

PROF. ARGENIS RIERA ENCINOZA. PENAS INTERCAMBIABLES. 367-457. REVISTA CENIPEC. 35. 2023. ENERO - DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202.

PROF. ARGENIS RIERA ENCINOZA*

PENAS INTERCAMBIABLES**

* Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela. Magister en Justicia Penal por la Universidad Estatal de California, Sacramento (USA). Doctor en Derecho por la Universidad del Zulia. Profesor de Postgrado en Derecho Penal y Criminología en la Universidad Central de Venezuela, Universidad del Zulia, Universidad de Carabobo, Universidad Arturo Michelena y Universidad Católica del Táchira. Director de JUDEC, Centro de Estudio y Desarrollo Jurídico. Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela.

** Este documento se publica en este número de la revista con autorización del autor, quien amablemente lo ha enviado para tales fines.

*«Primero escribe,
después intenta filosofar»*

FRIEDERICH NIETZSCHE

*Para Aura Esther Encinoza de Riera,
porque jamás intercambió su amor
y bondad por castigo*

Puerta de Entrada

Lecturas Paralelas

Deseo que estas líneas sean leídas como una invitación. Pero, no como una invitación a secas. Su texto pretende ser el resultado de la revisión y la limpieza de la conversión y conmutación de las penas que el derecho de la ejecución reclama.

Se trata de dos *maneras* de examinar el hilo argumental de vías precedidas por la soledad, en algún momento, de su reconocimiento legal. Que luego parecieron bifurcarse cuando tuvieron compañía. Pero que —al final— reclaman una lectura paralela porque cada una de las vías, aunque se exprese de una forma, tiene propósitos convergentes. Así veo el camino cuando hago el registro de lo preceptuado y todavía vigente en el Código Penal (CP) de Venezuela acerca de la conversión y conmutación. De la misma manera lo miro cuando distingo el código Orgánico Procesal Penal (COPP) fijando los ejes para llegar a la ejecución penal. Dos modalidades que esperan ser presentadas en un escenario amplio y democrático como lo es el contexto constitucional.

Con las lecturas paralelas se pretende más que alternancias, complementariedad. Se busca el pleno equilibrio de un camino empedrado de contradicciones y violaciones, generalmente acompañado de exuberantes discursos que justifican ciertos anacronismos.

A contracorriente de las tonalidades impuestas por ciertas mentalidades, por algunos discursos jurídicos y meta-jurídicos, hay que ejercer las facultades de un pensamiento crítico. Hay que asir aquella «lucecita» que el pintor ARMANDO REVERÓN (1889-1954) pedía, afanosamente, a los visitantes de su morada (El Castillete en Macuto, estado La Guaira) para seguir indagando sobre lo que serían hoy aspectos luminotécnicos y plasmar en sus lienzos el efecto de la intensa luz del trópico.

No se puede renunciar a la claridad porque el recorrido tiene que ser visible a los ojos de todos quienes rondan por el tema escogido, independientemente de sus temporalidades y espacialidades. Quien intenta perseguir la lucidez no debe permitir que su mirada sea interferida o encegueda por el condicionamiento ideológico, como diría el crítico y cronista venezolano RODOLFO IZAGUIRRE.

Un viaje luminoso nos brindaría la capacidad de captar ciertos hechos que permanecen como imágenes activas de la conversión y conmutación de penas. Que la ubicación de las disposiciones, en uno o en otro Código, no es la adecuada en estos tiempos. O que la permanencia de algunos artículos no se justifica con la promulgación y actualización de otros, por ejemplo. Muestras que, por insignificantes o relevantes que sean, exigen ser analizadas con el rigor de la historia y no con *el horror por la historia* (JUAN LISCANO *dixit*).

Cumplir con este mandato es emprender un viaje al pasado y al presente. Un viaje de ida y vuelta que tiene que mantener siempre al ciudadano (en el caso específico, al condenado) como centro de la realidad social y penitenciaria. De no hacerlo se estaría contribuyendo solo a mirar principios convertidos en pivotes de la *supremacía constitucional*.

Se trata –en fin- de un viaje que necesita acompañantes. Al lado del intérprete, otro que tiene –además- el poder jurisdiccional: el juez de ejecución. Intérprete y ejecutor con memoria y origen legítimo para reiterar que «en la imposición de las consecuencias jurídicas del delito se decide tanto el destino personal del acusado (y de sus parientes) así como la confirmación de la eficacia de la administración de justicia penal en su conjunto» (PATRICIA ZIFFER *dixit*).

Una vez más se necesita tener los sentidos abiertos, sobre todo porque en la ruta trazada nos toparemos con papeles que escribir y trámites que cumplir que tienen que pasar por diversos laberintos administrativos y judiciales. Buscando garantizar la eficacia, muchas veces lo que se logra –paradójicamente- es llegar al reino de la nada.

Realmente lo que está por delante y por detrás de estas fórmulas de conversión y conmutación de penas es el castigo que sigue presentándose como una trágica sinfonía. Si el castigo se entiende –con NILS CHRISTIE- como dolor, da la impresión que tanto el legislador sustantivo como el adjetivo quisieron ponerle límites a ese dolor. La posibilidad legal y procesal de que

las distintas penas pudieran convertirse en otras menos pesadas. En otras y sencillas palabras: el ofrecimiento de la «suavización» de las penas, en contraposición a la rigidez de las mismas.

Aun admitiendo la existencia de más casos en donde se puede convertir y conmutar la pena que los que lo niegan, siempre encontraremos criterios y reflexiones que privilegian la *mano de hierro* (las penas y su aplicación lineal), porque sus autores se han acostumbrado a teatralizar más la conducta del autor del delito, como también al delito que ya ha sido castigado. Una de las vías para llegar a la comprobación de lo dicho es el análisis jurisprudencial que –al exteriorizarse– pone al descubierto las trampas y debilidades de los argumentos.

La conversión y conmutación de penas puede ayudar a avanzar en la creencia de la existencia de un derecho penal de la libertad. Siempre y cuando la descripción y el examen del tema vaya del texto (legal y procesal) al contexto (la vida en sociedad), teniendo como palabras claves a los derechos fundamentales. No está de más recordarlo: lo que dice la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) no ha sido idéntico a lo que hace decir a sus intérpretes, sobre todo, a los intérpretes jurídicos.

Si una larga tradición histórica nos enseña las connotaciones del castigo reconocido desde el ámbito jurídico. Si sabemos que lo que –en ocasiones– diferencia a las penas, antes o después de su conversión, es tan solo el nombre: el nombre y su contenido; el nombre y las características de los sitios de reclusión. Si vivimos en tiempos de cambios, de paradigmas desplazados y de creencias extraviadas. Entonces, en nombre de esa enseñanza, conocimiento y vivencia, no se puede permitir que ciertas manifestaciones jurídicas y prácticas penitenciarias sigan subyugando la vida de los penados y haciendo sus espacios más intransitables.

En definitiva, el condenado sueña y espera invertir la posición de lo que ve desde las rejas: contemplar desde la libertad la cárcel, como lo narró, magistralmente, el fallecido escritor español JORGE SEMPRÚN en *Le Grand Voyage (El largo viaje)*.

Textos y Contextos

Capítulo 0

Notas ubicativas y semánticas del tema

I. Permanencia y proyección

En medio de la infinita variedad de leyes especiales que tenemos en Venezuela, la conversión y conmutación de penas se han mantenido atrincheradas en la ley penal sustantiva. Han resistido, desde 1915, por una parte, a las reformas parciales que ha tenido el CP (1926, 1958, 1964, 2000 y 2005), y, por la otra, a los proyectos de reforma, tanto del siglo XX como del presente, los cuales -aunque suene a perogrullada- no han recibido la anuencia legislativa para convertirse en ley de la República.

A pesar de esta realidad, observable incluso con un vuelo rasante por la codificación penal y sus intentos de renovación, los proyectistas no dejan de seguir proponiendo cambios legales sobre el tema por analizar. Si se tiene en cuenta, para ubicarnos en tiempo presente, que en los primeros veintitrés años que van del siglo XXI, se han ofrecido tres proyectos, la curiosidad por sus contenidos confirma la actitud de estos actores transformadores.

El 18 de febrero de 2003, la Comisión nombrada por la Asamblea Nacional (AN), e integrada por ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ, CARLOS SIMÓN BELLO RENGIFO (Coordinador), JESÚS DURÁN, BELTRÁN HADADD, JESÚS ENRIQUE RINCÓN ARAUJO y JOSÉ SOILAN, para elaborar un proyecto de reforma presentó un informe de la parte general del CP. En su Capítulo Noveno titulado: De la conmutación y conversión de las penas, se lee:

Entiende la comisión las razones que animó al conjunto de las indicaciones recibidas, pues es cierto que el régimen de beneficios y medios sustitutivos en la legislación venezolana ha sobrepasado en mucho las disposiciones de Código Penal, que apenas pueden hoy en día considerarse como los primeros atisbos en nuestro ordenamiento jurídico. En la promulgación de un nuevo Código Penal, debe, ciertamente, enfrentarse estas normas en aras de su armonización, en primer término, en segundo lugar, decidir sus *topos* legislativos: si permanecen en la legislación procesal y penitenciaria exclusivamente

o no -que parece técnicamente más sensato y recomendable- o si pasan al Código Penal, o bien se trata de un sector normativo compartido -que no parece lo mejor en función de la claridad normativa- pero mal puede esta comisión con su limitado encargo y con muy breve tiempo concedido tomar decisiones radicales al respecto.

Con estas pinceladas, la Comisión resaltó que el debate sobre la ubicación de normas con similares propósitos -en una u otra ley, o en ambas- estaba vigente. De ahí la existencia de una disonancia que más que pensar en que sea antológica, es, sin duda, una discrepancia dogmática y de técnica legislativa. Un rasgo dominante del informe presentado por la Comisión fue la propuesta de derogar todos los artículos del CP que, con «iguales» o parecidos fines, tenían mejor acomodo en el COPP y en la Ley de Régimen Penitenciario (LRP) vigente para la época, la del año 2000. Así, los artículos 52 (CONFINAMIENTO), 53 (CONMUTACIÓN DE LA PENA), 54 (REQUISITOS PARA EL CONFINAMIENTO), 55 (PROCEDIMIENTO PARA LA CONMUTACIÓN), 56 (LÍMITES DE LA APLICACIÓN DE LA CONMUTACIÓN), 57 (CONMUTACIÓN EN APERCIBIMIENTO), 58 (ENFERMEDAD MENTAL DEL REO), 59 (CONMUTACIÓN DE PENA A MUJER CONDENADA). En términos cuantitativos: los doce artículos que conforman el TÍTULO IV del LIBRO PRIMERO del CP vigente, en el Proyecto se reducen a cuatro. Quedan de pie los artículos 48 (TERMINACIÓN Y CONVERSIÓN DE PENA), 49 (CONMUTACIÓN POR IMPEDIMENTO DEL CONDENADO), 50 (CONVERSIÓN DE LA PENA DE MULTA EN ARRESTO) y 51 (LÍMITES DE LA PENA DE ARRESTO POR CONVERSIÓN).

En el Proyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) (Magistrado Redactor: ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS) -publicado en 2004 y presentado, el mismo año, a la AN-, su Exposición de Motivos no contiene ni una sola palabra sobre la conversión y conmutación de las penas. En el texto propuesto sí existen dos CAPÍTULOS, el III (Aplicación de las Penas) y el IV (Ejecución de la Pena), como parte del TÍTULO II (Conducta Punible) del Libro Primero (Disposiciones Generales), que contienen cinco artículos: 107, 108, 116, 117 y 118, referidos -siguiendo el mismo orden de las disposiciones- a los siguientes aspectos: incumplimiento del pago de la multa, conversión de la pena de multa, confinamiento, conversión de la pena de confinamiento y revocación de la sustitución de la pena. Buscándole a los artículos indicados alguna similitud con los vigentes en el CP, se podría decir que aquellos (107, 108, 116 y 117 del Proyecto) guardan correspondencia con los distinguidos con los números 50, 51, 52 y 20 del vigente Código

sustantivo. Quedaría por fuera el artículo 118 del Proyecto, ya que la revocación de la sustitución de la pena no tiene correlato en la ley penal.

En el más reciente esfuerzo de elaboración de un nuevo *corpus* legal sustantivo, conocido como Proyecto 2010 Código Orgánico Penal Venezolano (PCOPV), se establecen tres categorías o clases de penas: privativas de libertad, privativas de otros derechos y multas (artículo 67). Sin embargo, no existe Libro, Título, Capítulo o Sección que se titule **CONVERSIÓN Y CONMUTACIÓN DE PENAS**. En el caso de la pena de multa, hay una disposición que se refiere a la conversión en arresto por el incumplimiento del pago de la multa, sea que esta se haya impuesto por delito o por falta (artículo 96). Otra mención de la palabra «conversión» se encuentra en el artículo 110 (PERSONAS MAYORES DE 60 AÑOS). Para el proyectista de 2010, toda pena privativa de libertad termina a los sesenta años, siempre y cuando el condenado hubiese cumplido, por lo menos, cuatro años de la pena impuesta. De lo contrario, y estuviere en curso, se *convertirá* en arresto en su domicilio hasta cumplir los cuatro años. En el siguiente artículo -el 111- (CONCURSO REAL) también se preceptúa en el numeral 2 una regla donde es posible la conversión de la pena en un caso específico. Con esta norma, salvo mejor señalamiento, se agota el uso de la palabra antes destacada.

Hay, pues, un tratamiento dispar, por parte de los proyectistas, en relación a la conversión y conmutación de penas. Pero este trato no se realiza por la vía de un lenguaje directo y claro, sino mediante -en dos de los tres proyectos- la adopción de actitudes rayanas en el hermetismo.

II. Valor lingüístico de la *conversión* y de la *conmutación*

Comienzo por lo que es sabido y resabido: en el vigente CP se habla de conversión en algunos casos (artículos 48, 50, 51 y 52); y de la conmutación en otros (artículos 49, 53, 56, 57 y 59). Asimismo, en la primera página del **Libro Quinto** DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA del COPP 2021, podemos leer estas dos palabras -*conversión* y *conmutación*- en el artículo 471, referido a la competencia del juez de ejecución. Más adelante -en el artículo 478- que regula el caso de incumplimiento de la pena de multa, impuesta como pena principal, se usa el verbo *sustituir* en vez de *convertir* o *conmutar*. Específicamente, se puede sustituir la pena de multa por el trabajo voluntario. Y, en caso de incumplimiento del trabajo voluntario, el juez ordenará la ejecución obligatoria del trabajo comunitario, proporcional

al monto de la multa. Luego, nos encontramos con el artículo 480 del mismo instrumento procesal, relativo al indulto y conmutación, donde -su segundo párrafo- comienza así: «En caso de conmutación de la pena, (...)».

Esos dos vocablos -se podría decir- están situados en el justo lugar de los textos legales cuando estos preceptúan su uso a los fines de ofrecer alternativas a la severidad del castigo. Pero, además, su posición dentro de contextos determinados exige, a mi parecer, precisar su significación real. Parafraseando al fallecido poeta y ensayista LUDOVICO SILVA, así como la poesía está llena de palabras precisas y no de sinónimos, es importante saber -aquí y ahora- si estamos más cerca de la poesía o, si, por el contrario, debemos seguir los cánones de la lingüística.

TULLIO CHIOSSONE, sin plantearse el camino a escoger en esta encrucijada, dio su opinión al expresar, en dos momentos temporales (1932: 139 y 1992: 232), lo siguiente: «Unas penas pueden convertirse en otras, ora por ministerio mismo de la ley, ora por la facultad expresa acordada a los juzgadores. La conversión es siempre legal, la conmutación es facultad judicial. El juez conmuta la pena cuando son convertibles por expresa declaración del legislador».

Como se lee en estas palabras precisas, el ausente autor y profesor universitario comenzó a redactarlas usando el verbo *convertir* para decirnos que la conversión se da: 1) por mandato legal; y, 2) por facultad expresa otorgada al juez. Podría expresarse -entonces- que *convertir* es el verbo rector y *conmutar* es el verbo sustantivo que se usa en casos donde el juez de ejecución está facultado para hacerlo.

Si se está de acuerdo con la oposición de los verbos, habría que saber cuál es el valor de cada vocablo en el tema en cuestión. En la realización de esta tarea, hay que tocar con ahínco la puerta de la interpretación. Esta nos dirá que la conversión tiene un valor múltiple y la conmutación tiene un valor concreto, como, por ejemplo, el artículo 49 del CP¹.

¹ **Artículo 49.** Fuera de los casos expresamente determinados por la ley, cuando por impedimento del sentenciado a presidio o prisión no pudiera llevarse a cabo la condena impuesta, el juez de la causa puede conmutarla conforme a las reglas siguientes:

1º La pena de presidio se convertirá en la de prisión con aumento de una tercera parte.
2º La pena de prisión se convertirá en la de arresto con aumento de una cuarta parte.

En esa norma hay un doble uso de las palabras que no significa sinonimia de los términos. Cuando el legislador preceptúa en el encabezamiento de la disposición: «Fuera de los casos expresamente determinados por la ley (...)», está pensando indudablemente -en sintonía con la opinión de CHIOSSONE- en la conversión. Dándole el valor que tiene, pasa -luego- a establecer la posibilidad de la conmutación por una razón expresa («cuando por impedimento del sentenciado a presidio o prisión no pudiera llevarse a cabo la condena interpuesta»), que le permite llegar a las reglas concretas descritas en los numerales 1 y 2 del mismo artículo 49. El comentario que hizo el autor antes citado (1932: 140-142) acerca de esta norma sustantiva en el CP 1926 viene a corroborar la significación de las palabras. Su posición, su exacta relación en el texto penal y el valor que adquieren.

Siguiendo por los predios interpretativos, otro ofrecimiento estaría, por ejemplo, alrededor del artículo 48². Se trata de una norma que es un vivo modelo de conversión de penas por declaración de la misma ley penal. Como «a los setenta años termina toda pena corporal que hubiere durado por los menos cuatro años (...)», aquella que «hubiere durado menos y estuviere en curso, se convertirá en arresto, si es de presidio, o prisión hasta que transcurran los cuatro años». La significación de mandato legal es clara y sencilla. No hay necesidad de entresacar nada de la disposición para saber que, dadas las condiciones exigidas por el legislador, lo previsto es de ejecución inmediata. Más exactamente: en este caso opera la *obligatoriedad* y no la *discrecionalidad* del juez de ejecución.

Para reforzar esta posición se puede echar mano del artículo 490 del COPP³. En esta norma adjetiva se regula -por vía de excepción- la reclusión domiciliaria, cuando el penado sea mayor de setenta años y haya cumplido, por lo menos, cuatro años de pena. Como se ve, hay un mandato expreso que viene a ratificar -palabras más, palabras menos- parte de lo propuesto por PEDRO MANUEL ARCAJA, el proyectista del CP 1915, y aprobado por el Congreso Nacional de

² **Artículo 48.** A los setenta años termina toda pena corporal que hubiese durado por lo menos cuatro años y la que para entonces hubiese durado menos y estuviere en curso, se convertirá en arresto, si es presidio, o prisión hasta que transcurran los cuatro años. Las providencias del caso las dictará el juez de Primera Instancia en lo Penal que hubiere conocido del proceso.

³ **Artículo 490. Excepción.** Los o las mayores de setenta años terminarán de cumplir la condena en su lugar de residencia, cuando hubieren cumplido efectivamente, por lo menos, cuatro años de pena. Quienes no puedan comprobar su edad, podrán solicitar esta medida cuando se demuestre mediante experticia médico-forense, que su edad fisiológica es superior a los setenta años.

la época gomecista, como lo es la incorporación del TÍTULO IV del LIBRO PRIMERO De la *Conversión y Conmutación de las Penas* (JOSÉ LUIS TAMAYO RODRÍGUEZ, 2012: 514).

Desde otras latitudes, autores, como el argentino GUILLERMO J. FIERRO, señalan los desacuerdos semánticos que han existido sobre la palabra *conmutación*. Como dice FIERRO (1999: 227): «Existe desde antiguo una discusión semántica acerca del nombre *conmutación* que se le asigna al instituto que analizamos. En efecto tal vocablo viene del latín *conmutatio* que significa cambio, trueque, permuta de una cosa por otra y trasladada a nuestro tema, se sostiene importa el sustituir una pena impuesta por otra de diferente especie». Aunque en el país rioplatense la conmutación no es un instituto penal, sino constitucional que «(...) consiste en la facultad conferida al Poder Ejecutivo de otorgar una revisión parcial de la pena» (EDUARDO JAUCHEN, 2012: 762), la lectura del trabajo de FIERRO, *Amnistía, indulto y conmutación de penas* es útil para seguir ahondando en un tema casi desprovisto de cobijo doctrinario en Venezuela.

En la conmutación, según la entiende FIERRO, hay modalidades o categorías que caracterizan a la sustitución a secas. Como para él, la relevancia de la conmutación está en la *sustitución* de la pena impuesta por otra de diferente especie, en este instituto tienen cabida dos tipos de sustituciones. Son: la *sustitución heterogénea* y la *sustitución homogénea*. La primera se da cuando la sustitución es por una pena distinta, sin considerar la mayor gravedad o no de la misma. Y, en la segunda, la sustitución es de «(...) una pena por otra de la misma naturaleza y especie, pero de menor gravedad (...)». FIERRO ve y señala estos tecnicismos de modalidades, por una parte; pero explica, por la otra, las incomodidades producidas por una u otra sustitución. Aunque la sustitución heterogénea sea, idiomáticamente, así como ya FIERRO (1999: 288) la observa desde otro punto de vista, el jurídico:

“... al Poder Ejecutivo le está categóricamente vedado modificar la situación del condenado en un sentido más grave y, al no ser posible en nuestro sistema penal un cambio de una pena por otra de distinta naturaleza que sea exactamente igual a la sustituida, la única posibilidad restante es que sea menos severa, en orden a la duración o en orden a la gravedad que, como sabemos, en gran parte viene fijada por los artículos 5º y 57 del Código Penal, lo cual satisface en su esencia la razón de ser de la conmutación.”

Advierte, asimismo, que la sustitución heterogénea, aunque con algún fundamento justificativo, no tiene la importancia o la transcendencia debida porque su construcción como modalidad o categoría choca contra la realidad. En la mayoría de los países, el instituto de la conmutación tiene como objetivo cardinal sustituir una pena por otra que sea menos grave. En este procedimiento de sustitución es donde el acuerdo para llegar al término preciso de identificación hace aguas. FIERRO nos habla de remisión, como una de las palabras adecuadas para caracterizar el uso y la función que, generalmente, se le da en Argentina al instituto de la conmutación. Sin embargo, continúa diciendo (1999: 228-229): «Los sinónimos *reducción*, *disminución* y hasta *condonación* -aunque este término se lo utilice más con relación a las multas- satisfacen todos ellos la necesidad de expresar el sentido y alcance de la institución».

Presentado el rostro de la conmutación -ofrecido por FIERRO-, ¿cómo podríamos insertarlo en el catálogo del sistema penológico venezolano? Creo que cualquier intento de respuesta tiene que ser bidireccional con un punto previo.

Antes que nada, hay que ratificar lo que se sabe: la conmutación en Venezuela, está regulada penal y procesalmente. Dicho de otra manera: está visto que la conmutación es objeto de consideraciones sustantivas y adjetivas. Si tenemos en cuenta este hecho, ¿es mejor o peor que estuviera establecida constitucionalmente? Una pregunta formulada en estos términos luce descabellada. Temas como la conmutación no pueden ser analizados con una visión marcadamente maniquea. Estoy convencido de que la interpretación cotidiana de la conmutación debe partir -en todo caso y aunque sea un instituto penal y procesal- de la concepción antropocéntrica del hombre que se encuentra en la vigente COPP pero incumplida, Constitución.

Agotado el punto previo, toca ahora responder la pregunta cuya contestación no puede ser otra que la que se dé en dos direcciones, como lo señalé líneas arriba.

Si revisamos el catálogo de penas ofrecido por los artículos 8, 9, 10 y 11 del CP, en concordancia con los dispositivos que integran el TÍTULO IV (*De la Conversión y Conmutación de penas*) del LIBRO PRIMERO del mismo Código, teniendo presente las palabras de FIERRO, que está claro cuál es el tipo de reemplazo que se da en materia de conmutación. La sustitución no es otra que la *homogénea*. Las penas de presidio y prisión, por ejemplo, -que son penas corporales- pueden ser sustituidas por confinamiento, también pena corporal, pero de menor gravedad.

Desde la perspectiva procesal, la conmutación está regulada -como se sabe- en el artículo 480 COPP, donde comparte espacio con el indulto. La norma ordena -en caso de conmutación de la pena- que el tribunal de ejecución practique un nuevo cómputo, como inicio del trámite para llegar -al final- a la sustitución de una pena por otra.

Capítulo 1

Variedad de conversiones y conmutaciones de penas

I. Terminación y conversión de pena, por límite de edad

En el TÍTULO IV De la Conversión⁴ y Conmutación de las Penas del LIBRO I DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS Y LAS FALTAS, LAS PERSONAS RESPONSABLES Y LAS PENAS del vigente CP (su más reciente reforma parcial publicada el 13 de abril de 2005), sus primeros cuatro artículos 48, 49, 50 y 51 preceptúan una gama de casos donde las penas impuestas se pueden convertir y conmutar en otras. Sus fuentes aparecen en el CP de 1873, si la referencia es a los primeros tres artículos, y en el CP de 1915, cuando se trata del último (INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS, 1982: 427-435-441-451). Hoy, aunque conozcamos sus orígenes y sepamos su evolución legislativa, lo más indicado para comprender el significado real de las disposiciones enumeradas es trasladarnos con toda nuestra cara interpretativa hacia este y otros territorios. Inútil que nos contentemos con decir simplemente, por ejemplo, que las disposiciones sustantivas quedaron derogadas por el COPP publicado el 23 de enero de 1998, con vigencia plena a partir del 01 de julio de 1999.

Hace falta, más bien, vivir momentos racionales, pensantes. Sobre todo, cuando lo que está por encima y por detrás de las fórmulas procedimentales es una palabra de apenas tres sílabas: *libertad*, pero de la cual se puede hablar y presentar de muchas maneras.

La historia de las normas que han venido apareciendo en el CP desde 1873, por breve que sea su narración, así como la aplicación de disposiciones

⁴ Escribo, correctamente, aquella palabra, aunque en la Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario, de fecha 13 de abril de 2005, se lee «Conservación» y, así, con el mismo error, algunos editores privados han publicado el texto penal sin advertir ese gazapo legislativo.

procesales, ambas en el campo de la conversión y conmutación de penas, buscan ser contraste. Esto quiere decir que en la tarea propuesta son varias las cosas que habrán de detallarse. Y serán otras contra las que habrá que blasfemar, a pesar de que estén unguadas con el ritual de la legalidad.

