

**“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2009”**

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27-05-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Ministerio Público

4.- TEMA: Consultas Jurídicas

**5.- EXTRACTO**

Si un fiscal del Ministerio Público discrepa del criterio asumido por la Dirección de Revisión y Doctrina en cuanto a un aspecto procesal, lo correcto es plantear su inquietud debidamente motivada a esa dirección, en lugar de elegir la vía de elevar consulta a esta Dependencia, pues al hacerlo, coloca a esta Dirección en la posición de examinar la labor de otra dirección del Despacho.

**6.- CONTENIDO**

6.1.- COMUNICACIÓN N° Oficio N° DCJ-2-725-2009-025723

6.2.- FECHA: 27-05-2009

**6.3.- TRANSCRIPCIÓN**

Me dirijo a usted, con el propósito de referirme a su comunicación N° (...) mediante la cual -a tenor de lo dispuesto en el artículo 31, numeral 9 de la Ley Orgánica del Ministerio Público- eleva consulta a fin de que este Órgano Asesor estudie la posibilidad de que el fiscal del Ministerio Público, a pesar de haber decretado un archivo fiscal, pueda posteriormente solicitar el sobreseimiento de la causa, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 318, numeral 3 del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con el numeral 8 del artículo 48 del mismo cuerpo normativo.

Como argumento de su requerimiento afirma categóricamente lo siguiente:

“Es criterio de la Dirección de Revisión y Doctrina de la Fiscalía General de la República que, no puede realizarse un sobreseimiento por prescripción sobre las causas concluidas con un “Archivo Fiscal”, lo que en tal caso trae como consecuencia, la acumulación de causas, carpetas, y papeles en los Despachos Fiscales, aun cuando nos encontremos que la comisión de los hechos son de vieja data, que conllevan a la imposibilidad de perseguir a los autores o partícipes del mismo, en virtud de la prescripción de la acción penal”. (Negritas nuestras).

Por ello, estima usted necesario que esta Dirección se pronuncie al respecto, para que de llegar a ser compartido su planteamiento, pueda ser definida la situación procesal de los sujetos imputados en aquellas causas en que luego de haberse decretado un archivo fiscal hubiere operado la prescripción. A la par de ello, considera que por esta vía también se podrían descongestionar los despachos fiscales de ese tipo de expedientes, contentivos de procesos que, en todo caso, no estarían llamados a avanzar a una subsiguiente fase procesal.

Analizado como ha sido su planteamiento, se estima necesario realizar algunas consideraciones en torno a la función de las consultas y a la labor asesora que en respuesta a los planteamientos formulados por los representantes del Ministerio Público, despliega esta Dirección de Consultoría Jurídica, en concordancia con el contenido de la circular N° DFGR-DGSSJ-DCJ-1-99-20 calendada 29

de septiembre, relativa al procedimiento para elevar consultas y en observancia de las competencias propias de las otras dependencias que integran esta Institución.

En este orden de ideas, debemos destacar que de conformidad con lo que establece el artículo 9 del Reglamento Interno, corresponde entre otras atribuciones a la Dirección de Revisión y Doctrina:  
(...)

De cara a lo señalado, se advierte entonces que la respuesta a su planteamiento -en los términos en que ha sido expuesto- resulta inapropiada, toda vez que implicaría para esta Dirección entrar a realizar una valoración sobre un criterio institucional, pues esa representación, por esta vía, manifiesta la expectativa de que este Despacho asuma respecto de un aspecto procesal, una postura distinta a la ya asumida por la Dirección de Revisión y Doctrina.

Una vez precisado lo anterior, se impone además puntualizar que al invocar el criterio de la Dirección de Revisión y Doctrina, usted no realiza ninguna referencia documental que permita apreciar el contexto en que dicha Dependencia pudiera haber fijado una posición sobre el aspecto jurídico que le merece inquietud, esto es, si el criterio en comentario le fue manifestado como consecuencia de la revisión practicada a algún escrito emanado de esa u otra Representación del Ministerio Público, o si el mismo figura en algún documento publicado en el Informe Anual.

Ahondando en lo señalado, debo significarle que de la revisión efectuada a los Informes Anuales correspondientes a los años 1999 al 2007, este Órgano Asesor no advierte ningún documento contentivo de algún pronunciamiento que afirme la imposibilidad de solicitar el sobreseimiento de la causa en una investigación penal, con fundamento en la prescripción de la acción penal, por la sola circunstancia de haberse previamente decretado en ella, el archivo fiscal.

Es importante, sin embargo, tener presente algunos criterios asumidos por la Dirección de Revisión y Doctrina en materia de actos conclusivos, toda vez que dado su contenido, pudieran -indirectamente- haber incidido sobre la inquietud de hoy motiva su planteamiento; y en tal sentido, nos permitimos acá su reproducción, haciendo la salvedad de que todos ellos figuran en el Informe Anual de este Organismo.

#### **En relación con el cambio de acto conclusivo:**

"...Existe la llamada 'doctrina de los propios actos', la cual impide que, especialmente el Ministerio Público, pueda actuar en franca contradicción o desconocimiento de actos anteriores, o realice variaciones al acto de tal magnitud que impliquen una clara incoherencia. Dicha doctrina 'veda desplegar una actividad procedimental que se reveló incompatible en una anterior', pues 'nadie puede válidamente ir contra sus propios actos'.

De ambos escritos fiscales sometidos al estudio de esta Dirección, no se puede sino evidenciar contradicción, que sólo puede tener explicación en una incompleta investigación. Como ya se mencionó, para acusar se requiere de suficientes elementos de criminalidad objetiva, entonces, si el Ministerio Público ya ha acusado, se supone que dichos elementos existen y de ellos debe haber constancia en el escrito acusatorio, de esta manera ¿cómo se puede archivar si ya se fundamentó una acusación?, ¿cómo poder fundamentar posteriormente un decreto de archivo fiscal?, ¿Cómo se puede decir en fecha posterior que dichos elementos ya no son suficientes?.

La respuesta está en haber hallado nuevas circunstancias que hagan evidente y justa la razón para dictar otro acto conclusivo distinto al ya emitido. Esta es la única razón por la cual el Ministerio Público puede cambiar su decisión de concluir una investigación con otro acto distinto al inicial..."<sup>1</sup>.

#### **En relación con la procedencia del archivo fiscal:**

"...Ahora bien, considerando que la procedencia del decreto de archivo fiscal implica insoslayablemente la concreción de todas las diligencias de investigación ordenadas por el Ministerio Público tendentes al esclarecimiento de los hechos investigados, podemos afirmar que en este caso

---

<sup>1</sup> Memorandum N° DRD-28-467-2004 de fecha 12-8-2004.

concreto, el acto conclusivo dictado por los representantes del Ministerio Público resultaba improcedente, en virtud del carácter inconcluso de las actuaciones y la insuficiente actividad de obtención de evidencias o elementos de convicción desarrollada durante la fase de investigación. (...)

Habida cuenta de lo indicado *ut supra*, este Despacho considera que -en el escrito que ha sido objeto de análisis- las motivaciones esgrimidas por los representantes del Ministerio Público quedaron despojadas de fundamento. En efecto, el no haber practicado todas las diligencias necesarias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos y el no haber recabado como era debido, todas las resultas de la actividad indagatoria, deviene en la carencia de fundamentación necesaria para promover el acto conclusivo, y por ende la improcedencia de la actuación fiscal<sup>2</sup>.

"...el archivo fiscal procede en la fase preparatoria del proceso, una vez realizadas todas las diligencias de investigación ordenadas por el Ministerio Público, tendentes a la búsqueda de elementos de prueba que generen plena convicción acerca de la perpetración de un hecho punible y la individualización de su autor o partícipe; resulta indispensable advertir que el representante del Ministerio Público debe contar con el resultado de todas y cada una de las diligencias ordenadas, las cuales determinarán el acto conclusivo procedente.

Si las averiguaciones realizadas no aportan elementos de prueba susceptibles de sustentar una futura acusación, y no se evidencia de manera fehaciente, la existencia de alguna circunstancia capaz de inducir la conclusión del proceso a través del sobreseimiento, procederá el archivo de las actuaciones, siempre y cuando exista la posibilidad concreta de incorporar nuevos elementos de convicción que tornen posible la reanudación de la investigación<sup>3</sup>.

"...la investigación penal, una vez decretado el archivo, queda suspendida, por ende, no es admisible su continuación. El representante del Ministerio Público no está en la facultad de proseguir con otra diligencia investigativa, salvo que aparezcan nuevos elementos de prueba que justifiquen la reapertura de la causa. Todo reinicio de actuaciones de investigación que implique una indagación respecto de los hechos controvertidos, dependerá exclusivamente del surgimiento de nuevos elementos de convicción que estimulen su reapertura..."<sup>4</sup>.

#### **En relación con la procedencia del sobreseimiento:**

"Procede el sobreseimiento, de conformidad con el ordinal 1° del artículo 325 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando el hecho objeto del proceso, no se realizó o que, realizado, se determina que el señalado como imputado no es el responsable; es decir, ni es el autor ni el partícipe del delito mismo.

Por lo tanto, en el presente caso, al no haberse individualizado a ningún imputado como esa representación fiscal lo señala en su escrito, lo pertinente era decretar el 'archivo fiscal', de conformidad con lo previsto en el artículo 322 del Código Orgánico Procesal Penal, con la obligación implícita de la reapertura de la investigación, si aparecieran nuevos elementos de convicción..."<sup>5</sup>.

En relación con los efectos del sobreseimiento y la necesidad de identificar al imputado:

"...uno de los requisitos cardinales de toda solicitud de sobreseimiento, es, precisamente, la identificación plena del imputado, lo cual, coadyuva con el resguardo de lo previsto en el numeral 7, del artículo 49 de la Constitución de 1999 (*non bis in idem*), imperativo ineludible a propósito de la motivación exigida en todo escrito de sobreseimiento..."<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Memorandum N° DRD-20-262-2007 de fecha 26-06-2007.

<sup>3</sup> Oficio DRD-332-2006 de fecha 30-8-2006.

<sup>4</sup> Memorandum N° DRD-10-128-2006 de fecha 05-04-2006.

<sup>5</sup> Comunicación N° DRD-8-47623 de fecha 15-11-1999.

<sup>6</sup> Oficio N° DRD-15-229-2006 de fecha 30-06-2006.

"El sobreseimiento, una vez firme, produce como efecto jurídico la cosa juzgada, lo cual hace imposible una nueva persecución penal del sujeto favorecido, por los mismos hechos; es por ello que resulta necesario identificar con exactitud al imputado respecto del cual se solicita el sobreseimiento"<sup>7</sup>.

**En relación con la cosa juzgada como causal de sobreseimiento:**

"...no será posible afirmar que opera la cosa juzgada material o sustancial, hasta tanto no se precise la identidad de la persona perseguida, la identidad del objeto de la persecución y la identidad de la causa de persecución. Ello garantiza la aplicación del principio *non bis in idem* o prohibición de la persecución penal múltiple, conforme al cual, una persona no puede ser sometida a una doble condena, ni al resto de ella"<sup>8</sup>.

Sea oportuno destacar al respecto, que tales criterios que constituyen parte integrante de la Doctrina Institucional, demandan del lector (como todo análisis jurídico) una revisión en su justo contexto, esto es, aquella que permita evaluar a cabalidad los supuestos analizados en el documento respectivo, y con ello, garantizar su correcta interpretación<sup>9</sup>.

De tal manera que, tomando en cuenta lo anteriormente indicado así como la especial competencia de la Dirección de Revisión y Doctrina, esta Dirección estima que lo adecuado jurídicamente en el presente caso, es que su inquietud -debidamente motivada- sea elevada a la precitada Dirección, para que por esta vía, pueda reconsiderar su posición -si fuere el caso- o ratificar la que tenía, aclarándole en ambos supuestos, las razones que le asisten para ello.

(...)

---

<sup>7</sup> Memorándum N° DRD-102-2006 de fecha 14-3-2006.

<sup>8</sup> Memorándum N° DRD-18-146-2005 de fecha 7-4-2004.

<sup>9</sup> En atención a ello, se sugiere una lectura completa de las comunicaciones publicadas en el Informe Anual a que se hace referencia.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 12-2-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Actos Conclusivos

## 5.- EXTRACTO

Cuando el Ministerio Público, presenta acusación respecto a unos delitos y solicita sobreseimiento respecto a otros, el órgano jurisdiccional debe pronunciarse respecto a ambas solicitudes, y en caso de omitir alguna, la causa debe ser devuelta a los fines de que se emita el pronunciamiento correspondiente.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Oficio N° DCJ-8-91-2009-06400

6.2.- FECHA: 12-2-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"Me dirijo a usted, con la finalidad de acusar recibo de la comunicación N° (...) mediante la cual eleva una consulta, haciendo uso de la atribución que le concede el artículo 29, numeral 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.  
(...)

La situación expuesta (...) puede resumirse de la siguiente manera: una representación fiscal presentó como acto conclusivo de la causa seguida a un ciudadano, acusación por la comisión de unos delitos y sobreseimiento respecto a otros delitos. El tribunal al que correspondió pronunciarse, tan sólo lo hizo en cuanto a la solicitud de sobreseimiento, la cual no fue acogida, dándole el trámite indicado en el artículo 323 del Código Orgánico Procesal Penal, es decir, remitió el asunto a esa Fiscalía Superior a los fines de que se ratifique o rectifique la solicitud en cuestión, y en cuanto a la acusación presentada, no emitió ningún pronunciamiento.

Esa Fiscalía Superior procedió a "rectificar" el sobreseimiento en cuestión, y en virtud de ello, la representación fiscal designada para continuar conociendo, advirtió la situación planteada y devolvió las actuaciones a los fines de que se indique si corresponde conocer a esa fiscalía o al despacho fiscal que inicialmente presentó la acusación.

En ese orden de ideas, indica usted que "como quiera que ya esta Fiscalía Superior emitió su opinión de Rectificación de Sobreseimiento, debiendo haber procedido (conforme a derecho) antes del pronunciamiento a devolver las actuaciones al Juzgado de Control para que subsanara la remisión y se pronunciara también en cuanto a la solicitud de Enjuiciamiento que contiene el escrito fiscal, e igualmente determinar si lo admita (sic) o no (por la presunta muerte del adolescente), conviene conocer el criterio a seguir en el caso planteado, de si es procedente la devolución de las actuaciones al Juzgado de Control para que se pronuncie en la totalidad de la solicitud de la Fiscalía Decimoséptima, o se mantiene la Opinión de Rectificación (para determinar la presunta muerte del adolescente), continuando la Fiscalía Décimonovena (sic) con el conocimiento de la causa."

Antes de entrar a analizar el aspecto jurídico considerado como central en la presente consulta, es importante traer a colación lo establecido por la doctrina del Ministerio Público<sup>10</sup> respecto a la materia de sobreseimiento y así, se ha señalado lo siguiente:

“(…) en aquellos casos en los cuales el Fiscal Superior comparte el criterio esgrimido por el Fiscal de proceso en cuanto a la pertinencia del sobreseimiento, es decir, que ambos consideran que el requerimiento de dicho acto conclusivo es procesalmente procedente, empero, dicha opinión difiere a cuanto los supuestos de procedencia, el Fiscal Superior del Ministerio Público, así lo hará saber e indicará tal eventualidad, pero en todo caso ello no constituye una rectificación sino una ratificación.”

Por tanto, sobre la base de la doctrina institucional transcrita anteriormente, es oportuno destacar que esta Dirección no entrará a analizar la conformidad o no de la rectificación del sobreseimiento efectuada por esa Fiscalía Superior, pero si estima de relevancia destacar la orientación doctrinal respecto a lo que debe considerarse como una ratificación o rectificación de un sobreseimiento. Así las cosas, pasando a analizar el objeto de la consulta elevada, en primer lugar, es imprescindible hacer referencia al texto del artículo 323 del Código Orgánico Procesal Penal (vigente para el momento de la consulta), el cual era bastante claro al establecer lo siguiente:  
(…)

Por otra parte, el artículo 327 del Código Orgánico Procesal Penal antes de la última reforma, indicaba el procedimiento aplicable cuando el Ministerio Público estimare contar con elementos suficientes que constituyan fundamento serio para solicitar el enjuiciamiento de una persona, y al respecto disponía que:

**“Audiencia preliminar.** Presentada la acusación el Juez convocará a las partes a una audiencia oral, que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte. La víctima podrá, dentro del plazo de cinco días, contados desde la notificación de la convocatoria, adherir a la acusación del Fiscal o presentar una acusación particular propia cumpliendo con los requisitos del artículo 326.

La admisión de la acusación particular propia de la víctima al término de la audiencia preliminar, le confiere la cualidad de parte querellante en caso de no ostentarla con anterioridad por no haberse querellado previamente durante la fase preparatoria. De haberlo hecho, no podrá interponer una acusación particular propia si la querrela hubiere sido declarada desistida.”<sup>11</sup>

Así las cosas, en el escrito por usted presentado no se mencionó cuál de las dos audiencias señaladas anteriormente fue la que se realizó, y en la cual tan sólo el juzgado se pronunció respecto al sobreseimiento, a pesar de que mediaba una solicitud de enjuiciamiento.

<sup>10</sup> Oficio N° DRD-16-33304 de fecha 01-8-2003, correspondiente a la Doctrina de sobreseimiento del año 2003 de la Dirección de Revisión y Doctrina.

<sup>11</sup> Esta norma estuvo vigente hasta el 26 de agosto de 2008, fecha en la cual fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.894 Extraordinario, la reforma de varios artículos del Código Orgánico Procesal Penal, entre los cuales se modificó el artículo 327, quedando de la siguiente manera: **“Audiencia preliminar.** Presentada la acusación el Juez convocará a las partes a una audiencia oral, que deberá ser fijada nuevamente en un plazo que no podrá exceder de veinte días.

La víctima podrá, dentro del plazo de cinco días, contados desde la notificación de la convocatoria, adherirse a la acusación del Fiscal o presentar una acusación particular propia cumpliendo con los requisitos del artículo 326.

La admisión de la acusación particular propia de la víctima al término de la audiencia preliminar, le confiere la cualidad de parte querellante en caso de no ostentarla con anterioridad por no haberse querellado previamente durante la fase preparatoria. De haberlo hecho, no podrá interponer acusación particular propia si la querrela hubiere sido declarada desistida.

De no realizarse la audiencia dentro del plazo establecido, las partes podrán intentar las acciones disciplinarias a que hay lugar contra aquel por cuya responsabilidad no se realizó dicha audiencia.

Corresponderá al Juez de control realizar lo conducente para garantizar que se celebre la audiencia preliminar en el plazo establecido.”

En este sentido, manifiesta en su escrito la necesidad de conocer el criterio de esta Dirección en cuanto a si debe procederse a devolver las actuaciones al juzgado de control a los fines de que se pronuncie respecto a la totalidad de la solicitud fiscal o si por el contrario debe mantenerse la opinión de rectificación, en cuyo caso continuaría conociendo el despacho fiscal designado a tal efecto.

Al respecto, esta Dirección de Consultoría Jurídica estima que lo pertinente era devolver las actuaciones al momento en el cual se constató la falta de pronunciamiento por parte del juzgado correspondiente, por cuanto ha sido una inobservancia del órgano jurisdiccional. Sin embargo, en virtud de que ello no ocurrió, se sugiere remitir la causa al juzgado a los fines de que el tribunal fije la audiencia preliminar para que emita el pronunciamiento que considere pertinente respecto a la acusación, en cuyo caso se estima conveniente (salvo mejor criterio de ese Despacho) que a tal acto acuda el representante fiscal que presentó dicho acto conclusivo."

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 12-2-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Conexidad

## 5.- EXTRACTO

En aplicación de las reglas de conexidad contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal, inicialmente debería conocer la representación fiscal del delito que tenga asignada la mayor pena, y en segundo lugar -si los delitos tuvieran igual pena-, correspondería a la fiscalía que dictó la primera orden de inicio de la investigación, ello teniendo presente la asignación de competencias especializadas a determinados despachos fiscales.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Oficio N° DCJ-8-44-2009-06401

6.2.- FECHA: 12-2-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"(...) eleva una consulta, haciendo uso de la atribución que le concede el artículo 29, numeral 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.  
(...)

el asunto expuesto se encuentra relacionado con la posibilidad de acumulación de unas causas, en virtud de que ante una representación fiscal cursan varias investigaciones por determinados hechos que se presumen cometidos por las mismas personas, sin que se haya logrado la individualización de los autores o partícipes.

Por otra parte, ante otro despacho fiscal, cursa una investigación por unos hechos diferentes, en la que se realizó la presentación de los ciudadanos detenidos a los fines de la calificación de la situación de flagrancia por parte del órgano jurisdiccional, destacándose que al momento de la detención, se incautaron unos objetos que guardarían relación con la causa investigada por la otra fiscalía, en donde no se había logrado individualizar a ningún ciudadano como presunto autor o partícipe de los hechos de los cuales tiene conocimiento.

A los fines de determinar cuál representación fiscal debería conocer en situaciones como la planteada, hay que indicar que las reglas de la conexidad contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal son de aplicación exclusiva para los órganos jurisdiccionales; sin embargo, dichas normas sirven de orientación a esta Institución para establecer la competencia, sin perjuicio de las designaciones que en determinado momento usted pueda realizar en uso de las atribuciones que la Ley Orgánica del Ministerio Público le confiere, o bien cuando el Despacho de la Fiscal General de la República o de alguna de sus direcciones, otorgue comisión a un representante fiscal.

En este orden de ideas, hay que destacar la previsión contenida en el artículo 73 del Código Orgánico Procesal Penal, la cual es del siguiente tenor: (...)

El artículo 70 del Código Orgánico Procesal Penal, por su parte, regula tanto la unidad del proceso objetiva (numeral 1) como la subjetiva (numeral 4) de la siguiente manera:  
(...)



Así, la doctrina ha señalado que la unidad del proceso (subjetiva) permite que todas las causas seguidas a una persona, por hechos cometidos en lugares y tiempos distintos, sean juzgadas por un mismo tribunal, persiguiéndose con ello la celeridad y la economía procesal, y por ello, la acumulación de las causas debe proceder no sólo en sede jurisdiccional, sino incluso desde la fase de investigación iniciada por el Ministerio Público.

Cuando se presenten casos en donde conozca un representante fiscal de determinados hechos, sin que se tenga individualizado a ningún ciudadano como autor o partícipe, y posteriormente otro fiscal del Ministerio Público, impute a alguna persona otros hechos distintos, y se logre establecer una vinculación entre ambas causas, lo más indicado sería que sean conocidos por un mismo despacho fiscal.

Para lograr tal fin, el Código Orgánico Procesal Penal contiene una serie de reglas que permiten determinar qué se considerará como delitos conexos, y entre ellos se encuentran los diversos delitos imputados a una misma persona, cuyo conocimiento corresponderá según el artículo 71 del mencionado instrumento, al juzgado del territorio donde se haya cometido el delito que merezca mayor pena, o en caso de que merezcan igual pena, conocerá el tribunal que deba juzgar al delito que se cometió primero.

En aplicación de las reglas anteriores, en lo que al Ministerio Público se refiere, en criterio de esta Dirección, inicialmente debería conocer la representación fiscal del delito que tenga asignada la mayor pena, y en segundo lugar -si los delitos tuvieran igual pena-, correspondería a la fiscalía que dictó la primera orden de inicio de la investigación, ello teniendo presente la asignación de competencias especializadas a determinados despachos fiscales como atribución de la Fiscal General de la República<sup>12</sup>, es decir, que las normas anteriores serán aplicadas cuando los representantes fiscales tengan la misma competencia (como pareciera ser el caso planteado), ya que de lo contrario pueden existir otras consideraciones a evaluar.”

---

<sup>12</sup> Artículo 25 numeral 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público: “Organizar y distribuir las competencias del Ministerio Público entre sus fiscales.”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 22-04-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Entrega de bienes vinculados con una investigación penal

## 5.- EXTRACTO

En aquellos casos en que un bien recogido o incautado por el Ministerio Público en el curso de una investigación penal, también guarde relación con una averiguación administrativa en la cual se haya dispuesto la retención del bien en cuestión, la orden de entrega dictada por el fiscal del Ministerio Público no es suficiente para restituir el bien a la persona cuya entrega solicita, toda vez que ésta también deberá acudir a la sede administrativa a solicitar la entrega del mismo.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Memorándum N° DCJ-15-0287-2009

6.2.- FECHA: 22-04-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

Me dirijo a usted, en la oportunidad de referirme a su memorándum N° (...) anexo al cual remite copia de la comunicación (...) suscrita por el Gerente de la Aduana Principal de Ciudad Guayana, adscrito al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), y dirigida al Fiscal (...) así como Minuta Informativa presentada a esa Dirección por el ya mencionado representante del Ministerio Público.

Así bien, del contenido de la comunicación emanada del referido organismo aduanero, se observa la preocupación en relación con la instrucción girada por un fiscal del Ministerio Público a ese ente, en el sentido de que hiciera entrega al ciudadano (...) de un vehículo (...) el cual se encuentra bajo potestad aduanera.

