

El control concentrado de la constitucionalidad como fuente negativa de producción del Derecho Penal

Alejandro J. Rodríguez Morales*

I. Importancia de la Constitución en el ámbito jurídico-penal

La Constitución sirve de “plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales”¹, pudiendo definirse la misma como “un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos”².

De esta manera, la Constitución aparece como la norma fundamental de todo el ordenamiento jurídico, teniendo impacto en todos los ámbitos de la vida social, por contener precisamente las normas que conforman el pacto de convivencia en sociedad, representado por las relaciones entre los particulares así como entre éstos y el Estado, en virtud de lo cual se consagran una serie de disposiciones dirigidas a regular dichas relaciones, las que se expresan particularmente en la organización del Estado y en el reconocimiento de un conjunto de derechos y garantías de los que son tributarios los ciudadanos, que, como lo entendía la teoría del contrato social (MONTESQUIEU, LOCKE, ROUSSEAU), han cedido una cuota de su libertad a cambio de no ser vulnerados en el estado de naturaleza y de conferir al Estado una serie de potestades a tales efectos.

Precisamente, una de las potestades conferidas al Estado por los ciudadanos es la denominada potestad punitiva (*potestas puniendi*), en virtud de la cual le está dado ejercer la violencia penal contra aquellos que incurran

* Abogado. Estudios de Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas en la Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Penal Internacional en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Derecho Penal Superior I en la Universidad Católica del Táchira. Funcionario de Carrera Legislativa adscrito a la Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela durante el período 2006-2009. Se ha desempeñado previamente como Profesor en el área penal en la Universidad Central de Venezuela, Universidad Monteávila, Universidad Nacional Experimental de la Seguridad y Escuela Nacional de Fiscales. Autor de once libros sobre diversos temas de Derecho penal, Proceso penal y Criminología. Acreedor de la Mención de Honor del Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2004-2005 por su obra “El tipo objetivo y su imputación jurídico-penal”

¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Pág. 13. Editorial Trotta. Madrid, España. 2005.

² GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional*. Pág. 34. Manuales de la Revista de Occidente. Madrid, España. 1959.

en conductas delictivas, recurriendo así al Derecho penal como expresión de una tal potestad, derivada de la Constitución como pacto social o carta política por la que se rige el Estado, lo que trae consigo una serie de consecuencias fundamentales a este respecto.

En el presente trabajo, entonces, se ha querido abordar una temática directamente relacionada con el enclave constitucional del Derecho penal y que evidencia la relevancia de la Carta Magna en esta materia, como lo es la cuestión atinente al denominado control concentrado de la constitucionalidad como fuente negativa de producción del Derecho penal, para lo cual habrá que hacer referencia a algunas consideraciones generales que permitirán comprender de mejor manera el objeto de esta breves reflexiones.

Así, debe observarse ante todo que Derecho penal se constituye, de entre todos los sectores del Derecho, como aquél que puede incidir de la forma más contundente en los derechos de los ciudadanos, concretamente en la libertad personal de los mismos, siendo que, por una parte, restringe aquélla al prohibir la realización de determinados comportamientos (los cuales tipifica como hechos punibles), y por la otra, amenaza la comisión de tales comportamientos precisamente con determinadas sanciones penales, entre ellas, la pena privativa de libertad (el encierro en un establecimiento penitenciario).

En este orden de ideas, se hace preciso resaltar que el Derecho penal debe ser entendido en la actualidad, no como instrumento de venganza, opresión o "limpieza social" (como a veces pareciera habersele entendido o entenderse en los presentes momentos), sino más bien como mecanismo destinado a regular las condiciones y requisitos que han de cumplirse a los fines de imponer una sanción penal a una determinada persona en virtud de la comisión de un hecho delictivo, con lo que quiere ponerse de manifiesto la necesidad de abogar por una concepción eminentemente garantista y humanista de este sector del Derecho.

Ahora bien, esa necesidad de que el Derecho penal sea uno de naturaleza garantista no es en modo alguno caprichosa, sino que en realidad deviene del hecho innegable de la violencia que le es inherente a todo lo relacionado con el funcionamiento del sistema penal (lo que va desde el control policial hasta la ejecución del castigo, pasando por la tipificación de los delitos, las actividades de investigación así como la intervención

judicial), haciéndose evidente la forma violenta en que el Derecho penal resuelve los conflictos que pueden presentarse en el ámbito de las relaciones sociales.

