

PROF. JOSÉ L. MALAGUERA R./INV. TUT. FRANCISCO FERREIRA DE A. LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD Y EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS. 93-123. REVISTA CENIPEC.23.2004. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. JOSÉ L. MALAGUERA ROJAS
INV. TUT. FRANCISCO FERREIRA DE ABREU

**LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y EL DELITO
DE TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS.**

**Análisis de la Doctrina de la Sala Constitucional
y la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.**

PROF. JOSÉ L. MALAGUERA ROJAS
Universidad de los Andes. Cenipec
Sección de Justicia y Proceso
Mérida - Venezuela
joselmalaguera@yahoo.com

INV. TUT. FRANCISCO FERREIRA DE ABREU
Universidad de Los Andes. Cenipec
Sección de Derecho Penal
Mérida - Venezuela
abreuferreira@yahoo.com

Resumen

En este trabajo se desarrolla un análisis de la doctrina de las Salas Penal y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que acoge el criterio de que algunas de las conductas tipificadas en la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, constituyen delitos o crímenes de lesa humanidad. En tal sentido, se tratará de demostrar que tal doctrina además de ser desacertada, sólo ha servido para negar derechos fundamentales en la fase de ejecución de penas y desvirtuar la naturaleza de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad. **Palabras Claves:** estatuto de Roma de la corte penal internacional, derecho penal internacional, derecho penal transnacional, lesa humanidad, tráfico de estupefacientes, ejecución de penas, medidas cautelares, impunidad.

Crimes against humanity and the crime of trafficking in illicit drugs.

Abstract

This article develops an analysis of the doctrine emanating from the Criminal and Constitutional Chambers of the Supreme Tribunal of Justice which embraces the notion that some of the behaviors defined in the Organic Law on Narcotic and Psychotropic Drugs represent crimes against humanity. In that sense, we will try to show that this doctrine, apart from being incorrect, has only served to deny fundamental rights to prisoners serving their sentences and has distorted the nature of the cautionary measures used as a substitute for preventive judicial detention.

Key words: rome estatute of the international criminal court, international criminal law, transnational criminal law, crimes against humanity, narcotics trafficking, serving sentences, cautionary measures, impunity.

Les crimes de lèse humanité et le délit du trafic de drogues illégales

Résumé

Dans ce travail on développe un analyse de la doctrine des Salles Pénale et Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice, qui accueil le critère dont certaines conduites typifiées dans la Loi Organique Relative aux Substances Stupéfiants et Psychotropiques, constituent des délits ou des crimes de lèse humanité. En ce sens, on essayera de démontrer que cette doctrine est, non seulement inexacte, mais qu'elle a aussi été employée pour nier les droits fondamentaux dans la phase d'exécution des peines, et pour dénaturer les mesures provisoires substitutives de privation judiciaire préventive de la liberté (garde à vue).

Mots clefs: statut de rome de la cour pénale international, droit pénal international, droit pénal transnational, lèse humanité, trafic de stupéfiants, exécution des peines, mesures provisoires, impunité.

Introducción.

Este trabajo tiene por objeto presentar algunas consideraciones acerca de la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), que sostiene el criterio de que los delitos previstos en el artículo 34 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas (LOSSEP) son de lesa humanidad¹.

Tal doctrina ha servido para negar derechos en la fase de ejecución penal, en lo que respecta al régimen progresivo y para desvirtuar la naturaleza de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad, erigiendo al encarcelamiento preventivo como prioridad ante el juzgamiento de cualquiera de los delitos previstos en la referida ley.

Para ello se analizará la mencionada doctrina del TSJ, expuesta en algunas decisiones de la Sala de Casación Penal y de la Sala Constitucional, a los fines de revisar su fundamento conforme a la normativa interna e internacional, así como también en lo atinente a la doctrina del Derecho Penal Internacional, con el propósito de demostrar la idea central de este trabajo, cual es que los delitos previstos en el artículo 34 de la LOSSEP, no pueden considerarse como crímenes de lesa humanidad y, que además de ello, la utilización de la referida doctrina del TSJ, para negar derechos en la fase de ejecución de penas y desnaturalizar las medidas cautelares sustitutivas de prisión preventiva, deviene en una praxis jurisdiccional ilegítima y contraria a los fines de la ejecución de penas y el aseguramiento procesal del imputado, en el marco de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, respetuoso de la dignidad del ser humano, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Constitución de 1999, que prevé:

Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su

¹ Artículo 34. “El que ilícitamente *trafique*, distribuya, oculte, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, produzca, transporte, almacene, realice actividades de corretaje, dirija o financie las operaciones antes mencionadas y de tráfico de las sustancias o de sus materias primas, precursores, solventes y productos químicos esenciales, desviados para la producción de estupefacentes y psicotrópicos a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de diez (10) a veinte (20) años.” (Cursivas fuera del texto)

ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

1.- La Doctrina del Tribunal Supremo de Justicia.

La doctrina del TSJ objeto del presente análisis, tiene su origen en la decisión dictada por la Sala de Casación Penal en fecha 28 de marzo del año 2000, seguida de sendas decisiones dictadas por la Sala Constitucional en fechas 02 de abril y 12 de septiembre de 2001, a las que se han sumado otras de fechas posteriores.

En estas decisiones, el criterio de que las conductas previstas en el artículo 34 de la LOSSEP constituyen crímenes de lesa humanidad, parte de una inexplicable interpretación de los artículos 29 y 271 de la Constitución de 1999, en abierta contradicción con la doctrina del Derecho Penal Internacional y del Derecho Penal Transnacional y, en general, con el ideal de un Derecho Penal en un Estado Democrático, Social de Derecho y de Justicia.

El texto de la decisión de la Sala Penal del T.S.J del 28 de Marzo del 2000 establece que:

... SON DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y LESO DERECHO

El Estado debe dar protección a la colectividad de un daño social máximo a un bien jurídico tan capital como la salud emocional y física de la población, así como a la preservación de un Estado en condiciones de garantizar el progreso, el orden y la paz pública: se requiere imprescindiblemente una interpretación literal, teleológica y progresiva, que desentrañe la "ratio iuris", pueda proteger los inmensos valores tutelados por las normas incriminatorias y esté a tono con el trato de delito de lesa humanidad que reserva la novísima Constitución para las actuaciones relacionadas con las sustancias prohibidas por estupefacientes y psicotrópicas (...) Además, estos delitos son tan graves por el daño social que causan y por el bien jurídico afectado, que la

Constitución de la República Bolivariana obvió el clásico principio de la prescripción de los delitos y fulminó con la imprescriptibilidad de los mismos:

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

Artículo 271. En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con tales delitos.

