

La Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia pretende desarrollar las condiciones básicas o esenciales que garantizan a las mujeres una igualdad ante la ley y el respeto a sus derechos. Asimismo, promueve el acceso del hombre a la información sobre el primer nivel de atención y el apoyo psicosocial a las mujeres víctimas de violencia doméstica y sexual. La ley también promueve un proceso de conciliación en el ámbito laboral y en el ámbito de la familia, así como el acceso a los servicios de atención a las víctimas de violencia doméstica y sexual.

ABSTRACT

Magaly Vásquez González



ASPECTOS GENERALES DE LA NUEVA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE VIOLENCIA HACIA LA MUJER

tanto que la nueva ley fue investida con el carácter de orgánica, según se asienta en la Exposición de Motivos, con la finalidad de que

sus disposiciones priven sobre otras leyes, ya que desarrolla derechos constitucionales e intenta cubrir todas las posibles situaciones en la que se muestra esta violencia, por ello se establecen en la misma todas las acciones y manifestaciones de la violencia de género, tanto en el ámbito intrafamiliar como fuera del mismo, dando paso a nuevas definiciones como la violencia institucional, mediática, patrimonial y laboral, entre otras, que afectan a las mujeres en diferentes espacios de su desempeño social.

Debe recordarse que conforme a lo previsto en el artículo 203 Constitucional, son leyes orgánicas

... las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes.

(...)

Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas, antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional decidirá en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. Si la Sala Constitucional declara que no es orgánica la ley perderá este carácter.

En el caso que nos ocupa, la Asamblea Nacional requirió de la Sala Constitucional un pronunciamiento sobre el carácter orgánico del referido texto normativo, lo que motivó que este órgano jurisdiccional en fecha 14 de febrero de 2007 (sentencia N° 229) resolviera:

...es constitucional el carácter orgánico otorgado a la legislación denominada "Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia", pues ésta se adecua a las características jurídicas que tienen las leyes orgánicas, en cuanto a su forma y contenido, teniendo en cuenta que con la misma se pretende regular uno de los supuestos previstos en la citada norma constitucional que hacen posible convenir en su carácter orgánico.

En efecto, observa la Sala que la Ley Orgánica en cuestión desarrolla, de manera centralizada y convergente, la protección

constitucional a la que se refiere el artículo 21.2 de la Constitución de 1999 a favor de las mujeres, por ser éstas, como ya indicó esta Sala, un grupo poblacional tradicionalmente vulnerable. Con independencia de las razones de conveniencia observadas por la Asamblea Nacional para dictar la Ley cuya naturaleza orgánica se examina bajo la calificación otorgada y de las competencias que, al respecto, tiene dicho órgano legislativo, esta Sala, luego de apreciar la importancia del contenido del texto normativo, advierte que éste incluye una regulación sobre las condiciones básicas o esenciales que garantizan a las mujeres una igualdad ante la ley real y efectiva; no contiene, por consiguiente, un diseño completo y acabado de su régimen jurídico, así como tampoco de otros derechos constitucionales afectados. De modo que, con la referida Ley Orgánica se pretende disciplinar el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales de todo aquello que sea necesario para asegurar una igualdad ante la ley de las mujeres en el ejercicio efectivo de sus derechos exigibles ante los órganos jurisdiccionales y la Administración Pública. Además, observa la Sala que la regulación sobre aspectos fundamentales, como los derechos constitucionales a la integridad personal (artículo 55), a la vida (artículo 43) y a la igualdad (artículo 21), entre otros, dirigidos a la protección de la población de mujeres, puede adquirir una vigencia transversal en los distintos ámbitos jurídicos de su vida ciudadana, a través de una ley orgánica que sirva de marco legal al ordenamiento ordinario, no por tener -se insiste- rango superior a la ley ordinaria en el sistema de fuentes del Derecho, sino por su preeminencia lógica e indispensable para la construcción del resto del ordenamiento jurídico, cuando se delimita a las disposiciones legislativas posteriores que desarrollan los principios que ella pauta. De esto se evidencia que la legislación ordinaria, siendo consecuente consigo misma cuando se incida en una concreta modalidad de ejercicio del derecho fundamental o sirva como fórmula de colaboración internormativa -siempre que no se trate de un reenvío en blanco que persiga defraudar la reserva constitucional a favor de las leyes orgánicas-, deberá atenerse al marco general trazado por la denominada "Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia" en la materia en ella discurrida, al reglar las instituciones cuyos principios han sido colocados en tal encuadramiento.

En resumen, estima la Sala, que con la Ley "Orgánica" sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia se desarrolla

el principio de igualdad ante la ley de las mujeres, disciplinando su contenido y estableciendo mecanismos para su ejercicio efectivo ante los órganos jurisdiccionales y la Administración Pública.

Según se asienta en la Exposición de Motivos de la Ley

la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promueve la construcción de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, lo cual constituye la base fundamental para el desarrollo y elaboración de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Con esta Ley se pretende dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar, por parte del Estado, el goce y ejercicio irrenunciable e interdependiente de los derechos humanos de las mujeres, así como su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sin más limitaciones que las derivadas del derecho de los demás y del orden público y social. Por ello el Estado está obligado a brindar protección frente a situaciones que constituyan amenazas, vulnerabilidad o riesgo para la integridad de las mujeres, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, mediante el establecimiento de las condiciones jurídicas y administrativas necesarias y la adopción de medidas positivas a favor e éstas para que el ejercicio de sus derechos y la igualdad ante la ley sea real y efectiva.

Tal declaratoria, concatenada con el análisis realizado por la Sala Constitucional al declarar el carácter orgánico de la Ley, permitiría superar el cuestionamiento según el cual la Ley *in comento* afectaría el principio de igualdad ante la Ley, al contemplar como su objeto "garantizar y promover el *derecho de las mujeres a una vida libre de violencia* creando condiciones para prevenir, atender, sancionar y erradicar la *violencia contra las mujeres* en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos, impulsando cambios en los patrones socioculturales que sostienen la desigualdad de género y las *relaciones de poder sobre las mujeres*, para favorecer la construcción de una sociedad democrática, participativa, paritaria y protagónica", mientras la normativa derogada extendía su ámbito de aplicación a todo el entorno familiar al contemplar como su objeto "prevenir, controlar, sancionar y erradicar la *violencia contra la mujer y la familia*, así como asistir a las víctimas de los hechos de violencia previstos en esa Ley".