1. Fuera de texto y dentro del contexto

No creo que sea impertinente resaltar algunas características, casi permanentes, de la doctrina nacional predominante. Una actitud acrítica ante la tradición jurídico-penal, homogeneidad de voces y estilos que se perciben en la literatura especializada y una ausencia preocupante de niveles de cuestionamiento que no permite dismantelar discursos, paradigmas y polífticas.

Esta representación doctrinaria supone –quizá por lo dicho y porque para el momento de expresarse había un solo texto legal- que no existe otra pista que la lectura lineal para llegar a la verdad unívoca del artículo 48 del CP.⁵

A nivel de la historia, se ve como –en el siglo XIX- FRANCISCO OCHOA combinó: compasión, ancianidad, clima, justicia y derecho comparado para darle sentido a una disposición que resume parte de la norma estudiada y el significado del vigente artículo 75 del CP⁶, con una redacción sencilla y clara y con un lapso de pena cumplida menor al actual⁷. En la centuria que terminó hace 23 años, PABLO GODOY FONSECA (1930: 99-100) no quebrantó el discurso legal con la inclusión de otro fuera del texto sustantivo, y prefirió permanecer en la usual y repetitiva lectura e interpretación de los códigos. Palabras semejantes podrían

⁵ Véase cita 2.

⁶ **Artículo 75.** Al que ejecuta un hecho punible, siendo mayor de setenta años, no se le impondrá pena de presidio, sino que en lugar de ésta y de la prisión se aplicará la de arresto que no excederá de cuatro años.

⁷ Comentando el artículo 106 del Código Penal de 1873, OCHOA dijo (1888: 241-242) lo siguiente: «A los setenta años ha supuesto el legislador que el hombre se encuentra en un estado tal de postración de fuerzas y debilidad en sus facultades, que no puede soportar penas corporales de larga duración, especialmente en climas como el nuestro. Por eso reduce a tres años el máximo de la pena que debe cumplir y que puede imponérsele: es este un sentimiento de compasión hacia la ancianidad. Mas no se olvide que la ley se refiere solo a las penas corporales y no puede ser de otro modo: ella no proclama la impunidad, sino que tiende a armonizar los principios de justicia con los fueros de la humanidad.

Otros códigos, como el francés y el napolitano, mandan que las penas corporales graves que haya de sufrir el penado mayor de setenta años, se le conviertan en reclusión o prisión, que él pueda sufrir, por el tiempo de la duración de aquellas. Nos inclinamos más bien a estas disposiciones, prefiriéndolas a la que trae nuestro Código sobre el particular».

ser válidas para CHIOSSONE (1992: 233-234), cuyo ejercicio exegético –con el auxilio de un caso práctico- es recurrente como la vuelta sobre lo mismo⁸.

Por su parte, ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ (1997: 288) adopta, también, la visión legalista para expresar el contenido del artículo. Pero, además, por vía concordante llega a otro texto legal: la LRP vigente para la época, la de 1981. El autor considera que la lectura del artículo 48 CP sería incompleta si se pasa por alto y no se hace ninguna referencia al artículo 77 de la ley penitenciaria derogada que establecía un régimen especial de libertad condicional⁹. Como se sabe, este quedó fuera del articulado relativo a la progresividad (Capítulo X) de la LRP 2000, que estuvo vigente hasta el 27 de diciembre de 2015. La razón de la ausencia: el orden jerárquico de las leyes. Aunque la libertad condicional sea un *instituto jurídico penitenciario*, es en el COPP donde se regula su existencia y el procedimiento para obtenerla (léase principalmente los artículos 488, 490, 491 y 493). La versión procesal que más se asemeja a la disposición penitenciaria derogada (artículo 77) es el artículo 490¹⁰. Por lo menos hay acuerdo en los años de edad y en las alternativas para comprobarlos cuando no ha sido posible por los medios civiles establecidos, es decir, mediante acta o partida de nacimiento, cédula de identidad o instrumentos supletorios, establecidos en el Código Civil (CC) y en otras leyes especiales.

Con la publicación del Código Orgánico Penitenciario (COPE) el 28 de diciembre de 2015, se pudo llegar a pensar que, por el mismo orden jerárquico de las leyes, aunado a la especialidad de las mismas, institutos como la libertad condicional tenían la posibilidad de estar insertados en alguna parte de su articulado. No obstante, el legislador, durante la discusión y aprobación del texto especial, consideró –con razón- mantener la línea argumentativa procedimental. Es decir: la «nueva» alma legislativa reafirmó que el lugar más cómodo y apropiado seguía siendo el Código adjetivo.

⁸ Existen, por lo menos, otros dos autores: JOSÉ RAFAEL MENDOZA TROCONIS y HUGO N. VIERA, quienes –al estudiar la conversión de penas por vejez- lo hacen reproduciendo textualmente, el artículo 48. Véase, en el mismo orden de autoría, *Curso de derecho penal venezolano*. Parte General. Tomo III. Empresa El Cojo, S.A. Caracas. 1983, p. 289 y *Penas y medidas de seguridad*. Colección Justicia et Jus No. 20. Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Mérida, Venezuela, 1972, p. 109.

⁹ **Artículo 77.** Los mayores de setenta años podrán obtener la libertad condicional después de extinguida una tercera parte de la pena impuesta. Quienes no pudieron comprobar su edad por los medios establecidos en el Código Civil, podrán gozar de este beneficio cuando reúnan las circunstancias señaladas en los numerales 2 y 3 del Artículo 76 de esta Ley y demuestren por experticia médico-forense, que su edad fisiológica es superior a los setenta años.

¹⁰ Véase cita 3.

La escuela positivista creyó en los subrogados penales (suspensión de la ejecución de la pena, perdón judicial y libertad condicional) como mecanismos para lograr una correspondencia adaptativa entre la sanción (tratamiento) y la personalidad del agente (NODIER AGUDELO BETANCUR, 1992: 35). En el artículo 48 CP hay la intención de rescatar de los recintos carcelarios al condenado a pena corporal que cumpla setenta o sea mayor de setenta años, así como la hubo en la primera parte de la norma penitenciaria derogada. La diferencia establecida es que, en la primera, la pena corporal cesa cuando hubiere durado por lo menos cuatro años y la menor, en razón del tiempo, que se estuviese cumpliendo «se convertirá en arresto si es de presidio o prisión hasta que transcurran los cuatro años». En la segunda, la libertad condicional podía obtenerse «después de extinguida una tercera parte de la pena impuesta».

Si bien –en el CP- se apunta hacia la conversión de las penas de presidio¹¹ o prisión en arresto, quizás porque existe un marco legal que define las penas corporales, ese aparece deformado, empequeñecido, por una realidad que desborda –permanentemente- el texto legal y por una praxis penitenciaria siempre en proceso de desarticulación y distanciamiento de sus orígenes. Lo fundamental aquí es el tiempo de condena cumplida o por cumplirse: cuatro años que, hasta la reforma de 1915, fue de tres años¹². El sitio de reclusión,

¹¹ Recuérdate que en la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) ha dicho que «(...) el constituyente no excluyó el presidio, de suerte que, siendo el mismo una especie de pena reclusoria que está permitida por la Constitución, la supervivencia de dicho castigo en la legislación ordinaria no supone, de manera alguna, antinomia del Código Penal con la Ley Máxima. Así mismo, tampoco puede concluirse que se trate de una sanción infamante, por razón del trabajo forzado al que quedaría sometido el reo. Tal conclusión por parte de la [Sala N° 1] de la Corte de Apelaciones [del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo], revela un supino desconocimiento de la evolución del régimen penitenciario en Venezuela, ya que, de una simple ojeada a la Ley de Régimen Penitenciario, debe afirmarse que el trabajo dejó de tener carácter afflictivo, en todas las modalidades de penas corporales, y pasó a ser considerado por el legislador como una herramienta de tratamiento y rehabilitación, razón por la cual se advierte que no hay diferencia entre el presidio y la prisión, salvo en lo que se refiere a las penas accesorias» (Sentencia N° 883. 11/5/2007).

¹² La verdad es que el aumento del tiempo de las penas es una de las características de la época. Son años de dictadura en los cuales Venezuela tuvo dos presidentes: VICTORINO MÁRQUEZ BUSTILLOS, nombrado presidente provisional por la Constituyente o Congreso de Plenipotenciarios en 1914 y JUAN VICENTE GÓMEZ, electo para el período 1915-1922, quien «dejó» en la Presidencia a MÁRQUEZ BUSTILLOS hasta este último año. Durante el mandato de ambos, se reformó la Constitución –en 1914- aumentándose las penas corporales de 15 a 20 años. Para ser coherente con este propósito punitivo y constitucional, el legislador también tomó esa ruta, si se compara el CP de 1915 con los anteriores. Instrumento ese que –según CHIOSSONE- «dará la orientación definitiva, hasta el presente, a la legislación penal». *Formación jurídica en la colonia y la República*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas, 1980. p. 236.

por lo que he venido insistiendo, pasa a un plano secundario. Es, sencillamente, la máscara, el «registro cosmético» para usar una expresión de la literatura.

Todo esto vuelve a poner a la vista la ley especial, aunque derogada desde el año 2000. Mediante la libertad condicional «como último período del cumplimiento de la pena», los septuagenarios podían salir de los calabozos, como ya se dijo, «después de extinguida una tercera parte de la pena impuesta». En tres palabras: era una opción. ARTEAGA SÁNCHEZ así lo valoró. La norma llegaba hasta el hipotético caso del condenado que no podía demostrar –por la vía legal y civil- la edad requerida para que se le otorgara la libertad condicional¹³. Situación en la cual la comprobación de la edad fisiológica tenía que hacerse a través de criterios médico-forenses, procediendo el «beneficio» siempre y cuando el penado reuniera las circunstancias consagradas en los numerales 2 y 3 del artículo 76 de la LRP 1981¹⁴.

Este no es el lugar apropiado para discutir las bondades o maldades de la libertad condicional, pero no se requiere de mucha imaginación o de mucha memoria para darse cuenta que el legislador especial le hizo un inmenso favor ideológico y «científico» a los positivistas de entonces y de ahora. En efecto, empleó justamente el mismo lenguaje que pudiera emplear cualquiera de los positivistas, quienes no se cansan de plantear su «verdad» sobre lo mismo: personalidad, pronóstico, tratamiento y comportamiento futuro. Esto por lo que atañe a las consecuencias o a los resultados de las estrategias de prevención especial. Pero, también, sucede que el legislador, con la adopción de algunas de las categorías discursivas mencionadas, complació a los seguidores de «los tres evangelistas del Derecho Penal», CESARE LOMBROSO, ENRICO FERRI y RAFAELE GAROFALO, (ELIO GÓMEZ GRILLO *dixit*) en su permanente gusto por las profecías.

¹³ AGUDELO BETANCUR, guiado por los *Principios de derecho criminal* de ENRICO FERRI, al analizar la proyección de la Escuela Positivista sobre el subrogado penal, afirma: «(...) la libertad condicional consiste en una libertad anticipada y condicionada cuando el “tratamiento” al cual el sujeto ha sido sometido ha producido sus efectos. En este caso se prescinde de aplicar una parte de la sanción». *Grandes corrientes del derecho penal. (Escuela positivista)* Linotipia Bolívar, Bogotá, 1992, p. 37-38.

¹⁴ ARTÍCULO 76. La Libertad Condicional como último período de cumplimiento de la pena, podrá ser acordada y estará sujeta a la supervisión y vigilancia del delegado de prueba designado por el Ministerio de Justicia. A este efecto deberán concurrir las circunstancias siguientes:

1. Que hayan extinguido por lo menos las dos terceras partes de la pena impuesta,
2. Que exista un previo pronóstico favorable basado en los resultados conseguidos por el tratamiento penitenciario.
3. Que el informe especial elaborado por el equipo técnico designado por el Ministerio de Justicia referente a la personalidad del penado, exprese opinión positiva sobre el probable comportamiento futuro del beneficiario.

En el artículo 77 de la derogada ley penitenciaria de 1981, la trama se desdobra, deja ver las costuras de un pensamiento, escuela o modelo que nunca vaciló en echar sus bases tendiendo como nivel el derecho penal de autor. Leído – una y mil veces- lo que hay que preguntarse de inmediato es: ¿cuál fue el criterio para que un penado, mayor de setenta años, que no tuviera sus documentos legales para comprobar su edad fisiológica, al hacerlo por otro medio válido, (experiencia médico-forense), podía solicitar la libertad condicional, si reunía las circunstancias señaladas en los numerales 2 y 3 del artículo 76? Si en uno de los casos de conversión de pena, la edad dicta la pauta (artículo 48 CP), y en otro, de libertad condicional, también (artículo 77 LRP 1981), cuesta creer que la falta del acta o partida de nacimiento o de la cédula de identidad (hecho que no siempre es imputable al condenado) fuera la razón para que el Estado restringiera el beneficio. Al no vislumbrarse una salida satisfactoria al caso planteado, podría concluirse formulando una nueva pregunta: ¿era en ese momento donde el Estado tenía la oportunidad de cobrarle al autor su desidia, negligencia o descuido en obtener sus documentos?

Este ejercicio de preguntas sin respuestas no puede considerarse una práctica sin sentido. Aunque la norma haya sido derogada, no por esta razón podemos hablar de un final decretado y sin posibilidades de repetición. Para muestra, un botón: el artículo 490 del COPP 2012, en donde el legislador habilitado (el Presidente de la República) replanteó el tema de la edad y su comprobación en términos similares a los del legislador especial de antaño, que está ratificado en el vigente Código procesal de 2021. En la noria de la historia legislativa, las preguntas hechas recuperan la vigencia de sus intenciones.

2. De la vigencia a la proyección

Una cosa es cierta: el artículo 48 CP fue objeto de varias consideraciones de reforma en el siglo XX. Así, en el Proyecto de Código Penal presentado –en 1954- por el Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia, con ponencia de CHIOSSONE, el artículo 109 regulaba la conversión por límite de edad¹⁵. En otro, también del Ministerio de Justicia, conocido en

¹⁵ **Artículo 109. Conversión por límite de edad.** A los setenta años terminada la pena corporal que hubiere durado por lo menos cuatro años, y la que para entonces hubiere durado menos y estuviere en curso, se convertirá en arresto si es de presidio o prisión, hasta que se completen los cuatro años. Las providencias del caso las dictará el Juez de Primera Instancia en lo Criminal que hubiere conocido del proceso.

1961, con ponencia de HUGO ARDILA BUSTAMANTE, esta clase de conversión se establecía en el artículo 97, en idénticos términos a los del Proyecto de 1954. Y en el de los profesores JOSÉ MIGUEL TAMAYO TAMAYO y JORGE SOSA CHACÍN se encontraba en el artículo 104¹⁶.

El artículo 109 del Proyecto de 1954 fue criticado –en su oportunidad- por IBRAHÍM GARCÍA (1958: 375). La primera observación hecha por este autor, la cual surge de la comparación entre el Código vigente y el Proyecto, no estaba constituida con palabras absurdas. El verbo *transcurrir* denota tiempo: pasan los años, corren los días. Y esto es, precisamente, lo que el legislador quiere significar cuando habla de un número determinado de años para que proceda la conversión. Es decir, que hayan transcurrido esos años y no se hayan integrado o hecho de manera cabal o perfecta, que viene a ser una forma significativa que no calza, adecuadamente, en el propósito vigente ni en el que se quiso proyectar.

Posición semejante a la del crítico la sostuvo ISIDRO DE MIGUEL PÉREZ (1963: 88) cuando dijo: «Es conveniente, a nuestro juicio, mantener esta disposición, tal como aparece en el código vigente, puesto que no hay necesidad de sustitución del verbo “transcurrir” por el de “completar”».

Donde la argumentación garciana quiere lucir sus mejores galas es en la lectura paralela que –en ciertos casos- hay que hacer de los artículos 48 y 75 del CP. El Proyecto de 1954 eliminó este último artículo¹⁷. El analista, sin embargo, observa que, en el Anteproyecto de MENDOZA TROCONIS, JOSÉ AGUSTÍN MÉNDEZ y LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA existía una norma (artículo 69)¹⁸, la cual consideró un trasplante con pretensiones de reemplazar aquel artículo. Y esa disposición se convirtió en el artículo 107 (CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD POR MUJERES, ANCIANOS Y ENFERMOS) del Proyecto de la década de los 50. En palabras del analista: «el texto del artículo 107 (...) es

¹⁶ **Artículo 104.** La pena privativa mayor de tres años que deba imponerse a quien haya cumplido setenta años, se reducirá al límite señalado.

La reducción prevista en el párrafo anterior se aplicará también cuando él cumpla setenta años de edad y no haya transcurrido los tres años señalados, se hará cesar definitivamente la pena impuesta.

¹⁷ Véase cita 6.

¹⁸ **ARTÍCULO Artículo 69.** El Juez podrá acordar que las mujeres honestas, los ancianos mayores de setenta años y los valetudinarios, cumplan la pena privativa de libertad que no exceda de dos años, en su propia casa o en instituciones de asistencia pública o privadas. Igual medida podrá tomar el Juez con las indicadas mujeres, ancianos o inválidos durante la detención decretada para instruir el proceso.

copia fiel del artículo 69 del Anteproyecto MENDOZA-MÉNDEZ-ASÚA (*sic*) con el solo cambio de las palabras “valetudinarios” e “inválidos” por “enfermos”». Pero esto era solo un abrebocas, ya que el plato fuerte fue presentado en forma de preguntas: «¿Qué ocurre a los mayores de setenta años que cometen un delito?. ¿Qué pena se les impone?». Interrogantes que no podían dejar de plantearse, según GARCÍA (1958: 376), ante el silencio de la ley, «es decir, [del] Proyecto, por donde se deduce que, siendo de interpretación restrictiva la ley penal, la pena procedente sería la normal, lo cual es un contrasentido; contrasentido, que tiene su origen en el afán de copiar textos extraños a la ley, sin armonizarlos con los de ésta».

Años más tarde, sin mencionar a su crítico, pero teniendo –quizás– presente las preguntas hechas, CHIOSSONE (1992: 150) afirmó:

Esta disposición la hemos mantenido desde el Código Penal de 1873, de inspiración española. En el Derecho italiano no se dice nada sobre la influencia de la vejez en la responsabilidad penal. En nuestro Derecho no es una exigente, sino una condición personal que influye en la ejecución de las penas corporales. ¿Supone esta disposición que si una persona mayor de setenta años comete un delito no se le puede castigar? Creemos que no, pero la pena sólo podrá durar cuatro años. Esta hipótesis no entra en la previsión del texto legal, pero se deduce de su propia motivación. Además, la disposición original del Código de 1873 decía: «A los setenta años termina toda pena corporal que hubiere durado por lo menos tres años, y los que en esta misma edad sean responsables de un delito, no podrán sufrir pena de la misma especie que pase de tres años».

Colocadas la crítica y su respuesta en un mismo rasero y siendo necesario un balance definitivo, habría que comenzar por hacer una observación. Su posible adjetivación está determinada por la misma crítica: la copia fiel y exacta, semejante o parecida de alguna disposición de un proyecto en otro no debe levantar la voz de protesta, a menos que, en primer lugar, se quiera presentar como original cuando no le es y, luego, que su incorporación en el texto produzca o pueda producir resultados distantes de las expectativas. En este sentido, hay que reconocer que GARCÍA –en esta parte de su análisis– no criticó tanto al Proyecto de 1954 como al Anteproyecto por la redacción (trasplante o mixtura) del artículo 69, que «no sufre en absoluto la del artículo 75 del Código Penal, omitido por la reforma (...)».

Con este hilo conductor, y en su afán por manifestar su visión interpretativa de la ley penal, GARCÍA entendió que el silencio legal colocaría al silenciador en un dilema: o juzgo al mayor de setenta años por el delito cometido y le aplico la pena correspondiente o tomo en cuenta su condición personal y lo condeno a una pena menor. Se podría decir que el crítico tuvo la habilidad de encerrar su tesis en un falso dilema, si se piensa que la ley no puede ser de interpretación restrictiva o tendrá razón porque no existe alternativa interpretativa posible. Solo que aceptar la interpretación restrictiva de la ley penal, es asumir, realmente, una postura represiva, dictatorial, sistemática.

3. Y ahora en el siglo XXI, ¿qué tenemos?

Otra cosa también es indudable en este nuevo siglo: el artículo 48 CP no ha pasado desapercibido en los planes de cambios legislativos en materia penal. En 2003, cuando la Comisión de la AN presentó el Proyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal, como primera fase del trabajo encomendado, no propuso derogar ese artículo. La Comisión lo que hizo fue actualizar su contenido. De modo pues que en la norma propuesta -que mantiene la misma numeración de la vigente¹⁹- las modificaciones fueron las siguientes:

1) Se elevó la edad de setenta a setenta y cinco años para terminar la pena que se está cumpliendo. Este aumento se debió a que los niveles de expectativa de vida de los venezolanos habían mejorado en comparación con décadas pasadas.

2) Se eliminó el término «penal corporal» el cual fue sustituido por «pena privativa de libertad». La razón fue una y simple: la división de las penas escogidas por los proyectistas para identificarlas. Si en el Código vigente sigue diciendo: «las penas se dividen principalmente en corporales y no corporales» (artículo 8), en el Proyecto se proponía: «Las penas se dividen en privativas de libertad, privativas de derechos y pecuniarias».

¹⁹ El tema de la numeración es uno de los aspectos tratados por la Comisión en su Informe. En el Capítulo Cuarto, titulado *Cuestiones estilísticas*, el punto I se distingue con el nombre: La numeración. Sobre la conveniencia o no de mantener la actual numeración del Código vigente -para ese momento el de la reforma publicada en la Gaceta Oficial N° 5.494 Extraordinario de fecha 20 de octubre del 2000- la Comisión dijo: «A su favor se ha alegado que no tratándose de un nuevo código debe preservarse la actual numeración, pues ella es significativa de que el texto sigue siendo fundamentalmente el mismo y, por otra parte, por razones de seguridad jurídica, pues el operador de justicia debe mantener sin alteración su familiaridad numérica con el código. No menos importante, es el mensaje pedagógico de mantenimiento del orden numérico: no hay dudas de que se trata de una reforma y no de una *nueva* regulación jurídico penal».

3) Como en el Proyecto las únicas penas privativas de libertad son dos: prisión y arresto, a diferencia del CP, donde las penas corporales son seis, no causa sorpresa leer: «la pena de prisión que estuviere en curso y hubiere durado menos [de cuatro años], se convertirá en arresto, hasta que transcurran [esos] años».

4) Para estar a tono con el sistema procesal penal en general, y con el LIBRO QUINTO DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA del COPP, en particular, los proyectistas declararon que las providencias de lo estatuido en el artículo propuesto tenían que ser dictadas por el juez de ejecución correspondiente.

En el Proyecto del TSJ de 2004 no se encuentra ninguna disposición igual, similar o sustitutiva del artículo 48 CP. Y en la Exposición de Motivos no hay, como ya se dijo, ni una línea que justifique o explique esa ausencia. En el PCOPV de 2010, en cambio, encontramos un artículo -el 110- que dice: «A los sesenta años de edad termina toda pena privativa de libertad que hubiere durado por lo menos cuatro años (...)». Como, claramente se ve, la propuesta es rebajar diez años la edad, comparada con la vigente, para hacerse acreedor de lo dispuesto en los artículos 48 y 75 CP. Quiere esto decir que el proyectista 2010 no se guió por las estadísticas sobre las expectativas de vida de los hombres y mujeres venezolanos, que para la época pasaban los setenta y tres años. JOSÉ FERNANDO NÚÑEZ, en un artículo de prensa²⁰, consideró que esa propuesta lucía «absolutamente inconveniente». El articulista ubica el origen del artículo 48 en el Código Penal de Zanardelli de 1889, cuando su fuente primigenia es el CP de 1873, donde el lapso de la pena era de tres años y no de cuatro como en el actual Código (INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS, 1982: 427). NÚÑEZ, siguiendo su línea argumentativa, saluda que en el siglo XIX se hubiere regulado un hecho de relevancia penal y penológica cuando el penado cumplía setenta años de edad. Para él, de haber sido así (es decir llegar a esa edad), existe la presunción de que la persona condenada «(...) se hallaría en precarias condiciones de salud física y mental». Nada tiene de extraño -para NÚÑEZ- que esta creencia sea la que «(...) influyó en la concepción del beneficio».

²⁰ *Tal Cual*. Caracas, 18-10-2010.

II. Conmutación por impedimento²¹

1. Desandar y andar en códigos y proyectos

Desde 1873, el legislador venezolano ha querido que el artículo 73 CP, convertido con diferente redacción y similar sentido, en el 49 desde la reforma de 1915 hasta el presente, responda a una exigencia que, además de plantear alternativas –bajo ciertas condiciones- a las penas de presidio y prisión, escape (si fuera posible) a la rigidez del castigo establecido en el mismo Código.

Tal pretensión, sin embargo, no llega a cristalizarse –hoy día- porque el sistema penitenciario no le da un valor específico al espacio en que pone a habitar las penas de presidio, prisión y arresto. Pero no solo esto. También hay que tener presente el dictado legal que, generalmente, es repetido y rara vez interpretado. Escribir «(...) el Juez de la causa [es decir, el actual juez de ejecución] puede conmutarla (...)», debe servir para leer o entender que lo escrito no basta. Debe trabajarse, por tanto, en las implicaciones que este tipo de conmutación contiene.

En primer lugar, la condición exigida para que la discrecionalidad del juez entre en movimiento es que el condenado esté impedido de cumplir la pena de presidio o prisión impuesta. Sobre esta condición esencial y única, la doctrina venezolana ha llamado la atención por la ausencia del adjetivo que califica al impedimento, adjetivo que existió en Códigos precedentes. Así, por lo menos, lo planteó CHIOSSONE (1992: 234) estudiando el Código vigente. GODOY FONSECA (1930: 100), por su parte, dio por entendido que cuando la ley penal se refiere al «impedimento del sentenciado», está hablando de impedimento físico, como podría ser la pérdida total e irreversible de la visión. Ambos autores no constituyen voces enfrentadas o contravoces, sino que uno –GODOY FONSECA- se adelantó a lo que el otro -CHIOSSONE- esperaba, pienso yo, del ejercicio jurisprudencial, una vez que el legislador ha sido avaro en decirnos su intención. El Proyecto de Código Penal de 1961, presentado por el Ministerio de Justicia, con ponencia de ARDILA BUSTAMANTE, le ahorra al sentenciador el ejercicio de convertir el impedimento de un mero concepto genérico en un concepto específico²².

²¹ Véase cita 1.

²² **Artículo 98.** Fuera de los casos expresamente determinados por la ley, cuando por impedimento físico del sentenciado no pudiera ejecutarse la condena a presidio o prisión, el tribunal de la causa puede ordenar su conversión en la medida de confinamiento por el tiempo que falta para el cumplimiento de la pena. Esta decisión debe consultarse con el Superior.

Dos son las posibilidades de conmutar la pena de presidio o prisión debido al impedimento del sentenciado, como claramente lo establece el artículo 49 CP.