Es en este orden de ideas que es posible hablar en la actualidad de una verdadera crisis de legitimidad del Derecho penal, en tanto la violencia que de éste puede derivarse (y que podría ser denominada violencia punitiva) puede incluso ser más radical e incisiva que la violencia inherente a la comisión de un hecho punible (esto es, aquella que pudiera identificarse como violencia delictiva). En tal virtud, la violencia, en cualquiera de sus formas, debe procurar ser reducida a la menor dosis posible, de manera que, en ese sentido, ha de constatarse la existencia de una función de “doble protección” por parte del Derecho penal, que plantea a éste una especie de “dilema”, puesto que el mismo debe ser empleado para la protección de los más importantes bienes jurídico-penales (es decir, para la limitación de la violencia delictiva), pero asimismo éste debe servir para la protección del ciudadano ante el arma penal (por lo que también debe encontrarse limitada la violencia punitiva).

De esta manera, no puede aceptarse el uso arbitrario o descontrolado de la potestad punitiva pretendiendo justificar ello en “el auge de la delincuencia” o “el incremento de la inseguridad”, particularmente si se adopta un modelo de Estado como el previsto en el artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a saber, un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, en el que debe haber un claro sometimiento de todas las potestades del Estado, entre ellas, también la punitiva, a las pautas normativas contenidas en el ordenamiento jurídico, todo ello con la finalidad de preservar las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por otra parte, es posible decir que, en tanto el Derecho penal aparece como un medio violento de resolución de conflictos, el mismo debe ser minimizado o reducido, por lo que únicamente debe intervenir ante aquellas conductas que se traduzcan en la afectación de ciertos bienes jurídicos, debiendo tutelar los mismos, a su vez, sólo de forma fragmentaria y subsidiaria, esto es, cuando se trata de los ataques más graves a los más importantes bienes jurídicos (fragmentariedad), y siempre y cuando se hayan agotado todos los medios para hacer frente a ese ataque (subsidiariedad).

Precisamente, lo recién señalado se enlaza directamente con la relevancia de la Constitución en el campo de lo penal, puesto que, como ha señalado MIR PUIG, al adoptarse constitucionalmente el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, debe adoptarse un Derecho penal que sea acorde con cada uno de sus caracteres, lo que, frente a la idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención sólo en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad, implicando ello diversos límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal³.

Adicionalmente a lo dicho, resulta importante señalar asimismo que la Constitución tiene una incidencia trascendental en el ámbito jurídico-penal por cuanto, como es bien sabido, el texto constitucional, siendo el pacto político de coexistencia de la sociedad constituida en Estado, debe contener, y contiene efectivamente, el marco para la organización política y la estructura del Estado pero también, y al mismo tiempo, un conjunto de derechos que son reconocidos a favor de los ciudadanos y cuyo respeto se considera fundamental para asegurar la pacífica convivencia social.

En tal orden de ideas, entonces, puede observarse que es en el marco o en el contexto del reconocimiento de tales derechos, que se constituyen por demás como limitaciones al poder del Estado, que se encuentra una gran cantidad de disposiciones con especial relevancia e incidencia para la materia penal, tales como el principio de legalidad penal, el derecho a la libertad personal y el debido proceso, entre otros, lo cual hace ineludible para el Derecho penal actual pasar por alto el análisis de tales disposiciones constitucionales, siendo posible afirmar, incluso, que se ha producido una verdadera “*constitucionalización*” del Derecho penal, algo predicable, asimismo, también respecto a otros sectores del Derecho, por ejemplo, el laboral.