De la sola comparación entre las disposiciones generales de uno y otro instrumento legal, podría deducirse que la ley vigente es discriminatoria al no incluir al hombre dentro de su objeto de protección. En efecto, el artículo 2 de la Ley derogada contemplaba la protección de los siguientes derechos:

1. El respeto a la dignidad e integridad física, psicológica y sexual de la persona;
2. *La igualdad de derechos entre el hombre y la mujer;*
3. La protección de la familia *y de cada uno de sus miembros;* y
4. Los demás consagrados en la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer «Convención de Belem Do Pará (cursivas nuestras).

No obstante lo anterior, estimamos que se trataría de una discriminación positiva pues la nueva legislación prevé mayores derechos o beneficios para un grupo (las mujeres) distinguiéndolos de otros grupos no incluidos, sin que ello implique perjuicio para los derechos de éstos, pues las conductas contempladas en la ley anterior de las cuales podrían ser víctimas otros miembros del grupo familiar, salvo en el caso del acoso sexual, son sancionados conforme a otros instrumentos legales (Vgr. Código Penal, Ley Orgánica para la protección del Niño, Niña y Adolescente).

3. Estructura de la Ley

La Ley vigente contempla la siguiente estructura:

a. Capítulo I (Disposiciones Generales), contentivo de la definición del objeto de la Ley, cual es la prevención, atención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones; los principios rectores y derechos protegidos por esta legislación.

b. Capítulo II (De las Garantías para el ejercicio de los Derechos), en el que se desarrollan las obligaciones del Estado, participación de la sociedad, educación, prevención, principios procesales, medidas de seguridad y protección, medidas cautelares y preeminencia del procedimiento especial.

c. Capítulo III (Definición y formas de violencia contra las mujeres). Mientras la ley derogada sólo refería tres formas de violencia, la *física, psicológica y sexual*, la ley vigente desarrolla como formas de violencia

la psicológica, la física, la doméstica, la sexual, el acoso u hostigamiento y la amenaza.

d. Capítulo IV, contenido de las políticas públicas de prevención y atención.

e. Capítulo V. Se refiere a la atención a las mujeres víctimas de violencia. En este Capítulo se desarrolla lo atinente a la atención de la mujer víctima de actos de violencia por parte de los órganos receptores de denuncia, sus derechos laborales, atención jurídica gratuita, facultad para participar en el procedimiento y para solicitar copias simples y certificadas de las actuaciones contenidas en la causa que se instruya por la comisión de delitos en su perjuicio.

f. Capítulo VI (Delitos). La Ley derogada sólo contemplaba cinco delitos, a saber, amenaza, violencia física, acceso carnal violento, acoso sexual y violencia psicológica, la ley vigente reitera tales comportamientos e incorpora como nuevos tipos penales el *acoso u hostigamiento*, la *violencia sexual*, los *actos lascivos*, la *prostitución forzada*, la *esclavitud sexual*, la *violencia laboral*, la *violencia patrimonial y económica*, la *violencia obstétrica*, la *esterilización forzada*, la *ofensa pública por razones de género*, la *violencia institucional*, el *tráfico ilícito de mujeres, niñas y adolescentes*, la *trata de mujeres, niñas y adolescentes*, la *obligación de aviso* (para el personal de salud que atienda a las mujeres víctimas de los hechos de violencia previstos en la Ley), la *obligación de tramitar debidamente la denuncia* y la *obligación de implementar correctivos* (para las personas que tengan conocimiento de hechos de acoso sexual por parte de quienes estén bajo su responsabilidad). En el caso del acceso carnal ya previsto en la legislación anterior cambia su denominación por *acceso carnal con víctima especialmente vulnerable*.

g. Capítulo VII. En este se regula lo concerniente a la responsabilidad civil derivada de los hechos de violencia previstos en la Ley. A tales efectos se contempla una indemnización civil¹ especial para las mujeres víctimas de violencia o sus herederos o herederas en caso de que aquella haya fallecido, la cual debe ser fijada por el tribunal competente, ello sin perjuicio de la obligación del responsable de pagar el tratamiento médico o psicológico que requiriere la víctima. Igualmente, se establece la obligación de reparación para quien sea condenado por ocasionar daños patrimoniales a los bienes muebles e inmuebles de las mujeres víctima de los actos de violencia previstos en la Ley; en este caso el condenado debe pagar los deterioros sufridos previa determinación del

1 Pues no requiere el ejercicio de la acción civil respectiva.

Tribunal. Si la reparación no fuere posible debe indemnizar la pérdida de los bienes pagando el valor de mercado de los mismos.

Para el acoso sexual se contempla un tratamiento especial, pues en estos casos se fija legalmente el monto de la indemnización que debe acordarse a favor de la mujer víctima de este delito.