En la primera, el presidio se convierte en prisión con aumento de una tercera parte. El motivo que da origen a esta conversión es la distinción teórica que el legislador hace de una u otra pena. Quiere sustentarlo en la exactitud de cada una de las penas mencionadas. Pero donde la disposición, o mejor dicho, la posibilidad de conmutar la pena logra su mejor semblante es cuando se coloca frente a la realidad penitenciaria. En el ambiente de esta contraposición, hecha no de espejismos infinitos sino de experiencias reales, es donde no hay dudas que la alternativa no alivia el dolor impuesto. Lo mismo podría decirse de la segunda posibilidad. Es cierto que el arresto se pudiera cumplir en los establecimientos penales locales y en los cuarteles de policía, pero sin olvidar que la misma ley penal sustantiva contiene una indicación adicional: «cuando lo disponga expresamente la ley, se cumplirá el arresto en fortaleza o establecimiento penitenciario» (artículo 17 CP).

Sea que los proyectistas de 1941, 1941-1944, 1947, 1948, 1967, 1969 y 1974 no hayan tenido razones suficientes para haber dejado por fuera una disposición similar a la analizada (INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS, 1982: 436), y exista la necesidad de incorporar un nuevo artículo (recordando a WILLIAM FAULKNER que hacía decir a uno de sus personajes en *Las palmeras salvajes* «entre el dolor y la nada prefiero el dolor»), considero más acertado el artículo 98 del Proyecto de 1961 que el 49 del Código vigente. Y si la comparación es entre Proyecto (1961) y Proyecto (1954)²³, la consideración se queda, igualmente, en la década de los sesenta.

De tal manera que resulta obligante detenerme en los argumentos de la escogencia. Todo comienza por la búsqueda de un lugar, un espacio, un sitio que resulte eficaz para convertir la pena de presidio o prisión debido al impedimento físico. Con sus posibles bemoles, el confinamiento no reproduce fielmente las palabras kafkianas, pronunciadas no para el condenado pero que calzan, sin duda, en su circunstancia. Con el sentenciado «ocurre lo mismo

²³ **Artículo 110.** Fuera de los casos expresamente determinados por la ley, cuando por impedimento del sentenciado a presidio o prisión, no pudiera llevarse a cabo la condena impuesta, el Juez de la causa puede conmutarla, conforme a las siguientes reglas:

1º La pena de presidio se convertirá en la de prisión.

2º La pena de prisión se convertirá en la de confinamiento, con aumento de una cuarta parte.

que ocurre en la profundidad del mar: no hay un solo punto que no esté sometido a grandes presiones». A las cuales había que agregarle –por si fuera poco– una más: su impedimento físico.

Cada interpretación jurídica que se haga tiene que estar unida a la realidad, en este caso, a la penitenciaria. Es precisamente por esto que cuando los primeros y principales responsables de esta tarea eluden su responsabilidad y prefieren entregarse a las ilusiones de las filosofías penitenciarias que empiezan con el prefijo *re*, entonces sí, ya no hay más nada que hacer.

Si quienes viven más atentos al llamado de la ilación necesaria entre interpretación jurídica y realidad judicial sienten que las condiciones carcelarias impulsan a buscar nuevos aires favorables al reconocimiento y a la interiorización del valor de la libertad, no hay reparo en afirmar que el artículo 49 CP no tiene otra vía que el de su desaparición.

2. Una mirada dogmática

En ocasiones las miradas se cruzan, se superponen. Y para que no se pierdan, tras la mirada, las palabras.

OCHOA (1888: 197), por ejemplo, valoró la conmutación –en el caso específico– como una expresión de humanidad y justicia. En este sentido, no hay dilema que valga: al condenado con impedimento físico debe conmutársele la pena impuesta. Solo que, para el primer divulgador y comentarista del Código Penal de 1873, la conmutación tendría que ser acordada por el tribunal que ha fallado en última instancia, «[llamado] por la ley a alterar [su fallo] y a determinar en tal caso la pena conveniente». En el momento vigente –se sabe– que es el juez de ejecución quien puede conmutar la pena por mandato legal, a diferencia de lo expresado en el artículo 68 del Código de 1873. En su apoyo, GODOY FONSECA (1930: 100) estimó que la interacción que se da entre el juez de la causa y el penado hace que ése sea la autoridad competente para juzgar el estado físico de este último y, así, poder decretar la conmutación. Otra razón que, quizá, podría agregársele (sabiendo de antemano que muchas miradas son lineales), sería que –en el pasado– el juez de la causa era quien –también por ley– ejecutaba la sentencia definitivamente firme. Ejecución que está ahora, como bien se sabe, en manos del juez de ejecución de sentencias y medidas de seguridad o de vigilancia penitenciaria, como se llama en otros países.

OCHOA, además, miró –aunque fuera de reojo- un aspecto procedimental: la disyuntiva si la conmutación se otorga de oficio o a instancia de parte. Digo de reojo porque así lo sugiere, tácticamente, el autor cuando indicó que los directores de establecimientos penales debían avisar al tribunal del impedimento físico del condenado para que concediera la conmutación. Tratando de reconstruir esa historia precedente para traerla hasta la disposición vigente, el interesado se encuentra con que la lectura del artículo 49 y de otros que la siguen (50, 52 y 53) da pie para decir que la conmutación –en el caso en referencia- procede de oficio y, por supuesto, a solicitud de parte interesada.

Esa primera manera procedimental de encarar el problema de la imposibilidad de llevarse a cabo la condena impuesta debido al impedimento físico del sentenciado tiene respaldo constitucional. Si el juez penal, como juez constitucional que es, conoce de un caso como el previsto en la norma analizada, no debe esperar la solicitud del afectado o de su abogado para proceder y así, también, estaría reconociendo el derecho a la salud que tiene cualquier persona. La otra vía de apoyo que no necesitaría de la instancia de parte sería a través de la «realización periódica de inspecciones de establecimientos penitenciarios que sean necesarias» que es una de las competencias que tiene el juez de ejecución (artículo 471, numeral 3° COPP). Con estas inspecciones que no dejan de tener ciertos riesgos, se pueden detectar los impedimentos físicos de los sentenciados que no llegan al conocimiento del juez en su escenario natural.

CHIOSSONE (1992: 234), por su parte, siguiendo el dictado de la ley penal sustantiva, fijó su mirada en el LIBRO SEGUNDO del CP para determinar cuáles casos están fuera de la disposición analizada. Estos son: homicidio y lesiones en defensa de honor y la reputación del victimario y de su familia (último aparte del artículo 422); homicidio y lesiones causadas en defensa de los propios bienes (artículo 423); aborto *honoris causa* (artículo 434) y el abandono de niños recién nacidos también por motivos de honor o de la honra (artículo 433).

Excluidos estos tipos delictivos, el autor (1992: 234-235) insistió en el concepto de impedimento. Aunque su significado académico sea «obstáculo, embarazo, estorbo para algo», CHIOSSONE comentó que «la apreciación del impedimento del sentenciado para cumplir determinada pena (presidio o prisión), es una cuestión de hecho que queda al prudente arbitrio de los juzgadores». Solo así se entiende que CHIOSSONE –en su observación permanente sobre el punto-

haya desaprovechado la oportunidad, en 1954, de incorporar, nuevamente el concepto específico del impedimento, al no calificarlo en el artículo 110 del Proyecto de Código Penal. En todo caso, la amplitud del legislador de 1926 al eliminar la palabra «físico», reconocida también por CHIOSSONE, no ha tenido una correspondencia e interpretación por parte de la jurisprudencia venezolana.

III. Conversión de pena patrimonial

La existencia de dos normas legales, una penal (artículo 50 del CP²⁴), y la otra procesal (artículo 478 del COPP²⁵), permite hacer dos lecturas interpretativas a fin de comprobar cómo el desarrollo de una de ellas va decretando la obsolescencia de la otra. Por tanto, en esta variedad específica de conversión la presentación del tema se hará desde tres distintos ángulos: penal, procesal y reformista.

1. El decir penal desde 1873

El artículo 50 CP, tal como lo conocemos o leemos hoy día, «(...) data del Código Penal de 1873, habiendo sufrido modificaciones accidentales en los códigos penales de 1904 y 1915» (INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS, 1982: 441). Aunque su redacción y numeración no sea la misma de 1873, una cosa sí es cierta: se trata de un decir que se ha revelado desde entonces en una misma dirección.

a) Oficio retributivo

Se ha dicho y repetido hasta la saciedad que el CP presenta un signo: en la confrontación de las escuelas penales tradicionales, la huella del clasicismo

²⁴ **Artículo 50.** Cuando la pena señalada al delito fuera de multa y no pudiese satisfacerla el penado, se convertirá en prisión o arresto, según la edad, robustez, debilidad o fortuna de éste, fijando el Tribunal la duración de tales penas a razón de un día de prisión por cada treinta unidades tributarias (30 U.T.) de multa y de uno de arresto por cada quince unidades tributarias (15 U.T.).

En las faltas, la proporción será de diez unidades tributarias (10 U.T.) por cada día de arresto.

²⁵ **Artículo 478. Multa.** Si la pena principal es de multa y el penado o penada no la paga dentro del lapso fijado en la sentencia, será citado o citada para que indique si pretende sustituirla por trabajo voluntario en instituciones de carácter público o solicitar plazo para pagarla, el cual, en ningún caso, excederá de seis meses.

Oído el penado o la penada, el tribunal decidirá por auto razonado. En la resolución fijará el tiempo, las condiciones y el lugar donde cumplirá el trabajo voluntario, dispondrá asimismo las medidas necesarias para el cumplimiento de la decisión y el control de su ejecución.

En caso de incumplimiento del trabajo voluntario, el Juez o Jueza ordenará la ejecución obligatoria del trabajo comunitario, proporcional al monto de la multa, estimando un día de trabajo equivalente a una unidad tributaria.

es indeleble. Aunque esta afirmación no sea la única válida al estudiar analíticamente el Código, no hay dudas -tampoco- que este artículo 50 es un fiel ejemplo, en cuanto al castigo, de la influencia clásica. Tanto en los delitos como en las faltas, la pena original (multa) se convierte en prisión o arresto en el caso de los primeros y en arresto si se trata de las segundas. Para tal conversión, no hay más que una explicación: el castigo es, sencillamente, retribución. Cometido un delito o una falta, su autor tiene que pagar el daño, tiene que reparar, a través de la sanción penal, el hecho producido.

En palabras dogmáticas del siglo XIX, pero vigentes en la mente y en la pluma de quienes parten del campo conceptual y penológico del siglo de las luces, «el objeto de este artículo es que el delincuente no deje en ningún caso de sufrir el castigo que aparece su delito» (OCHOA, 1888: 202).

Se sostiene, teóricamente, aquí lo que el legislador de 1873 quiso expresar en el Código, lo cual se ha venido repitiendo en todos los textos penales, con excepción del CP de 1897, donde no se reprodujo una disposición similar (INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS, 1982: 441). El tratamiento dado por los proyectistas a la conversión de la pena de multa también vive bajo el reino de la permanencia, observándose que, a partir del Proyecto de 1947, existe una cierta flexibilización para que el pago de la multa no se convierta, irremediamente, en una pena de prisión o de arresto²⁶.

Una vez aceptado el principio rector de la acción punitiva, a saber, que la sanción penal es algo que se fija legal y retributivamente y, lo que importa más, que está siempre en estado de continua aplicación, sin tener en cuenta las equivocaciones o los aciertos, es fácil deducir que la opinión juzgatoria no se convierte en una manifestación de la irreverencia. Ella sigue con la cabeza en el mismo lugar. Ejerciendo el mismo oficio. Convirtiendo la pena de acuerdo a la edad, robustez, debilidad o fortuna del condenado.

b) Circunstancias para la conversión

Todos los autores citados en la doctrina nacional –OCHOA (1888: 201-203), GODOY FONSECA (1930: 101) y CHIOSSONE (1992: 235)- se detienen, leídos sus

²⁶ Para conocer la redacción del artículo de la conversión de la pena de multa en prisión o arresto en los diversos y distintos anteproyectos y proyectos, véase la obra del INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS [hoy Instituto de Ciencias Penales] de la Universidad Central de Venezuela, *Código penal de Venezuela*. Vol. I. artículos 1 al 67, pp. 442-444.

comentarios, en las circunstancias que deben estar presentes para que proceda la conversión según el texto legal.

Para el autor último nombrado, es imposible precisar el acto judicial a realizar sin acudir a las referencias circunstanciales que encuadren en el dispositivo. A fin de subrayar la importancia de los criterios diferenciadores, CHIOSSONE, centró su atención en la circunstancia *fortuna*. Esto es: ¿cómo el legislador de siempre ha incorporado dicho elemento cuando, precisamente, la conversión tiene su pie de arranque en que la multa no puede ser satisfecha por la incapacidad económica del sentenciado? Dicho de otro modo: la escogencia entre la prisión y el arresto no puede estar adecuada por la insolvencia del condenado que es, precisamente, la condición motora para que el tribunal otorgue la conversión. Mantener el elemento fortuna, luego de la insatisfacción del penado en el incumplimiento del castigo, es tanto como ver –diría la poeta venezolana ausente MIYÓ VESTRINI- a «un asesino desencantado por la brisa».

Las otras dos circunstancias (edad y robustez) pueden ser vistas como una enumeración taxativa que no contribuye, decisivamente, a darle sentido a la norma penal. Así parecen haberlo entendido los proyectistas del siglo XX, quienes, en sus propuestas de reforma, eliminaron los elementos personales o materiales establecidos en el artículo 50, dejando –en su mayoría- como *conditio sine qua non* que la multa no haya sido satisfecha por la insolvencia del condenado. Entonces: se reafirma que sólo mediante la retribución puede alcanzarse el fin de la pena.

Ahora bien, todo estudio (y, aún más, cualquier pretensión sustitutiva) debe presentar un cuadro general del estado de la cuestión penológica, el cual permita adoptar la mejor solución posible –que como se sabe de antemano no es siempre necesariamente la legal- a la hora de hablar del castigo.

La multa, bautizada como «la pena del futuro», adquiere relevancia por la lucha doctrinaria, legislativa y jurisprudencial planteada en otras latitudes contra las penas privativas de libertad. Lo que es lo mismo: «con la multa se persigue, entre otros fines, precisamente evitar la imposición de la pena privativa de libertad» (HANS-HEINRICH JESCHECK, 1981: 1073)²⁷.

²⁷ Para mayor ilustración sobre la pena de multa, pueden leerse las páginas siguientes (1075-1090), en donde el autor y los traductores, SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, analizan y adicionan –en un esfuerzo comparativo- puntos de significación para el debate sobre esta forma de sanción penal.

Como quiera que una cosa es tipificar una pena (principio de legalidad) y otra muy diferente, hablar acerca de su eficiencia político-criminal, conviene ver hasta dónde la imposición vigente y las proyectadas el siglo pasado, por distintos caminos, llegan al mismo destino o si, realmente, son expresiones divergentes sobre el tema planteado.

En una, la actual, no hay reparo en sostener que la multa se convertirá en prisión o en arresto, una vez que concurran los elementos fijados en el Código. Es decir: que una circunstancia no inherente al acto cometido (delito o falta que acarrea una pena de multa), sino a una condición permanente o transitoria de su autor, obliga a este a perder su libertad. Además de lo que esto significa en cualquier momento histórico (especulando, incluso si fuera cierto, sobre alguna hora estelar del sistema penitenciario), no hay que olvidar la nota común de ciertos delitos y faltas que acarrear la imposición de la multa como pena. A diferencia de lo que sucede en otros países, como Alemania, por ejemplo, donde la multa no sólo se aplica a hechos penales de poca trascendencia, sino también, según JESCHECK, «como sanción preferible para la criminalidad media», en Venezuela, la multa se destina, según la ley penal sustantiva, a delitos de poca monta y a faltas que han sido derogadas de hecho por su obsolescencia.

Por lo mismo, pero sin dejar de estar de acuerdo con quienes otorgan un amplio ámbito de aplicación de la multa en los días que corren, es por lo que estimo que adoptar la solución legal conocida a la hora de hablar de conversión de la pena de multa es aceptar que su desarrollo irá acompasado por una especial ceremonia de justicia. Ceremonia que se extiende a otras leyes especiales como la Ley del Ejercicio de la Farmacia (LEF) (artículo 19), la Ley de Ejercicio del Bioanálisis (LEB) (artículos 31, letra C y 37, numeral 2º y párrafo único) y la Ley de Ejercicio de la Ingeniería, Arquitectura y Profesiones Afines (LEIAPA) (Artículo 30, letras a, b y f) para nombrar algunas, donde la insolvencia o renuncia en el cumplimiento de la pena de multa se convierte en arresto proporcional, de acuerdo a lo establecido en el CP.

En las otras disposiciones, las proyectadas en el siglo XX, no es que haya incertidumbre en la conversión de la pena indicada. Pero, existen -además- alternativas que tratan de impedir que el cuerpo del condenado llegue, inexorablemente, a los sitios de reclusión.

El resultado de esta simple comparación entre el artículo vigente y las normas trazadas, más no fraguadas, es que se puede registrar, sino un cambio

definitivo, al menos una inflexión por haber pasado de una concepción penológica rígida, con gríngolas, a otra de opciones.

Con fidelidad a lo planteado, solo resta decir que los puntos de contrastación o de ruptura, a partir de los cuales pudiera el Derecho Penal y la Penología experimentar la novedad de variaciones significativas en el sistema punitivo, se logran exprimiendo contenidos propios y ajenos. De esta manera, se puede alcanzar la plenitud del proceso mismo de la imposición-ejecución de la multa, reemplazando –cuando sea el caso- esta pena por otra que no signifique encierro ni conlleve su estigmatización.

2. Otro decir para el cambio de texto y contexto

El primer asomo procesal para llegar a la norma actualmente vigente (artículo 478 COPP), lo encontramos en el artículo 484²⁸ del COPP 1998. Leído este con la atención debida, se podrá observar que el legislador de entonces reguló dos situaciones en caso de incumplimiento de la pena de multa durante el lapso acordado: 1) sustituirla por trabajo voluntario; 2) solicitar un plazo adicional para pagarla. Pero, enseguida nos dijo lo que sucedería en caso de que el penado incumpliera alguna de las dos situaciones que haya escogido: la multa se convertiría o se transformaría en prisión. En la reforma del COPP 2000, la redacción y la numeración del artículo permanecieron inalterables.

Con la reforma del COPP 2001 es cuando la disposición comenzó a sentir aires renovadores. No porque la norma haya cambiado de numeración. Del artículo 484 pasó a ser el 489. El «verdadero sentido» de la reforma fue agregar, primeramente, una línea y media al final del encabezamiento del artículo 489: «(...) *el cual en ningún caso excederá de seis meses*». Para TAMAYO RODRÍGUEZ (2002: 261), integrante de la Comisión de Reforma del COPP, se corrigió -de esta manera- «(...) una omisión de la norma derogada».

²⁸ **Artículo 484. Multa.** Si la pena es de multa y el penado no la paga dentro del plazo fijado en la sentencia, será citado para que indique si pretende sustituirla por trabajo voluntario en instituciones de carácter público, o solicitar plazo para pagarla.

Oído el penado, el tribunal decidirá por auto razonado. En la resolución fijará el tiempo, las condiciones y el lugar donde cumplirá el trabajo voluntario, dispondrá asimismo las medidas necesarias para el cumplimiento de la decisión y el control de su ejecución.

Si por incumplimiento es necesario transformar la multa en prisión, citará al Ministerio Público, al penado y a su defensor, y decidirá por auto razonado. Transformada la multa en prisión, se ordenará la detención del penado. Se aplicarán analógicamente las reglas relativas al cómputo.

Y el segundo cambio fue adicionar un cuarto párrafo o aparte al artículo en cuestión, «en el que se actualizan, dado su anacronismo, las penas de multa que establece el Código Penal, equiparando su valor con las unidades tributarias (...)». Es así como se lee en la disposición que «"por cada cien bolívares o fracción menor, el penado pagará la suma equivalente a una unidad tributaria, estimada para el momento de la comisión del hecho"».

Según el mismo reformador y comentarista (2002: 261):

Aparte del efecto disuasivo que puede tener esta comentada disposición del último aparte en las personas que habitualmente cometen hechos punibles sancionados con multas, la actualización hace factible y racionaliza la procedencia de los procesos por faltas y delitos menores, la mayoría castigados con pena de multa, pues con tales sanciones adecuadas al proceso socio-económico nacional, se equilibran para el Estado los costos de la administración de justicia.

Todo eso tiene un sentido claro de reacción contra la pena de multa o pena patrimonial, por cantidades, actualmente, irrisorias que se encuentran en el CP. Se trata de poner el acento en una realidad, más que jurídica, socio-económica. Sin embargo, el esfuerzo legal por resolver un problema de índole económico es superado, entre otras cosas, por los alarmantes e indetenibles niveles de inflación y de hiperinflación que ha venido sufriendo Venezuela, sobre todo desde 2015, en el caso del primero, y desde 2017 cuando se habló de niveles hiperinflacionarios, que -2023- han descendido, pero sin llegar a borrar la inflación económica del país. Eso hace que la pretendida adecuación, sea eso: una simple pretensión.

Otro comentarista del COPP, el fallecido ERIC LORENZO PÉREZ SARMIENTO (2003: 569-570), partía de un terreno diferente para hacer la crítica del artículo 489 del COPP 2001. Para él, se trataba de una norma «(...) de dudosa constitucionalidad, pues afecta el principio constitucional de la legalidad penal que supone que cada tipo penal concreto debe tener asociada su pena prevista por el legislador».

Leyendo a uno y a otro comentarista, entendiendo el significado racional de la crítica, es evidente que la norma procesal resbaló por las troneras abiertas por políticas socioeconómicas erradas. Aunque pueda estar equivocado en esta apreciación, de la lectura comparativa de textos adjetivos salta, también,

otra evidencia fortalecida por el acto legislativo de la promulgación de leyes. No obstante, el contenido del artículo 489 permaneció vigente e invariable en las sucesivas reformas -2006, 2008 y 2009-, y en el nuevo COPP 2012 y en el vigente, reformado en 2021, ese cuarto párrafo fue eliminado. Ahora, el actual artículo, identificado con el número 478²⁹, vuelve a su presentación original contentivo de tres apartes.

El legislador habilitado dijo en la Exposición de Motivos del COPP 2012 lo siguiente:

Con respecto a la ejecución de la pena, se estableció que en caso de incumplimiento del trabajo voluntario, en aquellos casos en que el penado o penada sea condenado o condenada al pago de multa, el Juez o Jueza ordenará la ejecución obligatoria del trabajo comunitario proporcional al monto equivalente a una unidad tributaria. Asimismo, se suprimió lo relativo a la conmutación de multa por prisión por ser manifiestamente inconstitucional.

¿Cuál es el sentido de estas palabras expositivas? Si se va más allá de las palabras antes transcritas, varios son los significados que se pueden encontrar.

En una mirada retrospectiva, se podría decir que el legislador del COPP 1998 transformó, por incumplimiento del trabajo voluntario, la pena de multa en prisión porque todavía faltaba algún tiempo para llegar a la aprobación refrendaria de la Constitución de 1999. Lo sorprendente es que el legislador reformador no se haya dado cuenta de la inconstitucionalidad del mandato ni en 2000 y 2001; como tampoco en 2006, 2008 y 2009, años de cambios en el texto procesal. Y con un vistazo comparativo entre lo dicho por PÉREZ SARMIENTO y el legislador habilitado, lo más elemental que se pudiera expresar es que el primero habló de «dudosa constitucionalidad» cuando el tipo penal concreto no tiene una pena asignada, y, el segundo, afirmó -rotundamente- «la inconstitucionalidad» de la conmutación de la multa en prisión. Este argumento o razón es, con justicia, un punto a favor de los derechos fundamentales del hombre. Se corresponde con la visión antropocéntrica que se tiene de él en la Carta Magna venezolana.

Con el COPP 2012 se cerró, procesalmente, la posibilidad de que el trabajo voluntario se transformara en encierro. Aunque el penado incumpla los acuerdos

²⁹ Véase cita 25.

para realizarlo, no será detenido y colocado tras las rejas. Sencillamente, al incumplimiento del trabajo voluntario como pena, generado -a su vez- por el incumplimiento del pago de la pena de multa, impuesta como pena principal, se le estampa -ahora- el rótulo de: *ejecución obligatoria*. Pero, hay algo más que anotar. En el artículo 478 COPP 2012, y en su reforma de 2021, se menciona -en sus dos primeros párrafos- al trabajo voluntario como la figura punitiva aplicada en uno de los dos casos previstos de incumplimiento de pago de la multa. Con claridad meridiana el legislador habilitado mencionó al «trabajo voluntario», el cual se cumplirá en instituciones de carácter público. No obstante, en el tercer y último párrafo de la norma, donde incluso vuelve a nombrar al «trabajo voluntario», a renglón seguido lo sustituye por «trabajo comunitario».

¿A qué se debe este cambio de adjetivos? No parece que se deba al uso correcto de la sinonimia de los términos. Sabemos que, si acudimos al diccionario, el adjetivo «voluntario» significa por libérrima voluntad y no por fuerza, obligación o necesidad. Recuérdese que, frente al incumplimiento del pago de la multa por parte del penado, el legislador le ofrece dos alternativas. Una de ellas, el trabajo voluntario. En palabras de similar color: en ninguno de los dos casos, la escogencia del penado es constreñida por algo o por alguien. El adjetivo «comunitario», por su parte, se refiere a la comunidad, y aunque se hiciera un esfuerzo intuitivo y no racional para entender el momento mismo de la creación legislativa por delegación, sería aventurado afirmar que la ejecución obligatoria sea la causa del cambio de adjetivos.

Puestas las cartas sobre la mesa, estoy absolutamente convencido que es el juez de ejecución quien tiene la última palabra para cumplir, de la mejor manera posible, con su principal -pero no única- función: la ejecución de las penas impuestas mediante sentencia firme.

IV. Tiempo de pena convertida³⁰

1. Contextura definitiva

El legislador, quien en el artículo anterior, es decir el 50, señala una pluralidad de condiciones, penas y montos para que opere la conversión de la multa,

³⁰ **Artículo 51.** La prisión por conversión de multa no podrá exceder de seis meses ni el arresto, por la misma causa, de nueve meses, si se tratare de delitos, ni de dos meses, si se tratare de faltas. El condenado puede siempre hacer cesar la prisión o el arresto pagando la multa, deducida la parte correspondiente al tiempo transcurrido en la una o en el otro.

impone en el 51, unos límites de tiempo para la prisión y para el arresto, distinguiendo los lapsos fijados para este último, ya se trate de delitos o faltas. Y, a continuación, advierte que el tiempo o los diversos tiempos de la prisión o del arresto pueden cesar si el sentenciado paga la multa, «deducida la parte correspondiente al tiempo transcurrido en la una o el otro».

Se dan así unas pautas –contenidas en el artículo 50- para el oficio del juzgador. Se dan otras –en la disposición siguiente- para que no haya un desbordamiento de la percepción juzgatoria. En definitiva: la exigencia de una lectura conjunta, acumulativa, para lograr su propia textura.