El hecho de que la novísima Constitución haya anatematizado esos delitos con su imprescriptibilidad y además con la incondicional extradición de los extranjeros que lo cometieron (...) se debe a que los conceptúa expresamente como delitos de lesa humanidad. (Díaz, 2000, p. 269).

Posteriormente a esta decisión, ante una acción de amparo constitucional contra una sentencia de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida, confirmatoria de un fallo del Juzgado Segundo de Ejecución², la Sala Constitucional del TSJ, en fecha 02 de Abril de 2001, señaló:

... La Sala estimó que, en vista de que la violación alegada involucraba, según el accionante, los derechos humanos en un proceso que se seguía por delitos de lesa humanidad, era razonable admitir la acción de amparo,

²Fallo éste mediante el cual se negó una conversión de pena de prisión en arresto domiciliario, a la persona de un condenado por la comisión de los delitos de ocultamiento, tráfico y transporte ilícito de sustancias

pese al agotamiento de la doble instancia de la decisión accionada (...) vista la comparecencia del accionante y habiéndose constatado del estudio pormenorizado que se ha realizado del escrito contentivo de la solicitud de amparo, que la sentencia denunciada como lesiva no afecta derechos o garantías de eminente orden público, la Sala declara terminado el procedimiento, aun cuando el abocamiento para conocer de la acción de amparo se hizo por presuntas violaciones a los derechos humanos en un proceso seguido por la comisión de delitos (...) tipificados en el artículo 34 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, delitos éstos denominados de lesa humanidad por el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela... ([http: // www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/411-0200401-00-2803.htm](http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/411-0200401-00-2803.htm)).

Como se observa, tanto la Sala de Casación Penal como la Sala Constitucional del TSJ, sustentan el criterio expresado en las decisiones parcialmente transcritas, esto es, el de que las conductas previstas en el artículo 34 de la LOSSEP constituyen delitos de lesa humanidad, partiendo de la interpretación que particularmente realizan de los artículos 29 y 271 de la Carta Fundamental, a lo que se agrega lo señalado por la decisión de la Sala Constitucional de fecha 12 de septiembre de 2001, en lo tocante al literal k) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³, en la que se resolvió:

... Pero en la acción de **habeas corpus** concreta, sometida al conocimiento de la Sala, la situación es otra.El artículo 29 constitucional, para determinados delitos, niega los beneficios que puedan llevar a su impunidad; por lo que con relación a dichos delitos, el artículo 253 del Código Orgánico Procesal Penal no es apreciable ante el mandato expreso de la Constitución de 1999.En efecto, el artículo 29 constitucional, reza (...) Los delitos de lesa humanidad, las violaciones de derechos humanos y los delitos por crímenes de guerra, quedan excluidos de beneficios como lo serían las medidas cautelares sustitutivas, en caso que el juez

estupefacientes y psicotrópicas, previstos en el artículo 34 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

³Ley de la República, conforme a Gaceta Oficial N° 5.507 Extraordinario, de fecha 13 de diciembre de 2000.

considerare que procede la privación de libertad del imputado. Al comparar el artículo 271 constitucional con el transcrito 29, donde el primero se refiere a acciones penales imprescriptibles y que, al igual que la última norma mencionada, reconoce imprescriptible a los delitos contra los derechos humanos, la Sala debe concluir que el delito de tráfico de estupefacientes, cuya acción también es imprescriptible, debe considerarse por su connotación y por el especial trato que le otorga el artículo 271 constitucional, como un delito de lesa humanidad, y así se declara (...) a título de ejemplo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (...) se tipificaron las conductas que a juicio de esta Sala engloban el tráfico ilícito de estupefacientes.

Dicho artículo reza: (...)

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:
 - k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad o la salud mental o física... (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/1712-120901-01-1016.htm>).

Las referidas sentencias del TSJ, tanto la de la Sala de Casación Penal, como las de la Sala Constitucional, comparten la misma argumentación en cuanto a que las conductas previstas en el artículo 34 la LOSSEP, que engloban el tráfico ilícito de estupefacientes, constituyen crímenes de lesa humanidad, con la única diferencia de que en la última de ellas se hace alusión directa al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Para llegar a tal criterio, ambas Salas, como se evidencia del texto de sus decisiones, consideran, que al prever el artículo 271 de la Constitución 1999, la imprescriptibilidad del tráfico de estupefacientes, las conductas previstas en el artículo 34 de la LOSSEP, constituyen crímenes de lesa humanidad, toda vez

que conforme a lo previsto en el artículo 29 *ejusdem*, las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de derechos humanos y los crímenes de guerra, son imprescriptibles⁴.

Así las cosas, la argumentación que sustenta tal doctrina se estructura de la siguiente manera:

Premisa A: Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, son imprescriptibles (artículo 29 de la Constitución).

Premisa B: Las acciones judiciales dirigidas a sancionar el tráfico de estupefacientes, son imprescriptibles (artículo 271 de la Constitución).

Conclusión: Por tanto, los delitos previstos en el artículo 34 de la LOSSEP constituyen delitos de lesa humanidad.

A lo anterior se añade, como ya se dijo, lo señalado en la decisión de la Sala Constitucional de fecha 12 de septiembre de 2001, de que los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes son de lesa humanidad, porque están comprendidos en “... **las conductas que se tipificaron** ...” en el literal k) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, literal éste que, en el marco del artículo 7 del mencionado Estatuto, se refiere a “... Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física...”.

2.- Sentido y alcance de los artículos 29 y 271 de la Constitución de la República de 1999.

En la decisión dictada por la Sala de Casación Penal de fecha 28 de marzo de 2000, que ha dado origen a la doctrina antes mencionada, se señaló que el

⁴Estimamos que ha sido inconveniente el empleo de la palabra beneficios, habida cuenta del tratamiento que la doctrina le da a los institutos que hacen parte del régimen de progresividad en la ejecución de las

hecho de que el Constituyente haya proclamado en el artículo 271 de la Constitución de la República, la imprescriptibilidad de los delitos previstos en la LOSSEP (aún cuando dicho artículo sólo se refiere al tráfico de estupefacientes), se debe a que “... los conceptúa expresamente como delitos de lesa humanidad ...”.