Por otra parte, aunque en la misma dirección, debe ponerse de manifiesto igualmente que al ser la Constitución el instrumento jurídico contentivo de las pautas de convivencia y del modelo de Estado adoptado, el análisis constitucional es fundamental para el Derecho penal, no desde una perspectiva meramente formal, sino más bien desde un óptica esencialmente material, esto quiere decir, que serán de particular relevancia en el ámbito penal los principios generales establecidos en la Carta Magna así como los

³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Pág. 115. Editorial B de F. Buenos Aires, Argentina. 2004.

valores superiores contenidas en la misma y que se derivan del modelo político patrocinado, razón por la que BARRETO ARDILA ha señalado que *“la forma en que se organiza políticamente una sociedad y el modelo de Estado que se adopta se reflejan en la utilidad o misión que es confiada al Derecho penal”*⁴.

Es por todo lo anterior que precisamente uno de los aspectos que, en materia constitucional, deben ser analizados por su importancia para la disciplina jurídico-penal, es el atinente al control concentrado de la constitucionalidad, objeto de este trabajo y que, como se denota de lo dicho, es uno de los tantos elementos constitucionales que resultan de interés para el Derecho penal contemporáneo que, indudablemente, no puede dejar de lado el estudio de la Carta Magna y su impacto en este ámbito concreto del Derecho.

II. La denominada supremacía constitucional. La Constitución como norma suprema

Poniendo de relieve igualmente la importancia de la Constitución en todos los ámbitos del Derecho y, dentro de ellos por supuesto también en el Derecho penal, se destaca una característica fundamental de todo texto constitucional y que le es inherente a su propia esencia, a saber, la denominada supremacía constitucional.

En efecto, es necesario destacar en este punto que la Constitución se constituye como la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, como la Carta Magna, por ende, se trata del instrumento jurídico que ostenta la mayor jerarquía normativa a lo interno de toda legislación, con lo cual los restantes instrumentos normativos que conforman la misma se encuentran necesariamente debajo suyo, lo cual trae consigo una serie de consecuencias jurídicas de trascendental relevancia.

De tal supremacía da cuenta incluso la propia Constitución venezolana, aunque de forma innecesaria por ser, como se dijo líneas arriba, una característica inherente a todo texto constitucional. Así, específicamente, el artículo 7 de la Constitución establece con meridiana claridad: *“La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico.*

⁴ BARRETO ARDILA, Hernando. *Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito*. En, de varios autores: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Pág. 47. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 2002.

Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

En realidad, toda Constitución tiene el carácter de norma suprema, lo cual encuentra su *ratio essendi* o razón de ser, en que precisamente es en el texto constitucional en donde se encuentran pautadas las reglas básicas de convivencia social que la propia sociedad se ha impuesto a efectos de lograr la armonía y la pacífica coexistencia (de allí que también se le denomine “Carta Política”), por lo que se contienen en tal instrumento jurídico una serie de disposiciones fundamentales reguladoras de la organización y la estructura del Estado, estableciéndose, como parte de dicha regulación, las competencias que son atribuidas a los distintos Poderes Públicos, debiendo recordarse a este respecto que, frente al aparato estatal rige el principio conforme al cual al Estado le queda prohibido hacer todo aquello que no le esté expresamente permitido (principio de legalidad de la Administración), lo que se invierte frente al comportamiento de los ciudadanos, pues para éstos el principio dispone que les está permitido hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido (principio de legalidad penal).

Profundizando en el fundamento de la supremacía constitucional, es pertinente hacer mención de una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América dictada en el año 1803 en el caso *Marbury vs. Madison*, que entre otras cosas, hizo alusión concreta al carácter de norma suprema y vinculante que debe atribuirse a la Constitución.

Efectivamente, en la conocida decisión judicial, el Juez Marshall, ponente de la misma, expuso que:

“O la Constitución es una norma superior y suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes ordinarias, y, como cualesquiera de ellas, puede modificarse cuando al legislador le plazca. Si la primera alternativa es verdadera, entonces una disposición legislativa contraria a la Constitución no es derecho; si lo es la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos por parte del pueblo de limitar un poder por su propia naturaleza ilimitable. Ciertamente, aquéllos que han elaborado constituciones escritas las consideran como el derecho fundamental y supremo de la nación” (Extracto de la sentencia *Marbury vs. Madison*).