Como consecuencia de estas regulaciones es forzoso concluir que en lo que respecta a los delitos previstos en la Ley en referencia no procede la aplicación del procedimiento especial para la reparación de daños y la indemnización de perjuicios previsto en el Código Orgánico Procesal Penal², pues este instrumento adjetivo exige la previa existencia de una sentencia condenatoria definitivamente firme en orden al ejercicio de la acción civil. Desde este punto de vista el procedimiento de la ley especial resulta más expedito para la víctima, al posibilitar la reparación o indemnización por el daño causado por el delito sin que se exija la constitución de parte mediante la interposición de una demanda civil con todas las cargas que ello comporta.

h. Capítulo VIII (Disposiciones Comunes). En este Capítulo se ordena la aplicación supletoria del Código Penal y Código Orgánico Procesal Penal, respecto de la Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en cuanto a las circunstancias agravantes de los delitos allí previstos, las penas accesorias que se deben imponer en caso de sentencia condenatoria y el lugar de cumplimiento de la sanción.

i. Capítulo IX. En este se regula, por una parte, el desarrollo del proceso penal que debe seguirse ante la comisión de uno de los delitos previstos en la Ley, desde la interposición de la denuncia hasta la realización del juicio oral, y, por la otra, las funciones de los órganos judiciales, del Ministerio Público y de los servicios auxiliares de los Tribunales de Violencia contra la Mujer. Al tema del procedimiento penal, por contemplar cambios notables respecto de la legislación anterior, se dedica mención especial más adelante.

j. En las Disposiciones Transitorias la Ley prevé la competencia de los Tribunales de Control, Juicio y Ejecución hasta tanto la creación de los Tribunales especializados en materia de violencia contra la mujer, para lo cual se establecía el lapso de un año. En relación con este aspecto, en fecha 10 de noviembre de 2008, en la oportunidad de inaugurar los primeros Tribunales de Violencia contra la Mujer en el Palacio de Justicia de la ciudad de Puerto Ordaz, la magistrada Yolanda Jaimes Guerrero, quien es vicepresidenta de la Sala Político

2 Artículo 422 y siguientes.

Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y coordinadora de la Comisión para el Análisis de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia, después de informar³ que, desde el 27 de junio de 2008 y hasta esa fecha, se habían creado veintiséis tribunales especiales contra la violencia de género en todo el país, distribuidos en el Área Metropolitana de Caracas, Carabobo, Lara, Trujillo, Zulia, Aragua y Bolívar y se continúa trabajando en la creación de nuevos juzgados en Táchira, Barinas, Cojedes, Monagas Nueva Esparta, Falcón y Tumeremo, aseguró que “el Poder Judicial venezolano se ha propuesto entre sus objetivos erradicar todo tipo de violencia contra las mujeres del país, ya que las cifras que se registran en los distintos estados son alarmantes y constituyen una verdadera amenaza para las familias venezolanas”.

En esa oportunidad, aseguró la magistrada Jaimes, que según el Ministerio Público “existe en todo el país, aproximadamente 41 mil 500 casos de violencia, de los cuales sólo en el Área Metropolitana de Caracas hay 25 mil casos en este momento. Hay estados en los que las cifras de violencia son alarmantes. En el estado Táchira, por ejemplo, según dos fiscales del Ministerio Público, especializados en el área de violencia, existen 7 mil casos de violencia registrados (...) asimismo, en el Zulia, actualmente se trabaja en 6 mil casos; en Lara 2 mil 600 y en Trujillo 2 mil 800 casos; de manera tal que los Tribunales están sobrecargados de trabajo por esta causa”. Así mismo aseguró que si la conducta encuadra dentro del tipo delictivo previsto en la Ley, con toda seguridad será sancionada, ya que las juezas y jueces designados fueron previamente seleccionados por cursos de concientización que dictó la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, es decir, “no son jueces tomados al azar, ya que esa área es bien delicada y sensible y tenía que existir particular interés en sensibilizar a la gente que iba a trabajar en esa jurisdicción y eso fue lo que se hizo”.

Posteriormente, en fecha 14 de Noviembre de 2008,⁴ la Comisión para el Análisis de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

bajo la dirección de la magistrada Yolanda Jaimes Guerrero y con la asistencia de la magistrada de la Sala Constitucional Carmen Zuleta de Merchán, del magistrado Hadel Mostafá Paolini, integrante de la Sala Político-Administrativa y miembro de la citada comisión y de los representantes de los distintos Tribunales de Violencia contra la Mujer de los estados Aragua, Carabobo, Anzoátegui, Lara, Falcón,

3 Fuente: Página web del Tribunal Supremo de Justicia: www.tsj.gov.ve

4 Vid. Notas de Prensa del Tribunal Supremo de Justicia, en: www.tsj.gov.ve

Zulia y el Distrito Capital, se reunió con el objeto de analizar el trabajo realizado desde la creación de aproximadamente veintiséis juzgados especializados en todo el país.

Durante esa jornada de trabajo se discutieron temas como los alcances logrados por cada uno de los tribunales competentes en esta materia, las cifras de mujeres atendidas por los mismos y las problemáticas que estos pudieran presentar en cualquier aspecto, la disminución del temor de las mujeres a denunciar el maltrato, la reducción del tiempo de duración de los procesos, el problema de la ubicación de los imputados una vez condenados y la necesidad de ampliar este tipo de tribunales a todas las regiones del país.

En el caso de Caracas debe destacarse que en fecha 20 de noviembre de 2008⁵ y a cuatro meses de creado el Juzgado del Área Metropolitana de Caracas, se dictó la primera sentencia condenatoria conforme a las previsiones de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. En efecto, el Tribunal Segundo de Segunda Instancia de Violencia contra la Mujer en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, condenó a un ciudadano venezolano de 39 años, a cumplir la pena de quince años de prisión por la comisión del delito de violencia sexual, previsto en el artículo 43 de la citada Ley, cometido en perjuicio de una ciudadana de 19 años de edad. En la sentencia dictada se impuso la circunstancia agravante prevista en el artículo 65 numeral 10, *ejusdem*, más las penas accesorias previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 66 de la misma Ley y se impuso el cumplimiento del programa de orientación previsto en el artículo 67, en relación con el artículo 20 y 21, todos de la referida Ley, ordenando al acusado de autos, a someterse a programas de orientación a los fines de promover cambios culturales e incentivarle valores de respeto e igualdad entre hombres y mujeres, en orden a evitar la reincidencia.

En el caso del Ministerio Público, para el mes de diciembre de 2008⁶, este órgano del sistema de justicia contaba con cincuenta y dos despachos fiscales con competencia en violencia de género a nivel nacional.