Sin embargo, el artículo 29 de la Constitución de 1999, contrariamente a lo afirmado por la Sala, no “conceptúa expresamente” a los delitos previstos en la Ley Antidrogas como delitos de lesa humanidad, sino que se refiere a la obligación que tiene el Estado venezolano de investigar y sancionar las violaciones graves de derechos humanos cometidas por sus autoridades; a la imprescriptibilidad de las acciones para investigar y castigar las violaciones graves de derechos humanos, los crímenes de guerra, y los delitos de lesa humanidad; a la competencia asignada a los tribunales ordinarios para juzgar los delitos de lesa humanidad y las violaciones de derechos humanos, así como a evitar la impunidad de los responsables de la comisión de dichos delitos, en el marco del Derecho Penal Internacional, y en este sentido establece:

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

El sentido y alcance del artículo 29 de la Constitución de 1999, esto es, su *ratio legis*, sólo puede vincularse en razón de la obligación asumida por el Estado venezolano ante la Comunidad Internacional, en orden al establecimiento de

penas privativas de libertad, al concebirlas como beneficios y no como verdaderos derechos, todo lo cual se ha agravado al asociarlos al concepto de impunidad.

normas tendentes a evitar la impunidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional por violaciones graves de derechos humanos, crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad. Tal obligación viene dada, entre otros requerimientos, por lo exigido a los Estados que conforman la Comunidad Internacional, en acuerdo con la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en la ciudad de Viena, en la que se exhortó a los Estados "... a abrogar la legislación que conduce a la impunidad de los responsables de graves violaciones de derechos humanos (...) y a perseguir tales violaciones..." (Declaración de Viena, Naciones Unidas. 1993, p. 60). A ello se añade el desarrollo alcanzado por el Derecho Penal Internacional, en cuanto al no reconocimiento de la validez de normas que impliquen amnistías e indultos, así como de otras formas de exención de penas, lo que se ha concretado en los deberes de penalización interna de las graves violaciones de derechos humanos, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, ya que las amnistías, indultos y otras formas de exención de penas

... son permisibles siempre y cuando no exista prohibición internacional expresa sobre la impunidad de una conducta determinada. En este contexto resulta claro que ninguna conducta comprendida dentro de los crímenes de lesa humanidad podrá ser amnistiada... (Guerrero, 1999, p. 96).

De allí que el mencionado artículo 29, excluya a los delitos de lesa humanidad, las violaciones graves de derechos humanos, y los crímenes de guerra, de ciertos "beneficios" o mecanismos que acarreen la *impunidad* de los mismos, incluidos el indulto y la amnistía, por lo que la noción de impunidad a la que se refiere el Constituyente se entiende, tal y como afirma Zaffaroni, (citado por Kai Ambos, 1977), "... como "ausencia de pena", "no punibilidad" o "ausencia de castigo" ..." (p. 29), todo lo cual es consecuencia de la ratio legis de dicho artículo y por tanto de la obligación del Estado venezolano de penalizar y castigar las conductas que aparecen relacionadas con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Por otro lado, el hecho de que el artículo 271 de la Constitución de la República establezca la imprescriptibilidad del tráfico de estupefacientes, no puede llevar

necesariamente a la conclusión, de que los delitos previstos en el artículo 34 de la LOSSEP, así como los demás tipos penales contenidos en ella, constituyan crímenes de lesa humanidad.

Inferir, sin más ni menos, que por cuanto el tráfico ilícito de estupefacientes ha sido declarado imprescriptible por el artículo 271 *ejusdem*, las conductas contenidas en el artículo 34 y los demás delitos de la LOSSEP constituyen crímenes o delitos de lesa humanidad, ya que las acciones para sancionar estos delitos son imprescriptibles, se traduce en la creación de una simetría entre ambas categorías de delitos, sobre la base de una característica -la imprescriptibilidad- que si bien está presente en ellas, no es la que las define en su esencia, ni es su principal característica.

De ser así, tendríamos que concluir que los delitos contra el patrimonio público, los cuales pertenecen al ámbito del Derecho Penal Transnacional, por ser objeto de Convenios entre algunos países, como es el caso de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, constituirían delitos de lesa humanidad, toda vez que la Constitución de la República, de igual forma declara imprescriptibles las acciones judiciales para sancionar la comisión de tales delitos, conforme al artículo 271, el cual prevé:

Artículo 271. En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con tales delitos.

De acuerdo con esta norma, resulta claro que el sentido y el alcance de la misma no se corresponde ni atiende a lo señalado en las decisiones aquí comentadas, en cuanto a que la imprescriptibilidad del tráfico de estupefacientes, lo conceptúe como un crimen o delito de lesa humanidad, en concordancia con el referido

artículo 29, éste último, debe advertirse, que tampoco les da esa denominación a las conductas previstas en el artículo 34 de la LOSSEP, como erróneamente lo afirma la Sala Constitucional en fecha 02 de abril de 2001.

3.- Consecuencias de la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia.

Las consecuencias de interpretar erróneamente los artículos 29 y 271 de la Constitución de la República, asignándoles un sentido y un alcance que racionalmente no tienen, ha traído graves problemas en la aplicación de las normas relativas a la ejecución de penas privativas de libertad y las medidas de coerción personal, por cuanto la doctrina surgida se ha usado para la negación de derechos en fase de ejecución penal, así como para darle a los delitos previstos en la LOSSEP la condición de no excarcelables por vía de la praxis jurisdiccional.

En virtud de que un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia patria, han entendido como “beneficios” a las instituciones que hacen parte del régimen progresivo en la ejecución de penas (Régimen Abierto, Destacamento de Trabajo, Libertad Condicional, y Redención de Pena por el Trabajo y el Estudio) e igualmente a otras medidas político-criminales (Suspensión Condicional del Proceso y Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena), , la doctrina del TSJ también lo asume así, cuando interpreta el artículo 29 de la Constitución de 1999.

En efecto, de acuerdo con la doctrina del TSJ de que los delitos previstos en el artículo 34 de la LOSEP y en fin, los demás delitos previstos en ella, constituyen crímenes de lesa humanidad, y en virtud de que estos delitos de lesa humanidad conforme a lo expresado en el artículo 29 de la Constitución de la República, están excluidos de los “beneficios” que pudieran conllevar su impunidad, se ha interpretado que los derechos o mal llamados “beneficios” penitenciarios, al igual que las medidas político-criminales, no pueden “concederse” a los condenados o procesados por algunos de los delitos de la LOSSEP.

