del sistema atrapado fatalmente por sus normas, sino que con base en una posición humanística, última razón legitimante del Derecho, debe revisar el asunto y recurrir a instancias axiológicas superiores a la norma, al derecho positivo, para enjuiciar esa norma y prever los resultados que su aplicación apareja, a fin de conseguir caminos alternativos, diferentes a los que fija ella, procurando satisfacer el sentimiento generalizado de justicia propio de una sociedad.

III

La situación del procesado solicitante

LJP estuvo involucrado en una supuesta riña hace cuatro (4) años, en la cual alguien resultó lesionado no gravemente, como se deduce del sometimiento a juicio concedido.

Ahora sucede algo similar, resultando una persona lesionada, que a su vez lesionó a P, pues a los dos se le sigue el presente proceso, siendo beneficiado el otro con una medida de sometimiento a juicio. P tiene 40 años de edad, y hasta el incidente anterior no presentaba antecedentes, es topógrafo de profesión, e iba en su vehículo con su familia, cuando surgió el "incidente automovilístico" entre el conductor de un autobús (el otro procesado) y él, que degeneró en la riña aludida. Haber tenido dos riñas con el conocimiento judicial de esos hechos en los 40 años de vida de P, no hacen de él un "delincuente" a quien debe tratar el sistema penal con la violencia propia de las instituciones carcelarias de Venezuela.

Se debe agregar que la persona detenida, LJP, sufrió graves lesiones que incluyeron fracturas óseas y quien las causó apenas recibió lesiones levisimas constituidas por escoriaciones o rasguños, pero debido a que se trataba del delito de lesiones recíprocas no se podía dividir la continencia de la causa y P debía seguir detenido ¡por las lesiones que sufrió! Lo irracional de tal situación se ve acrecentado por el hecho de que, si P es condenado por las

lesiones levísimas que causó, la pena máxima que eventualmente se le podría imponer ya la tenía cumplida con la detención preventiva que se le había aplicado.

IV

La Perversión del Sistema Carcelario Venezolano

Lo que es evidente para los miembros de una sociedad pasa a convertirse en hecho notorio y es un hecho notorio la situación de cárceles y sitios de reclusión penal en Venezuela. Estas instituciones niegan diariamente, a miles de sus reclusos, derechos de los cuales no se debe privar a ningún hombre, y menos aún a LJP, sujeto que incidentalmente ha sido "agarrado" por el sistema penal. Desde el derecho a la vida, hasta la libertad sexual, pasando por el derecho a la salud, al estudio, al trabajo y a la honra, son confiscados por el perverso sistema carcelario venezolano. Sólo el día antes de ayer, el día dos de mayo, se amotinaron los reclusos del Internado Judicial de esta ciudad, Barquisimeto, tomando medidas extremas para llamar la atención de la comunidad al secuestrar al Jefe de Régimen y al Capellán de esa institución, aprovechando el incidente para denunciar desde el maltrato físico que sufren, hasta la condición de la comida que le dan, asintiendo en tal situación el propio Gobernador del Estado, culpando de manera genérica de esta inhumana situación "al sistema carcelario nacional".

Allí, en esa institución está P, porque riñó con una persona lesionándose ambos, simultánea y recíprocamente.

V

Legalidad y Legitimidad

Se podría pensar que, si el sistema cumple lo que ofrece, si las cárceles venezolanas se ajustaran en su funcionamiento a la Ley de Régimen Penitenciario, todavía se podría pensar en la permanencia de P en un sitio de reclusión; pero el asunto es que dicha ley se viola impune y cotidianamente por los hechos que son del dominio público, esto indiscutiblemente, deslegitima el poder punitivo del Estado. El sistema tiene la facultad de privar a ciertos hombres de su derecho a la libertad, pero en las condiciones establecidas en la ley, y principalmente en las fijadas por la completa y muy buena Ley de Régimen Penitenciario. Ahora bien, si esas condiciones no se producen, la aplicación de la ley en general pierde su legitimidad, sobre todo si la aplicación

de ella en la práctica, conculca garantías expresamente establecidas en la Constitución de la República.

VI

Amparo con base en los artículos 49 y 50 de la Constitución

La seguridad de LJP sigue siendo de la responsabilidad de nosotros los jueces, el hecho de que las cárceles están a cargo del Ejecutivo Nacional no hace cesar dicho compromiso con los sujetos del sistema penal, que por orden de nosotros los jueces, deben ser reclusos.