5 Fuente: Notas de Prensa, Tribunal Supremo de Justicia. www.tsj.gov.ve lunes, 22 de Diciembre de 2008

6 www.fiscalia.gov.ve

4. Aspecto procedimental

La Ley (al igual que la normativa derogada) faculta a órganos administrativos y judiciales para la recepción de denuncias, a saber, Ministerio Público, Juzgados de Paz, Prefecturas y jefaturas civiles, División de Protección en materia de niño, niña, adolescente, mujer y familia del cuerpo de investigación con competencia en la materia, Órganos de policía, Unidades de comando fronterizas, Tribunales de municipios en localidades donde no existan los órganos anteriormente nombrados y cualquier otro que se le atribuya esta competencia. Por disposición de la Ley, cada uno de estos órganos debe crear oficinas con personal especializado para la recepción de denuncias de los hechos de violencia a que se refiere ese instrumento legal. Por su parte, los pueblos y comunidades indígenas deben constituir órganos receptores de denuncia, integrados por sus autoridades legítimas de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, sin perjuicio de que la mujer agredida pueda acudir a los otros órganos antes indicados.

Como se indicó precedentemente, la Ley dispuso la creación de Tribunales especializados (nueva denominación: Juzgados en funciones de Control, Audiencia y Medidas) y su organización en Circuitos Judiciales, los cuales progresivamente se han ido creando a lo largo de la geografía nacional.

4.1. Medidas de protección y seguridad y medidas cautelares

Un aspecto importante a destacar es la distinción que hace la Ley vigente entre medidas de protección y seguridad en relación con las medidas cautelares. Precisamente el tratamiento que respecto de estas últimas hacia la legislación anterior, motivó que en fecha 26 de agosto de 2003 el Fiscal General de la República interpusiera ante la Sala Constitucional, demanda de nulidad parcial, por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, contra los artículos 3, numeral 4, 32, y 39, numerales 1, 3 y 5, de la Ley contra la Violencia hacia la Mujer y la Familia.

El derogado artículo 39 textualmente establecía:

Medidas cautelares dictadas por el órgano receptor. Una vez formulada la denuncia correspondiente, el receptor de la misma deberá ordenar de inmediato el examen médico de la víctima y podrá además tomar las medidas cautelares siguientes:

1. Emitir una orden de salida de la parte agresora de la residencia común independientemente de su titularidad sobre la misma;
2. Remitir a la víctima a uno de los refugios de que trata el artículo 15 de esta Ley, en los casos en que la permanencia en su domicilio o residencia implique amenaza inminente a su integridad física;
3. Arresto transitorio hasta por setenta y dos (72) horas, que se cumplirá en la jefatura civil respectiva;
4. Ordenar la restitución de la víctima al hogar del cual hubiere sido alejada con violencia;
5. Prohibir el acercamiento del agresor al lugar de trabajo o estudio de la víctima;
6. Asesorar a la víctima sobre la importancia de preservar las evidencias;
7. Proveer a la víctima información sobre los derechos que esta Ley le confiere y sobre los servicios gubernamentales o privados disponibles, en particular de las Unidades de Atención y Tratamiento a que se refiere el artículo 14 de esta Ley;
8. Elaborar un informe de aquellas circunstancias que haya observado que sirva al esclarecimiento de los hechos, el cual deberá acompañar a la denuncia; y
9. Cualquier otra medida aconsejable para la protección personal, física o emocional de la víctima, del grupo familiar, o de la pareja.

Como se puede apreciar, la norma citada confundía las medidas cautelares que podía dictar la autoridad competente para hacer cesar la violación de derechos perpetrada en perjuicio de la mujer u otro miembro de la familia (numerales 1 al 5), y las medidas de protección a los derechos de la víctima (numerales 6 al 9). Por el contrario, la nueva legislación regula por una parte las medidas de protección y de seguridad que puede adoptar el órgano receptor de denuncias (artículo 87) y las medidas cautelares que el Ministerio Público puede solicitar al Tribunal de Violencia contra la Mujer en funciones de Control, Audiencia y Medidas o en funciones de Juicio si fuere el caso (artículo 92 ejusdem).

En relación con la acción de nulidad interpuesta, entre otras disposiciones en contra de varios numerales del artículo 39 (hoy derogado), la Sala Constitucional mediante sentencia N° 972 de fecha 9 de mayo de 2006, declaró parcialmente con lugar la acción intentada por el Fiscal General de la República y decretó la *nulidad* del artículo 34 in fine y del precepto que surge de la aplicación conjunta de los artículos 39, cardinal 3, 4, 5 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer

y la Familia. Después de considerar que las tres medidas cautelares cuestionadas previstas en el artículo 39 de la Ley derogada tenían contenidos y alcances distintos e implicaban, además, una limitación a derechos fundamentales también diferentes, resolvió:

... considera la Sala que el artículo 39, cardinal 3, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia se encuentra parcialmente viciado de inconstitucionalidad sobrevenida desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, pues a diferencia del Texto Fundamental de 1961 (artículo 60, cardinal 1), el Constituyente exige, ahora, orden judicial para que se impongan medidas de privación de libertad, por no más de cuarenta y ocho (48) horas. Esa inconstitucionalidad parcial ha de declararse respecto de los siguientes aspectos:

En primer lugar, se anula el artículo 39 *in fine* en lo que se refiere al lapso máximo de setenta y dos (72) horas del arresto, porque colide con la letra del artículo 44, cardinal 1, de la Constitución de 1999 (...)

En segundo lugar, se declara la inconstitucionalidad del precepto que surge de la aplicación conjunta de los artículos 39, cardinal 3 y 32, cardinales 1 (en lo que se refiere al Juez de Paz), 3, 4 y 5, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia. En este sentido, (...), son contrarias al artículo 44, cardinal 1, las medidas privativas de libertad, aunque sean preventivas o cautelares, que dicten órganos no judiciales. Así se decide.

En tercer lugar, y en consecuencia, esta Sala considera acorde con la Constitución el precepto que surge de la aplicación conjunta de los artículos 39, cardinal 3 y 32, cardinales 1 y 2, de la referida Ley, esto es, la facultad de dictar medidas de arresto por parte del Juez de Primera Instancia Penal o del Juez con competencia en materia de Familia cuando sea uno de éstos el órgano receptor de la denuncia, siempre que se tenga en cuenta que el plazo máximo de duración de esa medida es el que establece la Constitución, esto es, cuarenta y ocho (48) horas. Así se decide.