De esta manera, entonces, queda claro que la Constitución ostenta la supremacía normativa frente a los demás instrumentos jurídicos que

componen el ordenamiento legal vigente, por cuanto, además de lo dicho, es de ella de donde en definitiva se derivan los mismos y donde, por su parte, se consagra el procedimiento respectivo y las competencias correspondientes a los efectos de la formación de las leyes (artículos 202 y siguientes de la Constitución), por lo cual toda ley tiene un necesario referente constitucional en lo que atañe a su proceso de creación.

A su vez, otra importante consecuencia jurídica derivada de la supremacía de la Constitución está referida al sometimiento ineludible de todos los actos del Poder Público a las pautas de la Constitución, considerándose nulos aquellos que sean contrarios a la misma y endilgándose responsabilidad por dichos actos violatorios del texto constitucional a quienes los hayan dictado o ejecutado.

Esto último se encuentra concreta y expresamente previsto en la propia Carta Magna, específicamente en su artículo 25, conforme al cual: “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”.

Tal prescripción encuentra su fundamento justamente en la supremacía constitucional, pero además en el hecho de que tal sometimiento de los Poderes Públicos es igualmente reflejo de la adopción de un Estado de Derecho, caracterizado, entre otras cosas, por imponer restricciones, mediante las leyes, al ejercicio del poder por parte del aparato estatal.

De otra parte, es una importante consecuencia jurídica derivada de la supremacía constitucional el que, precisamente por tratarse de la norma suprema del ordenamiento jurídico, se confiere especial relevancia a la interpretación constitucional de las leyes, al punto que SERRANO-PIEDECASAS ha dicho, en relación con la misma que “*el contenido de la Constitución no sólo delimita la actuación del legislador sino que también delimita el campo de actuación del intérprete*”⁵, lo que hace que la interpretación constitucional sea una exigencia irrenunciable para solucionar los casos concretos que pueden presentarse al operador jurídico.

⁵ SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. *El conocimiento científico del derecho penal*. En: ARROYO ZAPATERO y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Luis A. e Ignacio. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam. Volumen I. Pág. 665. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca. Cuenca, España. 2001.

En materia penal, entonces, se hace imperativa la interpretación constitucional, toda vez que es en la ley fundamental donde aparecen consagrados los valores superiores y los principios esenciales del ordenamiento jurídico, los que han de irradiar su fuerza normativa al momento de la aplicación de la ley penal, por lo cual, en el proceso penal, tienen especial trascendencia las garantías constitucionales, que permiten buscar la solución materialmente más acertada para cada caso concreto, adecuando el Derecho a la realidad que el mismo pretende regular.

Finalmente, una consecuencia jurídica derivada asimismo de la supremacía constitucional es la posibilidad, aún más, el deber de los tribunales y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de velar por la incolumidad de la Constitución, dando siempre preferencia al imperio de las normas constitucionales por sobre las restantes normas del ordenamiento jurídico vigente, lo que podrá llevarse a cabo mediante el llamado control de la constitucionalidad, al que se estará haciendo especial referencia en estas consideraciones.

III. El control de la constitucionalidad. Concepto y clasificación

Si se parte de la premisa conforme a la cual la Constitución es la norma suprema de todo sistema legal, entonces no podrá más que afirmarse que tiene que contarse con determinados remedios procesales o vías procedimentales (mecanismos prácticos) para que efectivamente las disposiciones constitucionales no se vean violentadas por ninguna otra norma, a la que habrá que considerar inconstitucional de ser así, precisamente por entrar en contradicción con el texto de la Carta Magna, en virtud de lo cual se ha indicado que *“si la constitución es la Ley suprema de un país y, por lo tanto, prevalece ante todas las demás leyes, entonces un acto del Estado que contradiga la Constitución no puede constituir una norma efectiva; al contrario, debe considerarse nulo”*⁶.

Ahora bien, para llevar a cabo esa protección o resguardo del texto constitucional frente a las normas que la violen o contradigan se cuenta con lo que se conoce como el control de la constitucionalidad, que puede ser definido como la tutela de las disposiciones constitucionales para garantizar su aplicación preferente ante el conflicto de las mismas con las restantes

⁶ BREWER-CARÍAS, Allan R. *El Control Concentrado de la Constitucionalidad de las Leyes (Estudio de Derecho Comparado)*. Pág. 18. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. 1994.

normas del ordenamiento jurídico u otros actos del Poder Público, de modo tal que se trata de velar por que efectivamente se salvaguarde la Constitución como norma suprema (principio de supremacía constitucional).