2. Los límites elegidos y proyectados

No está demás insistir en que en el artículo antes transcrito -el 51, al pie de página anterior- hay un espacio temporal en cuya área el tribunal debe fijar la conversión de la multa. Espacio que contiene un límite máximo, que no puede excederse de algunos meses, pero buscando -quizá- (no sabría afirmar si es una contradicción) ir más allá de los esquemas rígidos de la razón.

Queda, en la disposición, intacta la distinción entre prisión y arresto. De ahí los límites elegidos para una y otra pena, puesta en movimiento la conversión. La certidumbre de los límites viene dada por las circunstancias de las formas de castigo. No obstante, estas figuras punitivas susceptibles de ser trasladadas a una realidad más ancha y menos ajena mediante la complicidad de una exégesis constructiva, pierden sus siluetas por múltiples razones: base teórica lograda no con voces, sino con ecos; ruptura de los hilos del discurso en la praxis; insistentes disyuntivas nunca resueltas (por ejemplo, la relación jerárquica del conocimiento, como si –en realidad- fuera lo esencial); planes político-criminales ni definitivos ni definitorios y sucesivas lecturas hacia la nada, entre otras.

Teniendo presente estas y otras razones, se podría trascender los criterios que tanto los legisladores de 1926, 1964 y 2005 y los proyectistas sostienen como oficio. Hasta ahora sus interioridades no pueden estar estructuradas por argumentos que ni aun para la época lucían como los más adecuados. Pensando en la unificación de las penas, que no es ninguna proposición halada por la contemporaneidad, y solo para mencionar un camino, se puede descifrar el lenguaje penal punitivo si es que todavía se sigue creyendo (¿acaso un dogma?) que el mismo vive a través de un mensaje hermético, de una escritura cifrada.

Por eso, el mérito de una disposición penal no está en sus puntos limitativos, sino en ayudar a construir válidamente –en este caso– un sistema punitivo con voluntad de búsqueda y definición. Y no digo búsqueda y experimentación, porque en nuestra praxis, generalmente, se traduce esta última palabra como política de ensayo y error. Pero, además, porque hojeando los distintos proyectos de reforma del CP (INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS, 1982: 451-453), cualquiera encuentra que la conversión de la pena de multa tiene pie y sentido básico primeramente en la reclusión (prisión o arresto)³¹, cuando desde diferentes ópticas y motivos se vienen planteando penas sustitutivas al encierro. En los proyectos que ofrecen, luego de señalar el tipo de castigo y su tiempo (siempre mayor que el vigente), las alternativas para pagar la multa, da la impresión que lo que buscan –de entrada– es intimidar al condenado con un castigo más fuerte, intimidación que penderá, cual espada de DAMÓCLES, por la discrecionalidad que se otorga al juez.

Concluyendo: si nada vale, que nada quede.

³¹ En orden cronológico: el Anteproyecto de TULLIO CHIOSSONE (artículo 104) reproduce la razón y los lapsos del artículo 51. El Proyecto de JOSÉ RAFAEL MENDOZA TROCONIS (artículo 45) plantea la conversión de la multa en arresto que no podrá exceder de nueve meses. En el Proyecto de 1947 (artículo 76), la prisión y el arresto serán por un tiempo no mayor de dos y un año respectivamente. La extensión del límite se pretende contrarrestar cuando, a solicitud del condenado y si, el juez lo estima conveniente, la multa puede pagarse por otras vías: prestaciones periódicas con garantía suficiente o prestación de servicios en obras o establecimientos públicos. El Anteproyecto de 1948 (artículo 72), está en sintonía con el Proyecto anterior. En el Proyecto 1954-57 (artículo 112), la conversión de la multa será por arresto que no excederá de un año, en ningún caso. Y, en el siguiente, el de 1961 (artículo 100), el arresto no podrá ser mayor de seis meses. En el Anteproyecto 1967 (artículo 91), se retorna a lo dicho –en cuanto a las penas y su duración– veinte años antes. El Proyecto 1969 (artículo 90) menciona la prisión y el arresto y fija la duración de éste, «a razón de un día de arresto por cada treinta bolívares de multa». Y el más reciente Proyecto, conocido desde 1974 y publicada íntegramente en 1984, convierte la multa en arresto, teniendo una duración «a razón de un día de arresto por cada cien bolívares de multa». Mantiene el sentido del mismo aparte del artículo 51 en cuanto como es lógico pensar, el arresto y reproduce las otras vías de pago de la multa, como las señaladas en el Proyectos 1947.

Es de advertir que el artículo 89 del Proyecto 1974 (JORGE SOSA CHACÍN y JOSÉ MIGUEL TAMAYO TAMAYO), en su versión definitiva, publicada en 1984, se conoce con el número 101 al cual le agregaron dos apartes que son: «Dentro del plazo señalado y a solicitud del condenado a pena de multa, puede el tribunal autorizar el pago en cuotas periódicas, distribuidas de manera que aquella se cancele en un plazo no mayor de un año. También puede permitirse el pago de la multa, mediante prestación de servicios en obras o establecimiento públicos, descontándola del salario o sueldo de modo que el resto que perciba el condenado sea suficiente para su estricta manutención y la de las personas a su cargo».

V. La conmutación de la pena (de arresto, confinamiento y multa) en apercibimiento o amonestación³²

1. Resistencia de una muerte proyectada

Un reconocido ensayista latinoamericano -ATANASIO ALEGRE- ha afirmado (1997): «En las sociedades de América, los muertos no terminan de desaparecer, ni dejan de formar parte de esa película de la imaginación que todo hombre proyecta con excesiva frecuencia». Si el autor me lo permite y con el respeto por un continente y sus pobladores, la cita -si el símil vale- es, también, la adecuada para comprender, así como para criticar, la presencia y vigencia del artículo 57 CP.

A partir de 1915, la norma, la cual «corresponde a la primera parte del artículo 25 del Código Penal de 1897» (INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS 1982: 487), quedaría expresada en los términos actualmente conocidos. Fuera de sus lugares de origen, la disposición ha venido siendo, reiteradamente, suprimida en diversos proyectos. Por ejemplo, en el de 1954, del Instituto de Codificación y Jurisprudencia con ponencia de CHIOSSONE, éste (s. f.: 93), al referirse a la conversión, conmutación, remisión condicional de la pena y libertad condicional, indicó: «Se [suprimió] también [la conmutación] a que se [contrae el artículo] 57 porque (...) la amonestación o apercibimiento fue eliminada del cuadro de las penas». En otros, como los de 1961 y 1984, sus proyectistas (ARDILA BUSTAMANTE, TAMAYO TAMAYO y SOSA CHACÍN), no se detienen a explicar las razones de la supresión del artículo 57, dando por tácitamente entendido que la reducción o eliminación de las penas -amonestación o apercibimiento, entre otras- afectaba la vida de la disposición.

Empero, hay muertos que gozan de buena salud. Será siempre así, dirá alguna voz no tan lejana como la de ultratumba, porque los proyectos no han pasado de ser esfuerzos de buenas intenciones. Con su resistencia a desaparecer definitivamente, el artículo contribuye a seguir manteniendo cohesionado eso que llaman sistema penológico de un país, se atreverán a afirmar otras.

³² **Artículo 57.** Cuando la pena que debiera imponerse al reo no excediere de treinta días de arresto, cuarenta y cinco días de confinamiento o cuatrocientas unidades tributarias (450 U.T.) de multa, podrá el Juez de la causa conmutarla en la de apercibimiento o amonestación, siempre que el delito se hubiere cometido con circunstancias atenuantes y sin concurrir la agravante de reincidencia.

Todas las apologías posibles no resisten -creo- los embates de la crítica. Desde 1915 hasta hoy, la relación que establece el dispositivo legal con la praxis jurídico-penal es la siguiente: ni andan juntos, ni ésta traduce a aquél.

GODOY FONSECA (1936: 86), quince años después de la vigencia de la disposición, advertía a los jueces sobre la prudencia que debían tener, para conmutar la pena de arresto, confinamiento o multa en amonestación o apercibimiento. Sensatez exigida que estaría determinada por: las condiciones morales del penado, su educación, sus relaciones sociales, la ausencia casi total de perversidad y definitiva de la etiqueta de reincidente. El señalamiento del doctrinario y una nueva lectura del artículo en cuestión hacen que las palabras de su encabezamiento se parezcan globos de aires frescos, a los que se han ido pinchando con los dardos que la continuación del mismo artículo ofrece hasta vaciarlos de sentido, de peso específico.

En años más recientes, años de la especialización contra la codificación penal -al menos en Venezuela-, el artículo o parte de su contenido parece haberse oxigenado con la Ley de Beneficios en el Proceso Penal (LBPP), que estuvo vigente hasta el 4 de septiembre de 2009, o haber servido de fuente de inspiración al primer numeral del artículo 9³³ de esta Ley, relativo al corte de la causa en providencia. Manteniendo el mismo lapso para la pena de arresto y de confinamiento y cambiando el monto para la multa, el legislador penal especial, a diferencia del penal sustantivo, obligaba al juez de la causa a conmutarlas por la de amonestación o apercibimiento, una vez efectuados los cargos. Este reconocimiento, más de derechos que de beneficios, que surgen de otro reconocimiento previo: el de la culpabilidad del reo, también se desinfló con las palabras del artículo siguiente³⁴, donde se cambió la obligatoriedad por la negación del beneficio, debido a ciertas circunstancias agravantes.

En conclusión, el legislador de antaño y de nuevos tiempos sigue proyectando una película con imágenes defensasistas totalmente distorsionadas de una realidad

³³ **Artículo 9.** En el acto de cargos, el reo podrá solicitar, de acuerdo con su defensor después de reconocer su culpabilidad, el corte de la causa en providencia y el Tribunal, según los cargos formulados, lo acordará en los siguientes casos: 1. Cuando la pena que debería imponerse al reo no excediese de treinta (30) días de arresto o cuarenta y cinco días de confinamiento o de multa equivalente a treinta días de salario mínimo urbano. En este caso deberá conmutarla por la de amonestación o apercibimiento.

³⁴ **Artículo 10.** El Juez no acordará el corte de la causa en providencia cuando los cargos fiscales consideren la existencia de circunstancias de alevosía, premeditación o ensañamiento, o cuando el encausado sea reincidente.

que ha demostrado, hasta el cansancio, que el artículo, cuya muerte han decretado juzgadores y proyectistas por razones no siempre convergentes, tiene que desaparecer.

VI. Condición femenina³⁵

1. La incertidumbre de las opciones

Hay aquí una disposición penal excluyente: sólo para mujeres. La razón, según GODOY FONSECA (1930: 105), es una: la debilidad del sexo femenino.

Contemporáneamente, la lucha por la igualdad sexual, por el reconocimiento de los derechos siempre existentes, plantearía el asunto desde una perspectiva diferente (debido a la discriminación, en este caso del hombre) y con un cambio de actores (ya que la mujer no es la realmente afectada). Una de tres: o incorpora al hombre en esa descripción legal de la conmutación de la pena, o desincorpora a la mujer de ese trato calificativo como «benigno», adjetivo que no reposaría tranquilamente en ciertas manifestaciones feministas, o mantiene esa consideración por el hecho de ser una persona y nunca por debilidad sexual.

En verdad, cualquiera de las tres opciones refleja que la asunción de un largo camino comienza –como sostiene la filosofía oriental- por un primer paso. Paso que tiene que multiplicarse para no seguir inmerso en un tiempo que intentó juntar castigo, sexo, cómputo y conmutación de penas como una necesidad mediante la presencia sostenida de la disposición desde la reforma del CP en 1915.

2. Recordatorio a los creyentes

Acentuando la crítica sobre la perspectiva jurídico-penal que coadyuvaría a una mejor interpretación del camino escogido, varias son las cosas que habría que decir claramente. La norma comentada es muy ilustrativa: al igual que otras del CP quiere perpetuar las diferencias entre las penas privativas de libertad. De ahí que distinga entre prisión y arresto como penas inicialmente impuestas, las cuales –siguiendo al artículo mediante el acto de leer- pueden

³⁵ **Artículo 59.** La pena que debe sufrir una mujer condenada a prisión si, hecho el cómputo de la detención, no hubiere de exceder los seis meses, se conmutará en arresto por el mismo tiempo, y la de arresto en iguales condiciones, en la de confinamiento.

conmutarse, si no exceden de seis meses, hecho el cómputo de la detención, en arresto y confinamiento, respectivamente.

Tanto tiempo inútil tratando de conjugar la pretensión legal con la praxis penitenciaria. Tanto tiempo perdido buscando una imagen real que proyecte con fuerza definitiva que la reclusión, por ejemplo, no sea la única pena privativa de libertad. Tanto esfuerzo en vano para diferenciar, *ab initio*, como dirían los romanos, esas formas de castigo para luego establecer –dentro del mismo *corpus*- que ambas pueden cumplirse en los mismos sitios cuando la ley lo determine. A lo que habría que agregar: y que la realidad impone.

Por lo demás, para que se dé la conmutación, el legislador parte de una noción del castigo que muestra, como es usual, su máscara exterior. La figura de la prisionera o la figura de la arrestada son creaciones legales que no garantizan que la pena, como fin, sea retribución o resocialización, de acuerdo a la llamada política criminal oficial. Explorando de manera siempre nueva las vías y los desvíos de las apariencias, ya sea que se busque la máscara interior (la historia de verdad), ya sea que se aproxime lo más cerca del tiempo y espacio recorridos, el castigo exige penas sustitutivas a las privativas de libertad para llegar, así, a las penas alternativas que emerjan de la sociedad civil.

Si se acepta la realidad de los sitios de reclusión y se atiende más a la duración de la condena, así como a su fin y finalidad, habría que concluir diciendo que toda sentencia computada que no exceda de seis meses, deberá ser conmutada, tanto para mujeres como para hombres, en confinamiento, respaldada por aquel recordatorio constitucional: «No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social».

Capítulo 2

Conversión de la Pena de Prisión en Confinamiento

I. Comienzo por el final: el confinamiento y su tiempo legal

Estoy convencido que cuando se habla del confinamiento, como consecuencia de la conversión de la pena de prisión, el conversatorio no estaría completo si faltara la voz encargada de pronunciar las palabras acerca del significado real de esa pena corporal, de acuerdo a lo preceptuado en el CP (artículos 9, numeral 5, y 20).

No se equivocó OCHOA (1888: 177) si, comparativamente, se coloca esta forma de castigo en el concierto de sanciones penales de su época y en algunas legislaciones del siglo XX, por ejemplo. Mientras el comentarista afirmaba que el confinamiento (parecido a la deportación de los romanos) se hallaba fundado en los mismos motivos que la expulsión del territorio, transcurridos más de cien años, la ley penal sustantiva chilena vigente para 1992 todavía lo apoyaba. En su artículo 33 se definía esta pena como «la expulsión del reo de la República con residencia forzosa en un lugar determinado». Desde España hablaba ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS (1958: 476) para decir:

El confinamiento, supervivencia de la vieja *relegatio ad insulam* romana, reproducida por nuestras partidas, pese a la ausencia de islas en Castilla, tenía lugar aún en el Código de 1870 en las de Canarias y Baleares, pero a partir del de 1932 y en el vigente puede ejecutarse en cualquiera pueblo o distrito de la Península o islas antes dichas (art. 87), debiéndose tener en cuenta por el Tribunal el oficio, profesión o modo de vivir el sentenciado, con el fin de que pueda atender a su subsistencia En el lugar señalado el confinado vivirá en el régimen de completa libertad, bien que sujeto a la vigilancia de la autoridad. Ha desaparecido igualmente la antigua posibilidad de sustituir esta pena por el servicio militar.

Vale decir, entonces, que la diferencia fundamental existente entre las legislaciones mencionadas (y derogadas) y la nuestra (vigente) está teórica y prácticamente, en la redacción de sus respectivas disposiciones.

Siendo penas restrictivas de libertad, de acuerdo a doctrina universal, el confinamiento -en Venezuela- es el mantenimiento del penado en algún lugar dentro de los confines del territorio, mientras que en el país austral se mantenía, también, al sancionado en un sitio determinado, pero fuera de sus fronteras. He aquí un punto que tiene su razón de ser, no en la bondad o maldad del alma, pero sí en la calificación que del delito se haga. En Chile, la pena estaba, generalmente, reservada para delitos políticos (contra la seguridad exterior e interior del Estado) (ENRIQUE CURY URZUA, 1992: 364). Y aquí, -en nuestro país y salvo prueba en contrario- procede en la mayoría de los casos de la nomenclatura delictual, si se tiene en cuenta la conversión de penas.

1. Si solo fuera la definición

El artículo 20³⁶ CP define el confinamiento. Pero hay más. Establece la obligación que tiene el penado y la pena accesoria³⁷.

En su definición se fija la distancia que debe existir entre el lugar de cumplimiento y el sitio donde ocurrió el delito. Los cien o más kilómetros deben mantenerse entre aquel y los domicilios del «reo al tiempo de la comisión del delito, y [del] ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia». Su justificación legal viene dada por las palabras de MENDOZA TROCONIS (1983: 230) en la doctrina nacional, la cual es reiterada por SOSA CHACÍN (1993: 197).

Lo que no se lee, conforme al hilo argumental de los autores, es la conclusión a la que llegan los autores partidarios del dualismo³⁸, y SOSA CHACÍN es uno de ellos, con respecto a la pena analizada. Para estos, la finalidad de las penas restrictivas de libertad es impedirle -al penado- que ande libremente por determinados sitios. Bajo esta perspectiva, solo hay que volver a leer el primer párrafo del artículo 20 CP. Sin que la apariencia bastara, la realidad es que su sentido es más asegurador que punitivo, sobre todo porque «en Venezuela casi siempre se aplica el “confinamiento” por conversión, esto es por la transformación de las sentencias de “prisión” y “presidio”» (MENDOZA TROCONIS, 1983: 230).

a) La reinterpretación de la definición

Nadie puede negar que el artículo 20 CP revivió, interpretativamente hablando, con la vigencia plena del COPP -1 de julio de 1999- que estableció la

³⁶ En el primer párrafo de la norma se lee: «La pena de confinamiento consiste en la obligación impuesta al reo de residir, durante el tiempo de la condena, en el municipio que indique la sentencia firme que la aplique, no pudiendo designar al efecto ninguno que diste menos de cien kilómetros, tanto de aquel donde se cometió el delito como de aquellos en que estuvieron domiciliados, el reo al tiempo de la comisión del delito, y el ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia».

³⁷ Los párrafos segundo y tercero de la norma dicen -en ese orden- lo siguiente: «El penado estará obligado, en comprobación de estar cumpliendo la sentencia y mientras dure la condena, a presentarse a la Jefatura Civil del Municipio, con la frecuencia que el Jefe Civil indique, la cual no podrá ser más de una vez cada día ni menos de una vez por semana.

Es pena accesoria a la de confinamiento la suspensión, mientras se la cumple, del empleo que ejerza el reo».

³⁸ Según el autor español GONZALO QUINTERO OLIVARES (1981: 18) se entiende por éste cuando «el sistema penal concibe, junto a las penas fundadas en la culpabilidad, otra clase de reacciones, “las medidas de seguridad”, de naturaleza educadora terapéutica, rehabilitadora que se fundan en la peligrosidad del sujeto».

competencia del tribunal de ejecución. También, con la aprobación refrendaria de la CRBV y su correspondiente publicación -30 de diciembre de 1999- en donde se estatuye que una de las Salas para el funcionamiento del TSJ es la SC (artículo 262)³⁹.

No hubo que esperar mucho tiempo para conocer los argumentos ofrecidos por los jueces de ejecución para desaplicar, parcialmente, el artículo 20 CP, respecto a la obligación del condenado a la pena de confinamiento *«de residir, durante el tiempo que dure la condena, en el Municipio que indique la sentencia firme que la aplique, no pudiendo designarse al efecto ninguno que diste menos de cien kilómetros tanto de aquel donde se cometió el delito como de aquellos que estuvieron domiciliados, el reo al tiempo de la comisión del delito y el ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia»*. Si se juntaran las decisiones de los juzgados de ejecución que han hecho la desaplicación parcial de la norma y se observara con minuciosidad los fundamentos contenidos en esos fallos, estos podrían presentarse así:

- 1) La exigencia señalada en el primer párrafo del artículo 20 CP es una limitación al derecho que tiene el penado a solicitar la conversión (artículo 52 CP) o la conmutación (artículo 53 CP) de su pena en confinamiento, porque es menester pensar en lo que significa obligarlo a vivir lejos de su domicilio.
- 2) El cumplimiento de esta obligación representaría una erogación de gastos de vivienda y alimentación, que se verían reducidos si el penado se le permitiera vivir en el lugar donde está el asiento principal de sus negocios e intereses.
- 3) La lejanía significaría, igualmente, otros gastos como, por ejemplo, los destinados a mantener el contacto con miembros del núcleo familiar del penado.
- 4) El acercamiento y la comunicación entre el penado y sus familiares son vistos como vías necesarias para transitar, exitosamente, hacia la

³⁹ En el artículo 335 constitucional se dice que el TSJ «será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación». Y entre las once atribuciones de la SC, enumeradas en la siguiente disposición -336-, resalta, a los efectos de analizar la labor interpretativa anunciada, la «10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva».

rehabilitación y reinserción social de aquel, es decir, hacia los fines de la pena indicados en el artículo 272 CRBV.

5) La interpretación lineal del párrafo indicado implicaría, además, una inaceptable lesión a otro de los derechos fundamentales del penado, como podría ser el contenido en el artículo 75⁴⁰ constitucional.

Hay que dejar sentado que para el juez de ejecución la argumentación expuesta recibe su espaldarazo definitivo con la lectura del artículo 334 del Texto Fundamental. La facultad tuitiva constitucional está conferida por el encabezamiento de esa norma, y de conformidad con lo preceptuado en el primer acápite, el juez debe proceder a desaplicar de oficio la disposición sustantiva -artículo 20 CP- por vía del control difuso constitucional de la legalidad.

La SC del TSJ, por su parte, le ha salido al paso a tales razonamientos. En ejercicio de la revisión discrecional atribuida a la Sala, conforme lo disponen los artículos 335 y 336, numeral 10 CRBV. Y de acuerdo al artículo 5, numeral 16, de la Ley Orgánica de la institución que le asignó la competencia para «revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás Tribunales de la República», se han producido sentencias de esa máxima instancia que anulan las pretensiones interpretativas del juez de ejecución.

Las consideraciones hechas por la SC parten, generalmente, de una temática que contiene el sentido de la pena; su proporcionalidad; su esencia y fines; y la doble naturaleza (jurisdiccional y administrativa) de la ejecución de las penas. En ese recorrido, los magistrados de la SC no son indiferentes a los derechos fundamentales del penado. Para ellos, «(...) el condenado no está fuera del derecho, se halla en una relación de derecho público con el Estado, en la cual continuará siendo titular de todos los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean afectados por el contenido del fallo condenatorio» (Sentencia N° 812/11-5-2005).

⁴⁰ El primer párrafo de la norma en cuestión dice, textualmente, lo siguiente: «El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia».

Llegando al punto central de asunto: el análisis de artículo 272 constitucional, la SC hace las siguientes consideraciones:

1) La norma antes señalada «consagra derechos específicamente penitenciarios que se corresponden con las obligaciones del Estado vinculados al régimen penitenciario y a las estrategias del llamado “tratamiento socializador”».

2) En consecuencia, esos derechos penitenciarios «(...) no tienen el carácter de derechos fundamentales, ya que están condicionados por la “relación especial de sujeción” que resulta de un internamiento en un establecimiento penitenciario».

3) El artículo 272, como garantía constitucional, «(...) lo que contiene es un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria».

4) No hay dudas que de este mandato se derivan determinados derechos, «sin embargo, tales derechos no tienen el carácter de derechos subjetivos para el condenado, por el contrario, son derechos de configuración legal».

5) Por último, «lo que el señalado artículo 272 dispone es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y a la reinserción social, más no que estos sean la única finalidad legítima de ésta».

Para la SC el artículo 75 CRBV también necesita esclarecimiento ya que, usualmente, se invoca en la argumentación para desaplicar, de manera parcial, el artículo 20 CP. Sus integrantes han sostenido que la norma legal desaplicada en nada colide con la disposición constitucional (protección a la familia). La distancia fijada legalmente, entre el lugar de la nueva residencia de penado (confinado) y el anterior no hace -en opinión de la Sala- «imposible su rehabilitación y reinserción social». Para cerrar el cuadro exegético, la SC le recuerda al penado que el incumplimiento del artículo 20 CP «no sólo conlleva que éste se convierta en reo del delito de quebrantamiento de condena, sino que además pierde la posibilidad del otorgamiento de cualquier beneficio penitenciario»⁴¹.

⁴¹ Las cinco consideraciones que hace la SC al analizar el artículo 272 constitucional, así como su criterio en relación al artículo 75 de la Carta Magna y la advertencia de las consecuencias para el penado en caso del incumplimiento del artículo 20 CP, provienen de la lectura analítica que hice de la ya indicada sentencia N° 812/11-5-2005. Lo cual no quiere decir que no existan otras sentencias -con iguales o parecidos razonamientos- antes de mayo de 2005 o con posterioridad a esta fecha.

Una de las primeras cosas que hay que decir del criterio jurisprudencial antes descrito es que, si resulta ilustrativo por el tratamiento dado al lenguaje constitucional referido a las penas y al sistema penitenciario venezolano, también lo es para abrir espacios para el debate penológico.

Aquí hay muchos aspectos que debían ser tratados desde distintas perspectivas. Sin embargo, considero que es importante, *muy importante*, destacar cómo la SC asume una actitud creadora para distinguir «derechos penitenciarios», que están condicionados por la «relación especial de sujeción», o «derechos de configuración legal» que no tienen el carácter de derechos subjetivos. En otras palabras, es obvio el propósito de la SC de crear o ratificar categorías formales de derechos dentro del amplio contexto de los derechos fundamentales.

Sin embargo, en esa deliberada intención siempre hay un peligro. Este consiste en no comprender que lo que el penado y sus circunstancias, para emplear el vocablo orteguiano, necesitan definitivamente es la protección de sus derechos fundamentales, frente a los cuales no puede haber vacilación valorativa. No se puede aceptar que haya que darle muchas vueltas a los derechos fundamentales para transformar algunos de ellos en «derechos penitenciarios», los cuales -producto de la mutación- han perdido el adjetivo original porque están condicionados por un «invento» del Derecho Administrativo: *la relación especial de sujeción*.

Pasando del tema de los derechos del penado al tema del fin o de los fines de la pena, no me cabe la menor duda de que la SC, al reconocer la garantía constitucional de un sistema penitenciario que asegura la rehabilitación de las personas privadas de libertad, no cortó el cordón umbilical que tiene nuestro Código sustantivo con la retribución como fin de la pena. El triple fin expresado por la Sala: retribución, prevención general y prevención especial, hace que la teoría absoluta y las teorías relativas de la pena se conviertan en sombras que vuelan insistentemente sobre la justificación del castigo en Venezuela.