En cuarto lugar, y tal como se sostuvo en el fallo de esta Sala n° 1204, de 22-6-04, se advierte que esta declaratoria de inconstitucionalidad no merma la facultad de los órganos receptores de denuncias y del Ministerio Público para que soliciten medidas preventivas de

privación de libertad en contra del supuesto agresor, las cuales deberán realizarse previo cumplimiento de las normas y principios que preceptúa el Código Orgánico Procesal Penal (artículos 243 y siguientes). En consecuencia, la detención de los supuestos agresores requerirá que los receptores de denuncia, a que se refieren los cardinales 1, 3, 4 y 5 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, soliciten una orden judicial de detención por ante el juez de control competente según el lugar de la última residencia del sujeto agresor.

En quinto lugar, se dejan a salvo los supuestos en que opere la flagrancia, caso en el cual la autoridad policial podrá actuar sin previa orden judicial, pero siempre bajo el estricto cumplimiento de las normas ordinarias que contiene el Código Orgánico Procesal Penal y en atención a la interpretación restrictiva de las mismas, tal como lo expuso esta Sala en sentencia no. 1577 de 18-12-00. Así se decide.

Posteriormente, mediante sentencia N° 972 del 10 de agosto de 2006 la misma Sala Constitucional aclaró que la sentencia de 9 de mayo del mismo año que declaró parcialmente con lugar la demanda de nulidad, *lo único que anuló fue la posibilidad de que los órganos no judiciales receptores de denuncias (Jueces de Paz, Prefecturas y Jefaturas Civiles, Órganos de Policía y Ministerio Público) pudieran dictar medidas de arresto cuando no medien supuestos de flagrancia* en los términos en que esta procede según el Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto tal facultad era abiertamente contraria al artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Justamente la polémica generada a raíz de la sentencia inicial de la referida Sala y su aclaratoria, constituyó un factor determinante en el impulso de la reforma de la ley que dio lugar a la hoy Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

4.2. Duración de la investigación

En cuanto a la duración de la investigación dirigida a la determinación del hecho y al establecimiento de las responsabilidades del caso, se aprecia una reducción de los plazos respecto al Código Orgánico Procesal Penal, pues el Ministerio Público debe dar término a la investigación en un plazo que no exceda de cuatro meses. Si la complejidad del caso lo amerita, el fiscal puede solicitar fundadamente al Tribunal de Violencia Contra la Mujer en funciones de Control,

Audiencia y Medidas, competente, con al menos diez días de antelación al vencimiento de dicho lapso, una prórroga que no puede ser menor de quince ni mayor de noventa días. Sobre este punto debe considerarse que ante la ausencia de regulación especial en la Ley sobre la forma de computar los días durante la fase de investigación, debe aplicarse la regla establecida en el Código que rige el procedimiento penal, en armonía con el criterio vinculante fijado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 2560 de fecha 5 de agosto de 2005.

En el referido fallo, el Máximo Tribunal declaró que la literalidad del artículo 172 COPP debe entenderse en función del propósito de la fase preparatoria, cual es la realización de diligencias, de allí que por no ser la impugnación por la inconformidad de una de las partes respecto de una decisión del Tribunal de Control un acto de investigación, ni una diligencia destinada a recolectar elementos de convicción, al no insertarse la actuación judicial en los propósitos investigativos que caracterizan a la fase preparatoria, los lapsos que transcurren no sólo ante el Tribunal de Control, sino también ante la Corte de Apelaciones cuando esta conoce de un recurso en dicha fase preparatoria, no pueden contarse por días continuos o calendarios, ya que, en esencia, la actuación del Tribunal de Control está destinada a establecer la juridicidad de la actuación del Fiscal del Ministerio Público. En resumen ello significa que el lapso para que el Ministerio Público investigue se computa por días continuos y en el caso de que durante esta etapa se interpongan recursos, los lapsos para su interposición y tramitación se computarán por días hábiles, por lo tanto se excluyen los sábados, domingos, feriados y aquellos en que el tribunal resuelva no despachar.

4.3. Presentación del acto conclusivo

Una vez concluida la investigación el Ministerio Público debe presentar el acto conclusivo correspondiente. En caso de que se hubieren vencido todos los plazos el fiscal a cargo del caso no dictare el acto conclusivo, el Juez de Control, Audiencia y Medidas debe notificar dicha omisión al Fiscal Superior, quien dentro de los dos días siguientes debe comisionar a un nuevo fiscal para que presente las conclusiones de la investigación en un lapso que no debe exceder de diez días contados a partir de la notificación de la comisión, sin perjuicio de las sanciones civiles, penales y administrativas que sean aplicables al fiscal omisivo. Transcurrida esta prórroga extraordinaria sin que el

Ministerio Público hubiere presentado el respectivo acto conclusivo, el Juez de Control, Audiencia y Medidas, debe decretar el archivo judicial, conforme lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal, ello significa que la investigación sólo se podría reabrir previa autorización del Juez de Control.

Si el acto conclusivo presentado por el Ministerio Público fuere una acusación, el Tribunal de Violencia Contra la Mujer en Funciones de Control, Audiencia y Medidas debe fijar la celebración de la audiencia preliminar a los efectos de oír a las partes, para dentro de los diez días hábiles siguientes⁷. Antes del vencimiento de dicho plazo las partes deben ofrecer las pruebas que serán incorporadas en la audiencia de juicio oral y oponer las excepciones que estimen procedentes. Si el imputado admite los hechos, la pena a imponerse sólo puede rebajarse en un tercio. El juez en la audiencia debe pronunciarse sobre todos estos aspectos y en caso de admitir la acusación, dicta el auto de apertura a juicio y remite las actuaciones al juez de juicio que corresponda.