Ante tal instrucción, hace constar el referido organismo aduanero y tributario que el vehículo en cuestión se encuentra retenido por la presunta infracción a lo establecido en los artículos 105 al 108 y 144 al 147 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros Especiales, aunado al hecho que la Aduana Principal detectó una serie de irregularidades relacionadas con la expedición de la autorización vehicular bajo el régimen de turista, toda vez que se presume la simulación en el cumplimiento de las formalidades aduaneras o forjamiento de documentos públicos, permaneciendo el citado vehículo en condiciones ilegales.

Por otra parte, sobre los mismos hechos informé el Fiscal (...) que fueron notificados por la Aduana Principal de Ciudad Guayana que fue retenido un vehículo por cuanto no era conducido por su propietario y había vencido la autorización de admisión temporal en nuestro país.

Dentro de sus facultades investigativas se ordenó la experticia técnica al vehículo, en la que se concluyó que tanto los seriales de carrocería como del motor se encuentran en estado original y sin alteraciones.

Posteriormente se presentó ante esa representación del Ministerio Público el ciudadano (...) quien solicitó la devolución del vehículo retenido, estando debidamente autorizado por el ciudadano (...) legítimo propietario del vehículo, a quien se le acordó la entrega, por cuanto en su criterio, aún

cuando se está en presencia de la presunta comisión del delito de forjamiento de documento público, la investigación se puede adelantar sin la retención del vehículo, tal como lo indica la doctrina del Ministerio Público.

El asunto sometido a consulta, versa entonces sobre un vehículo que se encuentra involucrado tanto en una investigación penal como en una administrativa llevada a cabo por el Seniat, y el organismo al que le corresponde en último término decidir sobre su entrega a quien se considere su legítimo propietario.

Es pertinente advertir, como punto previo, lo establecido en la Circular N° DFGR-DGSSJ-DCJ-1-99-20 de fecha 20 de septiembre de 1999, denominada "Del procedimiento para solicitar instrucciones y elevar consultas", que estipula:

"...conforme a los lineamientos antes señalados, y en virtud de que la brevedad de los términos procesales vigentes impiden que las actuaciones de los fiscales del Ministerio Público se sujeten a consultas previas, las instrucciones impartidas por vía de consulta, no podrán preceder a una determinada actuación sino que tendrán que referirse a eventuales situaciones, no resueltas por una acción específica ya realizada pues, en este último supuesto, operarán los controles posteriores establecidos por el Despacho."

Dicho esto, se procede entonces a la revisión del asunto sometido a consulta.

En caso que el representante del Ministerio Público tenga conocimiento o presuma, que un determinado bien vinculado con una averiguación penal, también esté relacionado con una averiguación administrativa llevada a cabo por alguno de los diversos organismos dependientes del Estado, es conveniente que se informe con la autoridad competente sobre la condición del bien en cuestión.

Lo señalado cobra importancia en la medida que un bien mueble puede guardar relación tanto en una averiguación penal como en una administrativa, toda vez que ambos procedimientos no tienen carácter excluyente, sino que por el contrario son ramas del ordenamiento jurídico que se complementan, sin que exista una relación de subordinación o dependencia de la una a la otra.

Por una parte, el Derecho Penal busca garantizar el orden social al proteger los bienes jurídicos tales como la vida, la propiedad, la integridad personal, entre otros, y por la otra, al Derecho Administrativo le corresponde regular las relaciones del Estado con los particulares.

Como desarrollo de lo anterior, los fines del Derecho Penal de acuerdo con Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y otros en sus "Lecciones de Derecho Penal. Parte General" son dos:

"El primero se concreta en la pretensión de evitar aquellos comportamientos que supongan una grave perturbación para el mantenimiento y evolución del orden social al que constitucionalmente se aspira a llegar. Con ello se trata de disminuir la violencia extrapenal.

El segundo no es otro que la finalidad de garantía, que enlaza directamente con el modelo personalista de sociedad en el que situamos el contenido del Derecho penal. A través de la determinación de los ámbitos de utilización del Derecho penal también se están estableciendo las conductas que quedan fuera del mismo." (5, 1999).

Igualmente, la Administración Pública posee la potestad de sancionar a los particulares o administrados que han vulnerado el orden jurídico establecido, y en este sentido Jesús David Rojas-Hernández, en su trabajo "Los principios del procedimiento administrativo sancionador como límites de la potestad administrativa sancionadora" considera:

"...las violaciones al orden jurídico establecido por parte de los particulares, pueden ser objeto del *ius puniendo*, que recae sobre los ilícitos definidos legalmente como penales y, también como infracciones administrativas." (32, 2004).

De las citas en cuestión se desprende que existen diferencias entre la actividad punitiva y la actividad sancionatoria de la Administración Pública, sobre lo cual Jesús David Rojas Hernández, en su obra referida menciona:

“Al poder judicial corresponde como tal, en exclusiva, el ejercicio del *ius puniendo*, entendiéndose por tal el referido a ilícitos definidos legalmente como penales (delitos y faltas). ... su ejercicio tiene lugar mediante condena y se traduce en una pena. Lo que, en efecto, requiere un proceso previo y la intervención del juez predeterminado por la Ley, requisitos que llevan a la potestad jurisdiccional y a la función constitucional de juzgar y ejecutar lo juzgado reservada exclusivamente a los Juzgados y Tribunales justamente determinados por las leyes... A la Administración corresponde únicamente la potestad de retribución de ilícitos definidos legalmente como infracciones administrativas... se desprende que dicho ejercicio puede ser realizado directamente por la Administración...y se traduce en la imposición de sanciones”. (39, 40).

De todo ello, se observa que no existe obstáculo alguno para que puedan seguirse en forma conjunta tanto un procedimiento penal como uno administrativo, sobre los mismos hechos o sobre los mismos bienes, toda vez que no se vulnera principio del *ne bis in idem*, y siguiendo sobre este particular a Eugenio Raul Zaffaroni, en su obra “Derecho Penal. Parte General”:

“Es posible alegar contra este reclamo de monopolio punitivo por las agencias jurídicas, que podría violar el principio *ne bis in idem*. Tratándose de sanciones administrativas (derecho disciplinario propiamente dicho), no sería válida la objeción, porque no se trataría de dos penas, sino una pena y una sanción administrativa” (217, 2000).

Por todo lo anteriormente expuesto, establecida la legalidad de la existencia de ambos procedimientos, debe existir la mutua comunicación y colaboración entre las diversas Instituciones, tal como lo contempla el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que pauta:

(...)

Así las cosas, en caso de considerar el representante del Ministerio Público que el bien cuya entrega se solicita no es imprescindible para la averiguación penal, deberá informar sobre esto a la autoridad administrativa competente, manifestándole que no existen elementos de convicción que hagan necesaria su retención en lo que a la investigación penal respecta, quedando entonces a su disposición exclusiva.

Igualmente, es pertinente que se comunique al peticionario que en lo concerniente a la averiguación penal procede la entrega del bien, pero al ser el caso que éste también se encuentra involucrado en una averiguación administrativa se sugiere que acuda ante la autoridad administrativa competente a informarse sobre la situación del vehículo, y sobre el procedimiento establecido para solicitarlo.

Sin más a que hacer referencia, queda de usted.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 07-05-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Acción Penal

## 5.- EXTRACTO

El fiscal del Ministerio Público está en la obligación de ejercer la acción penal en aquellos delitos cometidos al oeste del río Esequibo (zona en reclamación) ya que ello constituye un acto de soberanía y de reconocimiento de que la zona en cuestión forma parte del espacio venezolano, al igual que una reafirmación de la postura venezolana que considera esos territorios como parte integrante del país.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Memorándum N° DCJ-15-0375-2009

6.2.- FECHA: 07-05-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

Me dirijo a usted, en la oportunidad de referirme a su memorándum N° (...) anexo al cual remite copia de la comunicación (...) enviada a esa Dirección por el Fiscal (...) y mediante la cual eleva consulta relacionada con el caso donde aparece como víctima el ciudadano (...) de nacionalidad guyanesa, y como presuntos responsables funcionarios militares adscritos a la Fuerza Armada Nacional.

Ahora bien, el mencionado representante del Ministerio Público, manifiesta que:

“Es el caso, que del contenido de las actuaciones de carácter investigativo practicadas, fundamentalmente de la Inspección Técnica del Sitio del Suceso, de las entrevistas de los testigos presenciales del hecho y de las Actas Policiales suscritas por los funcionarios actuantes, pudo determinarse que el hecho objeto de investigación ocurrió exactamente en el Río Cuyuní, pero en el extremo de la República de Guyana. Es preciso acotar que el Río Cuyuní, ubicado en el Municipio Sifontes, Estado Bolívar, sirve de límite natural de los territorios de las Repúblicas de Guyana y Venezuela; no obstante, el hecho referido se suscitó en este río limítrofe pero en la ribera o extremo Guyanés, próximo a las localidades de San Martín de Turumbán (Venezuela) y Terembán (Guyana). Mediante oficio N° (...) esta Fiscalía solicitó al Comandante del teatro de Operaciones N° 5 de la Guarnición Militar del Estado Bolívar, se pronunciara sobre la precisión del sitio del suceso y a tales oficios se recibió oficio N° (...) mediante el cual el referido componente militar, previa asesoría jurídica interna, informa que es criterio de la Cancillería de la República Bolivariana de Venezuela y por ende de la Institución Castrense, que el territorio de la Zona en Reclamación no puede reconocerse como territorio extranjero, en atención a lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Ahora bien, como quiera que lo referido por el ciudadano Comandante del teatro de Operaciones N° 5 de la Guardia Nacional, expresa una opinión interna de esa Unidad Militar, pero se hace necesario que el Ministerio Público, Titular de la Acción Penal, emita su propia opinión jurídica, la cual es necesaria para precisar la competencia tanto del propio Ministerio Público...”.

Transcrito como ha sido el asunto en cuestión, solicita entonces el fiscal del Ministerio Público consultante, ser informado sobre el particular de si la zona en reclamación forma parte del territorio

venezolano, y por ende los hechos punibles ahí ocurridos deben ser juzgados de acuerdo con el ordenamiento jurídico patrio.

Es importante destacar que efectivamente el numeral 4 del artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estipula como atribución del Ministerio Público:

(...)

Sin embargo, este ejercicio de la acción penal se encuentra limitado por ciertos principios que rigen la aplicación de la ley penal en el espacio, siendo uno de ellos, el principio de territorialidad, el cual se encuentra recogido en el artículo 3 del Código Penal de la siguiente manera:

(...)

Sobre el principio de la territorialidad consideran Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán en su obra "Derecho Penal. Parte General":

"La potestad punitiva (el *ius puniendo*) de los Estados forma parte inescindible del ejercicio de su soberanía y en tal medida, se encuentra sometida a límites determinados por el espacio sobre el que tal soberanía se ejerce. En principio, por tanto, la potestad punitiva estatal no puede ejercerse más allá de las fronteras del propio Estado." (151, 2004).

Dicho esto, entonces corresponde determinar el espacio geográfico que corresponde al Estado, motivo por el cual se debe recurrir a lo contenido en el artículo 10 de nuestra Carta Magna, que pauta:

(...)

Definido entonces el principio de territorialidad, y concordado con la norma constitucional, es pertinente revisar un poco la historia reciente de los trámites internacionales relacionados con la zona en reclamación.

En tal sentido, en 1899 se formó un tribunal cuya decisión forma el llamado Laudo Arbitral de París, ya que fue firmado en esa ciudad. Dicho laudo otorgó más de 159.000 kilómetros cuadrados a Gran Bretaña al fijar la frontera entre la entonces Guayana Británica y la República Bolivariana de Venezuela, al oeste del río Esequibo.

El fallo del tribunal, además dispuso que la posesión definitiva del territorio ocurriría efectivamente en los siguientes cincuenta años a partir del momento de creación del mismo.

Posteriormente, en el año de 1962 la República Bolivariana de Venezuela reclamó ante la Organización de las Naciones Unidas tanto los derechos la República sobre los territorios al oeste del río Esequibo, como las irregularidades detectadas en la celebración y firma del Laudo de París.

Como consecuencia, se reunieron representantes de ambos países y firmaron el Acuerdo de Ginebra el 16 de Febrero de 1966. Dicho tratado establecía que se designara una Comisión Mixta que debía actuar durante cuatro años y presentar informes a ambos gobiernos cada seis meses. Si al cabo de los cuatro años no se llegaba a una solución satisfactoria del problema, éste debía resolverse por los medios pacíficos previstos en la Carta de las Naciones Unidas.

En relación con esta materia es importante tener presente que en mayo de 1966 Gran Bretaña le concedió la independencia política a la Guyana Británica, la cual pasó a constituir a la República de Guyana.

En 1970 Venezuela negoció y suscribió con Guyana el denominado "Protocolo de Puerto España", el cual acordó en ese momento congelar las negociaciones entre ambos países por un lapso de doce años.

En diciembre de 1981, el gobierno de Venezuela anunció al gobierno de Guyana su decisión de no seguir aplicando el Protocolo de Puerto España, el cual cumplía los doce años el 18 de junio de 1982, en virtud de lo cual la controversia vuelve nuevamente a regirse por el Acuerdo de Ginebra y por los medios de solución pacífica de la Carta de las Naciones Unidas.

Actualmente, los gobiernos de ambos países siguen buscando una solución al problema, y es por ello que el territorio situado al oeste del río Esequibo, sigue presentando en el mapa de Venezuela rayas diagonales que lo identifican como un "Territorio en Reclamación".

De lo anteriormente expuesto, se desprende que aún no existe un pronunciamiento definitivo por parte de los organismos competentes, en el que se precise el área correspondiente a cada Estado; sin embargo, el ejercicio de la acción penal en aquellos hechos ilícitos ocurridos al oeste del río Esequibo constituyen un acto de soberanía y de reconocimiento de que la zona en cuestión forma parte del espacio venezolano, al igual que una reafirmación de la postura venezolana que considera esos territorios como parte integrante del país.

(...)

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 03-06-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Declaración De Testigos (Excepción Contemplada En El Artículo 223 del COPP)

## 5.- EXTRACTO

Dentro de los sujetos enumerados como beneficiarios de la excepción prevista en el artículo 223 del Código Orgánico Procesal Penal, no están incluidos de forma general los alcaldes distritales metropolitanos.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Oficio N° DCJ-10-707-2009-026767

6.2.- FECHA: 03-06-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

Me dirijo a usted, en la oportunidad de dar respuesta a la comunicación N° (...) contentiva de la consulta que elevara a la Dirección Contra la Corrupción, respecto a "...las Tres (03), citaciones que se le han librado al ciudadano Alcalde Distrital del Municipio (...) a los fines de comparecer por ante esta representación a rendir declaración como testigo, en relación a la causa arriba señalada, donde no ha comparecido a ninguna de estas citaciones, ya que ha enviado a su representante legal (...) en su condición de Consultor Jurídico de la Alcaldía Distrital, quien expresa que el alcalde Distrital goza del beneficio de Excepción como alto funcionario basándose para ello en el artículo 223 del Código Orgánico Procesal Penal", la cual fue recibida acá (...) junto al memorándum (...) emanado de la mencionada Dependencia, por considerar que el aludido planteamiento es competencia de este Despacho.

Al respecto, a objeto de emitir opinión en cuanto a la aludida consulta, sin menoscabo de la competencia atribuida a la Dirección -identificada anteriormente como "de Salvaguarda"- Contra la Corrupción en el numeral 8 del artículo 13 del Reglamento Interno que define las competencias de las dependencias que integran el Despacho "del Fiscal General de la República"<sup>13</sup>, esta Dirección pasa a formular las siguientes consideraciones:

Por tratarse de un medio de suma importancia para la determinación del hecho justiciable penal, debemos precisar, como punto previo, que el artículo 222 del Código Orgánico Procesal Penal dispone que el testimonio tiene carácter obligatorio para toda persona que habite o se halle en el país, por lo que aquella (as) que sea (n) llamada (s) a dar su declaración en un proceso penal sobre el conocimiento que tenga de un acontecimiento, debe (n) exponer todo de cuanto sepa y se le pregunte respecto al objeto de la investigación. El carácter obligatorio del referido medio de conocimiento, queda claramente evidenciado con la expresión utilizada por el legislador "tendrá el deber", tal y como se advierte en el contenido de dicho artículo al establecer:

(...)

<sup>13</sup> "Artículo 13: Corresponde a la Dirección de Salvaguarda: / 8. Emitir opiniones, fijar directrices y evacuar consultas a los Fiscales del Ministerio Público, en materias de su competencia".



Así, tenemos que la regla que prevalece en esa actividad es la obligación que tienen todos de testificar. Sin embargo, el texto adjetivo penal consagra casos de exención de la referida obligación, previstos en los artículos 223 y 224 del citado cuerpo normativo.

Precisado lo anterior, y visto que la consulta planteada versa sobre el artículo 223 del Código Orgánico Procesal Penal, siendo este uno de los que contiene una de las excepciones previstas en torno al cumplimiento de la obligación de testificar, pasamos a analizar su contenido, en el que puede leerse lo siguiente:

(...)

Como puede observarse, aun cuando la redacción de la mencionada norma comienza con el término "Excepción", lo cual podría dejar la idea inicial en el lector de que se está en presencia de una excusa al deber de declarar, la misma no consagra una dispensa coma tal a la obligación de testificar, ya que lo que regula realmente es la forma en que los sujetos allí señalados rendirán su declaración, al otorgarles la posibilidad de que elijan el lugar y el momento oportuno para testimoniar. Esta afirmación tiene su asidero en el supuesto previsto por el legislador cuando refiere que "...podrán pedir que la declaración se efectúe en el lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio, para lo cual propondrán, oportunamente, la fecha y el lugar correspondiente".

Se desprende igualmente de la disposición citada, que la expresión "que quieran prestarse a declarar", está referida solamente a los miembros del Cuerpo Diplomático acreditados en la República, siendo éstos los que se encuentran en condición de decidir si declaran o no conforme a las previsiones allí contempladas, y no el resto de los individuos allí indicados.

Por ello, lo primero que puede puntualizarse respecto al contenido del citado artículo, es que no contempla excusa alguna ni dispensa del deber de declarar, testimoniar o testificar a los sujetos taxativamente allí enunciados, salvo que se trate de diplomáticos extranjeros que se encuentren acreditados en la República.

Por otro lado, tenemos que el otro aspecto a destacar en la aludida disposición es que dentro de los sujetos taxativamente enumerados como beneficiarios de la excepción en estudio no están incluidos de forma general los alcaldes distritales metropolitanos, sino que menciona de manera específica a la figura del "Alcalde del Distrito Metropolitano de la ciudad de Caracas".

En este punto conviene recordar que el Código Orgánico Procesal Penal (publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.208 Extraordinario del 23 de enero de 1998) entró en vigencia el 1° de julio de 1999, y ha sido reformado en cuatro (04) oportunidades: la primera mediante la Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.022 del 25 de agosto de 2000, la segunda mediante la Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.552 Extraordinario del 12 de noviembre de 2001 (reimpresión por error material en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.558 del 14 de noviembre de 2001), la tercera mediante la Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.536 del 14 de octubre de 2006 y la cuarta mediante la Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.884 Extraordinario del 26 de agosto de 2008.

Ahora bien, la disposición bajo análisis estaba comprendida en el artículo 238 del texto original del Código Orgánico Procesal Penal, el cual fue modificado mediante la ley reforma parcial del 25 de agosto de 2000<sup>14</sup>, para adaptarlo al marco jurídico que estableció la Constitución de 1999, y por ello se sustituyó en su redacción a la figura del Gobernador del Distrito Federal por la del Alcalde del Distrito Metropolitano de la ciudad de Caracas, norma que luego cambió a la numeración que

---

<sup>14</sup> Ver el artículo de 6 de las reformas hechas al texto original del Texto Adjetivo Penal, en la Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal, Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.022 del 25 de agosto de 2000.

actualmente tiene -223- debido a las modificaciones hechas al mencionado texto adjetivo penal, mediante la Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.552 Extraordinario del 12 de noviembre de 2001 (reimpresión por error material en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.558 del 14 de noviembre de 2001).

El particular anterior cobra relevancia si tomamos en cuenta que el Distrito del Alto Apure fue creado mediante Ley Especial publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.326 de fecha 16 de noviembre de 2001, es decir, antes de las dos (02) últimas reformas del texto adjetivo penal, por lo que, de haber estimado el legislador que la mencionada Alcaldía del Alto Apure debía estar comprendida en la prerrogativa contemplada en el artículo 223 del Código Orgánico Procesal Penal, lógicamente habría modificado su redacción para incluirla de manera expresa, o en su defecto, para mencionar a los alcaldes distritales metropolitanos en forma general, más aún, si se toma en consideración que el artículo 171 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevé la creación de los distritos metropolitanos, más sin embargo no lo hizo.

Considera esta Dirección, que el hecho de que el legislador no se haya referido en el texto del mencionado artículo 223 -antes 238- a los alcaldes distritales metropolitanos de manera general (ni a la alcaldía (...) de forma expresa), no obedece a una omisión involuntaria, sino a la intención de privilegiar a la figura -del Alcalde- que le corresponde gobernar y administrar la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, atendiendo a las características específicas de ésta como entidad territorial en la que están asentados los órganos del Poder Nacional y como capital de la República, lo que evidentemente marca la distinción con la Alcaldía Metropolitana (...) -y su respectivo Alcalde- y las demás que pudieran ser creadas conforme a las previsiones de la Carta Magna.

A mayor abundamiento, podemos afirmar que si bien la creación de los distritos metropolitanos tienen su fundamento en disposiciones previstas en la Constitución de 1999, no podemos olvidar que por lo que respecta a la instauración del Distrito Metropolitano de Caracas mediante la Ley Especial publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.906 del 8 de marzo de 2000, la misma vino a sustituir al Distrito Federal<sup>15</sup>, cuya importancia como unidad político territorial se remonta a los orígenes de la República como Estado Federal<sup>16</sup>.

Las anteriores consideraciones, permiten reiterar entonces que el beneficio previsto en la citada norma no privilegia de manera general a todos los alcaldes distritales metropolitanos (sino específicamente al alcalde metropolitano de Caracas), en virtud de lo cual, mal podrían estos excusarse de rendir declaración en un proceso penal bajo el argumento de que se encuentran comprendidos en esa excepción.

En razón de lo expuesto, esta Dirección de Consultoría Jurídica considera que la negativa del ciudadano (...) Alcalde Distrital Metropolitano (...) de comparecer a fin de rendir declaración como testigo por ante la Fiscalía a su cargo, bajo el argumento de que goza del beneficio de excepción previsto en el artículo 223 del Código Orgánico Procesal Penal, carece de asidero jurídico, resultando a todas luces injustificada, ya que, como se dijo anteriormente, la referida excepción sólo privilegia al alcalde metropolitano de la ciudad de Caracas.

Ahora bien, como quiera que en su comunicación refiere haberle librado al mencionado Alcalde tres (03) citaciones para que rinda declaración como testigo y éste no ha asistido, es necesario que usted tenga presente lo expuesto en la sentencia N° 166 de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Expediente N° C07-0536 de fecha 01/04/08, en la que se indicó que "...La Fiscalía no puede ejercer a medias, el mandato Constitucional y Legal que tiene de la titularidad de la acción o monopolio del ejercicio de la acción penal, para los delitos de acción pública y en este sentido, debe hacer todas las averiguaciones necesarias, solicitar la práctica de las experticias conducentes a la búsqueda de la verdad, valiéndose de la labor de los órganos de investigaciones científicas, penales y criminalísticas, por las vías jurídicas siempre y cumplir con la finalidad del proceso".

<sup>15</sup> La primera Ley del Distrito Federal fue promulgada el 29 de mayo de 1894 ([venciclopedia.com/idx.php?title=Distrito\\_Federal](http://venciclopedia.com/idx.php?title=Distrito_Federal)).

<sup>16</sup> Ver El Distrito Federal y el Proceso de Descentralización, Víctor Rafael Hernández Mendible ([www.zur2.com/fcjp/articulos/vrhm](http://www.zur2.com/fcjp/articulos/vrhm)).

De tal manera que, en su condición de representante del Ministerio Público está facultado para actuar a fin de que la situación presentada en torno a la declaración como testigo del precitado Alcalde se corrija y no resulte afectada la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, ello conforme a lo previsto en el numeral 8 del artículo 37 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuyo contenido dispone:

(...).

Así las cosas, de mantener su posición de requerir la declaración del Alcalde Distrital Metropolitano del Alto Apure, debe cumplir con lo previsto en la circular N° DFGR-DVFGR-DGAJ-DRD-2008-002 de fecha 13 de marzo de 2008, referente al "Contenido de las citaciones que deben ser enviadas por los representantes del Ministerio Público a víctimas, expertos (as), testigos e imputados (as)", mediante la cual la Dra. Luisa Ortega Díaz, Fiscal General de la República, impartió instrucciones en relación con el contenido que han de tener las citaciones que -con ocasión de una investigación penal- realicen los representantes del Ministerio Público, y en cuyo contenido se encuentra el particular distinguido con el N° 6, donde se señala que:

(...)