Es decir, que para la Sala de Casación Penal y la Sala Constitucional del TSJ, así como para los Tribunales de la República que han aceptado acrítica y

mecánicamente dicha doctrina, tanto el régimen progresivo en la fase de ejecución de penas, como la evitación de los efectos desocializadores de las penas privativas de libertad de corta duración (entendida como una de las finalidades de la Suspensión Condicional del Proceso y la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena), conllevarían a la impunidad del tráfico de estupefacientes o cualquiera de las conductas ilícitas y punibles del artículo 34 de la LOSSEP, incluso de los otros delitos previstos en esta Ley.

Tal conclusión, además de tener su origen en la desafortunada doctrina del TSJ, también es consecuencia directa del empleo por parte del Constituyente de la expresión “... *beneficios que puedan conllevar su impunidad...*”, en cuanto a los delitos de lesa humanidad, puesto que la impunidad está referida a la ausencia de pena y, aún en el caso de que se tuviera por cierto que conforme a los artículos 29 y 271 de la Constitución de 1999, el tráfico de estupefacientes o cualquiera de los delitos previstos en la LOSSEP constituyan delitos de lesa humanidad, resulta indiscutible que las personas condenadas por la comisión de alguno de los referidos delitos, incluso a quienes se les suspenda el proceso o la pena de manera condicional, cumplen pena, por lo que mal puede hablarse de impunidad (*ausencia de pena, no punibilidad o ausencia de castigo*), fundamentalmente, en razón de que:

En primer lugar, los condenados que acceden a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cumplen la pena fuera del centro de reclusión por razones penológicas, sometiéndose a un régimen de prueba que implica una serie de condiciones restrictivas de sus derechos, impuestas por el Estado;

En segundo lugar, los condenados que acceden a cualquiera de los derechos de progresividad (régimen abierto, destacamento de trabajo o libertad condicional)⁵, tienen que haber cumplido un mínimo de pena

⁵En tal sentido, ver artículo 64 de la Ley de Régimen Penitenciario, Gaceta Oficial N° 36.975, del 19 de junio de 2000, que prevé: “Son fórmulas de cumplimiento de las penas: a. El destino a establecimientos abiertos; b. El trabajo fuera del establecimiento, y c. La libertad condicional.” (Resaltado fuera del texto).

impuesta, la cual seguirán cumpliendo a través de un régimen de semi-libertad o de libertad condicionada⁶; y

En tercer lugar, los condenados que redimen la pena por el trabajo y/o el estudio, también deben cumplir parte de la pena impuesta en virtud de la cual han sido condenados, dada la naturaleza de esta institución, más aun si se tiene presente la inconstitucional reforma del COPP, del 14 de noviembre de 2001, que disminuyó el alcance del trabajo o el estudio resocializador, por lo que conforme al artículo 508 *ejusdem*, sólo podrá redimirse la pena después de que el condenado cumpla la mitad de la pena impuesta, privado de su libertad⁷.

Por tanto, una de las consecuencias de la desafortunada doctrina del TSJ, es la negación de los derechos de progresividad en la fase de ejecución de penas a quienes son condenados por algunos de los tipos previstos en el artículo 34 de la LOSSEP o de cualquiera de los delitos previstos en ella, en razón de que en el ámbito de la aplicación de la doctrina del TSJ se ha interpretado, en atención a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución de 1999, que las referidas *fórmulas de cumplimiento de pena* al igual que la redención de penas por el trabajo y/o el estudio, así como las medidas político-criminales de suspensión del proceso o la condena a prueba (*probation*), son “beneficios” que pudieran conllevar a la impunidad, ello a pesar de una decisión de la Sala Constitucional del 27 de junio de 2002, en la que se señaló:

... La integración en los destacamentos de trabajo de los penados no constituye, al igual que la conversión de la pena de prisión por la de

⁶Al respecto, resulta oportuno un comentario sobre el artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), creado con motivo de la Reforma del 14 de noviembre de 2001, en cuanto a que los condenados por algunos delitos sólo podrán acceder al régimen abierto, el destacamento de trabajo, la libertad condicional, inclusive, a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, siempre que hayan cumplido la mitad de la pena impuesta privados de su libertad, norma ésta que, no obstante los inconvenientes y lo inconstitucional de su aplicación, a los efectos de los tipos penales previstos en la LOSSEP, es un tanto indeterminada y confusa toda vez que la expresión narcotráfico, resulta equívoca en relación a las conductas previstas como delitos en la mencionada ley en razón de su imprecisión, en franca contravención con el principio de legalidad.

⁷Artículo 508. “Cómputo del tiempo redimido. A los fines de la redención de que trata la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio, el tiempo redimido se computará a partir del momento en que el penado hubiere cumplido, efectivamente, la mitad de la pena impuesta privado de su libertad.”

confinamiento, un beneficio que comporta la impunidad del delito; por el contrario, es una fórmula de cumplimiento de penas, como lo establece la ley de la materia, que coadyuva al cumplimiento de la norma que contiene el artículo 272 de la Constitución de la República *supra* transcrito. Así se declara. Ahora bien, se observa igualmente que la concesión de alguna de las fórmulas de cumplimiento de la pena que preceptúa el artículo 64 de la parcialmente derogada Ley de Régimen Penitenciario, no constituye una obligación para el jurisdicente, por el contrario es facultativa o potestativa de éste, a tenor de lo establecido en los artículos 65 y 67 *eiusdem*. De lo anterior se colige que, en el caso que nos ocupa, no era oponible el contenido del artículo 29 de la Constitución de la República a la solicitud de concesión de una fórmula de cumplimiento de la pena, por cuanto la misma no implica, por las razones que antes se acotaron, la impunidad; en consecuencia, considera esta Sala que el juzgador debió, en su oportunidad, acoger o desechar dicha solicitud sobre la base de los requisitos que dispone la Ley de Régimen Penitenciario. Así se decide... (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio1472-270602-01-2480.htm>)⁸.

Sin embargo, los efectos de la doctrina del TSJ no se agotan en la materia de ejecución de penas, sino que por el contrario, a partir de la sentencia de la Sala Constitucional del 12 de septiembre de 2001, también se ha venido utilizando para desnaturalizar las medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva, catalogándolas como “beneficios”.