En este punto debe destacarse que la ley (artículo 106) excluye la participación ciudadana de la conformación del Tribunal de Juicio, aspecto que modifica las reglas de competencia material establecidas en la legislación procesal penal común, es decir, mientras en el procedimiento penal regido por el Código Orgánico Procesal Penal el Tribunal de Juicio se integra como unipersonal o mixto en función de que el delito objeto del proceso merezca una pena privativa de libertad de hasta cuatro años, en el primer caso, y de más de cuatro años en el segundo, en la ley especial, en todos los casos, independientemente del quantum de la pena que mereciere el delito presuntamente cometido, conoce un Tribunal de Juicio unipersonal integrado por un juez profesional.

5. Flagrancia

Mención especial requiere la aprehensión en flagrancia, aspecto al cual la ley le dedica una Sección. La regulación parte de la definición del delito flagrante, lo cual se hace en los siguientes términos:

Artículo 93. Se tendrá como flagrante todo delito previsto en esta Ley que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como flagrante aquél por el cual el agresor sea perseguido por la autoridad policial, por la mujer agredida, por un particular o

⁷ Debe considerarse que para esta oportunidad el proceso se encontraría en fase intermedia por lo que los lapsos se computan por días hábiles. Por otra parte, la ley especial establece un plazo menor al contemplado por el Código Orgánico Procesal Penal para la celebración de la audiencia preliminar.

por el clamor público, o cuando se produzcan solicitudes de ayuda a servicios especializados de atención a la violencia contra las mujeres, realizadas a través de llamadas telefónicas, correos electrónicos o fax, que permitan establecer su comisión de manera inequívoca, o en el que se sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor.

(...)

Se entenderá que el hecho se acaba de cometer cuando la víctima u otra persona que haya tenido conocimiento del hecho, acuda dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del hecho punible al órgano receptor y exponga los hechos de violencia relacionados con esta Ley. En este supuesto, conocida la comisión del hecho punible el órgano receptor o la autoridad que tenga conocimiento, deberá dirigirse en un lapso que no debe exceder de las doce horas, hasta el lugar donde ocurrieron los hechos, recabará los elementos que acreditan su comisión y verificados los supuestos a que se refiere el presente artículo, procederá a la aprehensión del presunto agresor, quien será puesto a la disposición del Ministerio Público, según el párrafo anterior...

En relación con el tema de la flagrancia debe considerarse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 2580 de fecha 11 de diciembre de 2001, sostuvo que:

...la definición de flagrancia implica, en principio, cuatro (4) momentos o situaciones:

1. Delito flagrante se considera aquel que se esté cometiendo en ese instante y alguien lo verificó en forma inmediata a través de sus sentidos.

La perpetración del delito va acompañada de actitudes humanas que permiten reconocer la ocurrencia del mismo, y que crean en las personas la certeza, o la presunción vehemente que se está cometiendo un delito.

Es esa situación objetiva, la que justifica que pueda ingresarse a una morada, establecimiento comercial en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, sin orden judicial escrito de allanamiento, cuando se trata de impedir su perpetración

(artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 3.558 Extraordinario del 14 de noviembre de 2001⁸).

Ahora bien, existen delitos cuya ejecución se caracterizan por la simulación de situaciones, por lo oculto de las intenciones, por lo subrepticio de la actividad, y en estos casos la situación de flagrancia sólo se conoce mediante indicios que despiertan sospechas en el aprehensor del supuesto delincuente.

Si la sola sospecha permite aprehender al perseguido, como lo previene el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, y considerar la aprehensión de dicho sospechoso como legítima a pesar que no se le vio cometer el delito, con mayor razón la sola sospecha de que se está perpetrando un delito, califica de flagrante a la situación.

No debe causar confusión el que tal detención resulte errada, ya que no se cometía delito alguno. Ello originará responsabilidades en el aprehensor si causare daños al aprehendido, como producto de una actividad injustificable por quien calificó la flagrancia.

También es necesario que la Sala apunte, que a pesar que el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal no lo contemple, el aprehensor –como prueba de la flagrancia– podrá requisar las armas e instrumentos con los cuales aparezca que se ha cometido el delito o que fueren conducentes a su esclarecimiento, tal como lo contemplaba el artículo 185 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, el cual era una sabia norma, ya que en muchos casos la sola aprehensión de una persona no basta, si no puede vincularse a ésta con el delito que se dice se estaba cometiendo o acababa de cometerse; o si no puede justificarse la detención de quien se encontraba cerca del lugar de los hechos, si no se presentan las armas, instrumentos u objetos que de alguna manera hicieron presumir con fundamento al aprehensor, que el detenido es el delincuente.

De acuerdo a la diversidad de los delitos, la sospecha de que se está cometiendo y la necesidad de probar tal hecho, obliga a quien presume la flagrancia a recabar las pruebas que consiga en el lugar de los hechos, o a instar a las autoridades competentes a llevar a los registros e inspecciones

⁸ En fecha 26 de agosto de 2008 (Gaceta Oficial N° 5.894 Extraordinario) se publica una nueva reforma al Código Orgánico Procesal Penal.

contempladas en los artículos 202 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal.

2. Es también delito flagrante aquel que "acaba de cometerse". En este caso, la ley no especifica qué significa que un delito "acabe de cometerse". Es decir, no se determina si se refiere a un segundo, un minuto o más. En tal sentido, debe entenderse como un momento inmediatamente posterior a aquel en que se llevó a cabo el delito. Es decir, el delito se cometió, y de seguidas se percibió alguna situación que permitió hacer una relación inmediata entre el delito cometido y la persona que lo ejecutó. Sólo a manera de ejemplo, podría pensarse en un caso donde una persona oye un disparo, se asoma por la ventana, y observa a un individuo con el revólver en la mano al lado de un cadáver.
3. Una tercera situación o momento en que se considerará, según la ley, un delito como flagrante, es cuando el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público. En este sentido, lo que verifica la flagrancia es que acaecido el delito, el sospechoso huya, y tal huída da lugar a una persecución, objetivamente percibida, por parte de la autoridad policial, por la víctima o por el grupo de personas que se encontraban en el lugar de los hechos, o que se unieron a los perseguidores. Tal situación puede implicar una percepción indirecta de lo sucedido por parte de aquél que aprehende al sospechoso, o puede ser el resultado de la percepción directa de los hechos, lo que originó la persecución del sospechoso.
4. Una última situación o circunstancia para considerar que el delito es flagrante, se produce cuando se sorprenda a una persona a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde ocurrió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir, con fundamento, que él es el autor. En este caso, la determinación de la flagrancia no está relacionada con el momento inmediato posterior a la realización del delito, es decir, la flagrancia no se determina porque el delito "acabe de cometerse", como sucede en la situación descrita en el punto 2. Esta situación no se refiere a una inmediatez en el tiempo entre el delito y la verificación del sospechoso, sino que puede que el delito no se haya acabado de cometer, en términos literales, pero que por las circunstancias que rodean al sospechoso, el cual