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 12-08-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Competencia de Los Fiscales Auxiliares

## 5.- EXTRACTO

Los fiscales auxiliares del Ministerio Público se encuentran legitimados para intervenir en todos los actos de la fase preparatoria e intermedia del proceso penal, lo que incluye la facultad de interponer acusación, solicitar sobreseimiento o el archivo fiscal.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Oficio N° DCJ-10-914-2009-039631

6.2.- FECHA: 12-08-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

Me dirijo a usted, en la oportunidad de dar respuesta a la comunicación N° (...) mediante la cual exponen una serie de planteamientos relacionados con la legitimidad de los actos conclusivos que suscriben los Fiscales Auxiliares del Ministerio Público, y en la que solicitan además orientación al respecto "...en aras de actuar conforme a las bases legales establecidas y vigentes en nuestro país y blindar todos y cada uno de los actos conclusivos emanados de este Despacho Fiscal...".

En efecto, manifiesta en su escrito lo siguiente:

"Según el ARTÍCULO 34 DE LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO (1.998), eran atribuciones de los Fiscales del Ministerio Público, entre otras, ordenar el archivo de las actuaciones, mediante resolución motivada, cuando el resultado de las investigaciones sea insuficiente o infundado para acusar, solicita el sobreseimiento cuando corresponda y formular la acusación cuando fuere procedente y solicitar el enjuiciamiento del acusado, no obstante, dada la creación de los cargos de Fiscales Auxiliares posterior a la promulgación de la precitada ley, ésta no los incluía ni excluía de forma explícita de dichas disposiciones, ya que su ámbito de actuación se suscribía (sic) al mismo artículo 34, aún así y en aras de evitar mayores confusiones, la Resolución 585 del año 2.000, emanada del Despacho del Fiscal General de la República, ampliaba el ámbito de actuación del Fiscal Auxiliar del Ministerio Público, alegando que dicho representante fiscal podría, entre otras cosas, suscribir los actos conclusivos a los que se refieren los ARTÍCULOS 315, 318 Y 326 DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL hoy vigente. / La preocupación que asalta a estos Representantes de la Vindicta Pública radica en que aun cuando la mencionada LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO fue reformada el 19 de marzo de 2007 e incluye a la figura y atribuciones del Fiscal Auxiliar del Ministerio Público según los artículos 51,52 y 53, su actuación en cuanto a los actos conclusivos, se circunscribe únicamente a la elaboración de escritos, tal como lo establece el NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 53 EJUSDEM, aun siendo como es, una reforma de gran importancia a la precitada ley que no incluye dentro de las atribuciones del fiscal auxiliar del Ministerio Público, la capacidad de suscribir actos conclusivos que suscriba el Fiscal Auxiliar podrían ser atacados por la defensa al ser nulos de nulidad absoluta por incompetencia del funcionario que la suscribe, de conformidad con el ARTÍCULO 19, NUMERAL 4 DE LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. / Finalmente, se une a este hecho, la circunstancia de que según la Pirámide de Kelsen, las leyes orgánicas están por encima de las resoluciones, en consecuencia, la ya varias veces

mencionada Resolución número 585 mal podría ubicarse por encima de la LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO”.

Al respecto, a objeto de dar respuesta a sus planteamientos, esta Dirección pasa a formular las siguientes consideraciones:

Como punto previo, se estima necesario recordar que la figura del fiscal auxiliar del Ministerio Público viene siendo objeto de regulación desde la derogada Ley Orgánica del Ministerio Público de 1970, en cuyo artículo 14 se indicaba: “Podrán nombrarse **Fiscales Auxiliares** ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria y de las jurisdicciones especiales”. Igualmente su artículo 39, en el que se contemplaban las atribuciones del Fiscal General de la República, disponía en su ordinal 20: “Intervenir por sí o por medio de los Fiscales del Ministerio Público ó de sus **Auxiliares**, en cualquier lugar del territorio nacional, en asuntos de su Ministerio”. (Resaltados nuestros).

Similar regulación se previó en la Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1998<sup>17</sup>, al establecer en su artículo 24: “Podrán nombrarse Fiscales Auxiliares ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria y de las jurisdicciones especiales...”, y en su artículo 21 numeral 21: “Son deberes y atribuciones del Fiscal General de la República: / 21. Intervenir por sí o por medio de los fiscales del Ministerio Público, en cualquier lugar del territorio nacional en asuntos de su Ministerio”.

Las anteriores referencias permiten señalar que al tratarse el Fiscal Auxiliar del Ministerio Público de una figura de vieja data, han sido varias las opiniones que este Despacho ha emitido en torno a sus competencias, aunque claro está, atendiendo a las particularidades existentes al momento en que se efectuaron los análisis jurídicos.

Así, tenemos que en la opinión contenida en el memorándum N° DCJ-11-781-99 de fecha 5 de octubre de 1999<sup>18</sup>, emanado de esta Dirección se indicó que:

“...de no existir determinación del Fiscal General de la República, en relación con la competencia de los fiscales auxiliares, ésta se circunscribe a la del fiscal de adscripción que asistan, en el marco de las instrucciones que éste les gire, a fin de que el fiscal del Ministerio Público principal, cumpla de la mejor manera posible los deberes y atribuciones de la Institución. / ...en virtud de lo cual es aconsejable que, hasta tanto el Fiscal General de la República no gire instrucciones precisas sobre el particular, los fiscales principales, limiten la actuación de los fiscales auxiliares, a la práctica de diligencias específicas, que no impliquen, en caso alguno, la sustitución del fiscal encargado del proceso, por cuanto ello pudiera implicar incluso, el incumplimiento de sus responsabilidades, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los fiscales auxiliares que actuaren sin autorización de los fiscales de adscripción ó se extralimiten en el cumplimiento de las instrucciones que les fueren impartidas, situación que, de tener lugar debe ser denunciada por el fiscal principal...”.

Como puede observarse de lo transcrito anteriormente, según el criterio que manejaba esta Dirección para el año 1999, la actuación de los fiscales auxiliares del Ministerio Público debía estar estrictamente limitada a las directrices que le dictaran los fiscales principales a los cuales estaban adscritos. Sin embargo, debemos destacar que tal parecer fue expuesto en un momento en el que la máxima autoridad jerárquica de esta Institución no había dictado lineamientos en cuanto a la competencia de los mencionados funcionarios.

Posteriormente, mediante la Resolución N° 295 de fecha 23 de mayo de 2000<sup>19</sup>, el ciudadano Javier Elechiguerra Naranjo, Fiscal General de la República de ese entonces, resolvió atribuir determinadas competencias a los fiscales auxiliares de los fiscales de proceso en los siguientes términos:

“Atribuir a los Fiscales Auxiliares de los Fiscales de Proceso competencia para actuar en todos los actos de las fases Preparatoria e Intermedia y, en las acciones de amparo interpuestas

<sup>17</sup> Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.262 Extraordinario de fecha 11 de septiembre de 1998.

<sup>18</sup> Publicado en el Informe Anual del Fiscal General de la República de 1999, páginas 397 a 401.

<sup>19</sup> Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.961 de fecha 30 de mayo de 2000.

independientemente de la naturaleza del derecho o garantía constitucional lesionado. En lo que respecta a los Procedimientos Especiales, tienen competencia en la aplicación del Procedimiento Abreviado: en caso de delitos flagrantes, para la presentación del aprehendido ante el Juez de Control; en el Procedimiento de Delitos Menores; en el Procedimiento por Admisión de los Hechos; Procedimiento de Faltas; Procedimiento en los Delitos de Acción Dependiente de Instancia de Parte, en el supuesto previsto en el artículo 405 del Código Orgánico Procesal Penal; Procedimiento para la aplicación de Medidas de Seguridad y en el Procedimiento para la Reparación del Daño y la Indemnización de Perjuicios”.

De acuerdo con lo transcrito, los fiscales auxiliares del Ministerio Público a partir de dicha resolución pasaron a tener “...competencia para actuar en todos los actos de la fase Preparatoria e Intermedia...”, aunque siempre bajo la coordinación y supervisión del fiscal principal respectivo, de conformidad con lo establecido en el primer considerando de la citada resolución, donde se indicó expresamente que: “...las funciones desempeñadas por los Fiscales Auxiliares deberán ser coordinadas y supervisadas por el Fiscal de Proceso al cual se encuentren asignados”.

Es importante acotar, que la aludida resolución fue objeto de estudio en esta Dirección (según Memorandum N° DCJ-14-704-2000 de fecha 10 de agosto de 2000)<sup>20</sup> en el que se realizaron algunas consideraciones sobre las competencias de los fiscales auxiliares del Ministerio Público que conviene traer a colación, en virtud de que algunas de ellas, conforme a la manera en que se expusieron en esa oportunidad, fueron realizadas a manera de reflexión sobre lo que debería ser, más sin embargo, ello en definitiva no alteraba la realidad sobre las competencias asignadas a los mencionados funcionarios mediante la resolución en cuestión, para actuar en las fases preparatoria e intermedia del proceso penal. En el referido dictamen se manifestó lo siguiente:

“1.- Respecto a la posibilidad de que los fiscales auxiliares interpongan acusaciones, consideró esta dirección (sic) que ello no era procedente, por cuanto la realización de dicho acto es esencial a la función del fiscal principal, así como la asistencia al debate oral. En tal sentido **no debería** el fiscal auxiliar ir más allá de sus funciones de asistencia, hasta llegar a sustituir integralmente al fiscal de adscripción, al cual corresponde, a juicio de este Despacho, interponer acusaciones, disponer archivos fiscales, solicitar sobreseimientos, desestimaciones, pedir la aplicación del principio de oportunidad, asistir al debate oral e interponer recursos de apelación de sentencias y casación. / En el caso de la presentación de acusación, el presente comentario se estima pertinente, por cuanto **en la resolución que motivó el presente estudio, se les confiere a los fiscales auxiliares de los fiscales de proceso, competencia para actuar en todos los actos de las fases preparatoria e intermedia, siendo uno de los actos comprendidos en esta última etapa, la interposición de la acusación**, acto que, como se indicó, sólo debería ser realizado por el fiscal de adscripción”. (Resaltado de quien suscribe).

Como puede advertirse, los razonamientos con los que se pretendía sugerir que los Fiscales Auxiliares del Ministerio Público no deberían interponer acusaciones, solicitar sobreseimientos ni archivos fiscales, en el fondo confirmaban la asignación de la competencia a los mismos.

Luego, el mismo Fiscal General de la República, Javier Elechiguerra Naranjo, dictó la Resolución N° 585 de fecha 30 de agosto de 2000<sup>21</sup> (con la que dejó sin efecto la precitada Resolución N° 295 de fecha 23 de mayo de 2000), en la que se redefinieron la competencias de los fiscales auxiliares del Ministerio Público, limitando su actuación, en cuanto a las acciones de amparo se refiere, a aquellas referidas a la libertad y seguridad personales, y suprimiendo además la relativa al Procedimiento para la Reparación del Daño y la Indemnización de Perjuicios; tal como se desprende de su contenido, donde se lee:

“Atribuir a los Fiscales Auxiliares de los Fiscales de Proceso competencia para actuar en todos los actos de las fases Preparatoria e Intermedia y en las acciones de amparo interpuestas referidas a la libertad y seguridad personales. En cuanto a los Procedimientos Especiales, tienen competencia en la aplicación del Procedimiento Abreviado: en el caso de delitos flagrantes, para la presentación del

<sup>20</sup> Publicado en el Informe Anual del Fiscal General de la República del Año 2000.

<sup>21</sup> Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.030 de fecha 6 de septiembre de 2000.

aprehendido ante el Juez de Control; en el Procedimiento de Delitos Menores; en el Procedimiento por Admisión de los Hechos; Procedimiento de Faltas; Procedimiento en los Delitos de Acción Dependiente de Instancia de Parte, en el supuesto previsto en el artículo 405 del Código Orgánico Procesal Penal; y en el Procedimiento para la Aplicación de Medidas de Seguridad”.

Cabe resaltar, que al redefinirse las competencias atribuidas a los fiscales auxiliares del Ministerio Público, no se modificó el hecho de que las mismas debían ser ejercidas bajo la supervisión y coordinación del fiscal de proceso al cual están adscritos, de acuerdo con el contenido del cuarto considerando de la referida resolución (N° 585 del 30-08-2000)<sup>22</sup>.

Ahora bien, estima esta Dirección que la determinación del alcance de la atribución de competencia a los fiscales auxiliares de los fiscales de proceso “...para actuar en todos los actos de las fases Preparatoria e Intermedia...”, debe pasar por la revisión del término “actuar” y en ese sentido advertimos que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entre otros significados, lo define como: “Ejercer funciones propias de su cargo u oficio”, “obrar, realizar actos libres y conscientes”<sup>23</sup>.

De allí que, resulta claro que al serle otorgadas a los fiscales auxiliares competencias para actuar en todos los actos de la fase preparatoria e intermedia, se les legitimó para realizar todas aquellas actuaciones comprendidas en las referidas fases del proceso penal, lo que incluye las atinentes a la interposición de la acusación, solicitud de sobreseimiento y archivo fiscal.

Las consideraciones realizadas anteriormente, permiten afirmar entonces que ciertamente, tal como lo manifiestan en su comunicación, luego de la emisión de la última de las resoluciones aquí aludidas entró en vigencia la Ley Orgánica del Ministerio Público que actualmente rige a esta Institución<sup>24</sup>, en la que se regula la figura y atribuciones del fiscal auxiliar del Ministerio Público, según lo previsto en sus artículos 51, 52 y 53, más sin embargo, sus reflexiones sobre la actuación de los fiscales auxiliares del Ministerio Público en cuanto a los actos conclusivos<sup>25</sup>, no coinciden con el criterio de esta Dirección, por cuanto las competencias que le fueron atribuidas a los aludidos fiscales mediante las citadas resoluciones, se encuentran actualmente previstas en la Ley Orgánica del Ministerio Público de 2007.

En efecto, así como las resoluciones citadas les conferían a los mismos competencia “...para actuar en todos los actos de las fases Preparatoria e Intermedia...”, así mismo la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público contempla esa previsión de manera expresa, al señalar en el numeral 1 del artículo 53 que: (...)

De tal manera, con base a la referida disposición legal, esta Dirección considera que los fiscales auxiliares del Ministerio Público se encuentran legitimados para intervenir en todos los actos de la fase preparatoria e intermedia del proceso penal, lo que, como se apuntó precedentemente al comentar las resoluciones citadas, incluye la facultad de interponer acusación, solicitar el sobreseimiento de la causa o el archivo fiscal.

No obstante, debemos precisar que siendo este un criterio institucional no podría ser considerado como garantía de que los actos conclusivos que realicen los Fiscales Auxiliares del Ministerio Público, no sean objeto de cuestionamientos mediante recursos que pudieren ser interpuestos por la defensa -alegando incompetencia del funcionario que los suscribe- aun cuando a juicio de esta Dirección, los mismos no deberían prosperar atendiendo, primero, a la competencia que les asigna la Ley Orgánica del Ministerio Público en el numeral 1 de su artículo 53, como ya fue indicado, y segundo, a la

<sup>22</sup> “CONSIDERANDO / Que en tal sentido, las funciones desempeñadas por los Fiscales Auxiliares deben ser coordinadas y supervisadas por el Fiscal de Proceso al se encuentren asignados, a fin de lograr la buena marcha de la representación del Ministerio Público”.

<sup>23</sup> www.rae.es.com

<sup>24</sup> Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.647 de fecha 19 de marzo de 2007.

<sup>25</sup> En el sentido de que “...se circunscribe únicamente a la elaboración de escritos, tal como lo establece el NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 53 EJUDEM, aun siendo como es, una reforma de gran importancia a la precitada ley que no incluye dentro de las atribuciones del fiscal auxiliar del Ministerio Público, la capacidad de suscribir actos conclusivos a que se refería la mencionada Resolución N° 585...”.

naturaleza de la función que tiene la figura del fiscal auxiliar, ya que al estar sus atribuciones subordinadas funcionalmente al fiscal principal del Ministerio Público al cual asisten, se da por entendido que las mismas cuentan con su aval en razón de la labor de supervisión que estos deben realizar, de conformidad con lo previsto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuyo contenido dispone:

(...)

Sobre el particular, se estima conveniente citar parcialmente el dictamen contenido en el Memorandum N° DRD-381-2007 de fecha 26-09-2007, emanado de la Dirección de Revisión y Doctrina, publicado en el Informe Anual del Fiscal General de la República del año 2007, páginas 199 a 201, en el que se señaló que:

"...al emitir por escrito opiniones jurídicas sobre asuntos que sean de su competencia, los fiscales auxiliares deben suscribirlas. Esa suscripción -en nuestra opinión- puede ser realizada bien sea de manera individual, o en conjunción con el fiscal de proceso. Cualquiera de estas alternativas puede ser utilizada indistintamente, dado que en ambos casos igualmente subsiste un vínculo de dependencia funcional entre el fiscal auxiliar y el fiscal de proceso<sup>26</sup>, quienes -en conjunto- conforman una misma representación del Ministerio Público. / En nuestro criterio, lo fundamental es que el fiscal auxiliar suscriba<sup>27</sup> todo escrito mediante el cual haya emitido un pronunciamiento en torno a un asunto de su competencia. Ello resulta útil no sólo para apreciar la calidad y el contenido jurídico de los mismos, sino también para evaluar el cumplimiento de los parámetros establecidos institucionalmente y determinar las responsabilidades en los casos en que haya lugar. / Ahora bien, el definir si el fiscal auxiliar suscribirá sus opiniones jurídicas de manera individual o conjunta con el fiscal del proceso, es una decisión de carácter operativo que corresponde tomar a cada Despacho Fiscal, realizando las coordinaciones necesarias con su Dirección de Adscripción".

(...)

---

<sup>26</sup> Las actuaciones realizadas por los fiscales auxiliares se entienden sujetas a la dirección orgánica del fiscal de proceso al que se encuentran asignados.

<sup>27</sup> Aún si un fiscal auxiliar suscribe de modo individual un escrito que exprese una opinión jurídica -respecto a actos que se encuentren en el ámbito de su competencia-, se entiende que el Fiscal Principal ha ordenado, coordinado y supervisado esa actuación; y que dicho escrito ha emanado del mismo Despacho Fiscal.



1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 13-08-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Radicación de Juicio

## 5.- EXTRACTO

Cualquiera de las partes en el proceso penal podrá solicitar la radicación del proceso, cuando considere que se encuentren llenos los extremos exigidos por el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Oficio DCJ-15-926-2009-039670

6.2.- FECHA: 13-08-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"Me dirijo a usted, en la oportunidad de referirme a su comunicación (...) por medio de la cual solicita la radicación de la causa (...) que cursa actualmente ante el Tribunal (...) en la que figura como imputado.

Como fundamento para solicitar la radicación alega una serie de hechos cometidos por los ciudadanos (...) quienes se encuentran relacionados con la causa motivo de la presente solicitud, así como una serie de actuaciones realizadas en su perjuicio por parte de diversos funcionarios de los cuerpos policiales que actúan en el estado Mérida.

Así las cosas, expresado lo anterior, se estima necesario revisar lo establecido en el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal que regula la radicación de la siguiente manera:

(...)

De la transcripción anterior se desprende que la radicación consiste en el traslado de un juicio de un tribunal a otro de igual categoría, pero de otro Circuito Judicial Penal de distinta Circunscripción Judicial, y solamente procede en casos concretos en los cuales, por circunstancias graves, la ley permite apartarse del principio general conforme al cual la competencia territorial de los tribunales se determina por el lugar donde el delito o falta se haya consumado.

Así mismo, la radicación de una causa únicamente puede ser declarada por el Tribunal Supremo de Justicia, previa solicitud de cualquiera de las partes intervinientes en el proceso, ello quiere decir, que tanto la víctima como el imputado pueden acudir directamente ante el más alto Tribunal de la República, sin supeditar su actuación al pronunciamiento que al respecto emita esta Institución.

En este sentido, igualmente ha sido criterio de esta Institución que:

"...será compromiso de la parte actuante en un determinado proceso penal, estimar si en el mismo están llenos los extremos exigidos por el artículo 63 del código adjetivo penal, y por consiguiente solicitar lo conducente al Máximo Tribunal de la República". (Informe Anual del Ministerio Público correspondiente al año 2007, p.217).

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, no es atribución exclusiva de esta Institución solicitar la radicación de una causa, sino por el contrario, ello le corresponde a la parte que considere que se

encuentran dadas las circunstancias expresamente establecidas por el legislador; ello es, que se trate de un delito grave cuya perpetración cause alarma, sensación, o escándalo público, o que luego de presentada la acusación por el fiscal el proceso se paralice indefinidamente por recusación, inhibición o excusa de los jueces titulares y de sus suplentes y conjueces respectivos.

Respuesta que se le suministra de conformidad con lo establecido en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20-8-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Acción Civil (Delegación de las víctimas en el Ministerio Público)

## 5.- EXTRACTO

Para la delegación del ejercicio de la acción civil por parte de las víctimas en el Ministerio Público, debe cumplirse previamente con el requisito de la declaratoria de justicia gratuita.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Memorándum N° DCJ-8-707-2009

6.2.- FECHA: 20-08-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"Me dirijo a usted, en la oportunidad de dar respuesta a su Memorándum (...) a través del cual remite las solicitudes presentadas por las ciudadanas (...) quienes figuran como víctimas en la causa N° (...) la cual cursaba ante la Fiscalía (...).

(...)

Luego de concluido el proceso penal, firme la sentencia condenatoria a dieciséis (16) años de prisión dictada contra el acusado (según lo señalado por el Tribunal de Primera Instancia en Función de Ejecución), las víctimas aspiran obtener el resarcimiento económico correspondiente a través del ejercicio de la acción civil, prevista el Libro Primero, Título II "De la acción civil" artículos 49 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal, por lo que solicitan la intervención de esta Institución en la realización de los trámites para hacer efectiva dicha indemnización, por medio del uso de la figura de la delegación prevista en el artículo 53 del mencionado instrumento.

Ahora bien, el Ministerio Público según lo establecido en el artículo 108, numeral 9 del Código Orgánico Procesal Penal, tiene como atribución la de "Ejercer la acción civil derivada del delito, cuando así lo dispongan este Código y demás leyes de la República."

Así las cosas, el artículo 53 del Código Orgánico Procesal Penal, establece lo siguiente:

(...)

Tal como se desprende de la norma transcrita, la delegación del ejercicio de la acción civil en el Ministerio Público se encuentra sujeta al cumplimiento de un requisito previo, cual es, que la persona que realice la delegación no cuente con las condiciones socioeconómicas que le permitan llevar adelante a su costa, los gastos que ocasione el ejercicio de tal acción.

A los fines de determinar la efectiva carencia de los recursos socioeconómicos a los que se refiere el Código Orgánico Procesal Penal, debe acudir a las normas del Código de Procedimiento Civil, puesto que el mencionado código de procedimiento penal no regula procedimiento alguno para ello, y por mandato del artículo 4, párrafo segundo del Código Civil, "(...) cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas (...)".

En este orden de ideas, el Código de Procedimiento Civil, en el Libro Primero, Título III, Capítulo IV "De la Justicia Gratuita", artículo 175 y siguientes, establece el llamado beneficio de justicia gratuita, el cual deberá ser declarado por el órgano jurisdiccional competente para ello, y una vez que sea obtenido dicho pronunciamiento, la víctima podrá acudir ante el Ministerio Público, para que se proceda a ejercer la acción civil que le haya sido delegada, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del Código Orgánico Procesal Penal.

Así, esta Dirección de Consultoría Jurídica al realizar el análisis de una situación similar a la planteada, sostuvo lo siguiente:

"(...) por tratarse de una excepción al ejercicio de la acción civil por parte de su titular (la víctima o sus herederos), el Ministerio Público ejercerá tal atribución, siempre y cuando sea debidamente comprobado ante el órgano jurisdiccional competente, la condición alegada por aquella."<sup>28</sup>

Es por ello, que se sugiere que esa Dirección General de orientación a las ciudadanas (...) a los fines de que den cumplimiento al mencionado requisito previo a la solicitud de delegación de la acción civil en el Ministerio Público."

---

<sup>28</sup> Oficio N° DCJ-098-5-2002 de fecha 18 de enero de 2002. *Informe Anual del Fiscal General de la República 2002*. pp. 300-301.

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Acceso a las actas de la investigación

#### 5.- EXTRACTO

La Defensoría del Pueblo tiene acceso a las actas que conforman una investigación penal cuando se presume la participación de funcionarios de organismos de seguridad del estado.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Memorándum DCJ-15-0814-2009

6.2.- FECHA: 02-09-2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"Me dirijo a usted, en la oportunidad de referirme a su memorándum (...) anexo al cual remite comunicación (...) suscrito por la Fiscal Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...) quien a su vez anexa oficio ... signado por el Defensor del Pueblo del mencionado estado.

En este sentido, en la comunicación suscrita por el referido funcionario de la Defensoría del Pueblo, se solicitan los buenos oficios del Fiscal Superior del Ministerio Público para que se facilite al personal adscrito a esa Defensoría el acceso a los casos relacionados con el sector campesino, ello con el propósito de conocer su situación actual.

Se fundamenta el presente pedimento en las atribuciones constitucionales y legales asignadas a la referida Institución.

Ahora bien, a los fines de emitir un pronunciamiento en el caso que ahora nos ocupa, este órgano asesor estima necesario citar algunas de las competencias constitucionales otorgadas al citado ente.

*"Art. 281.- (...)*

En el ejercicio de estas atribuciones constitucionales, la Defensoría del Pueblo, puede realizar las averiguaciones que estime necesarias, tal como lo dispone el artículo 66 de la Ley Orgánica que rige esa Institución:

(...)