En este orden de ideas, debe ponerse de relieve que dicho control de la constitucionalidad puede ser clasificado en tres modalidades concretas y que no deben llegar a confundirse por las especificidades que les son propias a cada una de ellas. Así, es posible hablar de los siguientes tipos de control de la constitucionalidad, a saber, concentrado, difuso y extraordinario.

En el presente trabajo se estará haciendo referencia concretamente a una de esas modalidades del control de la constitucionalidad, como lo es la del denominado control concentrado; por lo que en este punto únicamente se analizarán brevemente los otros dos tipos de control de la constitucionalidad, siendo nota característica de todos ellos el constituirse en derivaciones lógicas y necesarias del tantas veces mencionado principio de supremacía constitucional.

De esta manera, puede decirse, en primer lugar, que el control difuso de la constitucionalidad es aquel que puede, y que debe, ser realizado por todo juez de la República y que consiste en la desaplicación de las normas que estén en conflicto o que sean contrarias a la Constitución, confiriendo aplicación preferente a ésta, en un caso determinado sometido a su conocimiento.

De acuerdo con lo anterior, cabe mencionar que dicho control difuso de la constitucionalidad es vinculante únicamente para el caso concreto en el cual el juez ha desaplicado la norma considerada inconstitucional, si bien, de cualquier manera, y por virtud de lo establecido en el numeral 16 del artículo 5 de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia, puede la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia revisar tales decisiones que apliquen dicho control difuso, a los fines de que sea tal órgano jurisdiccional el que, al fin y al cabo, tenga bajo sus competencias el conocimiento de tales hipótesis de inconstitucionalidad.

De esta manera, el juez penal debe, como cualquier otro juez, realizar un control de la constitucionalidad de carácter difuso, esto es, decidir la no aplicación de una cierta norma en tanto la misma se opone o contrasta con una determinada disposición constitucional, por lo que el juez tendrá que dar preferencia a ésta última sobre la primera.

En tal virtud, el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal establece expresamente que los jueces penales deben velar por la incolumidad de la Constitución, añadiéndose que si la ley cuya aplicación se solicita colide con ésta, habrá de acatarse la norma constitucional.

Por otra parte, se habla asimismo del llamado control extraordinario, que aparece como otro mecanismo de protección de la supremacía constitucional, y con lo cual se alude específicamente al amparo constitucional, que evidentemente persigue el restablecimiento de la situación jurídica infringida constitutiva de una vulneración de derechos previstos en la Constitución.

IV. El control concentrado de la constitucionalidad como fuente negativa del Derecho penal actual

Un mecanismo fundamental para garantizar el principio de supremacía constitucional al que ya se ha hecho alusión en este trabajo es el control concentrado de la constitucionalidad, objeto concreto de este estudio y que, como se verá, puede considerarse como una fuente negativa de producción del Derecho penal actual.

En efecto, el control concentrado de la constitucionalidad consiste en la atribución conferida exclusivamente a un cierto órgano jurisdiccional, en el caso venezolano la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de una norma por considerarse contraria a la Carta Magna, con lo cual no sólo se desaplica, como ocurre frente al control difuso, sino que se establece su eliminación del ordenamiento jurídico, de modo tal que no puede ser aplicada en lo sucesivo, por lo cual tiene efectos vinculantes para todos los casos, esto quiere decir, *erga omnes* (frente a todos).

Como es sabido, cuando se hace referencia a las fuentes del Derecho penal se quiere hacer mención de todo aquello de donde surge o se deduce la existencia de aquél, es decir, lo que permite conferir un significado a esta disciplina jurídica en cuanto tal. En este orden de ideas, suele hacerse referencia a dos tipos de fuentes, según se entiendan éstas desde el punto de vista del sujeto u órgano de donde emana o surge el Derecho penal, esto es, que lo producen (*fuentes de producción*); bien según se comprendan como las formas que asume el Derecho penal objetivamente hablando en la vida

social, vale decir, las maneras en que aquél se manifiesta o presenta en la realidad y en tal virtud permiten conocerlo (*fuentes de conocimiento*)⁷.