De manera que a partir de la interpretación de los artículos 29 y 271 de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del TSJ, le ha dado a los delitos previstos en la LOSSEP, la condición de *no excarcelables*, en razón de que en el juzgamiento de los mismos siempre deberá decretarse la privación judicial

⁸Resulta oportuno señalar, que la interpretación realizada por la Sala Constitucional en orden a que es facultativo del Juez de Ejecución “... la concesión de alguna de las fórmulas de cumplimiento de pena...”, deviene en una desafortunada e inconveniente interpretación de la expresión podrá, contenida en los artículos 65 y 67 de la Ley de Régimen Penitenciario, toda vez que dicha expresión normativa está referida a los requisitos que deben cumplirse para que el condenado acceda a la fórmula de cumplimiento de pena; lo contrario, como sostiene la Sala, implicaría desvirtuar el ideal penitenciario previsto en el artículo 272 de la Constitución Nacional y el artículo 7 de la Ley de Régimen Penitenciario.

preventiva de libertad, quedando “... *excluidos de beneficios como lo serían las medidas cautelares sustitutivas...*”.

El señalamiento de que las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad, constituyen beneficios que pueden configurar impunidad conforme a los artículos 29 y 271, para darle preeminencia al encarcelamiento preventivo y establecer que el artículo 253 del COPP (hoy 244, relativo a la proporcionalidad y al plazo razonable de las medidas de coerción personal, en especial de la prisión preventiva), no resulta aplicable ante el juzgamiento de cualquiera de los delitos previstos en la LOSSEP e inclusive para permitir la revisión de las decisiones, aún ante la extemporaneidad del recurso de apelación, además de mostrar el estado de la cuestión en el TSJ, es indicativo de los criterios utilizados por las Salas de Casación Penal y Constitucional, para la interpretación de dichas medidas de coerción personal.

En este sentido, la Sala Constitucional ha establecido en decisión del 07 de mayo de 2003:

... Como fundamento de la presente acción de amparo, el accionante alegó la extemporaneidad del recurso de apelación ejercido por la representación del Ministerio Público (...) Observa esta Sala, que a pesar de que la Corte de Apelaciones señalada como presunta agravante no se pronunció respecto a la extemporaneidad del recurso, (...) al ser analizado el auto al que hemos hecho referencia, resulta evidente, que para el momento en que el representante del ministerio público interpuso el recurso de apelación que encabeza este proceso, habían transcurrido más de cinco días continuos. Sin embargo, no puede obviar quien juzga, que el delito que se le imputa al accionante (...) ocultamiento y distribución de sustancias estupefacientes, previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas- ha sido considerado por esta Sala en sentencia N° 1712, caso: *Rita Alcira Coy y otros*, como un delito de lesa humanidad en atención a lo expuesto en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por equipararse “a los llamados *crimen majestatis*, infracciones penales máximas, constituidas por crímenes

contra la patria o el Estado y que, al referirse a la humanidad, se reputan que perjudican al género humano...Siendo ello así, esta Sala considera que las características sui generis del caso objeto de estudio, le otorga a la citada Corte de Apelaciones, así como a todos los tribunales competentes, la posibilidad de conocer de oficio las infracciones que afecten el orden público y contraríen las normas constitucionales, independientemente de que sean denunciadas o no por el recurrente, quedando así excluidos los beneficios, tales como las medidas cautelares sustitutivas, en caso que el juez considerare que procede la privación de la libertad del imputado, razón por la cual esta Sala estima, deben conservarse los efectos de la decisión accionada y sus efectos consecutivos en forma incólume con el objeto de salvaguardar los intereses del Estado, y así se decide... (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/1054-070503-02-2772.htm>).

De lo anterior, resulta evidente que el alcance que ha tenido la doctrina del TSJ, objeto del presente trabajo, en lo atinente a las medidas de coerción (privación preventiva de libertad y medidas cautelares sustitutivas de ésta) excede el criterio de considerar a las conductas tipificadas en el artículo 34 y los demás delitos previstos en la LOSSEP, como delitos de lesa humanidad, en orden a que la Sala Constitucional, sin lugar a dudas, concibe a tales medidas desde una perspectiva sustantiva, esto es, con fines de prevención general y especial.

El sólo hecho de señalar que las medidas cautelares pueden conllevar a situaciones de impunidad, implica que ante el juzgamiento de cualesquiera de los delitos mencionados, se anticipa la pena mediante el decreto de prisión preventiva como única medida de coerción personal, que a criterio de la Sala Constitucional, no puede sustituirse por otra medida menos gravosa, violentándose de esta manera el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva y, por tanto, desnaturalizando las medidas de coerción personal, en especial, las medidas cautelares sustitutivas, sin olvidar la violación flagrante de la presunción de inocencia.

Ahora bien, como quiera que algunas de las decisiones del TSJ, que acogen la doctrina del tráfico ilícito de drogas como delito de lesa humanidad, corresponden a la Sala Constitucional, las mismas se han venido aplicando conforme al único

aparte del artículo 335 de la Constitución de 1999⁹, en el entendido de que se tienen por vinculantes, y aun cuando ello no constituye el objeto de este trabajo, corresponde adelantar algunas consideraciones en cuanto a la interpretación del referido artículo 335, en relación a los requisitos que debería cumplir toda decisión de la Sala Constitucional para alcanzar la condición de vinculante.

Para que una decisión dictada por la Sala Constitucional del TSJ, adquiera el carácter de vinculante conforme a lo establecido en el referido artículo 335, tanto para las demás Salas del TSJ, como para los demás Tribunales de la República, la misma debe tener por objeto la interpretación sobre el contenido o el alcance de alguna norma o principio constitucional, requisito que no cumplen ninguna de las decisiones que se han señalado anteriormente como fundamento y sustento de la doctrina del TSJ, con relación a los delitos previstos en la LOSSEP.

Además de lo anterior, estimamos que el carácter vinculante de una decisión dictada por la Sala Constitucional, no obstante realizar una interpretación sobre el contenido o el alcance de una norma o principio constitucional (que debe ser motivada y argumentada de manera clara y suficiente), debe cumplir con otras exigencias de fondo, esto es, el respeto de los derechos fundamentales y, por consiguiente, la dignidad del ser humano, toda vez que una decisión violatoria de éstos, comportaría el desconocimiento de la filosofía del Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, proclamada por el Constituyente de 1999, y, en todo caso, el bloque de constitucionalidad, que tal y como advierte Fernández Carrasquilla, tiene como último referente la Declaración Universal de los Derechos Humanos (2002).