Es importante destacar de la anterior transcripción, que estas averiguaciones realizadas por la Defensoría del Pueblo, en forma alguna suplen aquellas adelantadas por el Ministerio Público como titular de la acción penal, tal como lo dispone el numeral 4 del artículo 285 constitucional que establece como atribución de esta Institución:

(...)

Entonces, quedando claro que corresponde al Ministerio Público con exclusividad el ejercicio de la acción penal, aquellas averiguaciones adelantadas por la Defensoría del Pueblo no tienen tal carácter, por lo que corresponde entonces determinar la participación que tiene dicho organismo en las averiguaciones penales.

A tales fines, se estima pertinente revisar el contenido del artículo 304 del Código Orgánico Procesal Penal, que pauta:

(...)

De la norma en cuestión se desprende que la Defensoría del Pueblo únicamente tiene acceso a las actas que conforman la investigación penal en aquellos casos en que se presume la participación de funcionarios de organismos de seguridad del Estado.

Sin embargo, este acceso a las actas en aquellos casos predeterminados por la ley, no puede ser concedido a cualquier funcionario de la Institución ya mencionada, sino a aquellos debidamente comisionados por la Defensora del Pueblo o por otra autoridad competente para ello, con el propósito de garantizar la reserva de las actuaciones, tal como se recoge en la Circular N° DFGR-DCJ-2-8-10-16-17-2008-015 de fecha 29 de octubre de 2008, relativa al procedimiento para la expedición de copias, que dispone:

(...)

Entonces, los funcionarios especialmente comisionados por la autoridad competente de la Defensoría del Pueblo, únicamente tendrán acceso a las investigaciones penales en aquellos casos previamente referidos, lo cual no obsta, para que en desarrollo de la mutua colaboración que debe existir entre las distintas ramas del Poder Público, tal como lo dispone el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se informe a la Defensoría del Pueblo, sobre las partes de la averiguación penal, los delitos imputados o cuya presunta comisión se investiga, si se ha realizado o no alguno de los actos conclusivos, y de ser el caso cualquier otro dato que se considere relevante y que no comprometa la reserva de las actuaciones.”

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Acumulación de Causas

#### 5.- EXTRACTO

En aquellos casos donde proceda la acumulación de causas por razón de identidad de imputado y se de la concurrencia de víctimas niños, niñas o adolescentes con adultos, la competencia para conocer de dichos procesos debería ser absorbida por el fiscal especializado en el sistema de protección de niños, niñas y adolescentes, con el fin de garantizar una protección mucho más idónea, efectiva e igualitaria a los niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Oficio N° DCJ-8-1141-2009-047275

6.2.- FECHA: 21-9-2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Me dirijo a usted, con la finalidad de dar respuesta al Memorandum N° (...) por medio de la cual solicita que le “sean giradas las instrucciones” acerca de cuál es el representante fiscal competente para conocer de aquellas causas que deben ser acumuladas y en las que actúan fiscales con competencia en el Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (imputado adulto y víctimas niños, niñas y adolescentes) y fiscales de otras competencias como por ejemplo, delitos comunes, violencia, drogas, etc.

(...)

Una vez establecido, que la instancia llamada a fijar directrices o girar instrucciones a los representantes fiscales, son las correspondientes direcciones de adscripción, pasando ahora al fondo de la problemática planteada por usted, nos encontramos ante la situación que se presenta cuando procede la acumulación de causas por identidad de imputado en distintos procesos, con el agregado de que en alguna de dichas causas la víctima es un niño, niña o adolescente.

En primer lugar, es preciso traer a colación el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual es del siguiente tenor:

(...)

En desarrollo de este mandato constitucional, la norma del artículo 169 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, consagra lo siguiente:

(...)

Por su parte, el artículo 170, literal c, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contempla como atribución del fiscal especial para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes la de:

(...)

En este sentido la Dirección de Protección Integral de la Familia, al referirse a la competencia de los Fiscales del Sistema de Protección ha señalado<sup>29</sup>, que corresponde a “los fiscales especializados en materia penal ordinario, (...) intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas que incursan (sic) en delitos contra niños y adolescentes, siendo claro que su actuación se enmarca cuando las víctimas son **exclusivamente** niños y/o adolescentes, puesto que al concurrir estos con mayores de edad como agraviados, la doctrina del Ministerio Público ordena que en los casos deben ser atendidos por un Fiscal de Proceso.” (Negritas nuestras).

En el mismo orden de ideas, la mencionada Dirección con ocasión de una consulta<sup>30</sup> que le realizara la Fiscalía Superior del Área Metropolitana de Caracas, con relación a qué fiscal le correspondía conocer de las causas de violencia intrafamiliar, señaló que:

“2. Cuando el imputado sea mayor y las víctimas menores de edad: En estos casos donde figuren como víctimas **exclusivamente** niños, niñas o adolescentes (emancipados o no), conocerán los Fiscales o las Fiscalas Especializados (as) en el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente o con competencia en materia Penal Ordinario.

3. Cuando se trate de imputado mayor y víctima mayores y menores de edad: De concurrir como víctimas miembros de la familia adultos conjuntamente con niños, niñas y/o adolescentes, conocerá el fiscal o la fiscal de Proceso, el que tenga competencia en materia de Protección, Civil e Instituciones Familiares o el que tenga competencia en violencia intrafamiliar.” (Negritas nuestras)

Más recientemente<sup>31</sup>, la misma Dirección de Protección Integral de la Familia, en una opinión que emitiera, relacionada con la posibilidad de que las fiscalías municipales, conozcan de causas donde figuren como víctimas niños, niñas y adolescentes, recalcó nuevamente la imposibilidad de tal actuación, por cuanto corresponde exclusivamente a los fiscales especiales con competencia en protección de tales sujetos, intentar las acciones a que hubiere lugar, para hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas que incurran en hechos punibles contra los mismos, destacando en esta opinión, que la mencionada Dirección no realizó distinción alguna respecto a la concurrencia de víctima adultos y niños, niñas o adolescentes.

De este modo, sobre la base de las citadas opiniones de la Dirección de Protección Integral de la Familia -dependencia encargada de girar las instrucciones a los fiscales que se encuentran adscritos a ella-, puede concluirse que a los fiscales del Ministerio Público con Competencia en el Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, específicamente de Penal Ordinario, les corresponde conocer de aquellas causas en donde figuran como víctimas exclusivamente niños, niñas y adolescentes, no así cuando figuren como víctimas menores y mayores.

Sin embargo, en el año 2004 esta Dirección de Consultoría Jurídica, emitió una opinión<sup>32</sup> dirigida a la Dirección General de Apoyo Jurídico, relacionada con el punto en cuestión y en la que se señaló lo que a continuación se indica:

“(...) cuando en la perpetración de un hecho punible concurren víctimas adultos y niños o adolescentes, debe privar la presencia del órgano especializado, es decir, del fiscal especializado para la protección del niño y del adolescente con competencia en materia penal ordinario, a fin de que ejerza las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad penal de quienes incurran en el delito.

<sup>29</sup> Oficio N° DPIF-3-0-137-2006 de fecha 10 de enero de 2006. *Informe Anual del Fiscal General de la República 2006*, Tomo II, pp. 517-518.

<sup>30</sup> Oficio N° DPIF-14-o-4995-2006 del 17 de octubre de 2006. *Informe Anual del Fiscal General de la República 2006*, Tomo II, pp. 556-557.

<sup>31</sup> Oficio N° DPIF-3-OF-8849-2008 del 28 de noviembre de 2008. *Informe Anual de la Fiscal General de la República 2008*, pag. 400.

<sup>32</sup> Oficio N° DCJ-9-1727-2004, de fecha 27 de octubre de 2004. *Informe Anual del Fiscal General de la República 2004*, pp. 489-492



Así las cosas, considera este Despacho que la Dirección Integral de Protección a la Familia, en cumplimiento de las facultades que le fueron conferidas en el Reglamento Interno que define las competencias de las dependencias que integran el Despacho del Fiscal General de la República, debe ejercer por conducto de los fiscales del Ministerio Público con competencia en las materias propias de la Dirección, las facultades señaladas en las leyes especiales, todo ello, sin menoscabo de la Dirección de Derechos Fundamentales, a los efectos de que ésta comisione a un fiscal de proceso en materia de derechos fundamentales a fin de que ejerza la acción civil, administrativa y disciplinaria a que hubiere lugar por los hechos que en violación de los derechos humanos cometan los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o por razón de su cargo, bien contra niños y adolescentes, únicamente o en el caso de presentarse concurso de agraviados, es decir, mayores y menores (...)."

Como puede observarse, de la citada opinión se desprende que la atribución contenida en el artículo 170, literal b, de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente del año 1998 (actual artículo 170, literal c, de la vigente Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), no es una atribución excluyente que impediría al fiscal especializado asumir la totalidad de la competencia, al concurrir víctimas adultos con niños y adolescentes.

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece que las fiscalías especializadas de protección -exclusivamente- intentarán las acciones correspondientes para establecer la responsabilidad de quienes cometan hechos punibles contra niños, niñas y adolescentes, lo cual no significa de modo alguno que al concurrir adultos, la causa será conocida por representantes fiscales de otras competencias, ya que lo que se pretende es tener una protección mucho más cercana a la niñez y a la adolescencia, tal como lo ha establecido la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, vista la vulnerabilidad de las víctimas en los casos conocidos por las representaciones fiscales especializadas, y en virtud de que la situación de concurrencia con adultos es algo eventual, esa circunstancia específica no debería ser determinante al momento de definir a cuál fiscal del Ministerio Público le corresponde el conocimiento del asunto, inclusive cuando esa distinción puede conllevar a una discriminación en el trato a las víctimas en uno u otro caso, ya que en el supuesto en el que la víctima sea exclusivamente niño, niña o adolescente contará con una protección enfocada especialmente a su condición, lo cual hace suponer que será distinta a la que pueda proporcionarle una fiscal del Ministerio Público con competencia -por ejemplo- en drogas, el cual no ostenta la competencia especializada.

Por tanto, cuando se presente un caso en donde proceda la acumulación de causas por razón de identidad de imputado, en criterio de esta Consultoría Jurídica, la competencia debería ser absorbida por el fiscal especializado en el sistema de protección de niños, niñas y adolescente, el cual se encuentra totalmente facultado para ello, no siendo tal actividad incompatible con sus competencias, contribuyendo así a ofrecer una protección mucho más idónea, efectiva e igualitaria a los niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos, y evitando distinciones que no fueron realizadas por el legislador, en cuanto a la concurrencia de menores y mayores."

(...)

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 22-9-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Penal

4.- TEMA: Delito de porte ilícito de arma de fuego (no configuración en presencia del denominado chopo)

## 5.- EXTRACTO

El arma de fabricación casera denominada "chopo", en base a la doctrina institucional, no se considera como arma de fuego propiamente dicha.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Memorándum N° DCJ-8-872-2009

6.2.- FECHA: 22-9-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"Me dirijo a usted, en la oportunidad de hacer referencia a una consulta que elevara a esa Dirección la ciudadana (...) Fiscal Superior del Ministerio Público (...) la cual guarda relación con la doctrina institucional en materia de arma de fabricación casera (chopo).

(...) vista la existencia de un criterio institucional en la materia en cuestión, lo que correspondería (en un supuesto caso) sería la actualización del mismo, por lo que con la finalidad de evitar opiniones encontradas o contradictorias, esta Dirección, estima conveniente exponer su posición respecto a la consideración del arma de fabricación casera como arma propiamente dicha, ratificando la opinión que emitiera en el año 2006, en virtud de consulta que elevara el (...)<sup>33</sup>, y en la cual se sostuvo lo siguiente:

"Constituye un hecho incontrovertible que uno de los principios cardinales del Derecho Penal lo es el principio de legalidad, conocido tradicionalmente a través de su fórmula *latina nulum crimen, nulla poena sine lege*. / (...) / En estrecha conexión con lo señalado, ha de tenerse presente que la evolución del citado principio, inclusive, ha hecho surgir a su vez otro principio que se conoce como el principio de tipicidad, (...). / Llegados a este punto, corresponde referirnos a conceptos como el de tipo penal, que es definido como una 'categoría jurídica que especifica, determina y concreta la acción punible y las condiciones requeridas por la ley para que un comportamiento pueda considerarse delictivo' -Jesús Orlando Gómez López: "*Tratado de Derecho Penal*". Tomo II ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá-Colombia, 2001, p. 83- / (...) / Señalado lo anterior, debemos determinar si tal y como se encuentra estructurado el tipo de porte ilícito de arma dentro de la legislación penal venezolana, puede afirmarse la inclusión en el mismo del arma de fabricación casera conocida en el argot policial como 'chopo'. / (...) / Así las cosas, se advierte claramente que la tipificación que realiza el citado artículo 277 -cuyo contenido, cabe resaltar, no fue objeto de modificación en la última reforma- permite evidenciar que para la configuración del delito allí previsto, esto es, porte ilícito de arma de fuego, no basta simplemente con encontrarse en posesión de cualquier arma. / En efecto, la citada norma -de manera clara y expresa- prohíbe el porte de las armas a que se refiere la Ley Sobre Armas y Explosivos, a lo cual necesariamente ha de aunarse el hecho de que el legislador, de manera categórica, haya dispuesto mediante el artículo 273 eiusdem, inmediatamente después de reconocer que el término armas comprende todos los instrumentos

33 Oficio N° DCJ-2-287-2006-008733 de fecha 10 de febrero de 2006, dirigido al Fiscal Quinto del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Cojedes.

propios para maltratar o herir, que a los efectos del capítulo que sanciona las acciones referidas a la importación, fabricación, comercio, detentación y porte, sólo pueden ser consideradas como armas, las que se enuncien en la Ley sobre Armas y Explosivos. / Siendo ello así, a los fines de verificar en cada caso concreto si a la conducta de que se trate puede atribuírsele la cualidad de la tipicidad - Francisco Muñoz Conde: "*Teoría General del Delito*", segunda edición, editorial TEMIS S.A., Bogotá-Colombia, 2001, p.32-, define la tipicidad como la 'cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal', debemos circunscribirnos por mandato expreso del legislador, exclusivamente a las armas a que se refiere la Ley Sobre Armas y Explosivos. / En tal contexto, debe destacarse que el artículo 2 de la citada ley especial -Ley Sobre Armas y Explosivos- señala expresamente que para los efectos de la misma 'solo se consideran armas las que en ella se indican', a lo cual debe agregarse que su texto no permite la inclusión de un arma como la comentada, esto es, de la conocida en el argot policial como 'chopo', tal y como expresamente lo ha señalado en forma reiterada la doctrina institucional -Informe al Congreso de la República, Ministerio Público, 1997, tomo II. pp. 125 y 126. En igual sentido ver: Informe al Congreso de la República, Ministerio Público, 1995, Tomo II, p. 28- al expresar:

‘...Como se puede apreciar, estamos en presencia de un chopo, arma de fabricación casera, lo cual nos indica que da lugar al delito de porte ilícito de arma, previsto en el artículo 278 del Código Penal, ya que dicho instrumento no es de prohibido porte y detentación. La sanción por este ilícito penal es procedente cuando se dan las circunstancias del artículo 273 del Código Penal y cuando se detente o porte algunas de las armas prohibidas por la Ley sobre Armas y Explosivos. / Para verificar si un arma es o no de prohibido porte debe recurrirse a lo previsto en el artículo 9 de la Ley sobre Armas y Explosivos, de encontrarse entre éstas puede el representante del Ministerio Público, formular cargos por el delito de porte ilícito de arma, y en consecuencia solicitar la pena correspondiente. / (...) / Por todo lo antes expuesto, y al no constituir el chopo un arma de prohibido porte, lo correcto era, que respecto a este delito se abstuviera de presentar cargos, de acuerdo con el artículo 219 del Código de Enjuiciamiento Criminal y solicitar el sobreseimiento de la causa de conformidad con el artículo 313, ejusdem...’.

Es por ello, que en criterio de esta Dirección, a pesar de que la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosiones y otros materiales relacionados -efectivamente hoy ley de la República como lo aducen los representantes del Ministerio Público que difieren de su criterio- contiene su propia definición de armas de fuego -que por demás es a los fines de esa Convención- en la que podría subsumirse el arma casera objeto de comentario, la misma no puede ser invocada como argumento para aseverar que la tenencia de un arma de fabricación casera como lo es el 'chopo', sea constitutiva de la comisión del delito de porte ilícito de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 277 del Código Penal Venezolano, como lo hacen tales fiscales del Ministerio Público. / Así las cosas, resulta claro que sólo un cambio legislativo en esta materia que modificase la redacción del delito en cuestión o el alcance en ese sentido de la Ley Sobre Armas y Explosivos, permitiendo así la adecuación típica de tal conducta, podría permitir la sanción de la sola tenencia del arma de fabricación casera conocida como 'chopo'. /

Pensar y actuar de manera contraria, implicaría ir en contra de las bases fundamentales que en el moderno Estado de Derecho caracterizan al Derecho Penal, de corte garantista, al desconocerle al tipo penal su funciones seleccionadora y de garantía, antes comentadas, toda vez que tal y como lo afirma Jesús Orlando Gómez López '...la norma que criminaliza una acción no puede extenderse por analogía a comportamientos similares...'. / (...) / En virtud de todas las consideraciones anteriormente realizadas, concluye este órgano consultivo, que en atención a la forma en que se encuentra estructurado dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal el delito de porte ilícito de arma de fuego, a pesar de la existencia de la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados, mantiene vigencia absoluta la doctrina institucional producida al respecto y según la cual, el chopo no constituye un arma de prohibido porte y en consecuencia, su tenencia no da lugar a la configuración del delito de porte ilícito de arma de fuego que tipifica el artículo 277 del Código Penal Venezolano. (...)".

Por otra parte, en fecha 8 de agosto de 2008, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 435, al referirse al "chopo" señaló lo siguiente:

“Las armas de fabricación caseras, por su composición son consideradas armas de fuego, pues están constituidas por un cañón o elemento que hace de sus veces a través del cual pueden ser insertadas municiones de indeterminado calibre y su acción produce el lanzamiento de un proyectil susceptible de producir en la víctima heridas mortales, graves o leves, según la zona anatómica comprometida. / (...) / En atención a lo antes expuesto, las armas de fabricación casera, deben reputarse como armas que no son de guerra, y su porte, detentación u ocultamiento debe encuadrarse a lo establecido en el artículo 277 del Código Penal.”

Como puede observarse, la posición adoptada por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Penal, es opuesta a las consideraciones realizadas por esta Dirección de Consultoría Jurídica en la opinión parcialmente transcrita, y cuyo fundamento se encuentra en la doctrina institucional. Por tal motivo, una vez expuesta tanto la posición jurídica de esta dependencia como la del máximo Tribunal de la República, se remite a esa Dirección de Revisión y Doctrina, a los fines de dar respuesta al representante fiscal consultante, y de realizarse el análisis del caso si estimare necesaria la actualización del señalado criterio.”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 13-08-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Recusaciones e Inhibiciones

## 5.- EXTRACTO

Procedimiento a seguir en materia de recusaciones e inhibiciones de los fiscales del Ministerio Público.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Circular N° DFGR-DCJ-13-2009-007

6.2.- FECHA: 13-08-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

En uso de las atribuciones que me confieren los artículos 1, 6, 25, numerales 1 y 21, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, me dirijo a usted, con el objeto de impartirle instrucciones en materia de recusaciones e inhibiciones de los Fiscales del Ministerio Público, en virtud de que en fecha 19 de marzo de 2007, entró en vigencia la Ley Orgánica del Ministerio Público, según consta en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.647; por tanto este Despacho considera necesario establecer el nuevo mecanismo a seguir para la tramitación de las referidas incidencias.

Como punto previo resulta prudente señalar, que de conformidad con lo previsto en el artículo 75 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, le compete a esta Superioridad conocer y decidir las incidencias de inhibiciones y recusaciones de los representantes fiscales que conforman a este Organismo y tal como lo establece el numeral 20 del artículo 7 del Reglamento Interno que define las Competencias de las Dependencias que integran el Despacho de la Fiscal General de la República<sup>34</sup>, le corresponde a la Dirección de Consultoría Jurídica de esta Institución, "Conocer y sustanciar las incidencias por recusaciones propuestas e inhibiciones planteadas por los representantes del Ministerio Público y preparar los respectivos proyectos de decisión".

Una vez precisada la legitimación institucional para conocer y decidir de dicha materia, este Despacho pasa de seguida a realizar las siguientes consideraciones:

**Del Procedimiento de Recusaciones:**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 74 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la recusación podrá ser presentada por las personas legitimadas para tal efecto, y según lo previsto en el artículo 85 del Código Orgánico Procesal Penal, ostentan esta condición: El Ministerio Público; el imputado o su defensor; y la víctima. Dicha incidencia se interpondrá ante el o la Fiscal Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial respectiva, en la oportunidad procesal correspondiente<sup>35</sup>, indicando mediante escrito razonado, las causales en las cuales fundamente su pretensión.

<sup>34</sup>Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5511 Extraordinaria del 20 de diciembre del año 2000.

<sup>35</sup>Según lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la recusación no deberá ser propuesta después de transcurridos cinco días hábiles, contados a partir de la presentación de la querrela o de la acusación.

Al respecto, el artículo 63 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone de manera clara que, los o las fiscales del Ministerio Público podrán ser recusados o recusadas únicamente por las causales previstas en el artículo 65 de la citada ley.

Una vez recibido el escrito de recusación presentado contra cualquier representante fiscal, el o la fiscal Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial respectiva, designará inmediatamente como sustituto (a) a otro fiscal de la misma Circunscripción Judicial –según lo previsto en el artículo 74 *ejusdem*- para que continúe conociendo de la causa hasta nuevas instrucciones, y a los fines de garantizar el debido derecho a la defensa del fiscal recusado, deberá notificar al referido funcionario de dicha recusación, remitiéndole copia del mencionado escrito y de los recaudos que le acompañen.

En lo que se refiere a las recusaciones propuestas en contra de los fiscales del Ministerio Público ante el Tribunal Supremo de Justicia, los fiscales del Ministerio Público a nivel nacional y los fiscales superiores, corresponderá a este Despacho designar a los representantes fiscales sustitutos, de conformidad con lo previsto en el tercer aparte del artículo 58 de la Ley Orgánica del Ministerio Público<sup>36</sup>, así como el artículo 78 de la misma ley<sup>37</sup>.

El o la fiscal del Ministerio Público recusado, dentro de un lapso no mayor de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la fecha de su notificación, deberá presentar por escrito ante este Despacho, las razones de hecho y de derecho que tenga para impugnar la incidencia propuesta en su contra, de acuerdo con lo pautado en el artículo 76 de la aludida ley.

Una vez recibido el referido escrito de impugnación, este Despacho decidirá en un lapso de tres (3) días hábiles, si se admite o no la recusación, tal como lo establece el único aparte del artículo 76 de la Ley que rige nuestra Institución.

Se declarará inadmisibles las recusaciones que se intenten sin expresar los motivos en que se funde. Igualmente la que se proponga después de transcurridos cinco días hábiles, contados a partir de la presentación de la querrela o de la acusación<sup>38</sup>.

Asimismo, se declarará improcedente la recusación cuando se verifique que el recusante no posee la legitimidad activa exigida por el Legislador en el artículo 85 del Código Orgánico Procesal Penal.

Se declarará inadmisibles y concluido el procedimiento, si la recusación no se encuentra fundada en algunas de las causales de recusación previstas en el artículo 65 *ejusdem*. De igual manera, se declarará concluido el procedimiento, si el o la fiscal del Ministerio Público manifiesta por escrito su inhibición después de haber sido recusado o recusada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. El contenido de este pronunciamiento, se notificará inmediatamente por escrito al recusante y al funcionario recusado.

En caso de que esta Superioridad considere que existen elementos suficientes para admitir la recusación, se abrirá una articulación probatoria por cinco (5) días, para que las partes promuevan y evacúen sus pruebas ante la Fiscalía Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial respectiva, y esta última deberá remitir por la vía más expedita a este Despacho, el resultado de las mismas. Dicho procedimiento será resuelto al décimo día, sin conceder en ningún caso el término de la distancia; pudiendo hacerlo antes del vencimiento del referido término, cuando la incidencia

---

<sup>36</sup> Artículo 58. (...) Las faltas accidentales se suplirán con otro u otra Fiscal cuando en la circunscripción o circuito judicial respectivo hubiese más de un Fiscal o una Fiscal del Ministerio Público. En caso contrario, el Fiscal o la Fiscal General de la República procederá a nombrar un suplente o una suplente especial, quien deberá cumplir con los mismos requisitos de elegibilidad previstos para el o la Fiscal titular.

<sup>37</sup> Artículo 78. El proceso no se paralizará por incidencias de recusaciones ni inhibiciones, y seguirá su curso con la intervención de otro funcionario o funcionaria que al efecto haya designado el Fiscal o la Fiscal General de la República, o quien haga de sus veces, o el Fiscal o la Fiscal Superior.

<sup>38</sup> Según lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

pueda resolverse con las pruebas ya producidas o cuando las partes renuncien al derecho de promover otras<sup>39</sup>.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone en su artículo 79 que el recusante o la recusante pagará multa en bolívares equivalente de veinte (20) a cincuenta (50) unidades tributarias, si la recusación fuere declarada: Inadmisibles, sin lugar o si hubiere desistimiento por parte de éste o ésta. De igual manera, la norma establece que cuando la recusación haya sido formulada de mala fe, se le impondrá una multa al recusante de cincuenta (50) a cien (100) unidades tributarias.