Por otra parte, la Ley de Libertad Bajo Fianza impide que P se beneficie con la medida; pero en la situación antes descrita, a P se le conculcan legítimas garantías constitucionales, razón por la cual es también de nuestra responsabilidad hacer cesar estas circunstancias, de conformidad con el expreso mandato contenido en los artículos 49 y 50 de la Constitución de la República. La situación real de P exige un urgente pronunciamiento, y si a nadie se le ha ocurrido pedir un amparo a su favor, por imperiosa obligación impuesta a este sentenciador con base en las disposiciones constitucionales aludidas, procede a resolver su situación y a restablecer la situación jurídica infringida, lo cual forzosamente conlleva ordenar su salida del sitio de reclusión, al concederle su libertad hasta tanto las condiciones que presente el Internado Judicial de Barquisimeto sean aptas para hacer cumplir el contenido de la Ley de Régimen Penitenciario.

VII

El Riesgo de Generalizar estas Medidas

Cada caso debe resolverse en su individualidad, en su singularidad, esto quiere decir que esta medida no pudiera extenderse a todos los reclusos de manera genérica, sino previo estudio de su caso y asumiendo el juez para sí la responsabilidad de su libertad. No es posible vaciar las cárceles sometiendo a la población al riesgo de la acción de ciertas personas que por violar fundamentales derechos humanos, de manera grave, haga presumir que su libertad ponga en peligro dichos derechos de manera general.

Cada caso deberá ser estudiado y analizado de manera específica como el de LJP, por el cual este sentenciador percibe que preguntada la comunidad

con un llamado de solidaridad, apelando a ese sentimiento generalizado de justicia, contestará de manera afirmativa ante el interrogante de si debe ser beneficiado con esta medida.

VIII

La Falta de Cupo

Debe aclararse que a LJP se le otorgará su libertad, no en previsión de la Ley de Libertad Bajo Fianza, o la Ley Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sino directamente por mandato de los artículos 49 y 50 de la Constitución de la República, razón por la cual habiéndosele dictado auto de detención, pero no pudiendo estar en el sitio de reclusión por lo narrado, se le computará el tiempo que transcurra como si estuviera detenido, a los fines de una eventual sentencia condenatoria. En otras palabras: según la ley, P debe estar preso, pero no existe cupo en los sitios de reclusión, circunstancia que no es imputable a él, razón por la cual no debe correr con las consecuencias negativas de ello, debiéndose tomar en consideración todo el tiempo que permanezca en esta situación; a los fines del cumplimiento de una sentencia condenatoria y de la probable negativa a concedérsele el beneficio de la suspensión condicional de la pena, tal como se le negó en este caso, y por las mismas razones, el beneficio de sometimiento a juicio. Al establecer este sentenciador las condiciones y consecuencias que implican esta decisión, y no existiendo recurso alguno en relación a ella, pasa a ser sentencia definitivamente firme, debiéndose respetar estas condiciones y consecuencias, sin importar cuál Juzgado tomará decisiones al respecto, ni en qué grado de la causa lo hará. LJP debe estar atento al llamado de este Despacho el cual le notificará cuando haya cupo, a fin de que ingrese en el Internado Judicial de Barquisimeto.

Decisión

Por lo expuesto este Juzgado administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, ORDENA LA LIBERTAD PROVISIONAL DE LJP con base en los artículos 49 y 50 de la Constitución de la República. Cítese a Luis José Puertas a este Despacho a fin de imponerle de los alcances de esta decisión y las obligaciones que se le imponen al respecto.

Se REVOCA el auto apelado.

Bájese oportunamente.

El Juez,

JORGE L. ROSELL SENHENN

El Secretario,

RAÚL AGUDO VICCI

Seguidamente se cumplió lo ordenado, se libró boleta de libertad No. 30 y boleta de citación.

Nota final:

LJP debe estar atento al llamado de este Despacho el cual le notificará cuando haya cupo, a fin de que ingrese en el Internado Judicial de Barquisimeto." Copio la parte final de la motiva de la decisión para resaltar el empleo de lo que llamó Alessandro Baratta la Escuela de la Ironía: decisiones que se burlaban del sistema. "Cuando haya cupo". Luego de casi treinta años de la decisión el cupo sigue siendo precario.

Referencias bibliográficas

- Bacigulpo, Enrique. Principios constitucionales de derecho penal. Hammurabi. Buenos Aires, 1999.
- Calsamiglia, A. Ensayo sobre Dworkin. Ariel. Barcelona, 1999.
- Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Trotta. Madrid, 1995. Ferrajoli, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trotta. Madrid, 1999.
- Gómez, Jesús. La Teoría del Derecho desde la Perspectiva de la Constitución Venezolana. Judec, Fondo Editorial. Mérida, 2008.
- Recasens, Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. Porrúa. México, 1973.
- Rosell, Jorge. Estado Social de Justicia como principio constitucional rector. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2002.
- Rosell, Jorge. El Estado Social de Derechos y los Nuevos Límites del Derecho Penal. Universidad del Zulia. Maracaibo, 2002.
- Zerpa, Levis. Curso de capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2001.