Estimamos que una decisión, observante de tal requisito, al menos en cuanto a la interpretación sobre el contenido o alcance de una norma constitucional, es la del 09 de diciembre de 2002, dictada por la Sala Constitucional ante un recurso de

⁹ Artículo 335. “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. **Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.**” (Resaltado fuera del texto).

interpretación sobre el contenido y alcance del artículo 29 de la Constitución de 1999, en cuanto a la investigación y juzgamiento por los tribunales ordinarios de los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad interpuesto por el Fiscal General de la República.

En esta decisión, reveladora de la inconsistencia de la doctrina de la Sala Constitucional, en cuanto al sentido y el alcance del artículo 29 *ejusdem*, que inexplicablemente no es observada por la mayoría de los Tribunales de la República, incluso por la misma Sala, se señaló entre otras cosas:

... Por lo que concierne a la prohibición de beneficios que puedan conllevar a la impunidad en la comisión de los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad, el mismo Constituyente aclara el sentido que pretende asignarle a los mismos cuando expresamente incluye el indulto y la amnistía dentro de dichos beneficios (...) La Sala observa, sin embargo, conforme a lo decidido por ella en su Sentencia n° 1472/2002 del 27 de junio, que no es oponible *stricto sensu* el contenido del artículo 29 constitucional a las fórmulas alternativas del cumplimiento de la pena (suspensión condicional [artículos 42 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal], suspensión condicional de la ejecución de la pena, fórmulas alternativas del cumplimiento de la pena y la redención judicial de la pena por el estudio y el trabajo -Libro Quinto, Capítulo Tercero *eiusdem*-), pues tales fórmulas no implican la impunidad... (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/3167-091202-02-2154.htm>)

Al respecto, resulta paradigmática la sentencia de la misma Sala Constitucional, de fecha 02 de mayo de 2003, en relación con el expediente N° 02-1803, que además de desconocer lo establecido en la decisión antes transcrita del 09 de diciembre de 2002, con fundamento en la interpretación de los artículos 29 y 271 de la Constitución, amplía la doctrina surgida con el fallo de la Sala de Casación Penal N° 359, del 28 de marzo de 2000, al señalar que los delitos contra el patrimonio público también son de lesa humanidad¹⁰.

¹⁰A los fines de apreciar la inconsistencia de Sala Constitucional en la interpretación de los artículos 29 y 271 de la Constitución Nacional, pueden revisarse, entre otras, las decisiones números 2036 y 1054, del 23 de octubre 2001 y el 07 de mayo de 2003, en su orden.

4.- El tráfico de estupefacientes: ¿Un crimen de lesa humanidad?

El concepto de crímenes de lesa humanidad, tuvo su origen en la necesidad de sancionar aquellos hechos no constitutivos de delitos contra la paz de las naciones o los crímenes de guerra, y que dada la particular gravedad del ataque, organizado y sistemático, ofendieran a la humanidad, es decir, al género humano (Gómez, 1998, p. 20).

Se trata de crímenes que afecten u ofendan la humanidad en su conciencia colectiva, ofensa de la cual cualquier ser humano se indigna, en virtud de sus cualidades de amoralidad, atrocidad y barbaridad y, que además pueden ocurrir en tiempo de guerra o de paz, bien por motivos étnicos, religiosos o sociales, comprensivos de un universal y grave agravio de la conciencia moral y ética de la humanidad (1998, p. 43).

Así, tenemos que los crímenes de lesa humanidad al afectar al género humano en su conciencia ética y moral entendida como valor superior, constituyen afrentas odiosas a la dignidad humana que en el marco del Derecho Penal Internacional, comportan una categoría de delitos de tal trascendencia en donde el sujeto pasivo es la humanidad.

En este sentido, debe advertirse que a pesar de que la doctrina del TSJ, en cuanto a que el tráfico de estupefacientes y los demás delitos previstos en la LOSSEP, son de lesa humanidad, parte de la desacertada interpretación de los artículos 29 y 271 de la Constitución de 1999, no debe olvidarse que tal doctrina se encuentra íntimamente vinculada al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ERCPI), que en el párrafo 1 del artículo 7º, prevé:

Artículo 7 Crímenes de lesa humanidad

1.A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguiente cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a.- Asesinato;
- b.- Exterminio;
- c.- Esclavitud;
- d.- Deportación o traslado forzoso de población;
- e.- Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f.- Tortura;
- g.- Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
- h.- Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i. - Desaparición forzada de personas;
- j. - El crimen de apartheid;
- k.- Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física...

Como se infiere de la lectura de la norma antes transcrita, ni el delito de tráfico de estupefacientes ni los demás delitos previstos en la LOSSEP, constituyen delitos de lesa humanidad, dado que no integran el catálogo de crímenes de lesa humanidad, norma ésta que debe interpretarse en concordancia con el artículo 22 del mismo Estatuto, que desarrolla el principio de legalidad penal que rige para ese ámbito propio del Derecho Penal Internacional.

De igual manera, el encabezamiento del párrafo 1 del referido artículo 7º, es indicativo de la nota diferenciadora de los crímenes o delitos de lesa humanidad, con respecto a los crímenes de guerra y los delitos comunes previstos en los diferentes códigos o leyes penales, cual es el elemento normativo que implica una valoración de la conducta punible, que en el contexto del ERCPI debe realizarse como parte de un ataque generalizado o sistemático, contra una población civil y con conocimiento del mismo, todo lo cual configura y define la

dogmática propia de los crímenes o delitos de lesa humanidad. Dogmática ésta cuyo origen y fundamento, se encuentra en el problema al cual se enfrentó el Tribunal de Nuremberg, en lo relativo al enjuiciamiento de las atrocidades cometidas por las fuerzas del nacionalsocialismo en contra de su propia población y de poblaciones neutrales que no tenían nada que ver con el conflicto, que no encuadraban en los crímenes de guerra.

Por ello se afirma que el concepto de crímenes de lesa humanidad surgió como una noción suplementaria a la de los crímenes de guerra, ya que conforme al Acuerdo de Londres de 1945, mediante el cual se asignó al Tribunal de Nuremberg la competencia para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad, sólo podía hablarse de crímenes de lesa humanidad cuando ellos tuvieran conexión con los crímenes de guerra, con referencia a víctimas de nacionalidad alemana o de países extranjeros neutrales ante el conflicto (Córdoba, 2001, p. 115).