No obstante, cualquiera que sea el fin seleccionado, estemos de acuerdo o no con la escogencia hecha por el poder, hay que tratarlo de entender siempre y cuando se coloque en una realidad específica. O dicho más apropiadamente, cuando la pena sea analizada dentro de una determinada forma de Estado. En un «Estado democrático y social de Derecho y de Justicia» (artículo 2 CBRV), la retribución no puede seguir pretendiendo copar el escenario del castigo, independientemente de su legalidad. La declaración constitucional de la

rehabilitación como fin de pena, por su parte, exige que la Constitución esté provista de fuerza normativa para que el tratamiento resocializador sea algo más que una simple pretensión o un deseo idealista.

El mandato constitucional, representado por el artículo 272, le sigue ofreciendo a la SC del TSJ -como máxima y última intérprete de la Constitución- la oportunidad de ayudar a reconstruir el discurso penológico a través del lenguaje. Una reconstrucción que exige ir desde un proceso de deslegitimación del castigo hasta una ardua labor de construcción verbal y escrita. Que permita borrar ese horror de la inocuización del delincuente como un medio pertinaz para alcanzar la prevención especial.

El espacio para estas reflexiones acerca de la posición asumida y declarada de la SC del TSJ se acaba y para concluir debo decir que la huella de la retribución es patente en la sentencia analizada. La pura verdad es que la prisión no ha sido ni será el lugar recomendable para lograr la reinserción social del penado. Cualquier ensanchamiento de los espacios para que el penado termine de cumplir su condena, puede ser una oportunidad para valorar, en su justo lugar, palabras como reinserción social o rehabilitación del delincuente. En todo caso, la posibilidad -si es que existiera- de rehabilitar o reinsertar socialmente al penado, no se fortalece cuando se obstaculizan vías abiertas para seguir con el empeño resocializador. El punto crucial no es que la norma legal desaplicada parcialmente por los jueces de ejecución colida o no con el artículo 75 constitucional, sino que esta última disposición sea vista como un motor de arranque para llegar a elaborar políticas públicas que coadyuven a colocar las cosas en su exacto lugar, que era la forma de hacer justicia en la Grecia arcaica.

2. Siguiendo con el artículo sustantivo

El segundo párrafo del artículo 20 CP obliga al penado a presentarse en la Jefatura Civil del Municipio al cual fue confinado «(...) con la frecuencia que el Jefe Civil indique, la cual no podrá ser más de una vez cada día ni menos de una vez por semana» ¿Qué cosa es esta obligación y a qué tradición se refiere? Se trata de una obligación que debe considerarse letra muerta. No solo por los años transcurridos desde 1915 hasta el presente -más de una centuria- sino porque hoy existen otros mecanismos de control, manuales o tecnológicos, a través de los cuales «el ojo ve y el poder mira» (PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR *dixit*).

La norma penal examinada contiene -en su parte final- la pena accesoria a la de confinamiento: la suspensión de empleo que ejerza el penado. Esta pena no corporal, que también puede ser principal (artículo 10 CP), se encuentra descrita en el artículo 27⁴² del mismo Código sustantivo.

3. Otra condición tipológica de la pena de confinamiento

De acuerdo con una ley penal especial -el Código Orgánico de Justicia Militar (COJM)- el confinamiento es una pena accesoria (artículo 405). No obstante, las penas principales de presidio y de prisión, cumplidas en tres cuartas partes de la condena y observando el penado militar conducta ejemplar, pueden ser conmutadas por confinamiento, con aumento de una tercera parte (artículo 456). Si la propia declaración legal, si el mismo sentido de la disposición no genera esta derivación aseguradora, no habría que hacer un gran esfuerzo para entender que el Estado está satisfecho con la retribución. A cambio de la conducta ejemplar, la conmutación de la pena opera como respiradero, como drenaje de la tensión del encierro, cuyo cumplimiento se extiende más allá de la condena original.

II. Ahora si directo al grano: la conversión de la pena de prisión en confinamiento

Ya descritos, en algún momento, y analizados, en otro, aspectos relevantes de la pena de confinamiento, es tiempo -ahora- de centrar la atención en la norma que regula la conversión de la pena de prisión en confinamiento, es decir, el artículo 52⁴³ CP.

1. ¿De dónde viene el reino de la vigencia de la norma?

En la reforma del CP de 1912 aparece por primera vez la disposición, distinguida como el artículo 73 del Código. 1915 es el año testigo de la reforma de ese texto legal. El nuevo Código, promulgado el 30 de junio del año en

⁴² ARTÍCULO 27. La suspensión del empleo impide al penado su desempeño durante el tiempo de la condena, con derecho, terminada ésta, a continuar en él, si para su ejercicio estuviera fijado un periodo que entonces corriera aún.

⁴³ ARTÍCULO 52. Todo reo condenado a prisión que, conforme al parágrafo único del artículo 14, la cumpliera en establecimiento penitenciario local, puede pedir al Juez de la causa, luego que hayan transcurrido las tres cuartas partes de dicho tiempo, observando buena conducta, comprobada con certificación del Alcaide del respectivo establecimiento, la conversión del resto de la pena en confinamiento por igual tiempo, y el Tribunal podrá acordarlo así, procediendo sumarialmente.

cuestión, es el que -para CHIOSSONE (1980: 236)- «dará la orientación definitiva, hasta el presente, a la legislación penal». En su artículo 52 aparece la disposición que se mantiene -en contenido y numeración- en el Código de 1926, el cual, realmente, nos rige y en el minúsculo giro reformista de 1964 (INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS, 1982: 454), así como, también en las reformas de 2000 y 2005⁴⁴.

Este registro histórico y cronológico pudiera inducir a pensar que la norma es de recia exigencia, no solo en el Código y sus reformas, sino también en los esfuerzos de los proyectistas desde 1938 hasta el Proyecto elaborado hace ya unos cuantos años, por TAMAYO TAMAYO y SOSA CHACÍN, si me refiero únicamente a los intentos de reforma del siglo XX. No obstante, la continuidad de ese mismo registro demuestra que el artículo proyectado, en diversas épocas, busca algo distinto a la conversión de la pena de prisión en confinamiento. Si en el texto legal vigente cobra relieve visible y destacado el lugar de encierro, el tiempo transcurrido y la buena conducta, ahora las imágenes proyectadas intentan presentar una función más protagónica en

⁴⁴ En aras de la memoria y la verdad histórica, TAMAYO RODRÍGUEZ (2012: 592) señala que el CP de 1926 ha sido objeto de cuatro reformas parciales: 1958, 1964, 2000 y 2005. Con respecto a la primera de ellas, el autor (2012: 594) puntualiza ciertos aspectos y argumentos que les han servido a otros autores venezolanos para colocar esta reforma parcial en el baúl no de los recuerdos sino del olvido. Así afirma: «Ciertos autores como Arteaga Sánchez y Grisanti Aveledo, lo mismo que Grudrun Olbrich, obvian o pasan por alto la reforma que se le hizo al Código Penal de 1926 en el año 1958, ignorándola por completo, como si nunca hubiese tenido lugar, lo que obedece, al parecer, al hecho de considerarla nula o sin ningún valor, por la circunstancia de que nunca fue publicado en la Gaceta Oficial el texto íntegro del Código Penal reformado con inclusión de las modificaciones realizadas en 1958, es decir, el texto refundido.

En torno a este punto, SOSA CHACÍN apunta que el Decreto N° 378 de 4 de octubre de 1958, dictado por la Junta de Gobierno, que reformó parcialmente el Código Penal de 1926, fue producto del apresuramiento y por ende, no resultó jurídicamente perfecto ni siquiera aceptable, añadiendo que era notable su imprecisión técnica, pues la circunstancia de que se reformaran artículos que comprendían delitos de escasa comisión en nuestro medio y se dejaran intocados otros que requerían urgente reforma, cooperaban en tal afirmación».

Más adelante, TAMAYO RODRÍGUEZ (2012: 595-596) termina sus comentarios diciendo: «Ahora bien, en nuestra opinión, no es correcto desconocer la existencia de la reforma parcial sufrida por el Código Penal de 1926 en el año 1958 (como tampoco lo es ignorar que el Código Penal de 1863 fue el primero que se dictó en Venezuela), pues, al margen de su posterior declaratoria de nulidad por la Corte Suprema de Justicia, es innegable que la misma existió, que fue publicada en Gaceta Oficial -aunque solo el Decreto Ley que le dio origen y no el texto refundido con el del Código Penal vigente para ese entonces- que estuvo formalmente en vigencia por más de cinco años, y que, por virtud de ella, ciertos artículos de dicho código fueron modificados. Una cosa es no estar de acuerdo con algo, y la otra muy distinta es ignorar su ocurrencia, o soslayar que existió, como si nunca hubiera tenido lugar».

procura de asir las medidas alternativas a la prisión⁴⁵. Un paseo por títulos y capítulos de diversos proyectos resultaría suficientemente indicativo: en el Proyecto de 1948 se habla de remisión condicional; en el de 1954, a la conversión, conmutación se le agrega la remisión condicional de la pena y libertad condicional; en 1961, la suspensión condicional de la pena y libertad condicional aparecen en capítulo aparte a la conversión y conmutación de penas, y en el Proyecto TAMAYO TAMAYO-SOSA CHACÍN, hay todo un TÍTULO -el VI- sobre libertad condicional que comprende un capítulo referido a esta última libertad por conmutación de la pena.

Por si fuera poco, también hay que anotar que la LRP de 1981 destacaba la presencia de la libertad condicional en su artículo 76, siendo ésta, «en primer término, una medida administrativa ya que es al ejecutivo nacional a quien corresponde dictarla por órgano del Ministerio de Justicia, y es a su vez una medida discrecional, expresamente consagrada en la ley conforme lo prevé el artículo 79 (...)». (NORMA ELENA CABRERA LOZADA, 1990: 579).

La presencia dominante de la libertad condicional en proyectos y leyes no quiere decir que sea excluyente. Acabo de indicar que, en buena parte de los proyectos, la libertad condicional es el motivo casi recurrente de dichas propuestas, manteniendo a la conmutación y conversión de las penas genéricas y procesales que buscan reducir el castigo cuando sea procedente. No es inusual, incluso, encontrar en las proposiciones aparentemente innovadoras, más allá de la continuidad o discontinuidad del legado de las escuelas o de las estrategias político-criminales, significados y enfoques jurídicos que reproducen ideas propias de la institución que particulariza a la norma analizada. Y llegando a esta es cuando -bien lo dicen miembros del INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS de la Universidad Central de Venezuela- se pretende pasar la página en procura de un sistema distinto.

⁴⁵ Dice el Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas (1928: 457), refiriéndose al artículo 52, lo siguiente: «Solo el *Anteproyecto Chiossone* prevé una disposición similar al artículo en estudio. Artículo 105: Todo reo condenado a prisión que, conforme el párrafo único del artículo 14, la cumpliere en cárcel local, puede pedir al Juez de la causa, luego que hayan transcurrido las tres cuartas partes de dicho tiempo, observando buena conducta, comprobada con certificación del alcalde del respectivo establecimiento, la conversión del resto de la pena en confinamiento por igual tiempo y el tribunal podrá acordarlo, así, procediendo sumarialmente.

Los demás proyectos eliminaron esta norma al prever un sistema distinto en materia de penas, sustituyéndola por la libertad condicional».

Por ejemplo, en el Proyecto TAMAYO TAMAYO-SOSA CHACÍN de 1984, la proposición se realizaba de la siguiente manera: en el LIBRO PRIMERO, TÍTULO IV (LAS PENAS) existe un CAPÍTULO -el IV (*Reemplazo de la pena corta de privación de libertad*)- donde la pena privativa de libertad, que no exceda de tres años, puede ser reemplazada entre otras, por el confinamiento (artículo 106)⁴⁶. El TÍTULO VI (LIBERTAD CONDICIONAL) contiene, por su parte, el CAPÍTULO II (*Libertad condicional por conmutación de la pena*), donde en cuatro artículos (130, 131, 132 y 133) se establecen las condiciones de la conmutación, la sustitución por confinamiento, la revocatoria del beneficio y la extinción de la pena, respectivamente. Con respecto a este CAPÍTULO sus proyectistas (1984: 26) dijeron que «trata de la libertad condicional por conmutación de la pena que se puede conceder al condenado a una pena privativa de libertad una vez cumplida las tres cuartas partes de la misma. Este capítulo regula en forma más orgánica y adecuada la institución que ya está consagrada en nuestro Código vigente, en su artículo 52 y siguientes».

Queda abierta la duda de que este Proyecto haya aportado cambios sustanciales a las concepciones penológicas representadas por el confinamiento, pero también la certeza de que esta presentación de reemplazo de las penas cortas privativas de libertad y de la libertad condicional por conmutación de la pena sirven de puente para llegar a una meta aún no fijada.

⁴⁶ En el Proyecto, el confinamiento, junto a la prisión o arresto en días o horas no laborables; trabajo en obras determinadas sin privación de libertad; y reclusión domiciliaria, son las cuatro penas reemplazables de las cortas de privación de libertad. Y en el artículo 109, donde se regula esa primera modalidad punitiva que no es mencionada entre las medidas de seguridad, el confinamiento es definido o descrito así: «Conforme a lo establecido en el artículo 106, el confinamiento podrá reemplazar, cuando el Tribunal lo considere pertinente, a la prisión o al arresto que no exceda de tres años, por todo el tiempo que estas penas pudieran durar. El confinamiento consiste en la obligación impuesta al reo de residir durante todo el tiempo que debiere durar la condena, en el Distrito o Departamento que indique la sentencia. El penado, en comprobación de estar cumpliendo la condena y mientras dure ésta, quedará obligado a presentarse una vez cada dos semanas ante la autoridad judicial del lugar al cual fue confinado». No obstante, por un camino u otro, el fin es, esencialmente, represivo-asegurativo. No cabe otra conclusión. Porque si se relee, con detenimiento, el único aparte del artículo 106, se notará que, al construir sus proyectistas el sistema llamado *doppio binario* (existencia conjunta de penas y medidas de seguridad), el artículo que busca castigar un comportamiento delictivo que merezca una sanción de o menor de tres años, ofrece el reemplazo tomando en cuenta la personalidad del autor.

Sobre la adopción -por parte de los proyectistas- del sistema mencionado y por su confusión en cuanto a las penas y medidas de seguridad se alzaron algunas voces críticas. Por todas, véase el trabajo de EDELIO QUINTERO MUJICA (1987: 291-308) «Incidencia de la peligrosidad de la aplicación de las penas según el Proyecto del Código Penal Venezolano SOSA-TAMAYO».

De un siglo a otro, ¿cuál es el panorama que nos ofrecen los proyectos de Código Penal en el presente?

Quienes trabajaron en el Proyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal, a solicitud de la AN, dijeron -en 2004- que habían acogido una recomendación de suprimir penas como el confinamiento «que, por su evidente desfase con el ordenamiento constitucional, es preciso derogarlas en aras de la armonía del sistema penal». Por supuesto, que la labor de comprobación de tal desfase requeriría un estudio adicional al que aquí se hace. Y aunque exista el ánimo de meterse en una tarea como esa, por los momentos solo bastaría con señalar algunos mandatos constitucionales que podrían servir de aval a lo afirmado por los proyectistas.

Comenzando por el Preámbulo de la Constitución, en él se menciona, como fin supremo para refundar la República, la consolidación de valores como la libertad y el aseguramiento de derechos como la justicia social. Valores y derechos que son consagrados, después, en el artículo 2 de la Carta Magna. Más adelante, nos encontramos con el artículo 21 que reconoce que todas las personas son iguales ante la ley. Por tanto, dice su numeral 01 que no permitirán discriminaciones que «(...) tengan por objeto o por el resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona». Esta precisión constitucional sirve para impulsar la (re)lectura del artículo 272 CRBV sin necesidad de tener escauceos caprichosos con la «relación especial de sujeción», utilizada como estrategia para no reconocer, plenamente, derechos de los privados de libertad.

Pasando las páginas de la Constitución van apareciendo otras disposiciones como los artículos 50, 75 y 272, llenos de palabras útiles para lograr -si se quiere- un lenguaje jurisprudencial transformador. La derogatoria de la pena de confinamiento propuesta, por la razón antes indicada, tiene -además- su justificación armónica en el catálogo punitivo presentado. Si las penas privativas de libertad, que no penas corporales, son -para los proyectistas- la prisión y el arresto (artículo 9), mal podrían seguir hablando de una pena que ellos mismos han desechado, entre otras cosas por sus visos de inconstitucionalidad.

El Proyecto del Código Penal del TSJ, también conocido oficialmente en 2004, estatuye que las penas privativas de libertad son: 1) la prisión; y, 2) el arresto (artículo 73). Y como dato previo, el proyectista preceptúa -en el

artículo 72- que esas penas privativas de libertad son, también, penas principales, en donde la prisión se impone para los delitos y el arresto para las faltas, siendo definidas ambas penas en los artículos 75⁴⁷ y 77⁴⁸.

Hecha la clasificación de las penas y precisada la pena de prisión, el proyectista coloca, de alguna manera, al interesado por el tema en la vía hacia ciertos ejercicios concordantes. El aún vigente artículo 52 CP regula una situación donde el condenado a pena de prisión debe cumplirla en un establecimiento penitenciario local. Da la impresión que el proyectista cuando definió esa pena tenía muy presente la redacción de aquella norma. Y, utilizando la categoría «establecimiento penitenciario»⁴⁹, se adelantó al legislador penitenciario que -en 2015- definió y clasificó los establecimientos penitenciarios en el COPE (artículos 3.1⁵⁰ y 23⁵¹ en ese orden).

Continuando con la tarea concordante, es dable constatar un hecho que podría calificarse como incongruente. Ya se dijo cuáles eran las clases de penas propuestas y las que, específicamente, pertenecían a cada grupo. Ni en la clasificación ni tampoco en la agrupación se menciona para nada a la pena de confinamiento. Sin embargo, en el artículo 116 del Proyecto del TSJ se define esta pena y en el siguiente -117- cuándo opera la solicitud de la conversión de la pena de prisión en confinamiento.

⁴⁷ **Artículo 75. Prisión.** La pena de prisión consiste en la privación de libertad del condenado en el establecimiento penitenciario destinado para tal fin.

⁴⁸ **Artículo 77. Arresto.** La pena de arresto consiste en la privación de libertad del condenado, en los cuarteles, destacamentos o comisarías de las policías regionales, nacionales, estadales o municipales y en las sedes de las jefaturas civiles, según lo establezca el juez de ejecución. Cuando el condenando fuere funcionario o empleado público, esta pena comportará la suspensión del empleo o función que venía ejerciendo.

⁴⁹ Recuérdese que en la LRP 2000 las penas privativas de libertad se cumplían de acuerdo a lo establecido en el artículo 3, «(...) en las penitenciarías, cárceles nacionales y otros centros penitenciarios o de internación que bajo cualquiera denominación existan, se habilitaren o crearen para ese fin».

⁵⁰ **Artículo 3. Definiciones.** A los efectos del presente Código se entiende por: 11. **Establecimiento penitenciario:** Instalación con las adecuadas condiciones de infraestructura en la cual el órgano con competencia en materia penitenciaria presta la custodia, el seguimiento y atención integral a las personas privadas de libertad, en el mismo se garantizan el respeto de sus derechos y los mecanismos necesarios para lograr su transformación.

⁵¹ **Artículo 23. Establecimientos penitenciarios.** Los establecimientos del sistema penitenciario se clasifican en establecimientos penitenciarios de régimen cerrado y de régimen abierto. Los establecimientos penitenciarios de régimen cerrado se clasifican en centros para procesados y procesadas y centros de penados y penadas (...). Los establecimientos de régimen abierto son aquellos donde las personas privadas de libertad disfrutaban de las fórmulas alternativas de ejecución de la pena.

Pues bien, la sola lectura del extenso artículo 116⁵² permite ver la «originalidad» de la propuesta. En el encabezamiento de la norma hay una remisión al artículo 117, para luego, en el segundo, tercero y cuarto párrafos, copiar -con palabras actuales- el artículo 20 CP. Algo muy parecido sucede en el artículo 117 propuesto. Se trasladó todo el contenido del artículo 52 CP a la norma del Proyecto⁵³. En esta, la actualización de las palabras estaría representada por la sustitución de la frase «juez de la causa» por «juez de ejecución» y por la mención del «delegado de prueba». Pero, donde el proyectista si se queda anclado en el pasado es en el uso de la palabra «alcalde» (*sic*). Realmente, el nombre correcto es «alcaide» que es un sustantivo que significa director de una prisión o cárcel. Se trata de una palabra anticuada para el momento en que se elaboró el Proyecto del Código. Esto porque en la literatura penológica de nuevos tiempos se habla del Director y no del alcaide. Y porque ya en la legislación penitenciaria venezolana de la época, la certificación de buena conducta ha venido siendo emitida por la Junta Disciplinaria o la Junta de Conducta, independientemente de que la firme quien presida esa Junta o todos sus integrantes.

Al igual que el en Proyecto de la AN 2004, el PCOPV 2010 propone que las penas privativas de libertad sean la prisión y el arresto (artículo 69). La norma distinguida como el artículo 72 pretende regular, por su parte, el lugar de cumplimiento de la pena de prisión cuando esta es menor de un año. En este

⁵² **Artículo 116. Confinamiento.** De acuerdo con el artículo 117, el confinamiento podrá reemplazar, cuando el juez lo considere pertinente, a la prisión o al arresto que no exceda de tres años y por todo el tiempo que estas penas pudieran durar.

La pena de confinamiento consiste en la obligación impuesta al penado de residir durante todo el tiempo que debiera durar la condena, en el municipio que indique el juez de ejecución, no pudiendo designarse al efecto ningún municipio que diste menos de cien kilómetros tanto de aquel donde se cometió el delito de como de aquellos en que estuvieran domiciliados el penado y la víctima al tiempo de la comisión del delito para la fecha de la sentencia de primera instancia.

El penado estará obligado, en comprobación de estar cumpliendo la sentencia y mientras dure la condena, a presentarse ante el juez de ejecución del lugar donde fue confinado, con la frecuencia que el juez de ejecución señale, la cual no podrá ser más de una vez por semana ni menos de tres por mes. Es pena accesoria a la de confinamiento la suspensión, mientras se la cumple, del empleo que ejerza o no.

⁵³ **Artículo 117. Conversión de pena de confinamiento.** Todo imputado condenado a prisión que la cumpliere en un establecimiento penitenciario local, puede pedirle al juez de ejecución, luego de que hayan transcurrido las tres cuartas partes de dicho tiempo, observando la buena conducta comprobada con la certificación de alcalde del respectivo establecimiento y previa opinión del delegado de prueba, la conversión del resto de la pena en confinamiento por igual tiempo; y el juez de ejecución podrá acordarlo así procediendo sumariamente.

caso, el proyectista propone que el sentenciado cumpla la pena en un establecimiento penitenciario local, es decir, uno que esté situado dentro de los límites de la unidad político-territorial donde hubiese sido sentenciado en primera instancia. Por un momento se podía pensar, y sobre todo si se está desprovisto del CP, que la propuesta operacionaliza, metodológicamente hablando, lo que debe entenderse por establecimiento penitenciario. Pero si se lee el párrafo único del artículo 14 CP, no es posible convertir el pensamiento en una afirmación rotunda. El proyectista de 2010 lo que hizo fue extraer ese párrafo y, con palabras similares, proponerlo como el artículo 72 del Proyecto.

Por último, el Proyecto, aunque prevé el caso de conversión en arresto por incumplimiento del pago de la pena de multa (artículo 96), no propone la conversión de la pena de prisión en confinamiento. Las razones podrían ser las mismas que las conocidas en el Proyecto de la AN 2004, solo que -a la fecha en que escribo estas líneas- no tengo ni a la vista ni a la mano el documento fehaciente para decir que sí son las mismas.

2. Estructura de la norma

Líneas atrás, mencioné que en el artículo 52 ocupan lugar destacado el sitio de reclusión, el tiempo transcurrido y la buena conducta certificada por «el alcaide del respectivo Establecimiento» como requisitos indispensables para que el condenado pueda solicitar el confinamiento, cuya conversión podrá (discrecionalidad) acordar el tribunal de manera sumaria.

Sobre la selección de estos requisitos o condiciones tal vez es poco lo que deba decirse. Se trata de escogencias que responden a criterios cuya base de sustentación siempre será ideológica, mostrándose al mismo tiempo, diferenciadora y continuadora de doctrinas y políticas. Si una de estas políticas: la criminal, lo que busca es el descongestionamiento de las cárceles y la rehabilitación del delincuente, ¿por qué la conversión se mantiene como una gracia o beneficio que discrecionalmente acordará el juez? Si se admite que la cárcel es, hablando en términos positivistas, un factor criminógeno, ¿por qué esperar tres cuartas partes de la condena cumplida para ver si es posible otorgar el confinamiento? Si no hay dudas que la clasificación de los penados es una categoría convertida en un secreto bien guardado⁵⁴, y por

⁵⁴ Cuando digo lo que digo, no estoy afirmando que la clasificación no exista legalmente. En leyes penitenciarias derogadas siempre hubo algún capítulo dedicado a esta categoría clasificatoria. En el

otra parte, no existe una adjetivación que distinga el presidio de la prisión, ¿para qué insistir en afirmaciones contradictorias?

La otra característica del artículo 52, antes de la vigencia plena del COPP 1998, era su remisión al párrafo único del artículo 14, que a su vez llevaba al lector al 40, ambos del CP. De remisión en remisión, la reflexión debía ser variada. De un lado, el condenado a prisión al cual se refiere la norma analizada es el que regulaba, literalmente hablando, el párrafo y artículo antes mencionados. Es decir, un penado que se encontraba cumpliendo su condena en una cárcel local, conocida como internado judicial⁵⁵. Pero, además, la presencia del condenado en este sitio de reclusión se debía -siguiendo con el párrafo- al cómputo establecido en el artículo 40: un día de detención por otro de prisión. Al lado de los señalamientos teóricos para que de manera concordante se diera, si así lo estimaba el tribunal, el confinamiento, no hay que olvidar el tono contenido en la práctica, logrado a través de la interpretación de aquellos, antes de que las remisiones quedaran derogadas por el Código procesal con la incorporación del artículo original 177, actualmente 476 en el COPP 2021.

Debido a la repetición -en el aula universitaria- de esquemas, propios de mentes didácticas, el juez acude generalmente, al modelo lógico y de aplicación de las leyes para llegar a la sentencia del caso que conoce. Rememora para encontrar en los esquemas y en el recuerdo docente las trazas para una actividad que, en realidad, exige resultados totalizadores y comprensivos. No por los resultados, sino por el método acostumbrado es por lo que sorprende la realización de las proposiciones teóricas. En efecto, no se puede lograr unas condiciones viables para el confinamiento, con estricto apego a la letra de la ley, atendiendo tan sólo al tipo de pena, y sabiendo que al artículo 52 le fueron quitados, por el COPP, algunas piezas que le servían como ensamblaje para su redacción y vigencia plena desde 1915.