No obstante, ante la situación anteriormente planteada donde se le impone una multa al recusante, sin tomar en cuenta si el mismo ha actuado de buena fe, es por lo que esta Superioridad ha considerado oportuno pronunciarse al respecto, y en tal sentido hay que destacar lo siguiente:

El Capítulo I del Título IV del Libro Primero del Código Orgánico Procesal Penal, consagra lo relativo a las Disposiciones Preliminares de los Sujetos Procesales y sus Auxiliares.

En efecto, el artículo 102 ejusdem establece que:

"Las partes deben litigar con buena fe, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede. Se evitará, en forma especial, solicitar la privación preventiva de libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar la finalidad del proceso."

El tenor de la norma antes transcrita se encuentra en perfecta consonancia con el espíritu, propósito y razón del artículo 20 del Código de Ética Profesional del Abogado, el cual señala que la conducta del abogado deberá caracterizarse siempre por la honradez y la franqueza, no deberá aconsejar ni ejecutar actos que puedan calificarse de dolosos, hacer aseveraciones o negaciones falsas, citas inexactas, incompletas o maliciosas, ni realizar acto alguno que pueda entorpecer una eficaz y rápida administración de justicia.

En este sentido, el Legislador deja por sentado que las partes dentro del proceso, deben litigar de buena fe. Al respecto, resulta necesario acotar que la misma se refiere al estado mental de honradez y de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, o la rectitud de un comportamiento, exigiendo de esta manera, que toda conducta sea desplegada con honestidad y transparencia. A tal efecto, Eduardo Couture define el término buena fe, como la "calidad jurídica de la conducta legalmente exigida de actuar en el proceso con probidad, con el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón".

Sin embargo, el Legislador también previó establecer sanciones cuando compruebe la mala fe o la temeridad en alguno de los litigantes, y bajo ese contexto el artículo 103 del citado cuerpo normativo, establece que el Tribunal podrá sancionar a alguno de éstos con multa equivalente en bolívares de veinte (20) a cien (100) unidades tributarias, en el caso de falta grave o reiterada; y en los demás casos, con el equivalente en bolívares de hasta veinte (20) unidades tributarias o apercibimiento.

Queda claro que las multas a las que se refieren dicho artículo, resultan aplicables en los casos de demostrada temeridad y mala fe que se evidencie del uso abusivo de los medios de defensa y de los derechos procesales que el Código Orgánico Procesal Penal consagra.

Ahora bien, del tenor del artículo 79 de Ley Orgánica del Ministerio Público, se observa que no sólo se multa al recusante que haya formulado de mala fe la recusación, sino que también sanciona a aquél que aún habiendo actuado de buena fe, se le declare inadmisibles, sin lugar o haya desistido de la interposición de la aludida incidencia.

---

<sup>39</sup> De conformidad con lo pautado en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En este sentido, resulta necesario advertir que las normas del derecho no son un conjunto de disposiciones desvinculadas, sino que dependen de criterios directivos de orden superior los cuales deben ser coordinados entre sí para poder determinar su sentido y alcance.

La dogmática jurídica comprende el estudio, análisis lógico, sistemático, ordenado y coherente del aspecto cognoscitivo que constituye la ciencia del derecho. Por ello, el sentido de las palabras que expresan el pensamiento del Legislador no puede ser analizadas de manera aislada, sino dentro del contexto del cual forman parte, ya que lo que se busca es conocer la razón de ser del precepto.

La interpretación de la norma que no atienda al carácter sistemático del derecho propende a la colisión, lo que implicaría la contravención de la normativa contenida en instrumentos legales distintos aplicables en la materia, tal como ocurre en el presente caso, donde se observa claramente que la norma de la Ley Orgánica del Ministerio Público que establece dicha sanción, contradice la disposición contenida en el Código Orgánico Procesal Penal, donde el Legislador señala que efectivamente deberá sancionarse con multa, pero únicamente en el caso de que el litigante actúe de manera temeraria o de mala fe, razón por la cual este Despacho estima que cuando se presume que los litigantes actúan de buena fe en el proceso de recusación, no deben ser sancionados con la multa establecida en el artículo 79 de la Ley que rige nuestra Institución, por cuanto su aplicación contravendría el principio ético que debe caracterizar a todo lego en el ejercicio de su profesión, tal como lo exige el tenor de la norma contenida en el artículo 102 del Código Orgánico Procesal Penal.

En razón de las consideraciones antes expuestas, es por lo que esta Superioridad considera aplicar la multa contenida en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, sólo en aquellos casos donde se demuestre que el recusante haya formulado su incidencia de mala fe.

Ahora bien, cuando se declare inadmisibile y concluido el procedimiento con motivo de la recusación propuesta en contra de un representante fiscal y a su vez se compruebe la mala fe del recusante, se le aplicará la multa establecida en el artículo 79 de la citada ley. Al respecto, si el recusante no acredita el pago de la multa impuesta, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su notificación, se le impondrá dentro del lapso de los diez (10) días hábiles siguientes, hasta dos multas sucesivas, cada una por el doble de la ya impuesta; y en el caso de que persista la contumacia por parte del recusante o la recusante, el Ministerio Público podrá acudir a la vía judicial para obtener el pago de la multa correspondiente.

Por otra parte, si la recusación fuere declarada con lugar, este Despacho podrá sancionar al fiscal o a la fiscal del Ministerio Público que infringió el deber de inhibirse, con suspensión o destitución del ejercicio del cargo, previa apertura del procedimiento administrativo correspondiente. De igual manera, hay que resaltar que la parte recusante tiene el derecho de solicitarle a este Despacho, la debida aplicación de la sanción disciplinaria, todo esto de conformidad con lo pautado en el artículo 80 de la ley que rige a este Organismo.

Finalmente, resulta necesario destacar que no procederá recurso alguno contra las decisiones que se dicten en las incidencias de recusación.

#### **Del Procedimiento de Inhibiciones:**

De conformidad con lo previsto en el artículo 63 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los o las fiscales del Ministerio Público deberán inhibirse por las mismas causales de recusación contenidas en el artículo 65 *ibidem*.

En este sentido, el o la fiscal del Ministerio Público, expondrá por escrito las razones de hecho y de derecho que justifiquen su deseo de inhibirse, el cual deberá ser presentado ante el o la fiscal Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial respectiva, quien estará obligado u obligada a comunicarlo por la vía más expedita a este Despacho.

De igual manera, el o la fiscal Superior del Ministerio Público, deberá designar inmediatamente como sustituto (a) a otro representante fiscal de la misma Circunscripción Judicial, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.



Sin embargo, en lo que respecta a las inhabiciones planteadas por los Fiscales del Ministerio Público ante el Tribunal Supremo de Justicia, los fiscales del Ministerio Público a nivel nacional y los fiscales superiores, corresponderá a este Despacho designar a los representantes fiscales sustitutos, de conformidad con lo previsto en el tercer aparte del artículo 58 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, así como el artículo 78 de la misma ley.

Si la inhabición es declarada con lugar, continuará conociendo de la causa el representante fiscal designado como sustituto (a). Por el contrario, si la misma es declarada sin lugar por falta de fundamentación, el representante fiscal inhabido está obligado a continuar conociendo de la causa. La decisión que se tome al respecto, será notificada por escrito al fiscal inhabido y al fiscal designado como sustituto (a).

Mención aparte merece el artículo 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece una causal de inhabición de carácter excepcional no contemplada en el artículo 65 del referido instrumento normativo, por cuanto el mismo sólo podrá ser invocado por el Fiscal o la Fiscal General de la República, cuando considere que existen motivos graves que afecten su imparcialidad; razón por la cual dicha causal no es aplicable a ningún otro representante fiscal.

Finalmente, esta Superioridad advierte que las disposiciones en materia de recusaciones e inhabiciones contenidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público, serán aplicables a los representantes fiscales en todas las materias de su competencia.

El acatamiento de las instrucciones aquí señaladas es de carácter obligatorio, de allí que su inobservancia podrá ser objeto de sanción disciplinaria.

Por último, se deja sin efecto las circulares N° DCJ-04-89 de fecha 13 de febrero de 1989, titulada *"Procedimiento en caso de Inhibición"* y N° DFGR-DGSSJ-DCJ-1-99-018 de fecha 1° de septiembre de 1999, titulada *"PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN MATERIA DE RECUSACIONES E INHIBICIONES DE LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO"*.

Sírvase acusar recibo de la presente circular por conducto de la Dirección de Consultoría Jurídica.

**Luisa Ortega Díaz**  
Fiscal General de la República

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 13-05-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Recusaciones e inhabilitaciones

## 5.- EXTRACTO

Son inadmisibles las pruebas presentadas por el recusante debido a que el mismo las promovió fuera del lapso de cinco (05) días establecido para tal fin en la Ley Orgánica del Ministerio Público. No debe considerarse que se ha producido emisión de opinión con conocimiento de la causa, ante el hecho que el representante fiscal esté conociendo de un asunto en el que con anterioridad hubiere acusado al imputado, y posteriormente se hubiere repuesto la causa a la fase de investigación por orden de la sala de casación penal del Tribunal Supremo de Justicia; en razón de que estas son actuaciones propias del fiscal del Ministerio Público, exigidas por la ley.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Resolución S/N

6.2.- FECHA: 13-05-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

**LUISA ORTEGA DÍAZ**  
Fiscal General de la República

Visto el escrito presentado por el ciudadano (...) en su carácter de imputado en la causa N° (...) mediante el cual plantea recusación contra los ciudadanos (...) Fiscal (...) y Fiscal Auxiliar de esa Fiscalía, respectivamente, para resolver la presente incidencia, este Despacho observa:

El recusante, argumenta como razones de hecho lo siguiente:

"(...) **RECUSO** categóricamente a los ciudadanos fiscales (...) titular y auxiliar respectivamente de la Fiscalía (...), en razón de que dichos fiscales ya emitieron opinión en investigación penal que se me adelanta signada (...) por la presunta comisión del delito de **HURTO DE GANADO**, ya que a principios del año 2.007 presentaron en mi contra como acto conclusivo una acusación fiscal, la cual fue anulada por la **SALA DE CASACIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, ANEXO 'A'** debido a que dichos funcionarios me violentaron derechos constitucionales (...)"

Como razones de derecho el ciudadano (...) señala lo establecido en el numeral 6 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual dispone:

(...)

En el caso que nos ocupa, se aprecia que el recusante es el ciudadano (...) quien figura como imputado en el asunto antes mencionado, de manera que, tiene legitimidad para proponer su planteamiento, a tenor de lo establecido en el artículo 85 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicable a la presente incidencia como norma supletoria; además, la recusación fue presentada oportunamente ante la autoridad competente para recibirla y se fundamenta en una de las causales de derecho previstas al efecto en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, con lo cual la misma cumple con los extremos legales requeridos para su admisibilidad.

Ahora bien, es de resaltar que la recusación es definida por el **Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela** como el "(...) acto procesal a través del cual, y con fundamento en causales legales taxativas, las partes, en defensa de sus derechos a la tutela judicial efectiva, pueden separar al juez del conocimiento de la causa, al estimar comprometida su imparcialidad en la decisión que tenga que ser emitida<sup>40</sup>".

Por su parte **Joan Picó I Junoy**, en su obra "La Imparcialidad Judicial y sus Garantías: la Abstención y la Recusación", define esta última figura: "(...) como el acto procesal de parte en virtud del cual se insta la separación del órgano jurisdiccional que conoce de un determinado proceso por concurrir en él una causa que pone en duda su necesaria imparcialidad".

Al hilo de las definiciones anteriormente expuestas, este Despacho advierte que a pesar de referirse al órgano jurisdiccional, la misma se aplica perfectamente a los representantes del Ministerio Público.

Una vez precisado el término recusación, esta decisora pasa a efectuar las siguientes consideraciones:

En fecha 13 de enero de 2009, esta Superioridad admitió la referida incidencia, dándose por notificado tanto el recusante como los recusados el día 23 de enero de ese mismo año, por conducto de la Fiscalía Superior (...) a través de las boletas identificadas con el N° (...) iniciándose desde el día hábil siguiente a dicho acto, la articulación probatoria prevista en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual pauta:

(...)

Por otra parte, se observa que en fecha (...) el ciudadano (...) presentó escrito a través del cual promovió las siguientes pruebas:

1. Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, del 08 de agosto de 2007, marcada con la letra "A", donde se ordena lo siguiente:

"2.- **Anula** las acusaciones presentadas por el Fiscal (...) contra los ciudadanos (...) / 3.- **Repone la causa** a la fase de investigación y ordena la remisión de las actuaciones a la Fiscalía (...) para que celebre el acto de imputación formal con el debido cumplimiento de los derechos y garantías previstos en el Título IV, Capítulo VI, del Código Orgánico Procesal Penal".

2.- Copia fotostática de recorte de prensa del "DIARIO DE LOS ANDES" de fecha 13 de mayo de 2008, a través del cual el ciudadano Nelson Troconis, Ex Juez Rector Superior del Circuito Judicial Penal del estado Trujillo da su opinión sobre la causa en estudio, marcada con la letra "B".

3.- Copia fotostática de artículo de prensa del "DIARIO DE LOS ANDES" del 28 de septiembre de 2006, intitulado "Denuncian a juez rector de abuso de poder", señalada con la letra "C".

4.- Copia fotostática de recorte de prensa "EL TIEMPO" de data 12 de diciembre de 2006, mediante el cual los ciudadanos (...) denuncian: "Somos Víctimas del Abuso del Juez Rector", indicada con la letra "D".

5.- Copia fotostática de declaraciones de (...) a través del periódico "EL TIEMPO" en el que exponen: "Es un abuso privación de libertad contra nuestro hermano", marcada con la letra "E".

6.- Copia fotostática de boletas de notificación emitidas por la Comisaría Policial N° 01, dirigida al ciudadano (...) señalada con la letra "F".

---

<sup>40</sup> Recusación propuesta por Iván Rincón Urdaneta contra el Magistrado Franklin Arriechi Gutiérrez, en el expediente N° 2002-000029.

Ahora bien, esta decisora advierte que conforme a lo establecido en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el lapso para promover y evacuar las pruebas en la presente incidencia es de cinco (05) días, luego de admitida la recusación, razón por la cual, en el presente caso, el referido término se inició el día 26 de enero de 2009 y concluyó en fecha 30 de enero del mismo año, toda vez que en los lapsos de prueba no se computan los días sábados y domingos, tal como lo dispone el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil.

En este sentido, esta Superioridad aprecia que el recusante planteó las pruebas ut supra señaladas en fecha 4 de febrero de 2009, es decir, que las presentó dos (02) días después de vencido el periodo antes indicado, por tanto, las mismas resultan extemporáneas y en consecuencia, son inadmisibles por impertinentes, a tenor de lo previsto en el artículo 398 del Código Procesal Civil, aplicable a la presente incidencia como norma supletoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Código Civil Venezolano. **Y ASÍ SE DECIDE.**

En este contexto, el ciudadano (...) alega como fundamento de derecho lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual contempla:

(...)

Al respecto, es pertinente definir el término "Emitir", el cual según el Diccionario de la Lengua Española, consiste en "dictámenes, opiniones, etc., darlos manifestarlos por escrito o de viva voz".

Así mismo, es oportuno indicar, que por "opinión" ha de entenderse, según lo ha señalado la doctrina de nuestra Institución como "...todo aquel pronunciamiento que emite una persona sobre asunto determinado...".

En este orden de ideas, conviene resaltar que lo pautado en el numeral 6 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, debe entenderse como las opiniones o expresiones referentes al caso investigado, efectuadas por el recusado extraprocesalmente o fuera de las oportunidades previstas en la ley, con lo cual se pondría en duda la imparcialidad del representante fiscal.

En la incidencia que nos ocupa, el recusante manifiesta que los fiscales del Ministerio Público han emitido opinión en la referida causa, debido a que están conociendo un asunto en el que presentaron una acusación en su contra en la oportunidad legal correspondiente, y en el que posteriormente la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, decidió anular dicho acto y reponer el caso a la fase de investigación.

En ese mismo orden de ideas, cabe señalar que este argumento carece de sustento jurídico, toda vez que mal puede pretender aquel que por el hecho de que en la causa que se le sigue, los fiscales recusados en su debida oportunidad presentaron en su contra el acto conclusivo de acusación, la misma constituya una emisión de opinión, cuando por el contrario, dicha actuación se estima como propia de las funciones del representante fiscal, enmarcada dentro de las exigencias de ley.

Por tanto, de acuerdo a lo antes expuesto no debe considerarse que en el caso en estudio los ciudadanos (...) Fiscal (...) y Fiscal Auxiliar de esa Fiscalía, respectivamente, han emitido opinión sobre la causa con conocimiento de ella, de manera que, esta Superioridad afirma que lo procedente en la presente incidencia es desestimar el alegato en referencia.

En consecuencia, conforme a lo anteriormente expuesto, este Despacho declara **sin lugar** la recusación propuesta por el ciudadano (...) en su carácter de imputado en el asunto N° (...) contra los ciudadanos (...) Fiscal (...) y Fiscal Auxiliar de esa Fiscalía, respectivamente. **Y ASÍ SE DECLARA.**

Asimismo, observa esta Superioridad que del contenido de la presente incidencia, no se evidencia que el ciudadano (...) haya actuado de mala fe, por consiguiente, en atención al nuevo criterio establecido por este Despacho en la decisión de fecha 23 de septiembre de 2008, dictada con motivo de la recusación propuesta por el ciudadano Ernesto Marchiani Labastidas, en contra del ciudadano **Roberto Durán Infante**, Fiscal Séptimo del Ministerio Público de la Circunscripción

Judicial del estado Trujillo, no se le impondrá al recusante la multa contenida en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. **Y ASÍ SE DECLARA.**

Háganse las correspondientes notificaciones.

Luisa Ortega Díaz  
Fiscal General de la República

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Constitucional

4.- Tema: Jubilación

#### 5.- EXTRACTO

No existe ninguna normativa que permita al ministerio público aceptar las renunciaciones presentadas por los ciudadanos..., a las jubilaciones que le fueron conferidas por este organismo, por el contrario, existe una prohibición expresa de carácter constitucional para poder efectuar el trámite solicitado.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Oficio DCJ-11-1146-2009-035384

6.2.- FECHA: 11-09-2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"(...)

Los ciudadanos..., titulares de las cédulas de identidad (...) respectivamente, son funcionarios jubilados adscritos a este Organismo. No obstante, aproximadamente desde el año 2000, los referidos ciudadanos se encuentran desempeñando el cargo de Jueces de Primera Instancia adscritos a la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, habiendo suspendido para ello las pensiones de jubilación otorgadas por el Ministerio Público.

(...)

Sin embargo, el pasado 18 de junio de los corrientes los referidos ciudadanos consignaron por ante la Dirección de Recursos Humanos renuncia a la jubilación que fue conferida por este Organismo, solicitando expresamente que la Fiscal General de la República proceda a su aceptación, a los fines de acogerse a la jubilación especial establecida para los funcionarios adscritos al Poder Judicial.

Ante la solicitud formulada por los referidos ciudadanos, esta Dirección de Consultoría Jurídica estima pertinente efectuar las siguientes consideraciones:

#### **I.- La jubilación y la posibilidad de que se pueda "renunciar" a este derecho.**

Para abordar el análisis de este punto, comenzaremos por indicar que la palabra jubilación proviene del latín *iubilatio-onis* y significa acción y efecto de jubilar o jubilarse; eximir de servicio por razones de ancianidad o imposibilidad física a la persona que desempeña o ha desempeñado algún cargo civil, señalándole pensión vitalicia o recompensa por los servicios prestados (Diccionario de Derecho Público. Emilio Fernández página 447. Editorial Astrea.).

En tal sentido del concepto antes señalado, puede indicarse que la jubilación constituye, un derecho adquirido de carácter vitalicio para los funcionarios y empleados al servicio de los organismos o entes públicos o privados y se otorgará cumplidos como sean los extremos previstos en la ley o en los convenios laborales.

Igualmente, existe criterio unánime que afirma que las leyes de jubilación son disposiciones de previsión social y por ende, tienen el carácter de normas de orden público, razón por la cual no cabe dudas que las normas que la rigen no están sujetas a convenios entre particulares.

En tal sentido, conviene señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 2201 de fecha 16 de septiembre de 2002, definió el orden público en los siguientes términos:

"El orden público está integrado por todas aquellas normas de interés público, que son de cumplimiento incondicional, **que no pueden ser derogadas por las partes** y, en las cuales el interés general de la sociedad y del estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica...". (Negritas de quien suscribe).

Por otro lado, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 89, dispone lo siguiente:

(...)

El principio de la irrenunciabilidad de los derechos, al cual se le adicionó la previsión de que es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos, busca evitar que el trabajador pueda privarse, aún voluntariamente, de los beneficios concedidos por el derecho del trabajo.

Asimismo, es menester señalar que en el Estatuto de Personal del Ministerio Público, no existe una norma que de manera expresa autorice a la Fiscal General de la República a aceptar la renuncia que eventualmente pueda presentar un funcionario jubilado de la Institución a su jubilación y por ende, a percibir la pensión que por tal concepto se le asignó.

En fuerza de las consideraciones antes expresadas, no existe ninguna normativa que permita al Ministerio Público aceptar las renunciaciones presentadas por los ciudadanos..., a las jubilaciones que le fueron conferidas, por el contrario, existe una prohibición expresa de carácter constitucional para poder efectuar el trámite solicitado.

## **II.- Del trámite establecido en la sentencia de la Sala Constitucional de fecha 02 de marzo de 2005. (Caso Héctor Augusto Serpa Arcas) y la opinión del Ministerio Público sobre los parámetros establecidos en la misma.**

Ante los hechos planteados, y a los fines de tener conocimiento de los trámites que eventualmente pueda estar adelantando esa Dirección Ejecutiva de la Magistratura a favor de los referidos ciudadanos, esta Dirección de Consultoría Jurídica sostuvo el pasado 28 de julio de los corrientes, comunicación telefónica con una funcionaria de la División de Jubilaciones y Pensiones adscrita a esa Dirección General, a los fines de conocer cuál es la fundamentación legal que tiene ese Organismo para tramitar jubilaciones de funcionarios que ya han sido jubilados por otro Organismo de la Administración Pública y posteriormente reingresan al Poder Judicial.

En tal sentido, se nos comunicó que respecto de este tipo de funcionarios, luego de realizar el análisis correspondiente al cumplimiento de los requisitos legales establecidos al efecto, se procede a efectuar un análisis que se fundamenta generalmente en jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de Justicia, haciendo especial referencia a la sentencia de fecha 02 de marzo de 2005, emanada de la Sala Constitucional con ocasión del recurso de revisión constitucional interpuesto por el entonces Fiscal General de la República, Julián Isaías Rodríguez Díaz, contra la sentencia N° 01556 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de octubre de 2003, mediante la cual se declaró parcialmente con lugar el recurso contencioso administrativo de anulación ejercido conjuntamente con solicitud de medida cautelar innominada y subsidiariamente solicitud de suspensión de efectos, contra el acto administrativo de efectos particulares distinguido con el N° DFGR-98-13233 de fecha 17 de abril de 1998, dictado por el entonces Fiscal General de la República, ciudadano Iván Darío Badell González, mediante el cual declaró improcedente el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° DFGR-97-0025738 de fecha 5 de agosto de 1997, que negó el beneficio de jubilación al ciudadano....

En tal sentido, luego de revisar detalladamente el contenido de la referida sentencia, se puede observar que la Sala Constitucional, estableció respecto de un funcionario jubilado que reingrese a prestar servicios en otro Organismo de la Administración Pública, lo siguiente:

“(...)

**Como supuestos relacionados con el órgano o ente que recibe al funcionario que reingresa a la Administración Pública** -en el presente caso el Ministerio Público-, los siguientes:

**(i) El ente u órgano en el cual reingresa un particular jubilado, deberá asumir los complementos o la totalidad de la jubilación previamente acordada, si así expresamente lo reconoce su estatuto.**

(ii) El reingreso de un funcionario jubilado a la Administración Pública como personal activo, no lo excluye del régimen general que tutela sus derechos como trabajador -desde el punto de vista constitucional y legal- y, en consecuencia, al derecho de percibir las prestaciones correspondientes por concepto de antigüedad, las cuales de conformidad con la normativa aplicable corresponden al órgano u ente en el cual prestó sus servicios (en el caso en concreto, el Ministerio Público), salvo el supuesto de pagos previos por otros organismos y no en aquél en el cual se le otorgó la jubilación.

**(iii) En caso de asumir el ente u órgano en el cual reingresa un particular jubilado, el pago la pensión de jubilación; comporta que la pensión anterior se extinga.**

(iv) Si el órgano o ente en el cual reingresa un jubilado a la Administración Pública, permite según sus estatutos que se le conceda al jubilado un complemento de la jubilación, la misma es procedente y no implica la renuncia de la jubilación ya otorgada. Pero en este supuesto, no procede un recálculo de la pensión de jubilación, a cargo del ente u órgano que otorgó originalmente la jubilación.”. (Negritas y subrayado de quien suscribe).