De esta forma, deben distinguirse ambas clases de fuentes del Derecho penal a efectos de no incurrir en confusiones, especialmente por cuanto en esta materia, como se dirá de inmediato, existe, y debe existir, una particular rigurosidad en este tema, justamente para salvaguardar al ciudadano de castigos injustos y arbitrarios.

En efecto, entrando propiamente en la cuestión, debe decirse ante todo que la única fuente de producción admisible en Derecho penal es el Estado, mediante su Poder Legislativo, ya que, en virtud del principio de legalidad penal, que se estudiará con detalle posteriormente, sólo las leyes pueden definir delitos y asignar penas a éstos (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Nadie, más que el legislador penal, está facultado para crear delitos y amenazar a éstos con la imposición de una pena, ya que, de lo contrario, los ciudadanos quedarían sujetos, como históricamente sucedió, al capricho de sus gobernantes, a quienes les estaría dado indicar qué conducta constituye un hecho punible, lo cual, justamente, se encuentra íntimamente vinculado con la aparición de este fundamental principio del Derecho penal.

Es por lo anterior que, por ejemplo, los jueces no pueden en modo alguno pretender ser también “legisladores”, en virtud de lo cual no pueden en sus sentencias crear delitos o penas, debiendo así atenerse a los hechos punibles y las sanciones penales que estén expresamente previstas en la ley, ya que de no ser así, ya no será el gobernante quien arbitrariamente castigue a los ciudadanos, sino los jueces, lo que tampoco es admisible, en tanto la finalidad de que sólo mediante leyes se tipifiquen delitos y se establezcan penas es aportar a los ciudadanos la mayor seguridad jurídica posible y certeza respecto a lo que podrá sucederles de llegar a realizar una conducta prevista como delito y que se encuentra conminada con una pena.

En esta dirección debe resaltarse que el principio de legalidad penal es de especial importancia, algo que se confirmará al momento de estudiarlo detenidamente, no obstante lo cual es de advertir que esa relevancia no puede llegar a pervertir el pensamiento jurídico ni la práctica legal, es decir, que no puede conllevar una “ceguera” de la racionalidad para convertir al

⁷ Como lo indican, entre otros, GRISANTI AVELEDO, Hernando. *Lecciones de Derecho penal*. Pág. 25. Vadell Hermanos Editores. Valencia, Venezuela. 2001; y REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal*. Pág. 47. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 2000.

operador jurídico en una simple máquina o, como dijera Montesquieu respecto a los jueces, en una mera “boca que pronuncia las palabras de la ley”, pues, la verdad es que, contra quienes se aferran a un positivismo trasnochado y desfasado, la ley no es siempre perfecta, ni legítima ni apegada a los principios fundamentales que se derivan de la propia Constitución, de modo que en muchos casos, por ejemplo, se hace necesaria su desaplicación o su interpretación conforme a los derechos y garantías fundamentales de las personas, siempre pensando en su protección, con lo que se quiere dejar señalado, simplemente, que si bien la única fuente de creación de delitos y penas es la ley, ello no puede implicar un apego formalista y literal a ésta al momento de su aplicación.

Muy vinculado a esto mismo, hay que indicar que las fuentes de conocimiento, a diferencia de lo que ocurre respecto a las fuentes de producción, no se restringen simplemente a la ley, que por supuesto aparece como la principal fuente, otra vez por imperativo del principio de legalidad penal. Sin embargo, quien quiera conocer el Derecho penal no habrá de limitarse, si no quiere una falsa y burda visión del mismo, a los textos legales, sino que también tendrá que tomar en cuenta a esos fines dos importantes fuentes de conocimiento, cuales son la jurisprudencia y la doctrina, las cuales tienen un particular valor a efectos de desentrañar el sentido de las normas penales, permitiendo una aplicación más segura de las mismas.