COPE 2015, así como en su minúscula reforma de 2021, el TÍTULO III (DEL INGRESO Y DEL EGRESO EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS DE LOS PRIVADOS Y PRIVADAS DE LIBERTAD) contiene un Capítulo V Del Procedimiento de Clasificación, donde se incluyen aspectos que van desde criterios para la clasificación hasta de la obligatoriedad de la clasificación y la atención integral (artículos 43-47). Como no ignoro esta regulación, lo que quiero significar es que una cosa es la realidad legal y otra, diametralmente opuesta, es la praxis penitenciaria.

⁵⁵ Si se sigue el pie de la letra lo dicho en el artículo 23 COPE, tendríamos que hablar de establecimientos penitenciarios de régimen cerrado y, específicamente, de una de sus dos clasificaciones: centro de penados y penadas.

Frente a tales esquemas consagrados en la praxis jurisdiccional, particularmente visibles en el razonamiento y la argumentación, no se han logrado dar los pasos trascendentes y definitivos para llegar a otros distintos. No se ha hecho, entre otras, la lectura concordante apropiada entre realidades, normas y espacios punitivos. Esta falta de actividad ha redundado tanto en la validez como el significado que tiene actualmente el confinamiento, sobre todo como pena convertida en Venezuela.

En definitiva, la desaplicación de parte de los dispositivos legales señalados en el texto legal penal, los cuales sirven de estructura o andamiaje para el confinamiento, no significa un cambio de marcha en el decurso penal y penológico, pero si una marcha inconclusa que, a pesar de la vigilia de los defensores a ultranza de la aplicación de la ley, paga y no cobra dividendos.

3. No es imprescindible la lectura lineal

Cualquier lego podría decirlo: el confinamiento es una institución que -en Venezuela- sirve de engranaje para convertir o conmutar otra pena en ésta, como ya lo había señalado, sin serlo, MENDOZA TROCONIS (1963: 230). Para que el confinamiento entre en movimiento, el mismo CP señala -en los artículos 52, 53, 54 y 55- las pautas a seguir para el feliz desenvolvimiento y término de tal procedimiento.

Empero, hay que advertir -antes de continuar con el análisis y sin que esto constituya una digresión- que el legislador que aprobó los artículos 54 y 55 fue el de 1915, que repitió su discurso sobre los mismos en 1926, 1958, 1964, 2000 y 2005. Sea por lo que fuere, lo cierto es que los que cumplieron funciones legislativas, al menos, en 2000 y 2005, sabían que desde finales de los noventa del siglo XX se venía gestando un cambio en el campo procesal penal que afectaría la vigencia de normas precedentes, incluyendo las sustantivas.

No hubo, sin embargo, intento alguno para transformar estilísticamente la presentación del CP, sobre todo a partir del inicio del presente siglo. Como las reformas parciales no tocaron la parte general del Código, esta quedó igual con la misma numeración y redacción de su articulado, a sabiendas que disposiciones como la 54 y 55 no habían sobrevivido a la reforma procesal. Tal vez el legislador consideró que cualquier crítica en este sentido se diluía con la aprobación de las disposiciones derogatorias, generalmente incluidas en cualquier nuevo texto legal. En todo caso, las oportunidades desperdiciadas

para presentar un texto penal liviano de instancias y procedimientos obsoletas, no son más que ejemplos de soberbia histórica y legislativa.

Hecha la advertencia sobre las normas que aún siguen vigentes, una forma apta para examinarlas no es, precisamente, haciendo una lectura lineal de las mismas. La dinámica jurisprudencial, en materia penal, podría ilustrar muy bien esta circunstancia. La guía, dirá la mayoría, tiene que ser los dispositivos legales. Pues bien, para el sistema de la justicia penal, las solicitudes de confinamiento equivalen, generalmente, a subsumir la petición en la norma. Si no encaja, no es necesario decir cuál será el pronunciamiento judicial.

De regreso al artículo 52 CP, hay que recordar que se habla del «(...) reo condenado a prisión que, conforme al párrafo único del artículo 14, la cumpliere en establecimiento penitenciario local». Y el párrafo, por su parte, se refiere al tiempo de la pena de prisión que no exceda de un año, caso en el cual el penado debe cumplir su castigo en un establecimiento penitenciario local, es decir, dentro de «(...) los límites del estado, Distrito Metropolitano de Caracas o territorio federal donde hubiere sido sentenciado en primera instancia (...)».

El recordatorio tiene varios propósitos. En primer lugar, la reiteración de que la pena tiene que ser la prisión, ¿qué significa realmente? ¿Quiere decir que en cualquier delito que se cometa, independientemente de los años de condena, lo que importa es el nombre de la pena? Con el escenario montado para ver la viabilidad o no del confinamiento, como posible resultado de la solicitud de conversión de las penas de presidio y de prisión, la pregunta de los aplicadores mecánicos de disposiciones legales siempre es la misma: ¿cómo hacer para que el instrumento legal no nos ate las manos y no nos vende los ojos? Esta pregunta es, por supuesto, artificial, y obedece a ese proceso mental puramente mecánico. De otra manera, la respuesta estaría, en gran parte y paradójicamente, en ese mismo instrumento que -en apariencia- pierde elasticidad para ofrecer alternativas.

Para nadie es un secreto que en LIBRO SEGUNDO (DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE DELITO) del CP existen comportamientos o conductas que se castigan, unos con pena de presidio, otros, con prisión. Esta distinción, que se remonta a tiempos casi olvidados, no puede ser la carta de navegación para llegar a una decisión con una versión distinta, y más profundamente justa. Para ir allanando esa «otra manera» debidamente habría que acudir al

estudio no solo de los requisitos establecidos en el artículo 52 CP, sino, también, y, en segundo término, de otras consideraciones que no están ni pueden estar en la norma. Por ejemplo, ¿cuál es la diferencia real y práctica, entre un condenado a presidio y otro a prisión?

Esta pregunta podría ser respondida en dos tiempos. Antes y después de la CRBV. Antes de diciembre de 1999, el juez de ejecución tenía la posibilidad de desplazarse en varias direcciones, si el propósito que lo animaba era buscar el centro justo de las cosas. En esa tarea de desplazamiento podría llegar a pensar que la diferencia es la fijada por las penas accesorias y el cómputo de la detención preventiva. O que la distinción es determinada -en la esfera civil y de manera concordante- por el artículo 185, numeral 5° del CC 1982 (la condenación a presidio como causal de divorcio). Incluso, hasta podría hacer un símil con la labor evaluativa del maestro. Será que la diferencia es la misma que establece el maestro entre una calificación de 9.4 y 9.5 para decir que el alumno que obtuvo esta última se hace acreedor a 10 sobre 20, y, por tanto, salva -aunque sea en la raya- la materia o el año escolar.

Con la aprobación refrendaria y la primera publicación de la CRBV en diciembre de 1999, más la labor interpretativa de la SC del TSJ, vino otro tiempo para tratar de despejar nubarrones. Desde el alto Poder Judicial, la SC le dio la razón al juez de ejecución que consideró que la diferencia real y práctica entre la pena de presidio y la de prisión estaba en las penas accesorias. Así lo dejó asentado en un pronunciamiento, previamente transcrito en una de las citas al pie de página -la número 11-. La Sala dijo, y lo ha reiterado en otras oportunidades como su inalterable criterio al respecto, lo siguiente:

(...) El constituyente no excluyó el presidio, de suerte que, siendo el mismo una especie de pena reclusoria que está permitida por la Constitución, la supervivencia de dicho castigo en la legislación ordinaria no supone, de manera alguna, antinomia del Código Penal con la Ley Máxima. Así mismo tampoco puede concluirse que se trate de una sanción infamante, por razón del trabajo forzado al que quedaría sometido el reo. Tal conclusión, por parte [de la Sala N° 1] de la Corte de Apelaciones [del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo], revela un supino conocimiento de la evolución del régimen penitenciario en Venezuela, ya que, de una simple ojeada a la Ley de Régimen Penitenciario, debe afirmarse que el trabajo dejó de tener carácter aflictivo, en todas las modalidades de penas corporales, y pasó a ser

considerado por el legislador como una herramienta de tratamiento y rehabilitación, razón por la cual se advierte que *no hay diferencias entre el presidio y la prisión, salvo a lo que se refiere a las penas accesorias* (Destacado mío) (Sentencia N° 883/11-5-2007).

Dejando de un lado el regaño de la SC a la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del Estado donde nació, en su capital -Valencia del Rey-, JOSÉ RAFAEL POCATERRA⁵⁶, es evidente que -para la Sala- la antinomia que pudo haber existido en razón del carácter afflictivo del trabajo penitenciario era un tema ya resuelto, incluso antes de la CRBV de 1999, por la LRP de 1981 (artículo 16). Aunque en esta norma el trabajo era considerado obligatorio, el legislador de la época proscribió su carácter afflictivo. Y con la nueva LRP de 2000, vigente hasta diciembre de 2015, el trabajo penitenciario se convirtió en un derecho y un deber (artículo 15). En el COPE, «el trabajo de los penados y penadas dentro de los establecimientos penitenciarios constituye un componente de los planes de atención integral para la transformación» (artículo 60).

Por otra parte, en las dos últimas líneas de la sentencia transcrita está dicha -según la Sala- la única diferencia actual existente entre la pena de presidio y la de prisión. Si vemos cuáles son las penas accesorias del presidio (interdicción civil, inhabilitación política y la sujeción a la vigilancia de la autoridad) y las de prisión (inhabilitación política y sujeción a la vigilancia de la autoridad) la comparación de los artículos 13 y 16 del CP se reduce, cualitativamente, a una sola pena accesoria. De la última a la primera, en ambas penas tenemos, como accesoria, la sujeción a la vigilancia de la autoridad, solo que en la pena de presidio es «(...) por una cuarta parte del tiempo de la condena desde que ésta termine», y en la de prisión es «(...) por una quinta parte del tiempo de la condena, terminada ésta».

Lo cierto es que, sea por una cuarta o por una quinta parte del tiempo de la condena, una vez terminada ésta, dicha pena accesoria ha quedado en

⁵⁶ Menciono a este escritor porque su vida y su obra es una representación simbólica del castigo que puede sufrir una persona y del temple que se debe tener para denunciar, desde el mismo lugar del encierro (La Rotunda, Caracas), las torturas y vejámenes de la dictadura de JUAN VICENTE GÓMEZ, al escribir *Memorias de un venezolano en la decadencia*, como admirable testimonio carcelario. Para conocer más en detalle aspectos de una existencia sin «par en la historia de las letras y de la política en Venezuela», como lo calificó SIMÓN ALBERTO CONSALVI, véase, de este último autor, la biografía que escribió sobre POCATERRA, publicada en marzo de 2009. También, consúltese el trabajo de GÓMEZ GRILLO, *Apuntes sobre la delincuencia y la cárcel en la literatura venezolana* del año 2000.

entredicho, una vez que la misma Sala, cambió su criterio, y ha señalado que la sujeción a la vigilancia de la autoridad es una pena «excesiva» (Sentencia N° 940/21-5-2007). Sacada esta pena del listado punitivo quedan, solamente, dos penas accesorias tanto para el presidio como para la prisión. La inhabilitación política procede para ambas penas; y la interdicción civil es la única que queda reinando en la breve comparación lineal de las normas.

Todas estas distintas maneras de expresarse sobre una norma ¿para qué sirven? Creo que al juez de ejecución le servirá para aumentar su capacidad axiológica. La lectura lineal del artículo 52 CP, el deseo de permanecer siempre adentro de la norma, lo conduciría a un escenario donde ya se sabe -de antemano- el «papel protagónico» que va a tener. No está demás indicar que la jurisprudencia penal venezolana, si quizá no lo ha dicho expresamente, ha entendido que no hace falta que artículo y aplicación o ejecución sean lo mismo. No es que ha buscado la sobrevivencia del confinamiento en otras disposiciones, sino que el camino viene trazado por una realidad que desborda el referido artículo.

Pero digo más, el artículo 52 CP es una disposición legal que puede ser pasada por alto en la búsqueda del adecuado acomodo entre el caso y la norma. El razonamiento de la SC del TSJ ayuda a tal postura. Sin embargo, cuando un juez de ejecución o los integrantes de una Sala de Corte de Apelaciones presentan una pluralidad de planos, sostenida por una aguda percepción de principios y realidades. Cuando estos últimos vierten principios constitucionales y políticos criminales, a fin de reparar el equívoco de la instancia. Cuando existe, en fin, y en todos, una conciencia del oficio de juzgar o una afirmación abarcante que centra -lejos de todo dogma- el persistente problema de la libertad, la posición se consolida y fortifica.

Si, por ejemplo, en el auto que dicta el tribunal se habla -aunque sea en apretada síntesis- del carácter corporal que tiene la pena de confinamiento, sin dejar de reconocer que es, también, un beneficio, se está señalando la precariedad de aquellos argumentos que olvidan esa primera característica. Como todo pronunciamiento judicial debe ser una fuente interpretativa y sugerente; como todo fallo debe indicar vías alternativas cuando sea posible (verbigracia, la acción de amparo), cualquier intento democrático por superar las penas de naturaleza verdaderamente reclusoria no puede ser metido en cunetas estrechas. De ahí que el artículo 52 CP, no solo puede ser pasado por alto, como ya se dijo, sino que, también, debe tenerse como ejemplo del

caos que caracteriza el TÍTULO IV del LIBRO PRIMERO del CP, es decir, *De la Conversión y Conmutación de Penas*, superado -abiertamente- por las formas y figuras procesales.

III. La conmutación de la pena de presidio o de prisión en confinamiento

1. Celebremos el futuro de la norma⁵⁷

Entre presidio y prisión se desliza el procedimiento para solicitar -ante el juez de ejecución- sus conmutaciones en confinamiento. Los pasos dados o por dar son: temporales (cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena); personales (conducta ejemplar durante la reclusión) y formales (solicitud, por escrito, ante el mencionado juez). De nuevo, y con fidelidad a los lineamientos procedimentales, sitios y pasos convierten el artículo 53 en la disposición que cree ser.

Esta no era así en el CP de 1912, cuyo artículo 73 estableció: «Todo reo condenado a presidio, prisión o reclusión penitenciaria que exceda de un año, puede pedir su libertad cuando haya cumplido las tres cuartas partes de la pena, observando una conducta ejemplar». Como se ve, el legislador de entonces, también de la época gomecista, fue mucho más amplio en las consideraciones del castigo, entendido este como mera retribución. Pero, a partir de 1915, se detuvo para restringir más la libertad, no la absoluta, la cual, según PIERRE GRIMAL, en *Los extravíos de la libertad*, se alcanza solo con la muerte. No permitió la posibilidad planteada en el Código anterior, sino que convirtió el presidio o la prisión, actualmente, en confinamiento, y presentó como gracia o beneficio procesal lo que, original y de manera permanente, ha estado en la lista de penas corporales. Carácter este último que siempre han reconocido tanto el legislador como el juez y el doctrinario. Sobre todo cuando insisten en o aceptan el aumento -en una tercera parte- de la pena, una vez convertida en confinamiento, por aquello de su suavidad frente a la severidad de la relegación a colonia penitenciaria.

⁵⁷ **Artículo 53.** Todo reo condenado a presidio o prisión o destinado a penitenciaria o establecimiento penitenciario, que haya cumplido las tres cuartas partes de su condena, observando conducta ejemplar, puede recurrir al Tribunal Supremo de Justicia, en escrito autenticado, solicitando la conmutación del resto de la pena en la de relegación a colonia penitenciaria por el mismo tiempo o confinamiento por un tiempo igual al que resta de la pena, con aumento de una tercera parte.

Si contrariamente a lo previsto hubiera un desprendimiento teórico (necesario para romper la preeminencia de ciertas penas y sus distinciones: como, por ejemplo, la prisión y presidio) para encarar las nuevas realidades (en este caso, el sistema penitenciario), podría acabarse con la tiranía de las palabras legales vigentes. Esas que no han querido ser repetidas en los diversos proyectos de reforma que se vienen sucediendo desde hace unas cuantas décadas, en el siglo XX, y en las que van del siglo XXI. Proyectos estos que acuden a la prisión como la pena principal para los delitos y reciben, algunos de ellos, el confinamiento como una forma de convertir la pena que falta por cumplir en libertad condicional.

Si la imagen jurisprudencial acogiera, sí, la distinción entre unas penas y otras -las impuestas y las otorgadas- para poder valorar con propiedad el tenor del pensamiento penológico actual, y osara llegar a la deslegitimación de los viejos criterios para determinar la validez del conocimiento, barrería el dogmático estatuto de la formalidad.

Si en las tres cuartas partes de la pena de presidio o prisión cumplidas se oyeran las voces del proceso de degradación que llegan desde las celdas y no se esperara por las voces truncadas de la rehabilitación, no viviríamos en el primado de las penas corporales. Aunque no se imponga o sea solo un mal recuerdo penológico, la relegación a colonia penal o penitenciaría (artículos 9.4 y 19 CP), por ejemplo, es una pena más, cuyo cumplimiento (por imposición y no por conmutación, ya que tan solo un condenado con desvaríos podría solicitarla), pone, una y otra vez, el fracaso o el mantenimiento del sistema penitenciario al descubierto⁵⁸.

2. Mientras tanto...

El artículo 53 CP se sigue aplicando mecánicamente. Una solicitud escrita, unos recaudos que anexar y un auto donde se otorga o se niega el beneficio solicitado. El procedimiento no sale de esa campana sorda que es la norma.

⁵⁸ Digo lo que digo porque alrededor del sistema penitenciario y de las funciones que debe cumplir se ha planteado un juicio valorativo divergente. Generalmente, la mayoría de los analistas, al ver que el sistema no cumple con las finalidades ideológicamente impuestas, hablan del fracaso de la prisión. Es la posición que asumió, en sus obras y escritos, GÓMEZ GRILLO en Venezuela. Mientras que otros consideran, al mismo tiempo, que las visitas y revisitas a la cárcel arrojan como resultado el mantenimiento del orden para lo cual fue creada, ya que la filosofía penitenciaria construida con el prefijo «re» es una falacia y, en el mejor de los casos, una metáfora lejana. Con otras palabras, así lo expresó en nuestro país, la también y lamentablemente ausente, MYRLA LINARES ALEMÁN.

a) *¿Ante quién acudir?*

Si el condenado es -como en efecto- el único destinatario del artículo 53, si su libertad está condicionada a que una cuarta parte de la pena la cumpla en confinamiento y si cuesta creer que, en el caso particular, el castigo tenga un fin distinto al eminentemente retributivo, es mejor buscar en el Código de 1912 el párrafo para aquél. En dicho texto legal -como se sabe- el legislador exigió un tiempo (tres cuartas partes) de pena cumplida y la conducta ejemplar del condenado, es decir, aquella que «merece ser puesta como ejemplo», según MENDOZA TROCONIS (1983: 271-272), para que el sentenciado a presidio, prisión o reclusión penitenciaria solicitara su libertad plena. De una manera sencilla, sin sucumbir a las formalidades y entendiendo que la idea de la retribución del castigo cristalizó con las tres cuartas partes de la pena cumplida, el legislador de entonces asentó bajo aguas claras que sin dejar de ser el castigo lo que era, había intersticios para alcanzar la libertad.

En esta breve comparación, ante el silencio legal de dónde acudir para solicitar la libertad de acuerdo al artículo 73 del Código de 1912, las respuestas estarían divididas entre el tribunal de la causa y el que impuso la sentencia definitivamente firme, criterio este acogido por nuestro primer comentarista, OCHOA, ante un caso similar con base al Código de 1873. En cambio, para la libertad condicional, que es la alternativa insignia frente al sistema tradicional de conversión o conmutación de penas, la solicitud se tendrá que hacer (al menos así lo propusieron TAMAYO TAMAYO y SOSA CHACÍN) ante dos instancias diferentes, dependiendo de la pena impuesta. Si esta era de diez años o más de privación de libertad, el beneficio se solicitaría a la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en Sala de Casación Penal y si fuera menor al tribunal de la causa (artículo 130). Sin embargo, tal distinción de instancias, surgida por los años de pena, no corrieron por las páginas expositivas de los proyectistas. ¿No será posible, sin necesidad del tiempo, hilar el pensamiento? ¿O es que, acaso, a más años de condena es necesario comprender que el caso penal exige distintos y varios centinelas? La misma observación es válida para el Código vigente, cuya reforma (si es que la palabra fuera factible) -en 1964- se limitó a aumentar las penas en unos pocos artículos para satisfacer un manipulado clamor, como también se hizo con las reformas de 2000 y 2005, tenidas como esfuerzos legislativos de hiperinflación penal y no de política criminal. Y si la atención se vuelve al Código de 1926, no hay exposición de motivos que guíe la curiosidad o que convierta en abundancia de respuestas las interrogantes planteadas.

Siguiendo la ilación, es cierto que hay que acudir a alguna instancia para solicitar el beneficio o gracia de la conmutación de la pena. En el artículo 53 CP, encontramos con una formula procedimental obviamente obsoleta. Pero, además, llama la atención que después de la vigencia plena del COPP en 1999 y de dos minúsculas reformas parciales del CP en 2000 y 2005, todavía se siga señalando a una institución a la cual acudir para presentar la solicitud, cuando, esta cerró, por orden procesal, sus puertas.

Aquí no se puede decir que el legislador reformista actualizó el nombre del órgano del Poder Judicial. Porque cuando lo cambió de CSJ a TSJ ya sabía que el órgano competente era el tribunal de ejecución. En el COPP primigenio, la competencia del tribunal de ejecución se estableció en el artículo 472. El numeral 2° disponía que al tribunal le correspondía: «Todo lo relacionado con la libertad del penado, rebaja de penas, suspensión condicional de la ejecución de la pena, redención de la pena por trabajo y por el estudio y extinción de la pena». Este texto fue reformulado en 2001, donde es distinguido con el numeral 1° del artículo 479, incorporándole, como parte de su competencia, conocer las solicitudes de conversión y conmutación de penas. Así se mantuvo en las reformas procesales de 2006, 2008 y 2009, conservando en las tres la misma numeración de la reforma de 2001: artículo 479, numeral 1°. En el nuevo COPP 2012, y en el reformado vigente de 2021, no hubo ningún cambio con respecto a esta competencia del tribunal de ejecución (artículo 471, numeral 1°). Con estos señalamientos reformistas incontrastables, solo queda decir que el legislador penal sustantivo no hizo ningún esfuerzo de actualización al momento mismo de la creación.

b) La información sobre la conducta ejemplar

En la marcha procedimental para la consecución de la gracia de la conmutación de la pena, un paso trascendental es el seguimiento que se hace al condenado en su comportamiento dentro del sitio de reclusión. Por lo menos, así lo ha planteado el legislador en el artículo 53, donde se establece, como se dijo, que la conducta no debe ser buena, sino ejemplar.

Se trata de un falso problema. ¿Cuál es el discernimiento para distinguir una conducta de la otra? ¿En qué consiste la conducta ejemplar? ¿Por qué si existe un gran instrumento de conocimiento que es el lenguaje, en su ayuda interpretativa, el saber -penal y criminológico- solo efectúa una inferencia etiquetante e inválida? No se puede seguir siendo creyente en el juicio subjetivo

de la ejemplaridad. No se puede decir con voz grave que «(...) la ley (...) premia a los delincuentes que observan conducta ejemplar (...)». (GODOY FONSECA, 1930: 104).

La pregunta actual es ¿quién califica la conducta del penado que solicita la conmutación de su pena en confinamiento? Formulado de otra manera, ¿quién emite la constancia que califica la conducta del condenado? Evidentemente, las respuestas que se puedan dar operan desde distintos planos. En primer lugar, desde el lenguaje no se pueden asumir o aceptar adjetivaciones subjetivas cuando se sabe que el uso de los adjetivos calificativos, para insistir sobre las características de una norma en particular, se convierten en un camino lleno, generalmente, de desviaciones. ¿Habrà que decir que las palabras legales que se presentan como dispositivos ya montados no responden a las órdenes del propio discurso?

Desde la perspectiva legal penitenciaria -en segundo término-, valdría hacer una comparación de la derogada LRP 2000 con el reformado COPE 2021. En la Ley, la disciplina estaba regulada en los artículos que iban del 43 al 53. Y bajo la vigencia de la misma, la constancia de conducta emanaba de la dirección del centro penitenciario donde estuviera recluido el penado, Así se emitían constancias donde se afirmaba: «el condenado durante su permanencia en este centro penitenciario ha demostrado el debido acatamiento y adaptación a las normas establecidas en el Régimen Penitenciario y en el reglamento interno». En el Código especial se incorporó un Capítulo -el II- (dentro del TÍTULO I) relativo a los derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones de las personas privadas de libertad (artículos 15-18). Es de PEROGRULLO decir que cuando el penado no cumple con ciertos deberes y obligaciones, o tampoco respeta las prohibiciones, su conducta -para las autoridades penitenciarias- comienza a relajarse. Que, colocada en blanco y negro, es decir, en la constancia, no sería ni buena ni ejemplar.

La conducta deseada -de acuerdo a lo establecido en el artículo 53 CP- también podría tener otro punto de observación en el COPE. En el TÍTULO III, el Capítulo V se refiere al procedimiento de clasificación de las personas privadas de libertad (artículos 43-47). Cuando en el artículo 44 se habla de niveles de clasificación: máxima, media y mínima seguridad, estos niveles servirán, teóricamente, para ir redactando la constancia de conducta. Digo «ir redactando» porque la versión definitiva de la constancia de conducta se

escribirá cuando las autoridades del establecimiento penitenciario sepan, fehacientemente, que el penado no ha cometido faltas. Estas que se clasifican en: leves, graves y gravísimas (artículos 140 con seis numerales; 141 con once numerales y 142 con catorce numerales, respectivamente) están ubicadas en el extenso TÍTULO VI concerniente al régimen disciplinario (artículo 133-154). El COPE no preceptúa -y tampoco tiene porque hacerlo- quién tiene que firmar la constancia de conducta. Esta atribución está, usualmente, reglada. Así se leía en el Reglamento de Internados Judiciales (RIJ): «Artículo 36: Son deberes y atribuciones del Director del Internado Judicial: 10. Certificar la conducta de los reclusos, en los casos que establece la ley».

Y, por último, el plano de la realidad. En efecto, para poder interpretar, axiológicamente, lo que vendría a ser el segundo requisito exigido por el artículo 53 CP para conmutar la pena de presidio o la de prisión en confinamiento, es menester ampliar la vista para llegar a otras realidades que no están contenidas en las páginas de los códigos y de las leyes. Me pregunto: ¿Qué pasaría si la constancia de conducta, que se espera diga que es buena o ejemplar, manifiesta lo contrario? ¿Quedaría el juez de ejecución atado de manos porque la administración penitenciaria, con su certificación, no le permite al penado cumplir con ese requisito? ¿Será esta circunstancia un aval más para que el juez de ejecución justifique su discrecionalidad en otorgar o no el confinamiento?