Se desprende de la sentencia antes citada, que efectivamente la Sala Constitucional estableció una serie de parámetros para el caso del reingreso de funcionarios jubilados a la Administración Pública y en tal sentido, estableció que una pensión previamente acordada debe ser asumida en su totalidad por el ente en donde reingrese el jubilado, sólo si así está expresamente establecido en sus Estatutos y cuando efectivamente el Organismo respectivo “asume” efectivamente el pago de la pensión, conllevando tal situación a la extinción de la pensión anterior.

Al efecto, salvo mejor criterio, estima esta Dirección de Consultoría Jurídica que en interpretación estricta de los parámetros establecidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que esa Dirección Ejecutiva de la Magistratura “asuma” el pago de los complementos o la totalidad de la pensión de jubilación conferida por este Organismo a los ciudadanos..., deberá cumplirse con el requisito de que así este expresamente permitido por los Estatutos o normas que rigen al Poder Judicial.

Por otro lado, debe advertirse que en la referida sentencia, no se estableció como requisito previo para que el Organismo que recibe al funcionario jubilado asuma el monto de la pensión de jubilación, que éstos deban presentar la renuncia a la jubilación antes conferida, ya que de acuerdo con las consideraciones constitucionales y legales antes expresadas, tal trámite sería improcedente ya que la jubilación es un derecho constitucional de carácter irrenunciable.

No obstante, lo que desprende de la sentencia *in comento*, es que si la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, como ente adscrito al Poder Judicial tiene la autorización expresa dentro de los Estatutos o normas que rigen a esa Institución para “(...) asumir los complementos o la totalidad de la jubilación previamente acordada...”, entonces lo procedente sería que efectúe los trámites administrativos que correspondan para otorgar efectivamente la jubilación que pueda corresponderle a los ciudadanos..., caso en el cual, una vez otorgada la misma se configuraría el supuesto establecido por la Sala Constitucional, ya que “(...) de asumir el ente u órgano en el cual reingresa un particular jubilado, el pago la pensión de jubilación; comporta que la pensión anterior se extinga.”.



Al efecto, estima esta Dirección de Consultoría Jurídica, que para que se produzca la "extinción" de la pensión conferida por este Organismo a favor de los ciudadanos..., debe necesariamente haber asumido el Poder Judicial el pago del monto íntegro o de los complementos que correspondan a los referidos ciudadanos, y al efecto, el Ministerio Público sólo podría declarar formalmente extinguida la pensión de jubilación conferida a los mismos, luego de que se notifique formalmente a este Organismo que el Poder Judicial, a través de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura asumirá el pago de este beneficio.

En tal sentido, respetuosamente estima esta Dirección de Consultoría Jurídica que si efectivamente en aplicación de los parámetros fijados por la Sala Constitucional, existe la posibilidad de que el Poder Judicial confiera a los ciudadanos..., una pensión más beneficiosa, el Ministerio Público no tendría objeción en ello, ya que esto no sería más que reconocer a favor de estos funcionarios que ahora se encuentran desempeñando funciones para la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, progresividad en los derechos laborales que le asisten.

No obstante, debe insistirse que en el supuesto planteado no opera la renuncia de la jubilación, sino de acuerdo con lo acordado por la Sala Constitucional la "extinción" de la misma, para lo cual se requiere que se efectúen los trámites que correspondan, encaminados a que asuma efectivamente el Poder Judicial las pensiones de jubilación que puedan corresponderle a los referidos ciudadanos y que posteriormente, se notifique tal decisión al Ministerio Público a los fines de poder declarar extinguida de pleno derecho la jubilación conferida por este Organismo."

1.- FECHA DE  
ELABORACIÓN

19-05-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Administrativo y Derecho constitucional

4.- TEMA: Jubilación

## 5.- EXTRACTO

Es improcedente otorgar una jubilación de gracia a un funcionario que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción dentro del organismo a quien ya se le ha conferido una jubilación por parte de otro organismo de la administración pública. Análisis de principios constitucionales relacionados con la progresividad de derechos.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Memorándum N° DCJ-16-435-2009

6.2.- FECHA: 19-05-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

Antes de emitir un pronunciamiento con relación a esta nueva solicitud formulada por esa Dirección, es oportuno hacer referencia que este órgano consultivo ya se pronunció al respecto por intermedio del memorando N° (...) en el cual se concluyó que el ciudadano (...), de conformidad con el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 137 Parágrafo Cuarto del Estatuto de Personal del Ministerio Público, no tendría derecho a la concesión por parte del Ministerio Público, de una jubilación concurrente ni sustitutiva de la que le fue otorgada por la Alcaldía del Municipio (...)

De tal manera que, el presente planteamiento se analizará a la luz de los principios constitucionales de progresividad, intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales previstos en el artículo 89 de nuestro Texto Constitucional, invocados en su memorando de remisión, a cuyo efecto se hacen las siguientes consideraciones:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tutela en el artículo 80 la garantía de protección a la ancianidad y el derecho de los ancianos a la jubilación, en los siguientes términos:

(...)

Por su parte, el artículo 86 *eiusdem*, dispone:

(...)

Así mismo, el artículo 147 de nuestra Carta Magna, consagra que la ley establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios y funcionarias públicas, nacionales, estatales y municipales. Lo antes expuesto implica, que el concepto de seguridad social establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es un derecho inherente a la persona humana y debe ser entendido como un sistema que abarca toda estructura, que integra entes de derecho público como en su acepción tradicional seguro social, así como organismos de naturaleza privada. Teniendo ambos, el mismo destino común, garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho a pensiones y jubilaciones.

En consecuencia, resulta obligatoria la aplicación del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a los diferentes entes de derecho público o privado, distintos de la República, que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, por ser considerados como parte integrantes del actual sistema de seguridad social.

Sin embargo, existe una potestad reglamentaria atribuida directamente por la Constitución a los órganos con autonomía funcional, como es el caso del Ministerio Público, para dictar sus propios reglamentos en materia de previsión y seguridad social, sin que ello implique violación de la reserva legal. Esta autoridad encuentra plena vigencia en el artículo 147 de dicho Texto Constitucional, por mandato expreso del artículo 273 *ejusdem*.

En este orden de ideas, tenemos que el régimen vigente de jubilaciones y pensiones en este Organismo, está contenido en el Capítulo III del Estatuto de Personal del Ministerio Público, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.654 del 4 de marzo de 1999, el cual no prevé en todo su articulado, la posibilidad de que las personas que hayan sido jubiladas de otros organismos públicos y que posteriormente ingresaron a esta Institución, pudieran tener derecho a ser acreedores de una nueva jubilación o una sustitutiva a la ya otorgada, con motivo del cargo desempeñado en este Organismo.

Determinado lo anterior, es importante hacer referencia al contenido de los principios constitucionales de Progresividad, Intangibilidad e Irrenunciabilidad de los derechos laborales, respecto de lo cual se efectúan las siguientes apreciaciones:

El principio constitucional que regula la progresividad de los derechos laborales, según el cual estos derechos deben ser interpretados *pro homine*, constituyendo una obligación general procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos y no cabe dudas, que el derecho a la jubilación y a obtener unos requisitos accesibles para el otorgamiento de este beneficio, forma parte de los derechos laborales que asisten a los funcionarios, fiscales y empleados del Ministerio Público.

El principio de progresividad e intangibilidad de los derechos laborales se encuentra consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la manera siguiente:

(...)

En esta norma se establece la prohibición legal de crear disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales, con lo cual el Constituyente estableció en una forma bastante amplia estos principios protectores que permiten la posibilidad de mejorar la condición de los trabajadores, pero no su desmejoramiento. Lo cual está íntimamente relacionado con el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales previsto en el numeral 2 del artículo 89 de nuestra constitución, el cual implica que una conquista que se obtenga, cuantitativamente y/o cualitativamente, no puede en el ordenamiento jurídico venezolano, verse soslayada hacia abajo, menos aún al prever el constituyente a favor de los trabajadores, el principio *pro operario*. Es a esto que se refieren los principios antes analizados.

En este mismo orden de ideas y con relación al caso que nos ocupa, es necesario indicar lo que debe entenderse como Principio de Progresividad en criterio del Tribunal Supremo de Justicia, el cual ha sido definido como:

“...la cualidad de progresivo, que significa que avanza, favorece el avance o lo procura o que progresa o aumenta en cantidad o perfección. De allí que, los derechos de los trabajadores en cuanto intangibles no pueden alterarse o modificarse luego de haberse establecidos; y que de modificarse se debe favorecer a su avance o progreso. De este modo, dentro de los fundamentos esenciales de los derechos de los trabajadores hay que resaltar la irregresividad y su correlativa progresividad (...) la intangibilidad y progresividad en el orden constitucional se relaciona íntimamente con el principio interpretativo *in dubio prop operario*, por lo que el significado y alcance dado, debe efectuarse de la manera más favorable para el trabajador”. (Sentencia emanada del

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, ponente Omar Mora Díaz, de fecha 30-10-2007).

Siendo así, estima esta Dirección de Consultoría Jurídica que en el caso bajo análisis, si bien es cierto que los derechos laborales son irrenunciables, intangibles y progresivos de acuerdo a estos principios constitucionales, también es cierto que hay otros principios, derechos y garantías que coexisten con los ya mencionados dentro de la esfera constitucional, los cuales son regulados por leyes.

En este orden de ideas, el artículo 4° del Código Civil venezolano establece el principio de que a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.

Es por ello, que al estar establecido en el artículo 137 Parágrafo Cuarto del Estatuto de Personal del Ministerio Público que:

“(…)

Lo cual es cónsono con lo previsto en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prohíbe expresamente disfrutar de más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la ley. De manera tal, que de acuerdo al criterio de esta Dirección de Consultoría Jurídica y en función de las normas constitucionales y legales previamente estudiadas, resultaría contrario a derecho que el Ministerio Público le conceda al ciudadano (...), por vía de gracia, una pensión concurrente o sustitutiva de la que ya le fue acordada por la Alcaldía del Municipio Libertador, pues se violentarían los artículos 148 de nuestra Constitución y 137 Parágrafo Cuarto del Estatuto de Personal del Ministerio Público.

Por tal razón, pretender concederle al mencionado ciudadano el aludido beneficio en atención con los principios de irrenunciabilidad, progresividad e intangibilidad de los derechos laborales previstos en nuestro Texto Constitucional, no convalida la trasgresión que resultaría de las dos normas anteriormente citadas, toda vez que si bien dichos principios tienen por finalidad la protección del trabajador, la misma debe ceñirse a la normativa constitucional y legal que regula la materia.

A mayor abundamiento, es propicia la ocasión para traer a colación un extracto de la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 2 de marzo de 2005, con motivo del recurso de revisión interpuesto por el ex-Fiscal General de la República Julián Isaías Rodríguez, de la sentencia N° 01556 del 15 de octubre de 2003, emitida por la Sala Política Administrativa del referido tribunal, con ocasión a la solicitud de jubilación efectuada por el ciudadano Héctor Augusto Serpa Arcas, ex-Fiscal General de la República, en la cual dejó sentado lo siguiente:

(…)

(iii) En caso que el estatuto del órgano o ente en el que se produce el reingreso del funcionario jubilado se encuentre una prohibición de asumir los complementos o **la totalidad de la jubilación previamente acordada**; el órgano u ente que otorgó la jubilación, necesariamente debe asumir la correspondiente variación que se produzca como resultado del reingreso del funcionario a la Administración Pública” (negritas nuestra).

(iv) Considera esta Sala que en el supuesto en el que ambos órganos u entes -en el que se produce el reingreso y el que originalmente otorgó la jubilación- se excluya la posibilidad de asumir cualquier variación como resultado del reingreso, dicha normativa debe considerarse contraria al ordenamiento jurídico (derecho a la seguridad social), por lo que obligatoriamente deberá asumir la correspondiente variación el organismo que otorgó la jubilación-en el presente caso, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura”.

En consecuencia, con base en los razonamientos antes expuestos esta Dirección de Consultoría Jurídica estima que en el caso objeto de estudio, no es factible que el Ministerio Público le otorgue al

ciudadano (...), una jubilación concurrente o sustitutiva de la que ya le fue acordada por la Alcaldía del Municipio (...). No obstante, considera igualmente que lo más apropiado sería que al momento en que éste cese sus funciones en este Organismo, reactive la referida jubilación, debiendo la indicada alcaldía efectuar el respectivo recálculo a dicha pensión, tomando en consideración el último salario devengado por el citado ciudadano y computando el tiempo de servicio prestado en esta Institución.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 11-02-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Administrativo y Derecho Constitucional

4.- TEMA: Jubilación

## 5.- EXTRACTO

Cualquier funcionario que ingrese al Ministerio Público siendo jubilado por otro organismo de la administración pública, no puede pretender que se le tramite una nueva jubilación o se le reconozca el pago de las diferencias generadas respecto de la pensión de jubilación y el nuevo cargo que se encuentre desempeñando.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Resolución N° 173

6.2.- FECHA: 11-02-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

Visto el recurso de reconsideración ejercido por la ciudadana (...) contra el acto administrativo (...) contenido en el oficio (...) mediante el cual la Dirección de Recursos Humanos ratifica el criterio contenido en la comunicación (...) a los efectos de emitir la decisión correspondiente, se estima pertinente analizar los argumentos expuestos por la recurrente de la siguiente manera:

"(...) Las antes referida (sic) decisión de la Dirección de Recursos Humanos DRH-DRLSP429-2008 del 21-05-2008 reiterativa de la DRH-DA-045-2008, aparte de negarme el derecho a la jubilación por considerarla improcedente, **omitió en todo caso pronunciarse y sin discriminación sobre el derecho que poseo *mutatis mutandi* al menos a un complemento de jubilación**, que es señalado expresamente en el **Estatuto de Personal del Ministerio Público del 99** para los funcionarios del Ministerio Público que hubieren reingresado (Art. 137 Parágrafo Primero), y que correspondía aplicar en razón de la doctrina obligatoria en materia de Seguridad Social de nuestra Sala Constitucional para todos los órganos del Poder Público y orientadora de nuestra Sala Política Administrativa, que no puede omitirse ni desconocerse. Con el pronunciamiento de la Dirección de Recursos Humanos, se **contravino mis derechos constitucionales a la Seguridad Social, como se contempla en el Preámbulo y los artículos 80, 86, 147 y 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, adminiculados a los principios y conceptos acerca de la Seguridad Social recogidos en las Doctrinas de carácter vinculante** y por ende **obligatoria de cumplir para todos los órganos de las (sic) Poderes Públicos**, y que viene realizando el Tribunal Supremo de Justicia a través de la Sala Constitucional, Sala Política Administrativa, Sala de Casación Social y Sala Plena." (Negritas de la cita).

Se desprende del argumento antes señalado que a juicio de la ciudadana (...) la decisión emanada de la Dirección de Recursos Humanos contenida en los memorándums Nros. DRH-DRLSP-429-2008 del 21 de mayo de 2008 y DRH-DA-045-2008, que le negó la jubilación solicitada por considerarla improcedente, por lo menos ha debido pronunciarse respecto a la procedencia del complemento al cual, de acuerdo a sus dichos tiene derecho.

En tal sentido, se observa que la recurrente fundamenta la solicitud del complemento a su pensión de jubilación, en el Parágrafo Primero del artículo 137 del Estatuto de Personal del Ministerio Público. No

obstante, a los fines de verificar si la referida norma es aplicable al caso de la ciudadana (...) debe esta decisora revisar el contenido del referido artículo, el cual dispone (...)

De la lectura del artículo antes señalado, se colige lo siguiente:

1°.- Que el o la Fiscal General de la República tiene la potestad de permitir la continuación de servicios de aquellos funcionarios del Ministerio Público a quienes les ha nacido el derecho a ser jubilados.

2°.- Que una vez que la jubilación es acordada a un funcionario del Ministerio Público, éste puede reingresar al Organismo como contratado o para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción.

3°.- Que de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Primero, debe entenderse que una vez que el funcionario jubilado del Ministerio Público reingresa a este Organismo y ha ocupado mas de tres (3) años el cargo respectivo, tendrá derecho a un complemento del monto de la misma, cuando la base de cálculo haya surgido del ejercicio de un cargo de inferior remuneración, o cuando la antigüedad tenida en cuenta pueda ser incrementada conforme al artículo 138 del estatuto de personal del Ministerio Público.

De conformidad con las consideraciones antes expresadas, esta decisora debe advertir que el complemento al que hace referencia el Parágrafo Primero del artículo 137 del Estatuto de Personal del Ministerio Público y el cual es reclamado por la recurrente, es aquel que corresponde sólo a los funcionarios adscritos a este Organismo que fueron objeto de una jubilación y que reingresaron a desempeñar funciones como contratados o en cargos de libre nombramiento y remoción, supuesto que no se ajusta al caso de la ciudadana (...) ya que ésta es jubilada de otro Organismo de la Administración Pública, a saber de la Alcaldía (...) razón por la cual la decisión tomada por la Dirección de Recursos Humanos y que le fue notificada a la recurrente a través de los actos recurridos, no contravino los derechos constitucionales a la Seguridad Social contenidos en el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en los artículos 80, 86, 147 y 148, en virtud de que efectivamente de conformidad con la normativa que rige al Ministerio Público en materia de jubilaciones, así como las normas constitucionales aludidas por la recurrente, no es procedente que este Organismo otorgue una nueva jubilación. **Y ASÍ SE DECIDE.**

(...)

Ante tales consideraciones, debe esta decisora señalar que la ciudadana (...) lo que pretende es el reconocimiento por parte del Ministerio Público del complemento del monto de la pensión de jubilación que le fue otorgada por la Alcaldía (...) y para ello, estima que se ha debido aplicar la normativa contenida en la Resolución N° 202 de fecha 16 de noviembre de 1989, publicada en la Gaceta Oficial N° 35.355 de fecha 7 de diciembre de 1993 y no las que normas que en materia de jubilación contiene el Estatuto de Personal de fecha 04 de marzo de 1999, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.654.

En tal sentido, debe advertir este Despacho, que en todo caso la verificación de la procedencia o no del pretendido complemento de la pensión de jubilación debe ser analizada bajo la normativa que se encuentre vigente no al momento del ingreso del funcionario que se estime beneficiario del mismo, sino que por el contrario, debe ser analizada su procedencia en atención a la normativa que se encuentre vigente al momento en que el mismo sea reclamado por el funcionario y en el caso de la ciudadana (...) este Despacho no puede aplicar una normativa que se encuentra derogada, sino que necesariamente debe atender a la normativa contenida en el Estatuto de Personal vigente.

En razón de las consideraciones antes esgrimidas, estima esta decisora que no es ajustada la solicitud de la ciudadana (...) en el sentido de que se le aplique una normativa derogada para resolver su caso, específicamente las contenidas en la Resolución N° 202 de fecha 16 de noviembre de 1989, publicada en la Gaceta Oficial N° 35.355 de fecha 7 de diciembre de 1993 que se encuentra derogada, ya que las normas que son aplicables a los fines de verificar si procede o no que el Ministerio Público le reconozca y cancele un complemento del monto de la pensión de jubilación que le fue otorgada por otro Organismo de la Administración Pública, son las contenidas en las Resolución N° 60 de fecha 4 de marzo de 1999,

publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.654 de fecha 4 de marzo del mismo año. **Y ASÍ SE DECLARA.**

(...)

Se desprende de los argumentos antes transcritos, que la ciudadana(...) a los fines de que este Organismo le confiera un complemento a la pensión de jubilación que fue acordada por la Alcaldía (...) hace referencia a criterios jurisprudenciales para concluir, que en su caso inclusive podría ser procedente una jubilación, ya que fue jubilada de un cargo docente, aunado al hecho que de acuerdo a su criterio, los artículos 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 137 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, son inaplicables a su caso.

En virtud de las consideraciones antes expresadas, debe advertir esta decisora que es un hecho cierto y además reconocido por la ciudadana (...) que es docente jubilada de la Alcaldía (...). No obstante, considera que al materializarse su egreso del Ministerio Público, no es aplicable a su caso el artículo 148 Constitucional.

Al efecto, estima pertinente este Despacho verificar qué establece el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

(...)

El artículo antes transcrito, se presenta como la constitucionalización de la prohibición absoluta de que una persona pueda disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

Asimismo, es menester revisar lo previsto en el artículo 137, párrafo cuarto del Estatuto de Personal del Ministerio Público:

(...)

De tal manera que, de conformidad con la norma constitucional y estatutaria antes mencionadas, la ciudadana (...) no tendría derecho a la concesión de una jubilación por parte del Ministerio Público, ni concurrente ni sustitutiva a la que está disfrutando.

A mayor abundamiento es propicio hacer referencia a la sentencia N° AA50-T-2005-000243 de fecha 02 de marzo de 2005 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en ocasión del recurso de revisión intentado por el Dr. Julián Isaías Rodríguez, de la sentencia N° 01556 del 15 de octubre de 2003, dictada por la Sala Político Administrativa, en la cual se acotó lo siguiente:

"(...)

Así, resulta acertado lo expuesto por la Sala Político Administrativa de este Tribunal, al señalar lo siguiente: '(...) Del análisis efectuado a toda la normativa que ha regido la materia objeto del presente caso, queda evidenciado que no existe previsión alguna que haya establecido o prevea la posibilidad de que las personas jubiladas de otros organismos del sector público que hubieren ingresado posteriormente al Ministerio Público, ya sea en calidad de contratados, o en un cargo de libre nombramiento y remoción, o en un '**cargo sujeto a período constitucional**' (este último es precisamente el que ocupó el recurrente en el Ministerio Público), pudieren tener derecho a ser acreedores de una nueva jubilación en virtud del desempeño de un cargo en la Fiscalía General de la República (...)'. (Resaltado del original).

La referida sentencia también analiza la posibilidad de conferir un complemento al monto de la pensión otorgada, en los siguientes términos:

"(...)



Así, en el caso bajo análisis al evidenciarse que el ciudadano Héctor Augusto Serpa Arcas, fue jubilado mientras ejercía el cargo de juez superior (Anexo D del escrito contentivo del recurso de revisión interpuesto), resultaban plenamente aplicables los principios antes expuestos y en particular lo siguiente:

Como supuestos relacionados con el órgano o ente que recibe al funcionario que reingresa a la Administración Pública –en el presente caso el Ministerio Público-, los siguientes:

**(i) El ente u órgano en el cual reingresa un particular jubilado, deberá asumir los complementos o la totalidad de la jubilación previamente acordada, si así expresamente lo reconoce su estatuto...**. (Negritas y subrayado de quien suscribe).

De esta manera la sentencia parcialmente transcrita, prevé o enlaza la posibilidad de otorgar una nueva jubilación o un complemento a la previamente acordada por otro Organismo a favor de un funcionario que se encuentra prestando servicios en el Ministerio Público a la circunstancia que el Estatuto de Personal del Ministerio Público así lo permita; y siendo que el artículo 137, parágrafo cuarto de dicho Estatuto excluye tal posibilidad al prever que los jubilados por otro ente público, "... no tendrán derecho a la concesión de una nueva jubilación, por parte de la Institución...", no existe un derecho a favor de la ciudadana (...) en este sentido. **Y ASÍ SE DECIDE.**

Concluye su escrito recursivo la ciudadana (...) solicitando lo siguiente:

"(...) **solicito** respetuosamente a la ciudadana Fiscal General de la República Luisa Ortega Díaz tenga a bien **dejar sin efecto y en consecuencia revocar por nulidad absoluta los Memos DRH-DA-029-2008 del 07-01-08 y DRH-DA-045-2008 del 26-03-08, y me conceda el beneficio de un complemento de jubilación que mas (sic) me favorezca, tomando en cuenta que he cumplido a la fecha más de 10 años en el Ministerio Público, más de 20 años computable (sic) al Ministerio Publico (sic) por servicios en éste y en el Poder Judicial y 21 años en Educación Pública., (sic) y como contrapartida a la utilidad de mis servicios al Ministerio Público calificadas de Sobresaliente en promedio de acuerdo a las calificaciones producidas por mis superiores**".

Se desprende del argumento antes transcrito que la recurrente solicita que se dejen sin efecto los actos recurridos y que en su lugar, este Despacho se pronuncie sobre el complemento de la pensión del monto de su jubilación.

A los fines del análisis respectivo, debe esta decisora verificar si el Estatuto de Personal del Ministerio Público reconoce expresamente la cancelación de un complemento a los beneficiarios de jubilaciones otorgadas por otros Organismos de la Administración Pública.

En tal sentido, conviene hacer referencia al Parágrafo Tercero del artículo 137 del referido Estatuto, el cual dispone:

**"Artículo 137.-**

(...)

Se desprende con claridad del artículo antes citado, que el Estatuto de Personal del Ministerio Público permite el reingreso de funcionarios jubilados por otros entes de la Administración Pública, previo al cumplimiento de ciertos requisitos. No obstante, respecto de la cancelación de variaciones o complementos de los montos de las pensiones, establece expresamente nuestra normativa interna que "(...) En ningún caso, corresponderán al Ministerio Público las erogaciones, derivadas de variaciones o complementos de aquellas jubilaciones."