Claro está que, como se ha dicho anteriormente, la ley siempre habrá de estar en el primer lugar del catálogo de fuentes de conocimiento del Derecho penal, porque, además, debe distinguirse entre fuentes inmediatas (que es únicamente la ley penal) y fuentes mediatas (donde pueden ubicarse justamente la jurisprudencia y la doctrina, así como los principios generales del Derecho), puesto que resulta obvio que esta disciplina jurídica está marcada por lo que se encuentra contenido en la legislación penal, lo cual no empece al valor fundamental que también ostentan las llamadas fuentes mediatas, que ciertamente permiten completar el conocimiento del Derecho penal.

En relación con la doctrina como fuente del Derecho penal bastará con decir que efectivamente a través de la dogmática es posible conocer el sistema penal de un modo más adecuado que si sólo nos limitáramos a las leyes penales, debiendo traerse nuevamente a colación las anotaciones

realizadas al estudiar las ventajas de la dogmática penal (Véase el capítulo VII de la presente obra), por lo que no harán falta mayores apreciaciones.

A pesar de ello, algo que es necesario acotar, particularmente porque no se mencionó al estudiar la dogmática penal, es que en esta obra se considera que, a diferencia de lo que quizá podía sostenerse tiempo atrás⁸, la doctrina extranjera es igualmente de suma utilidad para el conocimiento del Derecho penal, y ello en tanto es bien sabido en la actualidad que está viviendo un proceso de “globalización” de la ciencia penal, con lo que las diferencias entre diversos sistemas penales ya no es significativa, en lo que respecta, especialmente, a la llamada parte general del Derecho penal, y particularmente en los países que comparten un mismo pensamiento jurídico, como los que integran el denominado sistema continental (o *civil law*), de forma que la doctrina extranjera puede aportar bastante a efectos de una mejor interpretación y aplicación de la leyes penales domésticas.

Por su parte, ya dejando atrás lo atinente a la doctrina como fuente, debe observarse en lo correspondiente a la jurisprudencia, que las sentencias de los tribunales son sumamente útiles para conocer el sentido de las normas penales y determinar cómo han de aplicarse a los supuestos de hecho que se producen o puede producirse en la realidad de la vida social, más allá de un texto legal que obviamente no puede cobrar vida por sí solo. En tal sentido, la jurisprudencia muchas veces aporta importantes contribuciones para dilucidar espinosas problemáticas que plantean determinadas leyes penales, las que pueden llegar a desaplicarse e incluso a declararse nulas (lo que corresponderá, como se apuntó anteriormente, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela); con lo que se pone de manifiesto el peso que realmente tiene la actividad de administrar justicia en este ámbito. Aún más, es posible decir, como también se indicó en esta obra, que la jurisprudencia es una especie de fuente negativa de producción del Derecho penal, al estarle dado declarar la nulidad de una norma penal determinada (cuyos efectos son absolutamente equivalentes a su derogación por el órgano legislativo competente, a saber, la imposibilidad de su aplicación con eficacia *erga omnes*).

De esta manera, pues, se concluye que efectivamente, el control concentrado de la constitucionalidad constituye una fuente negativa de producción del Derecho penal actual, por lo que toda norma penal que sea

⁸ Y del sumo cuidado que habría que tener en opinión de ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*. Pág. 34. McGraw-Hill. Caracas, Venezuela. 1997, quien cita a SOSA CHACÍN a tales fines.

declarada nula por inconstitucional deberá considerarse como ley, con su respectiva fuerza vinculante.

Bibliografía

- ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*. McGraw-Hill. Caracas, Venezuela. 1997.

- BARRETO ARDILA, Hernando. *Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito*. En, de varios autores: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 2002.

- BREWER-CARÍAS, Allan R. *El Control Concentrado de la Constitucionalidad de las Leyes (Estudio de Derecho Comparado)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. 1994.

- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional*. Manuales de la Revista de Occidente. Madrid, España. 1959.

- GRISANTI AVELEDO, Hernando. *Lecciones de Derecho penal*. Vadell Hermanos Editores. Valencia, Venezuela. 2001.

- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial B de F. Buenos Aires, Argentina. 2004.

- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal*. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 2000.

- SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. *El conocimiento científico del derecho penal*. En: ARROYO ZAPATERO y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Luis A. e Ignacio. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam. Volumen I. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca. Cuenca, España. 2001.

- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid, España. 2005.