No obstante, el hecho de que algunos crímenes de lesa humanidad fueran juzgados como crímenes de guerra, ello no imposibilitó que en el Acuerdo de Londres se distinguiera a los crímenes de lesa humanidad de los crímenes de guerra, en razón del carácter masivo y sistemático de los primeros, cualidad que fue recogida y reivindicada por el Estatuto del Tribunal para Ruanda, en el que se estableció que el crimen de lesa humanidad tiene lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

De allí que el ERCPI, exija para considerar un acto inhumano como un crimen de lesa humanidad, que el mismo comprenda un ataque generalizado o sistemático, debido a que

... Los crímenes aislados no caen dentro de la noción de crímenes contra la humanidad. Como regla, es necesario que la acción sistemática y masiva, particularmente si ésta es ordenada por autoridades, transforme un crimen común, punible sólo bajo la ley interna, en un crimen contra la humanidad, que empiece a ser también de interés del derecho internacional... (2001, p. 123).

Lo anterior es indicativo, de que la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas y los demás delitos previstos en la LOSSEP, en ningún caso podrán castigarse como crímenes o delitos de lesa humanidad, sino como delitos comunes, puesto que la acción de quien lo perpetra no forma parte de un ataque generalizado o sistemático, sino que por el contrario, se trata de un hecho aislado, dado que lo generalizado y lo sistemático del ataque, requieren, como sostiene Darryl, (citado por Córdoba, 2001), en primer lugar, de una acción a gran escala, con un significativo número de víctimas, y en segundo lugar, que el ataque haya sido ejecutado con un alto grado de organización y logística (p. 124)¹¹.

Tal particularidad de los crímenes de lesa humanidad, motivó que la propuesta de incluir en el Nuevo Código Penal de Colombia (vigente), un Título de Delitos de Lesa Humanidad (Gómez, 1998, p. 420), no tuviera acogida por parte del Congreso de dicha República, ya que la decisión de no crear un título bajo la denominación de Delitos de Lesa Humanidad, como señala Córdoba (2001):

... estuvo precedida de una reflexión sobre el carácter sistemático y generalizado que el concepto comporta, para concluir que esta exigencia establecida para un juzgamiento supranacional no es compatible con los requerimientos de nuestro sistema penal, donde la acción punitiva debe desplegarse frente a cualquier violación de derechos humanos así ella no tenga ese carácter sistemático o generalizado que en el ámbito internacional se ha atribuido a estos crímenes... (p. 145).

Por tanto, resulta evidente que ninguno de los delitos previstos en la LOSSEP, son de lesa humanidad, por lo que la interpretación que realiza el TSJ del artículo

¹¹ Véase lo señalado por Angulo Fontiveros, A. 2003. Crímenes de lesa humanidad. En Ciencias Penales: temas actuales. Homenaje al R. P. Fernando Pérez Llantada S. J. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: Venezuela, págs: 175-178; en cuanto a la cualidad de masividad y sistematicidad distintiva y caracterizadora de los crímenes de lesa humanidad. En este sentido, véase a Guerrero Peralta, O. 1999. Justicia penal y paz. Una mirada al largo camino hacia la conformación del derecho penal internacional contemporáneo. En El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (comp.). Bogota pág: 94; quien advierte sobre una posible paratipicidad penal que se preste a equívocos con relación a los tipos penales de la legislación interna y el derecho penal internacional, como por ejemplo el Estatuto de Roma, citando el caso de la necesaria diferenciación entre un delito común de secuestro y un secuestro en el ámbito del derecho penal internacional.

29 de la Constitución de la República, de que este los “*conceptúa expresamente*”, además de ser totalmente errada, deviene en una hermenéutica que se vale, tal y como lo sostiene Martínez, de una manipulación por parte de quienes tienen el poder de interpretación (1999, p. 5); ni siquiera en los casos del literal k), como se afirma en la sentencia de la Sala Constitucional del 12 de septiembre de 2001, en razón de que los actos inhumanos a que se refiere el mencionado literal, deben realizarse como parte de un ataque sistemático y generalizado.

También debe señalarse, que los crímenes o delitos de lesa humanidad se diferencian de los delitos previstos en la LOSSEP, en virtud de que su naturaleza jurídica viene determinada por la fuente que les da sustentabilidad jurídica y dogmática, en razón de que los crímenes de lesa humanidad encuentran su fundamento legal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el marco del Derecho Penal Internacional, mientras que los delitos previstos en la LOSSEP, tienen como fuente la Convención de Viena Contra el Narcotráfico (CVCN), suscrita en 1988, en el contexto de lo que se conoce como Derecho Penal Transnacional.

Al respecto, Plawski, (citado por Córdoba, 2001), quien es categórico en lo que respecta a la naturaleza de tales delitos, afirma que “... el derecho penal transnacional es aquel en que el Estado tiene interés más allá de sus fronteras y cuya fuente es el derecho penal interno, en tanto el derecho penal internacional, es aquel que tiene por misión la protección de la paz y de seguridad de toda la humanidad... (p. 25).

Por otro lado, es preciso señalar que el Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional de la Comisión de Derecho Internacional, contenía una disposición que distinguía entre crímenes centrales, tales como: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y agresión; y crímenes convencionales, entre los cuales se encontraban: el tráfico internacional de drogas (Schabas, 1999, p. 281).

Al referirse a la Criminalidad Transnacional o “criminalidad sin fronteras”, Kai Ambos (2001), sostiene que entre los fenómenos que pueden ubicarse en dicha categoría se encuentra el comercio de narcóticos, actividad en virtud de la cual fue creada la CVCN, como instrumento internacional que ha pretendido y procurado la unificación del derecho penal en orden a la adopción de normas para la persecución del tráfico ilícito de estupefacientes y el lavado de dinero, además de la cooperación interestatal para la investigación y el juzgamiento del comercio de estupefacientes, en función del desmantelamiento de las redes de transporte de estupefacientes (p. 44).

Aunado a lo anterior, otro fundamento que desvirtúa la tesis del TSJ, en cuanto a que el tráfico ilícito de estupefacientes así como los demás delitos previstos en la LOSSEP, constituyan delitos de lesa humanidad, se encuentra en la posibilidad de inclusión de los delitos vinculados al tráfico ilícito de estupefacientes en el Estatuto de Roma como crímenes de lesa humanidad, que no obstante haber sido discutida no fue aprobada en atención a las diferencias existentes en el seno de los Estados que asistieron a la Conferencia de Roma (Sunga Lyal, 1999, p. 238).