De conformidad con el parágrafo antes citado y de acuerdo con el criterio establecido en la sentencia de fecha 02 de marzo de 2005 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en ocasión del recurso de revisión intentado por el Dr. Julián Isaías Rodríguez, de la sentencia N° 01556 del 15 de octubre de 2003, dictada por la Sala Político Administrativa, no cabe dudas que no

le corresponde al Ministerio Público cancelar a la ciudadana (...) ningún complemento sobre el monto de la pensión que le fue otorgada por la Alcaldía (...) ya que así expresamente lo reconoce el Estatuto de Personal, razón por la cual no puede esta decisora atender a la solicitud de nulidad de los Memorándums Nros. RH-DA-045-2008 de fecha 26 de marzo de 2008 y DRH-DA-029-2008 del 07 de julio de 2008. **Y ASÍ SE DECIDE.**

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Administrativo y Derecho Constitucional

4.- TEMA: Jubilación

#### 5.- EXTRACTO

Cuando la Fiscal General de la República otorga la jubilación a un funcionario u obrero de esta Institución, que ha cumplido con los requisitos legales previstos en el Estatuto de Personal del Ministerio Público, sin que este la haya solicitado (de oficio) no hace sino cumplir con una obligación legal derivada de un mandato constitucional que redunde en beneficio de la seguridad social del trabajador jubilado.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Resolución N° 195

6.2.- FECHA: 18-03-2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

Visto el escrito presentado por la ciudadana (...) mediante el cual ejerce Recurso de Reconsideración contra la decisión dictada por este Despacho a través de la Resolución (...) por cuyo intermedio se le concedió el beneficio de jubilación (...) se exponen a continuación los argumentos presentados por la recurrente a los fines del análisis respectivo.

Señala la accionante, que a pesar de cumplir (...) con los requisitos previstos en el artículo 133 del Estatuto de Personal del Ministerio Público para que se le reconociera el derecho a la jubilación, en ningún momento solicitó tal beneficio, ya que si bien el mismo puede ser concedido de oficio, lo menos que puede hacerse en esos casos es que los trámites se hagan del conocimiento del beneficiario, dado que esa decisión incide directamente en los derechos subjetivos de su destinatario.

Agrega, que en su caso se ve afectada por dicha decisión (...) ahora sus posibilidades económicas se ven mermadas al perder con la jubilación el 25% de su sueldo y adicionalmente el beneficio de los cesta tickets.

Indica más adelante, que haberle tramitado su jubilación a sus espaldas, primero que a otras personas que la han solicitado con antelación, convierte el acto impugnado en violatorio del debido proceso y del derecho a ser oído, además de estar viciado de desviación de poder, ya que su jubilación tramitada con mucha celeridad, obedece a que en dos (2) oportunidades denunció al Fiscal (...) por constantes maltratos, humillaciones y vejaciones hacia su persona (...).

(...)

Consta en la Resolución N° 258 de fecha 7 de abril de 2008, emanada de este Despacho, que a la ciudadana (...) se le otorgó el beneficio de jubilación previsto en el artículo 133 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, por haber cumplido con los requisitos necesarios para hacerse acreedora a dicho beneficio (...)

Ahora bien, alega la recurrente que su jubilación fue tramitada a sus espaldas y sin que ella la hubiese solicitado.

Al respecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tutela en el artículo 80, la garantía de protección a la ancianidad y el derecho de los ancianos a la jubilación, en los siguientes términos:

(...)

Por su parte, el artículo 86 *eiusdem*, dispone:

(...)

Así mismo, el artículo 147 de nuestra Carta Magna, consagra que la ley establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios y funcionarias públicas, nacionales, estatales y municipales.

Lo antes expuesto implica, que el concepto de seguridad social establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es un derecho inherente a la persona humana y debe ser entendido como un sistema que abarca toda estructura, que integra entes de derecho público como en su acepción tradicional Seguro Social, así como organismos de naturaleza privada. Teniendo ambos, el mismo destino común, garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho a pensiones y jubilaciones.

En consecuencia, resulta obligatoria la aplicación del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a los diferentes entes de derecho público o privado, distintos de la República, que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, por ser considerados como parte integrantes del actual sistema de seguridad social.

Sin embargo, existe una potestad reglamentaria atribuida directamente por la Constitución, a los órganos con autonomía funcional, como es el caso del Ministerio Público, para dictar sus propios reglamentos en materia de previsión y seguridad social, sin que ello implique violación a la reserva legal. Esta autoridad encuentra plena vigencia en el artículo 147 de dicho Texto Constitucional, por mandato expreso del artículo 273 *eiusdem*.

En este orden de ideas, tenemos que el régimen vigente de jubilaciones y pensiones en este Organismo, está contenido en el Estatuto de Personal del Ministerio Público, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.654 del 4 de marzo de 1999, que en el artículo 133, dispone:

(...)

Por su parte, el artículo 135 *eiusdem*, pauta:

(...)

De la transcripción de los artículos antes citados, se evidencia que para tener derecho a la jubilación en esta Institución, se requiere cumplir veinte (20) años de servicio en la Administración Pública, de los cuales por lo menos (10) deben haber sido prestados en el Ministerio Público, y tener cuarenta y cinco (45) años de edad si es mujer y cincuenta (50) si es hombre y la misma se puede otorgar de oficio o a petición del interesado.

En el caso que nos ocupa, se observa de la revisión efectuada al contenido de la Resolución (...) emanada de este Despacho, que la recurrente se hizo acreedora al beneficio de jubilación previsto en el artículo 133 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, " (...) en virtud de que ha alcanzado la edad de cuarenta y ocho (48) años, y ha cumplido veinte (20) años, un (01) mes y seis (06) días de servicio en la Administración Pública al 01-05-2008, de los cuales quince (15) años y un (01) mes los trabajó en el Ministerio Público".

Siendo así, considera esta decisora que al estar establecido en el artículo 135 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, la potestad de otorgar de oficio el beneficio de jubilación a los

fiscales, funcionarios y empleados, que cumplan con los requisitos previstos en el artículo 133 *eiusdem*, mal puede entonces alegar la recurrente que su jubilación fue tramitada de manera irregular, toda vez que esta Superioridad sólo ha dado cumplimiento a una norma legal derivada de un mandato constitucional, que a su vez, redundando en beneficio del trabajador como es en el presente caso, reconocerle su derecho y otorgarle el beneficio de jubilación a la ciudadana (...) en razón de lo cual se desestima el citado argumento por infundado. **Y ASÍ SE DECIDE.**

En lo atinente al alegato de la recurrente en el sentido que el acto impugnado violenta el debido proceso y el derecho a ser oído, se observa:

Como se dijo anteriormente, una vez que el fiscal, funcionario o empleado al servicio de esta Institución, cumple con los requisitos legales exigidos por el artículo 133 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, le nace el derecho a obtener la correspondiente jubilación, cuyo trámite puede ser de oficio o por solicitud del interesado, tal como lo prevé el artículo 135 del citado Estatuto.

En este contexto, tenemos que al estar evidenciado que en el presente caso se dio cumplimiento al trámite legal previsto en los artículos 133 y 135 del Estatuto de Personal del Ministerio Público tendente a otorgarle el beneficio de jubilación a la ciudadana (...) estima esta Superioridad que no existe violación del debido proceso ni del derecho a ser oído, invocado por la recurrente, motivo por el cual se desestima el aludido argumento por infundado. **Y ASÍ SE DECIDE.**

En cuanto al argumento de la recurrente mediante el cual señala que el acto impugnado está viciado de desviación de poder, debido a que se utilizó la figura de la jubilación para retirarla del Ministerio Público, es oportuno hacer referencia a la sentencia N° 01722 de fecha 20 de julio de 2000, caso José Luis Tamayo Rodríguez contra el Ministerio del Interior y Justicia, emanada de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual dejó sentado lo siguiente:

"(...) se entiende que la Administración incurre en el vicio de desviación de poder, cuando actúa dentro de su competencia, pero dicta un acto que no esté conforme con el fin establecido por la ley, correspondiendo al accionante probar que el acto recurrido, como ya ha sido señalado, persigue una finalidad diferente a la prevista en la Ley". (Subrayado del Despacho).

"En efecto, ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia de esta Sala en señalar que la desviación de la finalidad perseguida requiere, por ende, ineludiblemente, de la prueba de la divergencia que se impute a la acción administrativa, en cuya virtud, no bastarán apreciaciones subjetivas o suspicaces de quien invoque la desviación, si no se presentan hechos concretos que conduzcan a su plena comprobación". (Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 03 de marzo de 2004, expediente N° 13374, caso Eliécer Alexander Salas Olmos).

Sobre el particular, cabe destacar que el acto impugnado fue dictado por esta Superioridad en ejercicio de las facultades que tiene legalmente atribuidas y en atención a los intereses que tutela, a lo cual debe sumarse, que tal y como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, la desviación de poder implica que quien la alega debe demostrar fehacientemente que el autor del acto usó la norma para un fin distinto al previsto por el legislador, y como quiera que en el caso objeto de análisis la recurrente no demostró tal circunstancia, lo procedente y ajustado a derecho es desestimar el referido alegato, por falta de fundamentación. **Y ASÍ SE DECIDE.**

(...)

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 09-08-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Administrativo

4.- TEMA: Prestación de Antigüedad

## 5.- EXTRACTO

Los dos (2) días adicionales de prestación de antigüedad que se causan cumplido que fuere el segundo año de servicio, son acumulativos y deben ser "pagados" al trabajador mientras dure la relación de trabajo, es decir, que el caso de la ciudadana..., esos días adicionales acumulados durante los diecisiete (17) años de servicio a otro patrono, han debido ser reconocidos por éste y no por el Ministerio Público.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Memorándum DFGR-DCJ-11-643-2009

6.2.- FECHA: 09-08-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

A los fines de poder evacuar la consulta planteada, es menester señalar que lo atinente a la prestación de antigüedad y los términos en los cuales ésta debe ser cancelada, se encuentra regulada en el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual dispone lo siguiente:

(...)

De acuerdo con la norma antes citada, en materia funcional existe una remisión expresa a la Ley Orgánica del Trabajo, en cuanto a la prestación de antigüedad y los términos en que ésta será cancelada.

En tal sentido, el artículo 108 de la Ley *in comento*, establece lo siguiente:

(...)

De la norma transcrita se desprende, que la misma reconoce y regula la prestación de antigüedad que constituye aquel beneficio que se causa y acrecienta, en términos patrimoniales, en la medida que la relación de trabajo transcurre o se hace más antigua.

Igualmente, consagra la disposición *in comento*, en primer lugar, que el empleador está obligado a depositar o acreditar a favor del trabajador, cinco (5) días de salario, a partir del tercer mes de servicio, con base al salario devengado en el mes correspondiente.

Adicionalmente, establece un segundo componente del régimen de la prestación de antigüedad, constituido por el derecho de los trabajadores, a percibir dos (2) días adicionales de salario por cada año de servicio a partir del primer año o fracción superior a seis (06) meses de antigüedad verificado desde la vigencia de la reforma de la Ley, también por concepto de antigüedad, acumulativos hasta llegar a 30 días de salario.

Estos dos (2) días adicionales se comenzaron a computar a partir de la entrada en vigencia de la Ley reformada (19 de junio de 1997), ya que bajo el imperio de la Ley derogada este beneficio no era

reconocido, salvo para aquellos trabajadores que por vía de convención colectiva, o de otra fuente distinta a la ley, lo hubieren adquirido.

En cuanto a la forma en que deben ser cancelados esos dos (2) días adicionales de antigüedad, hay que acudir al Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual dispone en su artículo 71, lo siguiente:

(...)

De la lectura del segundo párrafo del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, se desprende que una vez cumplido el primer año de servicio o fracción superior a seis (6) meses, prestados por un trabajador, éste tendrá derecho a dos (2) días adicionales de salario por cada año de servicio, que se causarán cumplido el segundo año, verificado a partir de la vigencia de la reforma de la Ley, es decir dos (02) días el segundo año, cuatro (04) días el tercero, seis (06) días el cuarto, y así sucesivamente; hasta llegar a un máximo de treinta (30) días de antigüedad adicional por año, y al año décimo sexto de servicio, si aún el trabajador sigue en la empresa, tendrá derecho por lo tanto a treinta (30) días de prestación de antigüedad adicional a todos los años sucesivos; y el salario base para su cálculo será el promedio de lo devengado por el trabajador en el año respectivo.

Asimismo, se observa que el legislador señaló que los conceptos regulados en la referida norma, comenzaran a causarse a favor del trabajador "Después del primer año de servicio, o fracción superior a seis (6) meses...", es decir, que los dos (02) días adicionales a que hace referencia el segundo párrafo del referido artículo, se deben reconocer a favor del trabajador, sólo cuando se haya cumplido con el tiempo de servicio antes señalado.

Igualmente, conviene precisar que al analizar el segundo párrafo del artículo 108 de la Ley *in comento*, se entiende que esos días adicionales de antigüedad debe reconocerlos y pagarlos el patrono a favor del trabajador que se encuentre prestando efectivamente servicios, y en caso de haberse acumulado los días que correspondan al trabajador, éstos deberán ser reconocidos y cancelados al finalizar la relación de trabajo, junto con los otros conceptos a los que hace referencia el artículo en referencia.

Se hace esta acotación, para indicar que por ejemplo, un trabajador que preste servicios para una determinada empresa tendrá derecho al pago de los dos (2) días adicionales a la prestación de antigüedad y al incremento que se genere, sólo durante el tiempo en que efectivamente preste sus servicios para ese patrono, pero si la relación laboral termina por cualquiera de las causas establecidas en la ley y posteriormente, el trabajador inicia una nueva relación laboral con otro ente público o privado, al efecto respecto de ese nuevo patrono e independientemente de los años de servicio que hubiese acumulado con el anterior, se le reconocerá el pago de esos dos (02) días adicionales, tal y como lo señala el artículo 71 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo "(...) cumplido que fuere el segundo año de servicio."

(...)

En tal sentido, salvo mejor criterio, se estima que en su caso los dos (2) años adicionales a la prestación de antigüedad previstos en el segundo párrafo del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, han debido ser reconocidos y cancelados oportunamente por el patrono al cual prestaba anteriormente sus servicios, y no es procedente que la ciudadana ..., pretenda que el Ministerio Público reconozca y cancele a su favor los dos días acumulados durante los diecisiete (17) años prestados a otro patrono, ya que estos días tienen un carácter acumulativo mientras dure la relación laboral, razón por la cual una vez iniciada una nueva relación funcional con el Ministerio Público, a este Organismo le corresponderá reconocer los días adicionales que le correspondan de acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento.

Los dos (2) días adicionales de prestación de antigüedad que se causan cumplido que fuere el segundo año de servicio, son acumulativos y deben ser "pagados" al trabajador mientras dure la relación de trabajo, es decir, que el caso de la ciudadana..., esos días adicionales acumulados

durante los diecisiete (17) años de servicio a otro patrono, han debido ser reconocidos por éste y no por el Ministerio Público.



1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 26-10-2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Administrativo

4.- TEMA: Pensión De Invalidez

## 5.- EXTRACTO

De conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, le corresponde al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales certificar el grado de discapacidad del trabajador, pero tal pronunciamiento no conlleva la incapacidad o invalidez del mismo y menos aún, debe entenderse que la emisión de tal certificación pueda implicar una obligación para que el Ministerio Público gestione la pensión de invalidez del funcionario (a), ya que tal beneficio será procedente sólo cuando la funcionaria reúna los requisitos previstos en el estatuto de personal.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Memorándum N° DCJ-11-1006-2009

6.2.- FECHA: 26-10-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

Se solicitó opinión de esta Dirección de Consultoría Jurídica respecto a la "(...) procedencia o no, de otorgar la pensión de invalidez a la ciudadana (...)".

La solicitud de opinión se formula, en virtud de que "(...) 2.- En fecha 26 de junio de 2009, previa averiguación administrativa del ente del Ministerio del Trabajo, el Ministerio Público recibió la notificación de Certificación Médica expedida por INPSASEL a favor de la referida funcionaria, a quien se le señala que su enfermedad fue agravada por el trabajo y se le ocasionó una Discapacidad Total y permanente para el Trabajo Habitual./ 6.- (sic) En fecha 06 de agosto de 2009, el Coordinador del Servicio Médico del Ministerio Público, pronunció opinión médica diferente al dictamen de Organismo (sic) del Trabajo, sugiriendo que la funcionaria debe reincorporarse a sus labores."

Antes de emitir la opinión solicitada, estima pertinente esta Dirección de Consultoría Jurídica realizar las siguientes consideraciones:

El requerimiento efectuado por esa Dirección de Recursos Humanos, se circunscribe a dilucidar si es posible otorgar o no el beneficio de incapacidad correspondiente a la ciudadana (...) ya que por un lado, existe certificación (...) expedida por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales a favor de la referida funcionaria, en la cual se determinó que tiene una enfermedad agravada por el trabajo que le ocasiona una discapacidad total permanente para el trabajo habitual, y por el otro, se encuentra el Oficio (...) a través del cual el Médico Jefe de la Coordinación de Servicios Médicos de este Organismo, consideró pertinente tramitar la reincorporación laboral de la referida ciudadana.

Como punto previo, debe indicar este Órgano Asesor que el estudio del caso planteado, se efectuará con fundamento en la revisión de las normas contenidas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, toda vez, que el documento que fue remitido a este Organismo a favor de la ciudadana (...) emanó de un Instituto regido por la referida Ley.

No obstante, se advierte que las normas contenidas en la Ley *in comento*, son aplicables al Ministerio Público en todo lo que tiene que ver con las "(...) normas y lineamientos de las políticas, y los órganos y entes que permitan garantizar a los trabajadores y trabajadoras, condiciones de seguridad, salud y

bienestar en un ambiente de trabajo adecuado..."<sup>41</sup>, sin embargo, el cumplimiento de los requisitos y el trámite a seguir para que un funcionario adscrito a este Organismo pueda hacerse acreedor del beneficio de invalidez, se rige exclusivamente por las normas contenidas en el Título V, Capítulo V del Estatuto de Personal del Ministerio Público.

En tal sentido, a los fines del análisis de la situación planteada esta Dirección de Consultoría Jurídica abordará el estudio del caso planteado, formulando algunas interrogantes:

I.- ¿Constituye la certificación expedida por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales a favor de la ciudadana (...) un documento que imponga al Ministerio Público la obligación de tramitar inmediatamente su pensión de invalidez?

Como primer aspecto, debe indicarse que el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, tiene la facultad de poder expedir tal certificación y más específicamente, de dictaminar el grado de discapacidad del trabajador, esto de conformidad con lo previsto en el artículo 18, numeral 17 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, el cual dispone lo siguiente:

(...) "Artículo 18. El Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales tendrá las siguientes competencias:

(...)

**17.- Dictaminar el grado de discapacidad del trabajador o de la trabajadora.**" (Negritas de quien suscribe).

Tal aseveración, se desprende de la revisión de la Ley *in comento*, y más es concretamente del contenido de sus artículos 81 y 100, los cuales disponen:

(...)

Se colige de las normas antes citadas, que puede determinarse a favor de un trabajador una discapacidad total permanente para el trabajo habitual, pero tal contingencia, no supone bajo ningún concepto, una incapacidad en los términos de suspensión definitiva del trabajador.

Asimismo, se desprende de la referida Ley, que una vez calificada la incapacidad del trabajador, nace sobre el patrono el deber de "(...) reingresar y reubicar al trabajador en un puesto de trabajo compatible con sus capacidades residuales", razón por la cual, con fundamento en la certificación emitida por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, no puede el Ministerio Público tramitar a favor de la ciudadana (...) el beneficio de incapacidad, ya que efectuar tal trámite conforme al referido documento, conllevaría el desconocer derechos laborales que le asisten a la referida funcionaria, como sería ser efectivamente reingresada y reubicada en un cargo que se ajuste a sus capacidades residuales.

Por ello, y a los fines de que el Ministerio Público materialice la obligación que le corresponde asumir respecto de la referida funcionaria, en ocasión de la determinación del grado de discapacidad efectuada por el referido Instituto, se recomienda a esa Dirección de Recursos Humanos, que sin mayores dilaciones solicite a la Coordinación de Servicios Médicos, una evaluación médica integral a la ciudadana (...) con el objeto de poder conocer cuáles son las capacidades residuales que deberán tomarse en consideración a los fines de asignarle un nuevo cargo o puesto de trabajo.

Asimismo, es oportuno indicar que en ocasión a la certificación que se expidió a favor de la ciudadana (...) de conformidad con lo previsto en el citado artículo 100, ésta gozará de inamovilidad laboral por un período de un (1) año, contado desde la fecha de su efectivo reingreso o reubicación.

<sup>41</sup>

Artículo 1 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

Debe concluirse este punto, señalando que de conformidad con las normas analizadas, le corresponde al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales certificar el grado de discapacidad del trabajador, pero tal pronunciamiento no conlleva la incapacidad o invalidez del mismo y menos aún, debe entenderse que la emisión de tal certificación pueda implicar una obligación para que el Ministerio Público gestione la pensión de invalidez de la ciudadana (...) ya que tal beneficio será procedente sólo cuando la funcionaria reúna los requisitos previstos en el Estatuto de Personal.

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Vicios formales del escrito de acusación

#### 5.- EXTRACTO

Cuando el escrito de acusación adolece de vicios formales, no es necesario retrotraer el proceso; sino que, de ser acordado por el órgano jurisdiccional (bien sea de oficio o previa petición del Ministerio Público), el representante Fiscal puede proceder a subsanar las fallas en el menor tiempo posible (en la Audiencia Preliminar o con posterioridad a ella, una vez acordada su suspensión); sin que a tales efectos se requiera una declaratoria de nulidad del acto conclusivo, ni la reposición de la causa.

La existencia de defectos formales en el escrito acusatorio no justifica *per se* la sustitución de la medida judicial de privación preventiva de libertad que haya sido impuesta a los imputados; pues para ello se requeriría la modificación de sus circunstancias originarias.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-20-62-2009

6.2.- FECHA: 05/03/2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"...Tal y como se evidencia del acta en la que se hizo constar la Audiencia Preliminar celebrada en la presente causa, el Abogado J. C .C -en su carácter de Fiscal Segundo del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado xxx- solicitó en ese acto la nulidad del escrito acusatorio que había interpuesto el 12 de octubre de 2008 el Abogado L. A. D. D, quien -actuando como Fiscal Noveno del Ministerio Público de esa misma Circunscripción Judicial- dirigió la investigación en esa causa.

Del contenido de esa acta a la que se ha hecho mención, no logra extraerse con precisión cuáles fueron los fundamentos en los que se sustentó esta solicitud del Abogado J. C .C. Únicamente, se desprende como argumento fiscal el señalamiento genérico que hizo este representante del Ministerio Público al incumplimiento de unos requisitos de forma y de fondo que -en su criterio- se evidenciaban de dicho escrito, pero que no fueron determinados en concreto.

Según se desprende del acta, luego de examinar el escrito acusatorio, el órgano jurisdiccional acogió esta solicitud por considerar que, en general, se había omitido el señalamiento relativo a la legalidad, pertinencia y necesidad de las pruebas ofrecidas.

Ahora bien, atendiendo a los recaudos que fueron remitidos a este Despacho y a las consideraciones emitidas anteriormente sobre el escrito de acusación, este Despacho debe afirmar que efectivamente el acto conclusivo que nos ocupa adolecía de algunos vicios, pero -a nuestro juicio- ellos sólo tenían un carácter formal, dado que en ninguno de los casos éstos afectaban esencialmente su objeto y contenido.

En ese sentido, estimamos que el Abogado J. C. C, de no considerar posible la subsanación

inmediata de los defectos advertidos, pudo haber solicitado al Juez de Control la suspensión de la audiencia preliminar con el objeto de proceder a ello y continuarla dentro del menor plazo posible, de conformidad con lo establecido en el artículo 330, numeral 1 del Código Orgánico Procesal Penal que consagra lo siguiente:

“(...) En caso de existir un defecto de forma en la acusación del Fiscal o del querellante, estos podrán subsanarlo de inmediato o en la misma audiencia, pudiendo solicitar que ésta se suspenda, en caso necesario, para continuarla dentro del menos lapso posible (...)”.

De lo transcrito, claramente se advierte que el legislador brindó una oportunidad (dentro de la etapa intermedia del proceso penal) para rectificar los errores o cumplir con lo omitido en el escrito de acusación, cuando el defecto del que éste adolece es de carácter formal.

En torno a este asunto, conviene destacar además que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia incluso ha señalado que la subsanación de los vicios formales que afectan al escrito de acusación no sólo procede a solicitud del Ministerio Público, sino que también puede ser ordenada de oficio por el órgano jurisdiccional, cuando éste haya constatado las fallas.

En este sentido, mediante decisión dictada el 11 de febrero de 2004, dicha Sala se pronunció de la manera siguiente:

“En el presente caso, lo que resulta acreditado es que la Jueza de Control decretó el sobreseimiento, mas no consta que, previamente, hubiera advertido al Ministerio Público acerca de los defectos formales que apreció en el escrito fiscal de acusación, requisito este indispensable para que el acusador hubiera contestado dichas imputaciones o, bien, hubiera subsanado tales defectos, sea en el mismo acto de la Audiencia Preliminar, sea posteriormente, previa suspensión de ésta, de acuerdo con el artículo 330.1 del Código Orgánico Procesal Penal. Así las cosas, la referida Jueza de la primera instancia penal debió limitarse a la negativa de admisión de la acusación fiscal (lo cual permitía al Fiscal la presentación de una nueva acusación, con subsanación de los defectos que hubiera apreciado el Tribunal de Control), ya que el decreto de sobreseimiento sólo era legalmente posible si, luego de la respectiva advertencia, en la misma audiencia, hubiera concluido que los referidos defectos no eran subsanables o que, siéndolo, tal corrección no fue ejecutada por el acusador en el lapso legal.”