Por supuesto que la lectura extemporánea del artículo 54 CP conduciría a un despeñadero. En el caso del juez de ejecución, la recitación de la norma sería, sencillamente, un «error inexcusable». Este funcionario público tiene una alternativa cuando le asalte la duda por las preguntas formuladas. El artículo 475 COPP viene en su auxilio. Así, por ejemplo, en el caso de que él conozca por cualquier vía lícita, que la certificación de buena conducta está sesgada, debe convocar a una audiencia oral y pública para dirimir esta circunstancia. La presunta resistencia a la convocatoria no puede estar jalonada por el argumento del exceso de trabajo por parte del tribunal de ejecución. Sencillamente, el contraargumento es que el solicitante del confinamiento no quiere seguir siendo parte de la superficie del abismo.

La *praxis* jurisdiccional no puede ser por dentro todo lo contrario a lo antes señalado que es real y no ficción. En el pasado, el órgano competente, la CSJ, podía ir más allá del punto y coma de la segunda línea del artículo 55 CP.

Estaba facultado, como lo reiteró CHIOSSONE (1980: 145-146) en la doctrina nacional, «(...) para abrir averiguaciones en caso de que los datos suministrados por el Jefe del Establecimiento no fueren suficientes para acordar la conversión solicitada por el reo». Sin ser requerido, no faltará más de uno que afirme que los datos suministrados por la administración son siempre ciertos y las investigaciones judiciales hacen lejanas las características de ese y de cualquier nuevo procedimiento. Admitir a rajatabla lo primero sería tanto como decirle, colocados en un pasado procesal, amén al policía en la instrucción penal vigente hasta el 1 de julio de 1999, independientemente de lo que haya pasado los días y años después de la vigencia del COPP original. Aceptar lo segundo es ignorar los designios de la libertad.

Ahora el juez de ejecución cuenta con la experiencia, más sabida que vivida del pasado. Tiene una norma procesal orgánica que sustituyó a la disposición penal sustantiva. Todo dentro de un contexto constitucional que proclama la preeminencia de los derechos humanos. ¿Qué más le falta? Se me ocurre pensar que lo que le falta al juez de ejecución, para que actúe en concordancia con la historia y con la institución de la ejecución penal, es recordarle las palabras de los filósofos del idealismo: «La realidad tiene el sentido que yo le dé».

c) El olvido voluntario de una forma de conmutar la pena

En el análisis del artículo 53 CP he dejado de lado la conmutación de la pena de presidio y de prisión en la de relegación a una colonia penitenciaria. Pena que, también, se menciona en el artículo 55 del mismo texto legal. Solo que aquí, y desde 1915 cuando se agrega el aparte último de la disposición, se viene repitiendo la provisionalidad del acuerdo de la conmutación en confinamiento, mientras se fundan las colonias penitenciarias. El mismo legislador especial, en la LRP 1981, habló -en el artículo 95- en términos futuros. El de 2000 tampoco se olvidó de las colonias agrícolas penitenciarias, y aprobó el artículo 82 usando también, un tiempo por venir: *las colonias se organizarán*. El legislador del COPE en cambio, no habló de ningún tiempo para ese tipo de establecimiento penitenciario. Clasifica -como se dijo- los establecimientos del sistema penitenciario en: establecimientos penitenciarios de régimen abierto y de régimen cerrado (artículo 23).

Tan alabada por algunos en su día, hoy la relegación a colonia penitenciaria o a colonia penal (artículos 9, numeral 4° y 19 CP) suena a una superada obsesión penológica. Si «cada vez que uno imagina la realidad que es otra,

trastorna la historia y, por lo tanto, reinventa la historia», como lo sostuvo el fallecido periodista y novelista argentino TOMAS ELOY MARTÍNEZ, es lógico deducir que lo que hay que hacer, en una futura reforma penal, es eliminar toda mención de esa pena.

No se trata, simplemente, de un borrón y cuenta nueva. Es un borrón histórico y dogmático que nos abre la puerta hacia un derecho penal de alternativas.

Capítulo 3

Obstáculos para Llegar a la Conmutación

I. Las lecturas del mandato legal

Aunque presentado en bloque, el artículo 56⁵⁹ CP distingue, claramente, una situación, caracterizada por ciertas conductas y un tipo delictual, donde no se puede otorgar la «gracia de la conmutación», de otra en la que el juez de ejecución «queda facultado para conceder o negar la conmutación, según la apreciación del caso». Estas circunstancias previstas en la aún vigente y citada norma, pueden -esquemáticamente- exponerse así:

1. El condenado, solicitante de la «gracia de la conmutación» de la pena de presidio o de prisión en confinamiento, no puede ser reincidente.
2. El penado castigado por el delito de homicidio perpetrado en ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos, o que hubiere obrado -en la comisión del mismo delito- con premeditación, ensañamiento o alevosía, o con fines de lucro, tampoco podrá recibir la gracia respectiva.
3. En cualquier otro delito, al penado solicitante se le puede conceder o negar la conmutación.

Hecho el esquema, el siguiente paso es puntualizar lo más esencial de los aspectos señalados.

⁵⁹ **Artículo 56.** En ningún caso podrá concederse la gracia de la conmutación al reincidente ni al reo de homicidio perpetrado en ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos, ni a los que hubieren obrado con premeditación, ensañamiento o alevosía, o con fines de lucro. Tratándose de cualquier otro delito no cometido en tales circunstancias, el Tribunal Supremo de Justicia queda facultado para conceder o negar la conmutación, según la aplicación del caso. El INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS, (1982: 479) recuerda que: «Esta disposición data de la reforma de 1915, siendo original del legislador venezolano, aunque encuentre antecedentes en los códigos de 1887 y de 1912».

1. Primer impedimento

Deslindada la primera consideración, hay que llegar hasta el legislador de 1915 para decirle que fue víctima de la angustia de las influencias. Y desde entonces, ni con la reforma de 1926, ni la parcial de 1964, ni tampoco en la más reciente de 2005, ha podido renovar y racionalizar los discursos penales, criminológicos y político-criminales y sus prácticas correspondientes.

Junto a GIUSEPPE ZANARDELLI se sentó a CESARE LOMBROSO. Frente al derecho penal del acto se consagró, legalmente, el derecho penal del autor. A pesar de sostener que la pena es retribución, y esta se pague o se cumpla, un nuevo comportamiento impone la etiqueta de reincidente. Con lo que demuestra que el castigo anterior, el primero, es como las deudas que nunca se pagan, que siempre se deben.

2. Segundo escollo

Para comprender esa segunda presentación del artículo 56 CP hay que acudir al estudio o al repaso de la codificación penal venezolana. Así lo hizo, y de manera muy convincente, la Sala 6⁶⁰ de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, cuando -el 12 de abril de 2012- decidió el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en el asunto penal N° 3193-12.

Uno de los alegatos de la representación fiscal era el siguiente:

(...) [el Juzgado Primero de Primera Instancia en función de Ejecución de ese Circuito Penal obvió] toda referencia a la limitante prohibitiva del artículo 56 del Código Penal, lo que constituye un falso supuesto por omisión puesto que evidentemente la naturaleza propia del delito de ROBO IMPROPIO es la de ser un tipo penal cuyo principal móvil criminógenos (*sic*) es el fin de lucro y no dice directa y expresamente y menos indirecta y diametralmente sobre si estaba acorde o no con dicha limitante, sino que “de facto”, haciendo uso de un gran mutis se desaplicó tal limitante del artículo 56 *ejusdem* (...).

El argumento transcrito fue leído por los integrantes de la Sala 6 acompañados por la historia. Con semejante ayuda no es de extrañar que llegaran al CP de

⁶⁰ La Sala estaba conformada por YRIS CABRERA MARTÍNEZ (Presidenta), RITA HERNÁNDEZ y RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ.

14 de mayo de 1897, nuestro tercer Código, que tuvo como modelo principal al CÓDICE ZANARDELLI de 1889, como lo ha reconocido la doctrina nacional y latinoamericana (TAMAYO RODRÍGUEZ, 2012: 220-222). El camino histórico pudo -incluso- extenderse hasta el Código de 1863 y de ahí regresarse pasando por el de 1873. Con el recorrido propuesto y el transitado por el Tribunal colegiado se arriba a una conclusión incontrastable: la pena de confinamiento, desde 1863 hasta nuestros días ha estado siempre presente en el catálogo punitivo.

Ahora bien, en la decisión de primera instancia que acordó la conmutación del resto de la pena en confinamiento, el análisis debía estar jerarquizado por la «gracia» de la conmutación sin dejar al margen el resultado, es decir, el confinamiento. Esta jerarquización sirve de punto de partida para entender la escogencia -por parte de la Sala 6- del corpus legal de 1897. Es en este Código donde se incorpora -en el artículo 15- «el beneficio de la “gracia” de la rebaja o conmutación de la pena, estableciendo cinco pasos en los cuales procede (...)». (TAMAYO RODRÍGUEZ: 2012: 248)⁶¹. Y es a partir de ese momento en que se comienza a moldear las limitantes para acordar la conmutación, cuya primera fragua la encontramos en el artículo 79 del CP 1912 que dice: «En ningún caso podrá concederse la gracia al reincidente ni al reo de homicidio perpetrado con fines de lucro o en la persona de un ascendiente, cónyuge o hermanos».

Lo cierto es que los miembros de la Sala leyeron bien e interpretaron mejor esa norma cuando afirmaron:

Dicho Código Penal [-el de 1912-] fue objeto de reformas en 1915, 1926, 2000 y 2005, pero en ninguna de esas oportunidades hubo modificaciones, lo que permite hilvanar la nueva posición que se asume, con respecto a las limitantes para otorgar el confinamiento, esto porque se ha ido constatando que la intención original del legislador fue la de limitar la concesión de dicha gracia a los penados por los delitos considerados otrora, atroces, cometidos con brutal ferocidad, que causaran gran conmoción en la sociedad, y que tales motivos reflejan la iniquidad de las pasiones y sentimiento humanos, de quien los comete, señalándose expresamente al homicidio con fines de lucro.

⁶¹ Este autor (2012: 249) considera que el artículo 15 del Código de 1897 «[guardaba] similitud con [el] artículo 16 (...) del Código de Zanardelli, aunque con la diferencia apreciable de que en este último código no se establece el beneficio de “gracia” de la rebaja o conmutación de la pena, sino de “liberación condicional”, sometido igualmente a determinadas reglas (...)».

La posición asumida que, tanto la juez presidente y ponente como su compañera y compañero judiciales, adjetivaron como «nueva» puede ser leída y vista desde dos perspectivas: la del lenguaje y la de la filosofía aristotélica.

En la decisión de la Alzada, encontramos dos características notorias. Por un lado, la abundante transcripción de la decisión impugnada y del recurso de apelación, con un lenguaje que -obviamente- no es propio de los integrantes de la Sala, pero sobre el cual, se llama la atención en todos los pasajes donde existen errores gramaticales de cualquier envergadura. Y, por otro lado, algo muy importante que es necesario reproducir, constantemente, en cada decisión judicial: un lenguaje claro y llano; un lenguaje apto para ir colocando -sin estridencias, pero con firmeza- las piezas vitales para interpretar exitosamente el artículo 56 CP.

Se ha sostenido, en el tiempo, que la conmutación de la pena no es una simple conjunción de palabras, sino un instrumento legal cuya función es servir de contrapeso a la severidad del castigo.

Si este reconocimiento es indiscutible, el camino de la confrontación doctrinaria queda libre para trascender las páginas de los códigos. ¿Con qué fin? Para buscar, por delante y por detrás, el fundamento de la conmutación, instituto que -en Venezuela- es de naturaleza penal y procesal. Quizá por aquello de que «en el principio era la pena y la pena era el fin», la búsqueda tenga que ser filosófica. Es la que ya realizó, también en Argentina, GUILLERMO YACOBUCCI (citado por FIERRO 1999: 23-233). En ese sentido, es sugestivo el trabajo de YACOBUCCI, quien, partiendo desde la perspectiva filosófica aristotélica, se nutre de las reflexiones de ARISTÓTELES en *Ética a Nicómaco*, *Magna Moralia* y *Retórica*, para llegar a una conclusión: la conmutación tiene «su fundamento en la doctrina clásica de la equidad» (FIERRO, 1999: 232).

Es evidente, de la lectura de la decisión de la Sala 6 de la Corte de Apelaciones, que este cuerpo colegiado no ojeó los textos del nacido en Estagira, Macedonia, es decir, ARISTÓTELES o *El Estagirita*. Pero, mucho más tangible es que el análisis de la causa apelada se hizo poniendo a prueba lo verdaderamente justo. Y como dijo el filósofo griego del año IV a.C. en *Ética a Nicómaco* (Libro V, 1137, b, 10): «lo equitativo es en verdad justo, pero no según la ley, sino como rectificación de lo justo legal». Por tanto, un modo de acercarse a la causa para resolverla no era leyendo e interpretando el artículo 56 CP unidimensionalmente. Había que juntar historia y derecho

para, luego, examinar el contacto de estos dos saberes con el mundo circundante y con los temas eternos del derecho penitenciario y de la ejecución penal. Tarea laboriosa esta que exigía, además, tener presente el precepto que - según PAUL VALERY- debía cumplir todo poeta clásico: tener un cerebro crítico.

YACOBUCCI, en su trabajo *La equidad en el derecho penal a través del indulto y la conmutación*, siempre se hace acompañar de citas del filósofo griego. Una de ellas, según FIERRO, «nos enseña que quien obra equitativamente es aquel “que no extrema la justicia hasta lo peor” aun cuando tenga de su lado el precepto de la ley» (*Ética*, Libro V. 1138, 2.1). Por tanto, continúa diciendo FIERRO, «la naturaleza de lo equitativo, es “ser una rectificación de la ley en la parte que ésta es deficiente, por su carácter general” (*Ética*, Libro V, 1138, b 25)». La preocupación primordial de los integrantes de la Sala 6 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, más que la estructura del artículo 56 CP, era analizar el papel de las palabras contenidas en la disposición para poder entender en toda plenitud el instituto de la conmutación. Ellos comprendieron que la aplicación de la norma señalada no podía ser o servir para extremar la justicia hasta lo peor: negar la conmutación. Partiendo de lo general a lo particular, encontraron la vía para llegar a la equidad. En este sentido, la posición asumida por los jueces de la Sala es de una rara determinación, porque el común de los jueces penales no hace más que aplicar mecánicamente los dispositivos legales y transcribir los criterios jurisprudenciales que les sean útiles, en lugar de dedicarse a motivar sus decisiones -a pesar del mandato de la SC del TSJ- y a entender que el derecho penal tiene que ser el derecho penal de la libertad.

a) Nomenclatura de anteriores circunstancias

Releyendo la primera parte del artículo 56 CP, no cuesta escribir que, en el caso de un reincidente y de un homicida y su víctima, con nexos de consanguinidad y afinidad, o que haya cometido el delito con premeditación, ensañamiento, alevosía o con fin de lucro (circunstancias conocidas como especies subjetivas de delitos), estamos ante unos términos de aplicación de la conmutación.

Se trata -en similares palabras- de una limitante legal expresa que regula la reincidencia y el homicidio y algunas cosas circundantes en su perpetración. Empero, la construcción de las frases contenidas en la primera parte de la norma, no puede ser vista como una obra monolítica. Las palabras legislativas

deben ser, más bien, leídas como objetos dignos de preocupación humana, sobre todo por sus intérpretes. Un ejemplo lo tenemos en el sustantivo *reincidencia*. Más que buscar su definición legal en el artículo 100 del CP⁶² o su descripción en un diccionario de la lengua española, la búsqueda de su significación real debe estar sentada en la conciencia. Solo así, se podría resistir o aceptar la aplicación mecánica de la disposición cada vez que aparezca el sustantivo. Si después de escrita la palabra, esta sobrevive, no quedará otra alternativa sino la de reconfirmar que la reincidencia -como sustantivo- es, además, de una categoría lingüística formal, una categoría del saber penal que ayuda a consolidar los pivotes clasificatorios de la conmutación.

3. Al final, una valla «permeable»

Para terminar con la lectura analítica del artículo 56 CP, hay que decir que el encuentro de otros comportamientos con los delitos no señalados por MENDOZA TROCONIS (1963: 278), -como lector e intérprete predecesor- plantea al tribunal de ejecución⁶³, por otro lado, la posibilidad de transitar por la discrecionalidad. Bien pudo esta última palabra servir de acicate para que CHIOSSONE (1932: 146-147) completara su clasificación de la conmutación: *obligatoria o judicial y facultativa o judicial*⁶⁴.

4. A la salida de la norma

a) En tiempo pasado

El legislador dejó para ponerle punto y final al artículo analizado, la frase «según la apreciación del caso». Frase que luce adecuada para la discrecionalidad o facultad de conceder o negar la conmutación.

⁶² **Artículo 100.** El que después de una sentencia condenatoria y antes de los diez años de haberla cumplido o de haberse extinguido la condena, cometiere otro hecho punible, será castigado por éste con pena comprendida entre el término medio y máximo de la que le asigne la ley. Si el nuevo hecho punible es de la misma índole que el anteriormente perpetrado, se aplicará la pena correspondiente con aumento de una cuarta parte.

⁶³ Como en ocasiones lo obvio, por ser tal, hay que ratificarlo, no está de más recordar lo dicho por la SC del TSJ, sobre la competencia atribuida, procesalmente, a este tribunal: «(...) la Jueza de Ejecución que negó la referida conmutación actuó dentro de los límites de su competencia, pues, no obstante que, de conformidad con el artículo 53 del Código Penal, la Sala de Casación Penal sería el tribunal competente para la decisión sobre la conmutación del presidio en confinamiento, no lo es menos que el artículo 478 [hoy 470] del Código Orgánico Procesal Penal -Ley Orgánica, es conveniente recordar- establece que la referida pretensión debe ser tramitada ante el Tribunal de Ejecución» (Sentencia N° 817/2-5-2006).

⁶⁴ La misma distinción la hizo el fallecido autor en su obra *Manual de derecho penal venezolano*, en su edición de 1992, cuando -en la página 236- reproduce con idénticas palabras su comentario clasificatorio.

Si la realidad legal, no obstante, tiene que ser experimentada con la realidad vivida, la «angustia», aunque siga viniendo de las influencias, debido a la ruta tomada de los desvíos apreciativos, puede llegar a la indignación o al desconcierto. Que otra cosa se puede decir del tratamiento que le dio la Sala de Casación Penal (SCP) de la CSJ, antes de la vigencia plena del COPP, a las solicitudes de conmutación de penas. En un formato de una sola página que se rellenaba de forma manuscrita se «analizaba» la solicitud y en otro, mecanografiado, se negaba o acordaba.

Quien se atenga a ver, solamente, las teorías de la pena como manifestación del castigo y no como reflexión -acertada o equivocada- sobre la libertad, ha de costarle mucho entresacar de esa cotidianidad legal indicios que permitan ser axiológicos y justos, más que lógicos, con el tema que se discute. Lo que la CSJ ofrecía era un auto carente de motivación, reflexión o estudio, que iba del rito al mito, pronunciándose desde el mismo punto visual que le daba la ley. De este modo: se concedía o se negaba la conmutación. Apelando a las mismas influencias del pasado y a los sentidos perdidos de las apreciaciones, para repetir siempre el resultado esperado por la ley⁶⁵.

En esos tiempos idos sobran los autos que negaban la solicitud del confinamiento porque la misma encuadraba dentro de las circunstancias previstas en la primera parte del artículo 56 CP. Así en alguna de ellas se leía -en las observaciones- lo siguiente: «El reo en compañía de un individuo bajo amenazas de un revolver se introdujo en un abasto y le dijo a los presentes que les entregaran el dinero, como el que resultó ser el occiso se negó le ocasionó dos disparos en el tórax lo que produjo la muerte, delito previsto y sancionado en los arts. 408, ord. 1 y 460 ambos del Código Penal [hoy, 406, numeral 1 y 458]».

Había, pues, una correspondencia, total y absoluta, entre la conducta asumida, que fuera sancionada a veinte años de presidio, iniciándose su cumplimiento en agosto de 1984, para terminarla en mayo de 2005, y lo preceptuado por el Código. Este comportamiento era el que contaba. No la conducta ejemplar que hubiera tenido el solicitante durante el encierro. Tampoco que las tres

⁶⁵ En los casos en que el máximo Tribunal, discrecional o facultativamente, concedía la conmutación solicitada, tampoco se producía una decisión que contuviera sus motivaciones o apreciaciones de rigor. No faltará quien diga después de unos cuantos años que el resultado obtenido contrarrestaba la crítica hecha. A esa voz habrá que recordarle que lo criticado, en ambos casos, no era el pronunciamiento, sino el ejercicio que hacía la Corte para llegar a él.

cuartas partes de la pena se hubiese cumplido casi dos años antes de la solicitud del confinamiento. Y mucho menos lo fatal y azaroso de la prisión, que, sin manifestarse en el cuerpo del condenado, desde 1984 (año de la comisión del delito) a 1997 (año de la solicitud del confinamiento), estaría -cual espada amenazante y persistente- hasta que saliera de encierro.

b) En tiempo presente

Creo que las tonalidades de las críticas en el pasado han podido haber cambiado en el hoy contradictorio. Basta recordar la vigencia plena del COPP a partir del 1 de julio de 1999. A pesar del modo zigzagueante con que se ha pretendido implantar el sistema acusatorio, no se puede negar el reconocimiento legal de figuras, instituciones, procedimientos y el tono que han adquirido ciertas palabras interpretativas que podrían oxigenar el contenido del artículo 56 CP y de otros que le rodean.

Contamos, por ejemplo, con el Juez de Ejecución, nueva figura, aunque tardía, en el proceso penal venezolano quien, expresa y legalmente, tiene que conocer todo lo concerniente a la conversión y conmutación de la pena (artículo 471, numeral 1° COPP). Sin pretender decir que la SC del TSJ ha superado -con sus decisiones- el desamparo jurisprudencial, sí ha fijado su posición con respecto al confinamiento de pena (Sentencia N° 1548/11-2009) y ha determinado la naturaleza jurídica de la conmutación, sin dejar de insistir en el deber de motivación de las decisiones que la acuerden o la nieguen (Sentencia N° 817/2-5-2006).

Tanto las instituciones y los procedimientos, como también el pensamiento discursivo jurisprudencial pueden formar un conjunto armonioso, siempre y cuando exista la voluntad de trascender el ámbito de los obstáculos o de las limitaciones. Y una manera de manifestar esa voluntad sería -entre otras- ascender a la cumbre de la supremacía constitucional para sentir la noción o atrapar el significado de cosas reales y no ilusorias, sin pretender jamás que en el texto constitucional esté plasmado la realidad del mundo.

Este breve y descriptivo recorrido legislativo e interpretativo se ofrece no con el fin de captar seguidores al pie de la letra de lo expresado y logrado con esos esfuerzos. Sí con el propósito de que los interesados le pongan atención y tomen algunos elementos que les sirvan para contrapesar, por ejemplo, los dominios ejercidos por el poder y por el saber. En este sentido, se aspiraría a que el juez de ejecución, por ejemplo, en la fundamentación de la decisión que conceda o niegue

la conmutación de la pena, escriba que la reincidencia -como categoría del saber penal positivista- es falsa e históricamente inútil. Que diga que mucho más útil y de largo alcance es la elaboración de una política criminal cuyos materiales de construcción no pueden seguir revestidos por el manto conceptual ofrecido por PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH en 1803: «Conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen».

5. Proposiciones y enmiendas para mayores expectativas

En los comentarios del artículo en estudio, CHIOSSONE aprovechó la oportunidad para recordar su proposición sobre la libertad condicional, acogida por el Proyecto del Código Penal del Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia de 1954, aceptada, también, por el Proyecto de diciembre de 1961, «pero modificando el tiempo necesario para pedir la gracia», y presentado al Congreso de la República al año siguiente.

En aquella oportunidad, el ponente (s.f.: 96-97) fue enfático al decir:

En un proyecto eminentemente defensista, como lo es el presente, no podía faltar esta medida que se refleja en la técnica penitenciaria moderna, ya que conforme al criterio positivista que en este punto se acoge, no es la duración de la pena como medio efectivo la que pueda modificar la personalidad del culpado, sino el estímulo de la libertad sometida a condiciones especiales que influyan en el cambio de conducta lo que puede determinar el logro de una finalidad útil de la pena en su doble aspecto de retribución y de medio profiláctico para evitar la reincidencia.

La institución de la libertad condicional, que solo tuvo una vigencia efímera en su primera aparición en la legislación nacional (1912-1915), fue sustituida por la conmutación de la tercera parte de la pena en confinamiento, que hoy otorga, o el Juez de la causa, o la Corte de Casación (Sala Penal), en sus casos. Esta conmutación, tal como hoy se practica, no tiene ningún resultado profiláctico o curativo. Se da hoy como un beneficio para el reo, pero es socialmente inútil (...).

En el último Proyecto de Código Penal del siglo XX, TAMAYO TAMAYO y SOSA CHACÍN incluyeron un capítulo sobre la libertad condicional por conmutación de la pena. En uno de sus artículos, el 130, se sigue algunas directrices del Proyecto de 1954. Al igual que en el Proyecto de 1961, se modifica el tiempo

para solicitar la libertad condicional y la diferencia, con el primero, es que el liberado queda sometido a confinamiento por el resto de la pena impuesta y, con el segundo, es que el confinamiento es una medida de seguridad que tendrá que cumplirse por el tiempo restante de las dos terceras partes de la pena cumplida.

Con todos estos proyectos en la mira, más de uno diría -de manera simplista- que las disposiciones relativas a lo que se comenta superan a la forma y contenido de lo vigente, que lo proyectado es mucho mejor que lo conocido. Con una fijación más profunda, uno de los juicios sería el siguiente: la voluntad de la reforma, con respecto a la conmutación de las penas, se impulsa y renace, principalmente, según la idea de peligrosidad social. Otro: no es casual que las «luces» del positivismo hayan entrado en los proyectos citados. Con su iluminación se dan matices expresivos, útiles para «entender» el lenguaje legal, en donde el mejor argumento sigue siendo la contundencia de castigo y de otras formas de control para lograr la reinserción social.

El resultado en todos los proyectos, aunque se sepa que ninguno cristalizó en código, produciría un efecto similar al causado por la aplicación, por ejemplo, del encabezamiento del artículo 13 y por el numeral 1° del siguiente de la hoy derogada LBPP, referentes a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Si se interpreta, legalmente, la aplicación de la conversión y conmutación de las penas como están sancionadas en nuestro país, se descubre -como lo apuntó MENDOZA TROCONIS (1963: 260)- que la individualización de la pena no toma en cuenta al actor principal. Más el problema continúa cuando para superar esa crítica se monta en el escenario al condenado con viejos trastos de utilería. Para los que construyen nuevos escenarios legales, estos representan realidades diferentes. Para quienes suelen hacer seguimientos a estas construcciones, donde la exclusión de ciertos condenados es una constante, donde el tiempo se fija artificiosamente y donde la pena no llega a ningún fin, la realidad representada tiene que seguir sentada en el banquillo de los acusados.