En efecto, los representantes de los Estados, luego de varias discusiones acerca de la posibilidad de incluir al tráfico ilícito de estupefacientes en el Estatuto, finalmente no llegaron a un consenso al respecto, sobre todo en razón de que eran evidentes las diferencias por el diverso tratamiento o respuesta que se le da a este tipo de criminalidad en la normativa interna de los diferentes países, ya que:

... mientras reconocían que el tráfico ilícito de narcóticos en algunos casos puede ser suficientemente serio como para amenazar la independencia política de un Estado, algunos gobiernos insistían en ponderar si semejante actividad debía tratarse más como una cuestión de cooperación interestatal, esto es, sobre todo a mira bilateral, o a lo sumo como una cuestión de cooperación internacional general. En contra de un enfoque global más comprensivo había amplias divergencias entre las culturas, tradiciones y leyes de varios países en lo que respecta

a la respuesta apropiada al problema del tráfico ilícito de estupefacientes, el nivel de castigo a consensuar para este tipo de violaciones, y diferentes puntos de vista relativos a la rehabilitación del autor... (1999, p. 238).

Por tales razones, en la Conferencia de Roma se decidió la no inclusión del tráfico ilícito de estupefacientes en el Artículo 7 del Estatuto, en el que se prevé el listado de crímenes de lesa humanidad, a lo que cabe agregar, que tal decisión no evitó "... que la Conferencia de Roma dejara abierta la posibilidad de incluir en la jurisdicción de la Corte, en un futuro, el crimen de tráfico ilícito de estupefacientes, o incluso otros crímenes *según lo decida la comunidad internacional* ..." (1999, p. 239, resaltado fuera del texto).

Más aun, el ERCPI, en lo tocante a la responsabilidad penal individual en materia de Derecho Penal Internacional, no impone responsabilidad penal alguna por los delitos de:

... amenaza de agresión (si bien es posible que pueda incorporarse de alguna forma dentro de la definición del Estatuto de agresión); dominio colonial; reclutamiento, uso, financiamiento o entrenamiento de mercenarios; terrorismo internacional; o tráfico internacional ilícito de narcóticos. Todas estas formas se dejaron a un lado por el Estatuto de Roma... (1999, p. 237).

Finalmente, creemos necesario mencionar otro argumento que suma a favor de nuestra posición, el cual se refiere a que en la reforma del COPP, del 14 de Noviembre de 2001, el legislador hizo una clara distinción entre los delitos de lesa humanidad y el tráfico ilícito de estupefacientes, así como sus actividades conexas, por cuanto el artículo 313 prevé:

Artículo 313. Duración. El Ministerio Público procurará dar término a la fase preparatoria con la diligencia que el caso requiera. Pasados seis meses desde la individualización del imputado, éste podrá requerir al Juez de control la fijación de un plazo prudencial, no menor de treinta días, ni mayor de ciento veinte días para la conclusión de la investigación.

(...) Quedan excluidas de la aplicación de esta norma, las causas que se refieran a la investigación de delitos de lesa humanidad, contra la cosa pública, en materia de derechos humanos, crímenes de guerra, narcotráfico y delitos conexos. (Resaltado fuera del texto).

Es de hacer notar, que la reforma del COPP de Noviembre de 2001, es posterior a las decisiones de la Sala de Casación Penal y de la Sala Constitucional del 28 de Marzo del año 2000 y 02 de abril y 12 de septiembre de 2001, por lo que aparece claro que la Asamblea Nacional y los asesores de la Reforma, no le dieron crédito a la doctrina del TSJ, en relación a que los delitos previstos en la LOSSEP son de lesa humanidad.

5.- Conclusiones.

En razón de las consideraciones anteriores, es forzoso concluir que:

En primer lugar, tanto el delito de tráfico de estupefacientes, como los demás delitos previstos en la LOSSEP, actualmente, no constituyen crímenes de lesa humanidad,

En segundo lugar, la negación de los derechos que corresponden a los condenados en la fase de ejecución de penas, fundamentada en la doctrina del TSJ, violentan de manera intolerable el ideal penitenciario previsto en el artículo 272 de la Constitución de la 1999,

En tercer lugar, la desnaturalización de las medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva, entendidas como beneficios y fundamentada en la doctrina del TSJ, comporta una violación flagrante de la presunción de inocencia y del principio de excepcionalidad del decreto de prisión preventiva, y

En cuarto lugar, la doctrina del TSJ aquí examinada, constituye una aporía que ha generado una praxis jurisdiccional contraria a los valores del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Angulo, A. (2003). Crímenes de lesa humanidad. En: Ciencias penales: temas actuales. Homenaje al R. P. Fernando Pérez Llantada S. J. Caracas: Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello.
- Ambos, K. (1997). Impunidad y derecho penal internacional. Medellín: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Comisión Andina de Juristas, Instituto Max Plank para Derecho Penal Extranjero e Internacional.
- Ambos, K. (2001). Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Código Orgánico Procesal Penal, Gaceta Oficial N° 5558, Extraordinaria del 14 de Noviembre de 2001.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial N° 5.453, Extraordinario del 24 de Marzo de 2000.
- Córdoba, J. (2001). Derecho penal internacional. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Díaz, F. (2000). Doctrina Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Año 1, Número 2, Marzo-Abril Caracas: Livrosca.
- Guerrero, O. (1999). Justicia penal y paz. Una mirada al largo camino hacia la conformación del derecho penal internacional contemporáneo. En: El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (comp.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, O. (1998). Crímenes de lesa humanidad. Santa fé de Bogotá: Ed. Doctrina y Ley Ltda..
- Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.636, Extraordinario del 30 de septiembre de 1.993.
- Martínez, M. (1999). La crisis de la justicia penal en Colombia. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Schabas, W. (1999). Principios generales del derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En: El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (comp.). Bogotá:

Universidad Externado de Colombia.

Sunga, S. (1999). La jurisdicción “*ratione materiae*” de la Corte Penal Internacional. En: El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (comp.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela: <http://www.tsj.gov.ve>

United Nations. (1993). “The Viena Declaration and Programme of Action”. New York, United States of America.