se encuentra en el lugar o cerca del lugar donde se verificó el delito, y, esencialmente, por las armas, instrumentos u otros objetos materiales que visiblemente posee, es que el aprehensor puede establecer una relación perfecta entre el sospechoso y el delito cometido.

En relación con lo anterior, en sentencia de esta Sala de fecha 15 de mayo de 2001 (caso: *Haidee Beatriz Miranda y otros*), en consideración de lo que establece el Código Orgánico Procesal Penal como definición de delito flagrante, se estableció lo siguiente:

... Se entiende que hay flagrancia no sólo cuando se sorprende al imputado en plena ejecución del delito, o éste lo acaba de cometer y se le persigue por ello para su aprehensión, sino cuando se le sorprende a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor...

Así pues, puede establecerse que la determinación de flagrancia de un determinado delito puede resultar cuando, a pocos minutos de haberse cometido el mismo, se sorprende al imputado con objetos que puedan ser fácilmente asociados con el delito cometido. En tal sentido, para que proceda la calificación de flagrancia, en los términos antes expuestos, es necesario que se den los siguientes elementos: 1. Que el aprehensor haya presenciado o conozca de la perpetración de un delito, pero que no haya determinado en forma inmediata al imputado. 2. Que pasado un tiempo prudencial de ocurrido el hecho, se asocie a un individuo con objetos que puedan fácilmente relacionarse en forma directa con el delito perpetrado. 3. Que los objetos se encuentren en forma visible en poder del sospechoso. Es decir, es necesario que exista una fácil conexión entre dichos objetos o instrumentos que posea el imputado, con el tipo de delito acaecido minutos o segundos antes de definida la conexión que incrimine al imputado.

Como es obvio, en los tres últimos casos a que se refiere la Sala, la flagrancia se determina en forma posterior a la ocurrencia del delito.

Un desarrollo del criterio precedentemente citado es realizado por la Sala Constitucional en la oportunidad de decidir un recurso de interpretación del numeral 1 del art. 44 de la CRBV (sentencia N° 272

del 15 de febrero de 2007). En esa oportunidad la Sala, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, resolvió:

La *detención in fraganti*, por su parte, está referida o bien a la detención de la persona en el sitio de los hechos a poco de haberse cometido, lo cual es la ejemplificación más clásica de la flagrancia, o bien a la aprehensión del sospechoso a poco de haberse cometido el hecho en el mismo lugar, o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor, es decir, lo que la doctrina impropriamente denomina la *cuasi-flagrancia*.

El estado de flagrancia que supone esta institución se refiere a sospechas fundadas que permiten, a los efectos de la detención *in fraganti*, la equiparación del sospechoso con el autor del delito, pues tales sospechas producen una verosimilitud tal de la autoría del delito por parte del aprehendido que puede confundirse con la evidencia misma. Sin embargo, la valoración subjetiva que constituye la "sospecha" del detenido como autor del delito queda restringida y limitada por el dicho observador (sea o no la víctima) y por el cúmulo probatorio que respalde esa declaración del aprehensor. Si la prueba existe se procede a la detención inmediata.

(...)

Aunque distinguible del delito flagrante, la *aprehensión o detención in fraganti* también forma parte del estado probatorio de la flagrancia, al punto de que es necesario que exista una vinculación entre el cúmulo probatorio que conforma la sospecha con el delito cometido. Es decir, que exista la comisión de un delito y que alguien en el sitio de los hechos probatoriamente pueda ser conectado con él.

Ahora bien, sea delito flagrante o sea *aprehensión in fraganti* es al Juez a quien le corresponde juzgar la flagrancia. Para tal fin, el Juez debe determinar tres parámetros: a) que hubo un delito flagrante; b) que se trata de un delito de acción pública; y c) que hubo una *aprehensión in fraganti*, por lo que es necesario que existan elementos probatorios que hagan verosímil la existencia de estos parámetros. Luego, toda la problemática de la flagrancia gira alrededor de una decisión que la reconozca y, por ende, de las pruebas que la sustenten (vid. op. cit. pp. 98 y 100).

(...)

La detención judicial del sujeto activo de los delitos de género, más que ser una medida preventiva privativa de la libertad en el concepto tradicional del derecho penal o una medida de aseguramiento con fines privativos como lo establecen la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y la nueva normativa agraria, es una medida positiva de protección que incardina a la Ley que regula la materia dentro de las normas de Derechos Humanos. No en vano las mencionadas Leyes son concreción de la Convención de Belém Do Pará, ratificada por Venezuela mediante Ley Aprobatoria del 24 de noviembre de 1994 sancionada por el Presidente de la República el 16 de enero de 1995, y publicada en Gaceta Oficial de esa misma data.

Al ser ello así, la razón de esta interpretación tiene que partir de la particular naturaleza de los delitos de género, pues su configuración, y en especial el de la violencia doméstica, son tan especiales que con dificultad podrían encuadrarse en una concepción tradicional de la flagrancia, por lo que podría dejarse desprovistas a las mujeres-víctimas de medidas positivas de protección con fines preventivos. Por ello, vista la particular naturaleza de los delitos de género, y vista la flagrancia como un estado probatorio, la prueba de la flagrancia de los delitos de género debe ser exigida en la forma y en el grado que al delito corresponde; ya que, si se requiriera siempre de pruebas directas para el arresto preventivo de los ilícitos penales, los delitos y en especial los delitos de género (por realizarse por lo usual en la intimidad) correrían el riesgo de quedar impunes, pues los delincuentes escaparían siempre de la ley. Por tanto, la exigencia de la *prueba evidente* en los delitos de género no se puede exigir más de lo que la propia prueba puede evidenciar.