En los Proyectos de Código Penal correspondientes-hasta la fecha- al siglo XXI, es decir, el de la AN que se comenzó a redactar en 2003, bajo la coordinación del profesor BELLO RENGIFO; el de TSJ, presentado a la AN en 2004; y el conocido como PCOPV de 2010, el vigente artículo 56 CP no tiene ninguna resonancia. Como se dijo anteriormente, en el primer Proyecto

se propone la derogatoria del artículo en cuestión. En el Proyecto del TSJ no se ve ninguna disposición de similar contenido al artículo 56. Y, por último, en el Proyecto de 2010 tampoco se regula la conmutación de la pena en los términos conocidos y vigentes.

La ausencia del reconocimiento de la disposición en los proyectos presentados en esta centuria puede estar motivada por varias razones.

En el Proyecto de la AN se dice, expresamente, «que parece técnicamente más sensato y recomendable» que algunas normas permanezcan o se incorporen a la legislación procesal y penitenciaria. Tener un sector normativo compartido, en opinión de los proyectistas, «(...) no parece lo mejor en función de la claridad normativa». Ello explica, en parte, el hecho de excluir de los proyectos de reforma disposiciones legales como la que se analiza. Algo similar también lo había expresado CHIOSSONE cada vez que se acercaba a este asunto de ubicación de las normas, estuviera en la cátedra universitaria o cumpliendo labores de proyectista. Podría hablarse, así mismo, de razones de escogencia o de selección. Existen algunas instituciones procesales, como la libertad condicional, consideradas formas de cumplimiento de penas, los cuales tienen -en opinión de sus proponentes- un fin preventivo que no se divide, indiscutiblemente, en ninguna de las palabras del artículo 56 CP.

En estas aproximaciones de explicación de la ausencia de este artículo en los más recientes proyectos, habría que tener presente -quizás como tercera razón- el listado de las penas propuesto. En el Proyecto de la AN, hay que recordarlo, la Comisión acogió «la recomendación de la supresión de aquellas penas, por ejemplo (...) el confinamiento, que, por su evidente desfase con el ordenamiento constitucional, es preciso [derogarla] en aras de la armonía del sistema penal».

Como la pena de presidio o prisión se conmuta, generalmente, en confinamiento, era de esperarse que la eliminación de esta última pena del catálogo punitivo venezolano, afectara -de manera consecuencial- la vigencia del artículo 56 CP.

Capítulo 4

Suspensión de pena por enfermedad mental del condenado⁶⁶

I. Para comprender la vigencia mutilada

La realidad expuesta en toda su dimensión, por el artículo transcrito al pie de la página -con auxilio de otra disposición del Código- se ve, al mismo tiempo y de manera paradójica, acompañada y derogada parcialmente por la concordancia de otras leyes, según el INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS de la Universidad Central de Venezuela (1982: 491). Hay que recordar que para el momento de la publicación *Código Penal de Venezuela*. Vol. I. artículos 1 al 67, por parte del INSTITUTO, estaba vigente la LRP de 1981, ley especial para penados. Su artículo 90⁶⁷ se refería a estos en los casos de enfermedad mental y señalaba los pasos a seguir para el internamiento en lugar adecuado como para la observación y tratamiento requeridos.

Quizá por la tarea esencialmente compilativa y no analítica, los miembros del INSTITUTO no explican en qué consiste la derogación parcial. Ocurre que los artículos 58 y 62 de la ley sustantiva y 90 de la ley especial tocan o tratan aspectos similares. Sin embargo, no pueden provocar extrañeza -por la avidez o por la necesidad, para el caso es lo mismo, de la especialización- la presencia de regulaciones jurídicas (penales y penitenciarias), en las que conceptos psiquiátricos y psicológicos pudieran hallar concilio en el ejercicio de las palabras y los significados. Quedando por ver hasta donde es válido el sentido y contenido de la creación legal aparecida en la reforma de 1915.

No hay duda que la percepción que del problema se tenía en la LRP 1981 era más amplia que la del CP. En la Ley se hablaba de «síntomas de enfermedad mental» y en el Código de «locura o imbecilidad». En el campo

⁶⁶ **Artículo 58.** Cuando el delincuente cayere en locura o imbecilidad después de recaída sentencia firme condenatoria, se procederá como lo dispone el Artículo 62 en su aparte final, y si recobrada la razón, cumplirá el tiempo de pena que aún estuviere pendiente, descontando el de la enfermedad.

⁶⁷ **Artículo 90.** Los penados que presentan síntomas de enfermedad mental, previo el correspondiente informe médico, serán inmediatamente trasladados al anexo psiquiátrico penitenciario que corresponda, en el que quedarán internos por el tiempo y sometidos a observaciones y tratamientos que su estado patológico requiera.

El artículo 90 LRP 1981 se encuentra reproducido íntegramente en el artículo 77 de la también derogada LRP 2000.

psiquiátrico, desde la etimología hasta la realidad discursiva, se ha puntualizado el alcance de los términos:

La palabra loco que se usa generalmente, no tiene significado científico, puesto que quiere decir persona inflada de viento, que se toma como sinónimo de enajenado o alienado.

Existe también la palabra demente, en que la partícula «de» es negativa, lo cual significa negación de la mente o de la función psíquica general, es decir, significado distinto desde el punto de vista jurídico. Desde el punto de vista médico se entiende por demencia un estado de debilitamiento parcial o total de las facultades intelectuales, morales, afectivas, de carácter progresivo. Al hablar de demencia desde el punto de vista psiquiátrico, se hace referencia a algo específico dentro de las enfermedades mentales (...) (GUILLERMO URIBE CUALLA / CAMILO URIBE GONZÁLEZ. 1981: 929)⁶⁸.

En un balance de lo que es más relevante en todo *corpus* legal, es decir, su sentido y contenido, nuevamente mencionados, habría que repetir lo que ya se sabe después de la lectura de las disposiciones concordadas: cualquier forma de enfermedad mental desborda a la locura o a la imbecilidad. Dicho de otro modo: la vigencia estaba de lado de la ley especial derogada.

Donde el Código recobra su vigencia es en la consideración sobre el tiempo de la pena. Si el loco o imbécil, o el loco o demente, vuelve a reencontrarse a sí mismo mediante la proyección hacia un mundo racional y estuviere pendiente parte del castigo, lo cumplirá, descontándose el tiempo de su enfermedad.

La ventaja de la ley penal pudiera estar en la ausencia de este argumento en la ley penitenciaria de 1981. En el Código se implanta un orden para cumplir la pena. En la Ley se organizaba y se ponía en funcionamiento los servicios penitenciarios, con la pretensión de superar la realidad caótica y convertir el mundo imaginado (rehabilitación y readaptación social) en otra realidad.

II. Los espacios reales del mandato

Tomando el principio y el final del artículo comentado -58 CP-, faltaría referirse a lo que está en el centro de la disposición, que -teóricamente- se

⁶⁸ De ahí que, como sostienen los investigadores del INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS (1982: 494), en casi todos los proyectos de Código Penal existentes, hayan cambiado el término «locura o demencia» y «locura o imbecilidad» por el de enfermedad mental.

convierte en un anchuroso deseo de curación, de acuerdo al artículo 62⁶⁹ CP, el cual tiene su parentesco con la norma penitenciaria derogada.

El artículo 58 CP, surge según CHIOSSONE (1992: 237), de viejas resonancias de la escuela positivista. El legislador las oyó y trazó las acciones de su ley como única manera de resistir la invasión del caos mental: de contener legalmente el proceso de desintegración anímica y psíquica del condenado. Pero, esta resistencia no ha podido iluminar, ni sustantiva ni especialmente, los espacios señalados (hospitales, establecimientos especializados, anexos psiquiátricos penitenciarios) y la historia que en ellos transcurre no es, precisamente, la de la curación. La historia cotidiana nos dice que no hay que sacar a relucir las mejores armas para demostrar que -desde 1915- la disposición no ha dejado de ser una declaración de pretendida buena intención.

Para muestra, un botón: «los establecimientos a que se refiere el artículo 62, aunque los hay buenos para recluir allí a enajenados no criminales, no los hay especialmente destinados para proveer a las necesidades prácticas de la legislación», ha dicho y repetido el autor antes citado (1992: 237).

Si por el camino de la concordancia se llega a las comparaciones, al analizar el artículo al cual nos remite al legislador cuando habla de locura o imbecilidad habiendo sentencia firme condenatoria, se puede distinguir que en el artículo 62 CP el tratamiento legal se centra en el loco o demente que ejecuta «un hecho que [equivale] en un cuerdo a delito grave». Solo que el mismo legislador, para efectos prácticos, ha equiparado ejecución del acto o hecho y ejecución de sentencia.

La otra distinción que podría hacerse es que en el artículo 62, su hacedor, dio mediante el uso de una perspectiva más cercana a la realidad de entonces y de ahora, una salida al conjuro del encierro. Me refiero a la posibilidad, en caso de que el delito no fuera grave o el establecimiento no adecuado, de

⁶⁹ **Artículo 62.** No es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos.

Sin embargo, cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave, el tribunal decretará la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal. Si el delito no fuere grave o si no es el establecimiento adecuado, será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo.

entregar al condenado «a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo». Hay que hacer notar que esta posibilidad, que debiera contrastarse siempre con la praxis, no existió en la ley especial. Aquí, la presentación de síntomas de enfermedad mental imponía el traslado inmediato del condenado al anexo psiquiátrico penitenciario, si el mal era de muy larga y difícil curación, como prescribía el artículo 91 de la LRP 1981.

Por lo demás, respondiendo a la pregunta ¿qué se debe hacer?, ambas leyes, la vigente y la derogada, develan lo existente: comportamientos que debido a una «necesaria» pero no siempre cierta intelección de los opuestos normal-anormal, son considerados como dignos de castigo y encierro. Una manera de aproximarse a un tiempo ido en la realidad, pero presente como noción legal.

III. La vigencia actual: ¿de qué lado está?

El artículo 58 CP ha estado exigiendo, desde que estábamos por doblar la esquina del siglo XX, una lectura concordante con el COPP. Por dos razones. En primer término, porque esta actividad precisaría cuál de las dos normas, con contenido análogo, es la vigente, más allá de que una de ellas forme parte de una ley orgánica. Y, en segundo lugar, porque ofrecería a los comentaristas de códigos y a los legisladores, elementos para que no continúen con la práctica de la duplicidad de similares disposiciones en distintos textos, aun sabiendo, de antemano, hacia donde se ha inclinado la balanza de la concordancia.

Desde el COPP primigenio (artículo 490) hasta el vigente reformado en 2021 (artículo 491), el legislador ha previsto una medida humanitaria, bajo la figura de la libertad condicional, en caso de enfermedad grave o fase terminal. De modo, pues, que las palabras «enfermedad grave» o «fase terminal» no solo constituyen, desde sus orígenes, una ampliación frente a la «locura» o «imbecilidad», sino que, sobre todo, están en contraposición conceptual a quienes mantienen una posición ortodoxa y, peor aún, equivocada respecto a ciertos términos médicos y psiquiátricos. He escrito, por ejemplo, las palabras «locura» o «imbecilidad» entre comillas para revelar su equívoco histórico, apoyado en las voces de dos especialistas colombianos.

Por otra parte, las diferencias reales entre lo preceptuado en el Código sustantivo y lo establecido en el Código adjetivo no deberían plantearse en el nivel puramente formal. Colocadas en este nivel, se distinguiría, posiblemente, el uso de las palabras -allá y aquí-, más no el significado total de las mismas.

La distinción real debe proponerse entre los discursos en ambos Códigos. No se trata de adentrarse en una supuesta «guerra» entre los discursos, porque creo conocer algunos rasgos de la lógica del poder. Pero, sí de colocarse en la mejor posición posible para observar las transfiguraciones realizadas de la norma legal a la norma procesal.

Tenemos, entonces, que en el CP el penado que cayera en locura o imbecilidad, una vez que recobrará la razón «cumplirá el tiempo de pena que aún estuviere pendiente, descontando el de la enfermedad». Y, en el ámbito procesal, el descuento de la pena por razones de enfermedad grave o porque el penado se encuentre en fase terminal, no está previsto.

Esta simple constatación, producto de un vistazo lineal de ambas disposiciones, invita, sin embargo, a dar un paso adelante, a traspasar la enunciación de los principales temas que dan vida a los artículos, en la búsqueda de ciertas y precisas explicaciones. Obviamente que esta verificación no se debe a un problema estilístico del legislador, por ejemplo. El punto es más de fondo y hacia allá debo zambullir mi atención.

Un primer paso sería distinguir el tema a tratar. No hay dudas que el asunto es uno: la ejecución de la pena privativa de libertad. O dicho aún con mayor amplitud, se trata de un caso muy particular de ejecución de sentencia. Si estamos de acuerdo con esa caracterización, no tendríamos ningún titubeo en colocar el sentido y el contenido del artículo 58 CP dentro de un texto procesal: el COPP. La certeza en ubicar la norma en su justo lugar viene apuntalada por tres razones: 1) Dentro de la jerarquización de las leyes, ahora sí hay que destacar que se trata de una ley orgánica; 2) EL LIBRO QUINTO DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA, como su nombre lo refiere, versa sobre esta última fase del proceso penal acusatorio y 3) Su regulación, con variantes, está prevista -como medida humanitaria- en el texto procesal.

Precisamente por estas razones es por lo que me atrevo a afirmar y a firmar que, si el artículo 58 CP tenía una vigencia mutilada por causa de la LRP 1981, ahora la norma ha sido, repetidamente, derogada, desde la inclusión de la medida humanitaria en el Código original, continuando con las reformas de 2000, 2001, 2006, 2008 y 2009, hasta llegar al nuevo texto adjetivo de 2012 y al vigente reformado en 2021. Si las derogatorias se han dado, correctamente, en el sitio que se han dado, no creo que tenga que asumir otro compromiso, como es el de proclamar que cuando lleguen ecos de la

reforma penal y procesal deba indicar el lugar de la disposición cuya parte sustancial sea una medida humanitaria.

Después del ejercicio para ubicar la norma, conviene hacer otro movimiento: meterse por los vericuetos de los fines de la pena. ¿Para qué? Para mostrar -en primer lugar- cómo existe una correspondencia entre el tratamiento procedimental de temas e instituciones mencionadas en el artículo 491 COPP y el castigo desde una perspectiva constitucional. Luego, para continuar - como segundo punto- afianzado los fundamentos de la búsqueda de ubicación de la disposición, ahora adjetiva.

Si bien al CP puede otorgársele el título de código clásico donde el fin de la pena es la mera retribución, autores venezolanos como OCHOA (1888: 239) y CHIOSSONE (1992: 237) señalaron que el artículo 58 correspondía a postulados que -como referentes históricos y teóricos- encuentran su mejor acomodo en los rincones de la escuela positivista. Esta identificación doctrinaria puede refirmarse cada vez que, a través de un proceso de investigación y de reflexión, se van hallando puntos que emanan de teorías criminológicas superadas que han influido en el desarrollo de una nueva perspectiva penológica, al menos en Venezuela.

Recordemos algún criterio jurisprudencial de la SCP del TSJ, al analizar la norma adjetiva vigente:

En síntesis y en criterio de la Sala Penal, en la aplicación de los supuestos establecidos en el artículo 503 [hoy 491] del Código Orgánico Procesal Penal y haciendo una interpretación teleológica de la norma, solo un preso penado, sentenciado o condenado pueden serle aplicados los supuestos excepcionales de la libertad condicional, pues en la medida humanitaria prevalece siempre el derecho fundamental a la vida y la integridad física y moral del penado anciano o con una enfermedad muy grave e incurable sobre el contenido de la sentencia condenatoria, en el sentido de la pena que como reeducadora y la reinserción social y la aplicación del régimen penitenciario (Sentencia N° 447/ 11-08-2008).

¿Qué se dice, resumidamente, en esa sentencia? No se dice otra cosa que:

1) La concesión excepcional de la libertad condicional solo es posible si el preso está penado, sentenciado o condenado.

- 2) En la medida humanitaria, el derecho a la vida y a la integridad física y moral del penado marca el paso de su otorgamiento.
- 3) El fin de la pena es preventivo; y
- 4) La ejecución del castigo está regulada por la ley penitenciaria.

Ahora, más en detalle, fijémonos en la libertad condicional, porque esta representa la materialización de la medida humanitaria. No se trata de la regulada en el artículo 488 COPP. Esto es evidente. Pero, tampoco es - como erróneamente ha sido considerada- una fórmula alternativa de cumplimiento de la pena. Se trata de una libertad condicional que, si el lenguaje me lo permite, podría llamar *sui generis*.

La Sala, en la misma sentencia N° 447, habla «de la libertad condicional a modo de medida humanitaria». En definitiva, se puede concretar este aspecto característico diciendo que solo el padecimiento de una enfermedad grave o en fase terminal estructura el sentido de la norma. En esta se observa que el legislador habilitado calificó la enfermedad. Sin embargo, el intérprete -la SCP-, siguiendo una decisión del Tribunal Constitucional Español (Sentencia N° 48 /25-03-1996), ha dado pie a que otros exégetas no solo usen el adjetivo «grave», sino, además, el de «incurable». Así, la enfermedad debe ser grave e incurable. Oigamos lo que dice la SC del TSJ: «(...) la libertad condicional como medida humanitaria procede siempre y cuando la enfermedad diagnosticada por el especialista y certificada por el médico forense, se trate de una enfermedad muy grave e incurable, que conlleve a la muerte del penado como hecho inminentemente o cercano» (Sentencia N° 14/ 15-02-2011).

En esta opinión hay un hondo dramatismo. Considero que la adición del adjetivo «incurable» a la gravedad de la enfermedad no contribuye a asir el sentido pleno de la norma. Cuando se habla de una enfermedad grave o muy grave siempre hay la esperanza cierta de superarla. Hoy día, algunos tipos de cáncer son, probadamente, curables. Existen otras enfermedades imposibles de curar, enfermedades crónicas, en cuyos casos el tema eterno de la muerte no es un inmediato compañero.

Por otra parte, más allá del uso correcto o incorrecto de términos científicos, propios de la medicina, el manejo alegre de los adjetivos trae consecuencias interpretativas de mayor envergadura alrededor de la norma. Si se estuviese

de acuerdo con lo expresado por la SC, no hay dudas de que quien así lo hiciere pasaría a formar parte del coro de los creyentes en la intrascendencia de la última parte del artículo 491 COPP. Como el panorama descrito por la Sala se cierra con la muerte inminente o cercana del penado enfermo, para qué detenerse a pensar -aunque sea por un segundo- en la posible mejoría del mismo.

La sentencia de la SCP recoge también, los cimientos de las medidas humanitarias cuando, antes de hacer «una interpretación teleológica de la norma» dice:

En el fundamento de las medidas humanitarias para penados prevista en la ley adjetiva penal estriba en una doble dimensión: a) razones de justicia material, pues la enfermedad incurable y la ancianidad disminuye la fuerza física, la agresividad y la resistencia del penado, lo cual conlleva a una reducción de su capacidad criminal y de su peligrosidad social; b) razones humanitarias, esto es, que el penado no fallezca privado de libertad, amparándose en el derecho a morir dignamente, que gozan todas las personas sin distinción alguna y que la pena de prisión no agrave la enfermedad del reo.

Este criterio, que pretende responder a la pregunta esencial del método teleológico (en este caso, para qué las medidas humanitarias), ha sido ratificado por la SC (por todas, véase la ya mencionada Sentencia N° 14/15-02-2011). Parece increíble que en la parte transcrita de la sentencia de la SCP se apele, en la primera dimensión, a categorías penales y sociales que tienen un sabor a rancio positivismo. El empeño constante en responder preguntas con un pretendido lenguaje científico, que ya ha sido superado por la realidad circundante, no es más que una muestra de lo que los poetas modernos llaman «trascendencia vacía». Es evidente, por una parte, que hay mejores palabras para llegar a la justicia material y que ese razonamiento del lenguaje es -por la otra- una magnífica oportunidad de ver, como se apuntó líneas arriba, las transfiguraciones de uno u otro texto.

La segunda dimensión de las medidas humanitarias, ofrecida por los entonces integrantes de la SCP, podría considerarse como la *verdadera y única* razón humanitaria para concederle al penado la libertad condicional. Nadie puede negar -salvo en un momento de desvarío- el derecho que tiene cualquier persona a morir dignamente. Evitar, asimismo, que la estancia en la prisión agrave la enfermedad del penado es una actitud plausible. Sin embargo, el

pensamiento que envuelve las palabras de esa dimensión es de un talante fúnebre y sombrío. Parafraseando a GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ es la *crónica de una muerte anunciada*.

Desde otras perspectivas, la exégesis del artículo 491 COPP puede marcar un ritmo discursivo distinto para captar sentidos y realidades.

Utilizando el prisma constitucional logramos una visión antropocéntrica del hombre. El mismo que respira -desde 1999-, pero no se sabe hasta cuándo, aires superiores constitucionales con sonoras intermitencias. Si aquí el vocablo fundamental es *hombre*, no lo es menos en la vigente norma del texto adjetivo. Solo que, en éste, la situación particular de la persona, es decir, condenada, enferma gravemente o en fase terminal, implica una confrontación profunda con el mundo de las regulaciones penales y penológicas.

A pesar del rótulo «medida humanitaria», el artículo 491 COPP destila un sabor añejo de control social. Sabor que se degusta al final de la norma, cuando el legislador deja abierta la puerta de la recuperación. En este caso, el penado «continuará el cumplimiento de la condena». Pues bien, en una lectura sin gríngolas, esto quiere decir que el penado no seguirá «disfrutando» de la libertad condicional y regresará al lugar donde se encontraba cumpliendo su castigo antes de enfermarse. Si la observación es correcta, tal como parece, la disposición adjetiva confirma la creencia del legislador en el encierro (léase, pena de prisión), como la vía principal para cumplir la sanción impuesta. De esta manera, no pone en tela de juicio ni el fin retributivo ni tampoco el preventivo de las penas, que son la esencia y uno de los fines que -según la SC del TSJ- tiene la pena, cuando han interpretado el sentido del artículo 272 CRBV.

En conclusión, el sentido último del artículo 491 COPP es bastante sencillo. Solo necesita ser leído y mejor interpretado con amplitud, no para desentrañar lo que no tiene, sino para comentar el significado real de sus palabras.

Referencias bibliográficas

- AGUDELO BETANCUR, NODIER (1992). GRANDES CORRIENTES DEL DERECHO PENAL (ESCUELA POSITIVISTA). Linotipia Bolívar. Bogotá.
- ARTEAGA SÁNCHEZ, ALBERTO (1997). *Derecho penal venezolano*. Octava edición. Serie Jurídica. McGraw-Gill. Caracas.

- CABRERA LOZADA, NORMA ELENA (1990). «Conmutación de la pena». *Derecho procesal penal*. Libro Homenaje al Dr. ARMINIO BORJAS. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas.
- CONSALVI, SIMÓN ALBERTO (2009). *José Rafael Pocaterra*. Biblioteca Biográfica Venezolana. Vol. 99. El Nacional / Fundación BANCARIBE. Caracas.
- CURY URZÚA, ENRIQUE (1992). *Derecho penal*. Parte general. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.
- CHIOSSONE, TULLIO (1932). *Anotaciones al código penal venezolano*. Tomo I. Editorial Sur América. Caracas.
- _____ (1980). *Formación jurídica de Venezuela durante la colonia y la república*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas.
- _____ (1992). *Manual de derecho penal venezolano*. Edición Revisada y Actualizada. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- DE MIGUEL PÉREZ, ISIDRO (1963). *La reforma del código penal venezolano*. Librería “El Ateneo” Editorial. Buenos Aires.
- FIERRO, GUILLERMO J. (1999). *Amnistía, indulto y conmutación de penas*. Editorial Hannurabi. Buenos Aires.
- GARCÍA, IBRAHIM (1958). *Análisis crítico del proyecto del código penal venezolano*. Artes Gráficas Langa. Madrid.
- GODOY FONSECA, PABLO (1930). *Comentarios al Código Penal Venezolano, Tomo I*. Tipografía Americana, Caracas.
- GÓMEZ GRILLO, ELIO (2000). *Apuntes sobre la delincuencia y la cárcel en la literatura venezolana*. Monte Ávila Editores Latinoamericana / Fundación Guillermo Morón. Caracas.
- INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS (1982). *Código penal de Venezuela*. Vol I. Artículos 1 al 67. Segunda edición. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- JAUCHEN, EDUARDO (2012). *Tratado de derecho procesal penal. Tomo III*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH (1981). *Tratado de derecho penal*. Parte general. Volumen segundo. Traducción y adiciones del derecho español de SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE. Bosch Casa Editorial. Barcelona, España.

- MENDOZA TROCONIS, JOSÉ RAFAEL (1983). *Curso de derecho penal venezolano*. Parte general. Tomo III. Empresa El Cojo, S.A. Caracas.
- OCHOA, FRANCISCO (1888). *Exposición del Código Penal Venezolano*. Imprenta López. Maracaibo. (Reimpreso en Argentina en 1957).
- OLBRICH, GUDRUM (1989). *Historia del derecho penal venezolano*. Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca. Colección Ciencias Jurídicas y Políticas IX. Caracas.
- PÉREZ SARMIENTO, ERIC (2003). *Comentarios al código orgánico procesal penal*. Badell Hermanos Editores. Valencia-Caracas.
- QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO (1958). *Compendio de derecho penal*. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- QUINTERO MUJICA, EDELIO (1987). *Incidencia de la peligrosidad en la aplicación de las penas según el Proyecto del Código Penal Venezolano SOSA-TAMAYO*. Revista de la Facultad de Derecho N° 68. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO (1981). *Introducción al derecho penal*. Parte general. Barca Nova. Barcelona, España.
- SOSA CHACÍN, JORGE (1993). *Teoría general de la ley penal*. Segunda edición corregida. Ediciones Líder. Caracas.
- TAMAYO RODRÍGUEZ, JOSÉ LUIS (2012). *La codificación penal Venezuela. Análisis histórico-jurídico*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas.
- URIBE CUALLA, GUILLERMO / URIBE GONZÁLEZ, CAMILO (1981). *Medicina legal, toxicología y siquiatria forense*. 11 edición. Temis. Bogotá.
- VENEZUELA (s.f.). *Exposición de motivos y proyecto de código penal*. Ponencia del Dr. TULLIO CHIOSSONE. Caja de Trabajo Penitenciario, Cárcel Pública. Caracas.
- VENEZUELA (1984). *Exposición de motivos y proyecto de código penal*. Presentado a la Comisión Legislativa del Congreso de la República por los profesores JOSÉ MIGUEL TAMAYO-TAMAYO y JORGE SOSA CHACÍN. Ediciones del Congreso de la República. Caracas.
- VENEZUELA (2004). *Proyecto de código penal*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.
- VIERA, HUGO N. (1972). *Penas y medidas de seguridad*. Colección Justitia et Jus No. 20. Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho. Mérida, Venezuela.