(...)

No puede entenderse ni presumirse "que en todos los casos de denuncia de violencia de género se presuponga, de entrada, [que] hay flagrancia", pues tiene que corroborarse con otros indicios la declaración de la parte informante (vid. sent. SC/TSJ N° 1597/2006 de 10 de agosto). De hecho, al recibir la petición del Fiscal del Ministerio Público, el Juez de Control debe determinar igualmente los tres supuestos a que se hicieron referencia (que hubo un delito flagrante, que se trata de un delito de acción pública, y que hubo

una aprehensión *in fraganti*). Por tanto, la verosimilitud de estos tres supuestos no se deducen únicamente del dicho de la mujer víctima, se debe deducir también, como hemos venido diciendo, del cúmulo probatorio que es de fácil obtención; pues, al ser los delitos de género en su mayoría una subespecie de los delitos contra las personas, la identificación del agresor y la vinculación de éste con el delito deriva de las pruebas que, por lo general, se hallan en la humanidad de la mujer víctima y en la del victimario, o están en su entorno inmediato.

En ese sentido, para corroborar la declaración de la mujer víctima deben perseguirse dos cosas: a) los elementos que hagan sospechar la comisión del delito; y b) los elementos que hagan sospechar del autor de ese delito. Respecto del primero, si el subtipo de delito de género así lo permite, será el examen médico forense el que determinará la comisión del delito; no obstante, en los casos de violencia si las lesiones son fácilmente visibles, al punto de que el funcionario receptor de la información puede presumir que la mujer víctima fue objeto de malos tratos físicos, el examen para determinar la flagrancia bien puede postergarse. Sin embargo, consciente de que en los delitos contra las personas (al menos en las lesiones) la prueba que demuestra la comisión del delito es el examen médico forense, quiere insistir la Sala en que la postergación del examen es sólo a los efectos de la detención *in fraganti*, recuérdese que se trata de sospechas fundadas.

(...)

En definitiva, la flagrancia en los delitos de género viene determinada por la percepción que se tiene de los elementos que hacen deducir, *prima facie*, la relación de causalidad entre el delito y el supuesto autor, causalidad que deberá demostrarse y/o desvirtuarse en el proceso. Como consecuencia jurídica directa acarrea la detención *in fraganti*, esto es, sin orden de inicio de investigación y sin orden judicial, ello para asegurar la tutela del objeto jurídico protegido; esto es, de integridad física de la mujer víctima.

El criterio anterior, que acoge la tesis de "la flagrancia como estado probatorio" sostenida por el ex magistrado Jesús Eduardo Cabrera, si bien atiende a las particularidades y circunstancias en que de ordinario se perpetran los delitos de género, prácticamente

deja sin efecto, en lo que respecta a la ley *in comento*, la previsión según la cual las normas que restrinjan la libertad y las que definen la flagrancia son de interpretación restrictiva⁹, pues amplía la noción de flagrancia fundándose en la sospecha de comisión del delito y de la responsabilidad del presunto agresor y no en objetivas exigencias temporales y espaciales.

6. Sistema de Penas

La ley vigente mantiene la "prisión" como pena principal y excepcionalmente la multa en el caso de los delitos de *violencia laboral, violencia obstétrica, ofensa pública por razones de género, violencia institucional, obligación de aviso* (por parte del personal que atienda a las mujeres víctima de hechos de los hechos de violencia establecidos en la ley), *obligación de tramitar debidamente la denuncia* y *obligación de implementar correctivos* (ante casos de acoso sexual). Igualmente se contempla la posibilidad de conversión de la pena que no exceda de dieciocho meses de prisión en trabajo comunitario.

En la regulación relativa a las circunstancias agravantes se efectúa una modificación a la pena prevista en el Código Penal disponiéndose una pena de presidio de veintiocho a treinta años de presidio para el delito de homicidio intencional cuando el autor sea el cónyuge, ex cónyuge, concubino, ex concubino, persona con quien la víctima mantuvo vida marital, unión estable de hecho o relación de afectividad, con o sin convivencia.

Mención aparte requiere el nuevo tratamiento de la "reincidencia" contemplada esta en el artículo 60 de la Ley, que establece:

Se considerará que hay reincidencia cuando después de una sentencia condenatoria definitivamente firme o luego de haberse extinguido la condena, el agresor cometiere un nuevo hecho punible de los previstos en esta Ley.

La interpretación literal de la disposición precedente conduciría necesariamente a su desaplicación por inconstitucional al no establecerse límites a la consideración de la reincidencia. En efecto, el artículo 100 del Código Penal contempla igualmente esta circunstancia agravante de la responsabilidad penal que se aplica si la persona que ha sido objeto de una sentencia condenatoria, comete un nuevo delito

⁹ Artículo 247 del Código Orgánico Procesal Penal.

dentro de los diez años siguientes al cumplimiento o extinción de la pena.

Si bien está muy generalizado el cuestionamiento de la figura de la reincidencia por considerar que la misma al posibilitar el incremento de la pena por el nuevo delito atendiendo a la condena de un delito precedente supondría volver a juzgar el hecho anterior y por lo tanto una violación al principio de cosa juzgada, limitar su aplicación temporalmente a un período posterior (diez años) al cumplimiento o extinción de la pena, no afecta la prohibición de penas perpetuas establecida en la Constitución y pactos de derechos humanos ratificados por la República. En consecuencia, respecto de esta regulación es forzoso concluir que debe aplicarse con preferencia la previsión del artículo 100 del Código Penal por constituir en esta materia derecho común y adecuarse a la prohibición constitucional de penas perpetuas.