De todo lo antes expuesto, se desprende que cuando el escrito de acusación adolece de vicios formales, no es necesario retrotraer el proceso; sino que, de ser acordado por el órgano jurisdiccional (bien sea de oficio o previa petición del Ministerio Público), el representante Fiscal puede proceder a subsanar las fallas en el menor tiempo posible (en la Audiencia Preliminar o con posterioridad a ella, una vez acordada su suspensión); sin que a tales efectos se requiera una declaratoria de nulidad del acto conclusivo, ni la reposición de la causa.

Por otra parte, del acta de Audiencia Preliminar analizada se evidenció que -por considerar nulo dicho acto conclusivo- el Abogado J. C. C. lo además solicitó al Juez de Control la sustitución de las medidas de Privación de Libertad que habían sido impuestas, por una menos gravosa de las establecidas en los artículos 256, numerales 3 y 8 del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con el artículo 258, *ejusdem*.

A propósito, debe señalarse que no constan en el acta examinada las razones por las cuales este representante del Ministerio Público consideró pertinente dicha sustitución y; en particular, qué circunstancias de las que dieron lugar a su imposición variaron para sustentar su pretensión.

En criterio de quien suscribe, la existencia de defectos formales en el escrito acusatorio no justifica *per se* la sustitución de la medida judicial de privación preventiva de libertad que haya sido impuesta a los imputados; pues para ello se requeriría la modificación de sus circunstancias originarias, de modo que aquélla pueda ser razonablemente satisfecha con la aplicación de una medida cautelar sustitutiva de las contempladas en el citado artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal, que resultan menos gravosas.

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Acusación: Cambio de calificación jurídica en la acusación

#### 5.- EXTRACTO

Si bien los representantes del Ministerio Público se encuentran facultados para solicitar durante la Audiencia Preliminar el cambio de calificación jurídica inicialmente aplicada a los hechos, dicha actuación no puede ser ejercida de manera arbitraria en cualquier caso o circunstancia, sino únicamente bajo los supuestos que se han planteado anteriormente en forma excepcional.

Es admisible el cambio de calificación jurídica durante la celebración de la Audiencia Preliminar a solicitud del Ministerio Público, siempre que se haya advertido la existencia de elementos de convicción nuevos o desconocidos al momento de presentar la acusación, que ameriten el cambio o modificación del precepto jurídico inicialmente invocado como aplicable a los hechos objeto del proceso.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-07-108-2009.

6.2.- FECHA: 07/04/2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

“...En lo concerniente a la Calificación Jurídica aplicable a los hechos investigados en la causa que nos ocupa, se advierte que el representante del Ministerio Público, en la Audiencia Oral de Presentación del Imputado, subsume la conducta desplegada por el presunto imputado, en el tipo penal de Homicidio Intencional en grado de frustración, tipificado y sancionado en el artículo 405 en relación con los artículos 80 y 82 del Código Penal, criterio éste que se mantiene al momento de consignar ante el órgano jurisdiccional el escrito acusatorio.

No obstante, al momento de llevarse a cabo el acto de celebración de la Audiencia Preliminar, el representante del Ministerio Público sostiene la acusación presentada en contra del ciudadano F. A. G. A, pero realiza un cambio en la calificación jurídica al delito de Lesiones Personales Intencionales Graves, previsto y sancionado en el artículo 415 del Código Penal, fundamentándolo en el contenido de lo preceptuado en el artículo 330 numeral 2 de la Ley Adjetiva Penal, basándose en lo siguiente: “...por cuanto la víctima (sic) acá presente ha acudido al despacho y se ha entrevistado con la fiscal principal y con este auxiliar indicando en sus declaraciones otras circunstancias, aunado a que ya se encuentra en perfecto estado de salud, en este caso ha llegado a la conclusión de que la intención del imputado no era causar la muerte de la víctima (sic) sino que hubo una riña entre los dos, es por ello que (sic) Ministerio Público como parte de buena fe en el proceso, realiza el cambio de calificación del delito de HOMICIDIO INTENCIONAL FRUSTRADO al delito de LESIONES PERSONALES GRAVES...” admitiendo en ese acto el acusado los hechos con la nueva calificación jurídica y siendo admitida en su totalidad la acusación con el aludido cambio.

Así las cosas, debe referirse que conforme a lo establecido en el numeral 2 del artículo 330 del Código Orgánico Procesal Penal, la Audiencia Preliminar constituye una oportunidad para que el Juez en caso de estimarlo necesario atribuya a los hechos investigados una calificación jurídica (provisional) distinta a la invocada en la acusación promovida por el Ministerio Público o la víctima. Dicha facultad encuentra su fundamento en el carácter autónomo e independiente de sus funciones y en el principio de "*iura novit curia*", que se traduce en la idea de que el Juez conoce el derecho. En este caso, a tenor de lo previsto en el numeral 2 del artículo 331 del Código Orgánico Procesal Penal, el Juez debe expresar las razones por las cuales se aparta de la calificación jurídica inicial.

Una interpretación amplia de nuestro ordenamiento jurídico permite extender esta facultad inclusive al Ministerio Público y al querellante. Al respecto, la Doctrina Institucional sostiene claramente que – aunque no se establezca de forma expresa en nuestra legislación- también es posible que durante la celebración de la Audiencia Preliminar sea el Ministerio Público quien promueva (motivadamente) el cambio de calificación jurídica aplicada a los hechos objeto del proceso, en aquéllos casos en los que hayan surgido elementos nuevos o desconocidos para el momento en que se presentó la acusación y que supongan necesariamente un cambio o modificación de la calificación jurídica que originalmente se invocó como aplicable a los hechos investigados.

Como corolario de todo lo señalado *supra*, este Despacho estima que es admisible el cambio de calificación jurídica durante la celebración de la Audiencia Preliminar a solicitud del Ministerio Público, siempre que se haya advertido la existencia de elementos de convicción nuevos o desconocidos al momento de presentar la acusación, que ameriten el cambio o modificación del precepto jurídico inicialmente invocado como aplicable a los hechos objeto del proceso.

Ahora bien, refiriéndonos específicamente al caso *in commento*, quien suscribe debe destacar que de los recaudos remitidos para nuestra consideración, se desprende que el cambio de calificación jurídica solicitado en esta causa por el Abogado J. F. G, actuando en su carácter de Fiscal Auxiliar Segundo del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado xxx, no se sustentó en ninguna de las circunstancias antes señaladas, sino que tal actuación se debió al hecho de haber expresado la víctima que se encontraba en perfecto estado de salud y en este caso, haber llegado a la conclusión de que la intención del imputado no era causar la muerte de la víctima sino que hubo una riña entre los dos, lo que en definitiva no constituye un elemento nuevo o desconocido por las partes que haga posible el citado cambio de calificación jurídica; habida cuenta que la sanación de las heridas y la sola expresión por parte de la víctima de que el imputado no tenía la intención de causarle la muerte, cuando ello no se desprende o advierte del resultado de la investigación, no constituyen elementos suficientes para hacer procedente la modificación en la acusación del representante del Ministerio Público.

Cabe advertir que si bien los representantes del Ministerio Público se encuentran facultados para solicitar durante la Audiencia Preliminar el cambio de calificación jurídica inicialmente aplicada a los hechos, dicha actuación no puede ser ejercida de manera arbitraria en cualquier caso o circunstancia, sino únicamente bajo los supuestos que se han planteado anteriormente en forma excepcional."

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 17/01/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Acusación: corrección de errores materiales

## 5.- EXTRACTO

Los Fiscales del Ministerio Público pueden subsanar errores materiales o efectuar la inclusión de alguna circunstancia que no modifique esencialmente la imputación, ni provoque indefensión, sin que ello sea considerado una ampliación de la acusación.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-290-2009

6.2.- FECHA: 28-08-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

“Tenemos que los representantes fiscales, en fecha posterior a la de haber presentado su acto conclusivo –acusación-, y previo a la realización de la Audiencia Preliminar, consignaron ante el Juzgado de Control escrito complementario contentivo de corrección de errores materiales involuntarios.

Ahora bien, visto el referido escrito, este Despacho considera oportuno realizar con respecto a este punto las siguientes consideraciones:

El artículo 352 del Código Orgánico Procesal Penal prevé la corrección de simples errores materiales, así como la inclusión de algunas circunstancias omitidas, siempre y cuando éstas no modifiquen esencialmente la imputación, ni provoquen la indefensión del imputado, por lo que tales correcciones están referidas exclusivamente a aquellos errores materiales tales como nombres de los imputados, de la víctima o de otras personas señaladas en la acusación, así como aquellos errores de ortografía, algún error sobre el lugar, fecha y hora de ocurrencia de algunos de los sucesos descritos en los hechos, entre otras; siempre y cuando éstas correcciones no varíen o no influyan en la calificación jurídica del delito o que influyan en las razones de la defensa; todo lo cual justifica que dichas correcciones se realicen durante la audiencia, sin que en ningún caso puedan ser utilizadas para sustituir la ampliación de la acusación, ni para dar una nueva calificación jurídica a los hechos.

Ahora bien, en el escrito de corrección de "errores materiales involuntarios" suscrito por los Fiscales del Ministerio Público, se realiza una imputación adicional a la señalada en el escrito de Acusación, y referida al Delito de Agavillamiento - para ambos imputados-, conforme a lo previsto en el artículo 286 del Código Penal.

Al respecto, esta Dirección observa que los Fiscales del Ministerio Público utilizan un escrito de "correcciones de errores materiales involuntarios" para introducir un nuevo elemento de fondo a la



acusación presentada inicialmente; tal circunstancia se concreta al señalar dentro del Título IV (del referido escrito), Precepto Jurídico Aplicable, el delito de Agavillamiento conforme a lo previsto y sancionado en el artículo 286 del Código Penal; visto así, encontramos que estamos en presencia de la inclusión de un nuevo tipo penal, con respecto del cual se desconoce si fueron previamente imputados los ciudadanos ..., a los fines de que se les garantizara el derecho a la defensa y al debido proceso, pues de lo contrario se estarían vulnerando dichos derechos.

Por consiguiente, se considera de gran importancia resaltar que -con fundamento en el artículo 352 del texto adjetivo penal-, los Fiscales del Ministerio Público sólo pueden subsanar errores materiales o efectuar la inclusión de alguna circunstancia que no modifique esencialmente la imputación, ni provoque indefensión, sin que ésta sea considerada ampliación de la acusación”.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 17/01/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: La ampliación o reforma de la acusación

## 5.- EXTRACTO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 351 del Código Orgánico Procesal Penal, la ampliación o reforma de la acusación sólo podrá hacerse en la fase de juicio, con el objeto de adicionar nuevos hechos o circunstancias que no se hayan señalado inicialmente y que modifiquen la calificación jurídica

La ampliación de la acusación sólo se justifica por la aparición o revelación en el transcurso del juicio oral de nuevos hechos o circunstancias, y no un simple cambio de calificación jurídica.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-290-2009

6.2.- FECHA: 28-08-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"Sobre el particular, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 712, de fecha 16 de diciembre de 2008, con ponencia del Magistrado Eladio Ramón Aponte Aponte, ha dejado sentada la posibilidad de que la ampliación de la acusación, tenga su oportunidad durante la fase intermedia, es decir, antes de que la acusación fuere admitida por el Juez de Control, siempre y cuando ésta este referida únicamente a hechos o a elementos que se desconocían para el momento en que se presentó la acusación. Ello ha quedado expresado así:

"Según la Sala Constitucional (ver sentencias 746 del 8 de abril de 2002 y 1395 del 22 de julio de 2004), "...La ampliación de la acusación es admisible no sólo durante el juicio oral, sino también en la fase anterior, en la fase intermedia, antes de que fuere admitida por el Juez de Control, pero sólo en cuanto a la inclusión de hechos y /o circunstancias desconocidas al momento de la acusación, por haber surgido de elementos de convicción producidos por la investigación, que no se disponían para la fecha de la presentación del acto conclusivo, no obstante, esta situación excepcional produce, como bien lo señala la Sala Constitucional, la necesidad de salvaguardar las garantías procesales fundamentales, entre otras, el control de la prueba; en consecuencia, el Fiscal del Ministerio Público y el Tribunal de Control deben asumir y respetar el ejercicio pleno del derecho a la defensa del imputado".

Por su parte la Sala Constitucional del máximo Tribunal de la República, en reiteradas oportunidades, ha expresado lo siguiente:

“...Tratándose de los mismos hechos investigados, no existe obstáculo legal para la iniciativa fiscal de reformar la acusación, antes de que la misma sea admitida por el Juez de Control; ello, sin perjuicio del derecho que tiene la contraparte, de exigir las previsiones jurisdiccionales dirigidas a salvaguardar garantías procesales fundamentales, tal como la del control de la prueba. Aún después de la Audiencia Preliminar, en la fase del Juicio Oral, puede el Ministerio Público plantear dicha reforma, en términos de ampliación de la acusación, conforme se prevé en el artículo 353 (hoy, modificado, 351) del Código Orgánico Procesal Penal; en tal caso, obviamente también deben ser preservadas las garantías procesales referidas ut supra. Si el legislador otorgó este derecho de reforma hasta una etapa tan avanzada del proceso como es la fase del Juicio Oral y no habiendo una norma prohibitiva expresa, resulta claro que tal derecho debe ser reconocido en una fase anterior, como es la intermedia; más aún, porque en la misma actúa el juez que es, por excelencia, el ordenador y depurador del proceso como lo es el Juez de Control. Con mayor razón, debe reconocerse la facultad del Ministerio Público, para la reforma de la acusación penal, en los términos que acaban de ser explanados, cuando dicha reforma tiene como fundamento el conocimiento de nuevos hechos de naturaleza penal, que no fueron mencionados anteriormente... En estas circunstancias, debe concluirse que actuó conforme a derecho el juez a quo, cuando expresó (folio 125, 2da. pieza): “Por otra parte debe observarse que con el nuevo sistema acusatorio, aun culminado el juicio respecto a unos hechos, si aparecieren en el transcurso de ese proceso elementos que señalen a otras personas que no fueron contempladas en ese juicio existe la posibilidad de iniciar un proceso respecto a esa persona. El artículo 353 del Código Orgánico Procesal Penal permite que ante la inclusión de un nuevo hecho que no haya sido mencionado en la acusación o en el auto de apertura a juicio puede el Fiscal ampliar la acusación, no existiendo ninguna prohibición para que lo haga en la fase intermedia, claro está antes de que tenga lugar la celebración de la Audiencia Preliminar...”.

Sobre la base de lo señalado supra, en el caso que se analiza, los representantes del Ministerio Público incurrieron en una omisión, al presentar el escrito de acusación sin incluir el delito de Agavillamiento en el cual presuntamente habían incurrido los autores materiales del hecho WRF y DACG, sin embargo, ante tal omisión –conforme a la señalada jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia- podían haber presentado un escrito de “Ampliación de la Acusación”, lo cual seguramente habría propiciado, a los fines de garantizar y salvaguardar el derecho a la defensa del imputado, un diferimiento de la Audiencia Preliminar.

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Valoración de las pruebas: la prueba indiciaria.

#### 5.- EXTRACTO

El indicio constituye el hecho probado del cual puede obtenerse una conclusión, que en base a las reglas de la lógica y a las máximas de experiencia, muestran una probabilidad fehaciente de que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, por ello puede catalogarse como una prueba de gran importancia, toda vez que de evidencias circunstanciales respecto al hecho investigado, se pueden establecer nexos de causalidad entre éste y la conducta del acusado, consistiendo por lo tanto en una mera asociación intelectual entre un hecho determinado, que debe ser probado y la consecuencia que quiere atribuírsele a ese hecho en relación con la participación o no del imputado en el hecho juzgado.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-08-325-2009

6.2.- FECHA: 13/10/2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"... Con respecto a la prueba indiciaria tenemos que es aquella que se basa en la existencia de indicios, los cuales son definidos por Devis Echandía como: "...cualquier hecho conocido del cual se infiere, por sí solo o conjuntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales.; es decir, que el indicio constituye el hecho probado del cual puede obtenerse una conclusión, que en base a las reglas de la lógica y a las máximas de experiencia, muestran una probabilidad fehaciente de que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, por ello puede catalogarse como una prueba de gran importancia, toda vez que de evidencias circunstanciales respecto al hecho investigado, se pueden establecer nexos de causalidad entre éste y la conducta del acusado, consistiendo por lo tanto en una mera asociación intelectual entre un hecho determinado, que debe ser probado y la consecuencia que quiere atribuírsele a ese hecho en relación con la participación o no del imputado en el hecho juzgado.

En cuanto a la valoración de la prueba indiciaria, debe acotarse que si hay alguna prueba que requiera de verdadera motivación racional y lógica es ésta, toda vez que el juzgador tiene la obligación de pronunciarse de manera clara y precisa sobre la relación existente entre el hecho indicador, la inferencia que de él se hace y el hecho que se quiere probar con ello, por lo que el juzgador debe pronunciarse sobre si considera probado o no el hecho indicador, para luego entrar a considerar la logicidad, gravedad y concordancia de la inferencia, con el hecho que se trata de demostrar.

La prueba viene a constituir la arteria fundamental en la que se desarrolla todo proceso y su promoción, evacuación y posterior valoración debe ser la base o el elemento principal del mismo; en materia penal, tiene como objetivo comprobar o corroborar si el imputado es inocente o culpable del hecho punible que se le atribuye, en consecuencia el debido proceso en todos sus aspectos evidentemente está estrechamente relacionado con la etapa probatoria, por lo que el juzgador para tomar una decisión debe efectuar una valoración de todas las pruebas pertinentes y eficaces para lograr tal fin.

Cabe destacar que de acuerdo a lo preceptuado en nuestro Código Orgánico Procesal, la valoración de las pruebas, es una actividad propia e interna del Juez, en la que este debe analizar los medios promovidos por las partes en juicio, para así poder determinar los hechos cometidos y aplicar la norma correspondiente al caso concreto; y no obstante tener esta libertad para la apreciación de las pruebas, no lo puede hacer de una manera caprichosa, pues de conformidad con el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, las pruebas se apreciarán por el Tribunal, según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas experiencia, resultando necesario por lo tanto, que el sentenciador realice el correspondiente análisis y comparación de los medios probatorios que le fueron presentados, para así poder explicar en su fallo las razones por las cuales del contenido de los mismos y de su comparación le resultaron lógicas, verosímiles, concordantes o no, estableciendo luego los hechos que consideró acreditados con dichas probanzas y la base legal aplicable a cada caso en concreto.

En este sentido la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha expresado:

“...Ha sostenido la Sala que para los sentenciadores, es obligatorio hacer la concatenación de los indicios para apreciarlos en conjunto a fin de demostrar la comisión del hecho punible, o para señalar la plena prueba de la culpabilidad de los perpetradores que hayan intervenido en la comisión del hecho punible”.

“...la plena prueba del delito o de la culpabilidad, se puede establecer con elementos indiciarios, pero es necesaria la pluralidad de los mismos su concordancia, gravedad y precisión para poder constituir la prueba necesaria para fundamentar la decisión, así como también que el hecho indiciante esté suficientemente, acreditado en los autos”.

“...cuando la prueba existente en los autos es valorada como indicio, es indispensable su comparación y concatenación, a los fines de determinar si en su conjunto demuestran, bien el hecho enjuiciado o bien la responsabilidad de los procesados”.

Por otra parte, cabe recordar que con base en el principio de inmediación y las normas relativas a la apreciación de las pruebas, corresponde al juez de juicio el establecimiento de los hechos, en razón de la presencia imperativa de éste y de las partes en la celebración del juicio, que asegura que el sentenciador emita un fallo con base a la convicción que se ha formado por los hechos y pruebas llevadas al debate.

De conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, las pruebas se apreciarán por el Tribunal según la sana crítica, de acuerdo a la convicción personal del juez, basado en un criterio racional, con base a la lógica, las máximas experiencias y los conocimientos científicos, de allí que los juzgadores necesariamente tengan que motivar sus decisiones, por lo que resulta necesario y de obligatorio cumplimiento, que el Juez de juicio efectúe el correspondiente análisis y comparación de las pruebas que le fueron presentadas, para luego explicar en su fallo los motivos por los cuales las considera como prueba directa, es decir el cómo y el por qué dichos elementos probatorios se relacionan con el hecho que se averigua y que se da por establecido.

En tal sentido, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido:

"... El artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal señala, que el tribunal (juez) apreciara los elementos de prueba según la sana crítica, para lo cual deberá observar las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia: esa disposición legal señala como los jueces deben valorar y apreciar tales elementos probatorios"

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 17/01/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Sobreseimiento

## 5.- EXTRACTO

El segundo supuesto del numeral 1 del artículo 318, está referido a la no existencia de elementos de convicción que involucren a determinada persona en la comisión de un hecho punible, o bien la existencia de elementos de convicción que determinen su no participación.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-07-37558-09

6.2.- FECHA: 03-08-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

“se observó que esa representación fiscal solicitó en el escrito fiscal, el sobreseimiento de la causa de conformidad con la dispuesto en el numeral 1 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, arguyendo que “...el hecho objeto del proceso no se le puede atribuir al imputado ya que no existe identificación exacta del ciudadano de nombre xxx con el autor del delito aquí investigado.”

Al respecto, en criterio de esta Dirección, ello resultó desatinado, pues el dispositivo aducido impone (explícitamente y como requerimiento de carácter legal), la existencia de un imputado perfectamente identificado a quien no puedan atribuirse los hechos investigados.

Este supuesto se diferencia de la causal establecida en el numeral 1 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, ya que afirmar que el hecho no puede atribuirse al imputado, implica tener certeza y estar convencido de que el hecho no fue cometido por el sujeto involucrado (ni como autor, ni como partícipe), mientras que el numeral 4, hace referencia a la falta de certeza en cuanto a la participación del imputado en el hecho, aunado a la imposibilidad de incorporar nuevos datos relativos al hecho objeto de la investigación, es decir, en el primer caso, el hecho no puede atribuirse al imputado, y en el segundo caso, existen dudas respecto a la participación del imputado en el hecho, no existiendo bases suficientes para solicitar su enjuiciamiento, y siendo imposible de probar posteriormente, por haberse agotado la investigación”.

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Extinción de la acción penal

#### 5.- EXTRACTO

Resulta absolutamente erróneo invocar el numeral 2 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, aduciendo que la muerte del investigado es una causa de justificación.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-21-37659-09

6.2.- FECHA: 03-08-2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

“En el presente caso, no hay mención siquiera en el escrito, respecto a las circunstancias en que falleció el presunto imputado, ni a los elementos demostrativos de su deceso (ej. Acta de defunción, protocolo de autopsia, entre otros)

Con respecto a la causal empleada para solicitar el Sobreseimiento, debemos señalar que según consta en el escrito sujeto a revisión, el representante del Ministerio Público en el apartado “Petitorio” expone lo siguiente:

“Por todos los razonamientos anteriormente expuestos solicito se **DECRETE EL SOBRESEIMIENTO** de la CAUSA según lo establecido en el artículo 318, Ordinal (sic) 2º del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto en el hecho concurre una causa de justificación, cual es, la **muerte del investigado...** (Subrayado y negritas nuestras.)

En este caso en concreto, el representante el Ministerio Público debió fundamentar su Solicitud de Sobreseimiento en el primer supuesto del numeral 3 del artículo 318 *ejusdem*, en concordancia con el artículo 48 numeral 1 del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto la muerte de la persona investigada es una cusa de extinción de la acción penal, resultando por tanto incorrecta la causal invocada.



2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Causales de sobreseimiento

#### 5.- EXTRACTO

El numeral 1 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, establece en su contenido dos supuestos que resultan perfectamente diferenciables, y que deben ser distinguidos cabalmente.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-42891-09

6.2.- FECHA: 31-08-2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"...el primero consagra una causal objetiva que está referida al objeto del proceso, e implica que el hecho denunciado no se verificó en la realidad, mientras que el segundo, dispone una causal subjetiva que atañe al establecimiento de la autoría o participación de una persona determinada respecto de los hechos objeto de la investigación, circunscribiéndose más específicamente a: 1) la ausencia de elementos de convicción que involucren en la comisión del hecho punible investigado, o bien 2) la existencia de elementos de convicción que determinen su no participación en éste, pudiendo tratarse también de 3) la ausencia de acción por parte del sujeto, lo que supone que no se ha producido conducta voluntaria (trátase de una acción u omisión) que sea penalmente relevante, destruyéndose así en cualquiera de esos casos algún vínculo (sea de autoría o participación) entre quien ha sido individualizado como imputado y el hecho objeto de la investigación.

Lo antes expuesto permite evidenciar la incongruencia en la que incurrió, al invocar conjuntamente dos causales de sobreseimiento que son aplicables a situaciones distintas, además, resulta necesario advertir que el segundo supuesto de los previstos en el numeral 1 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, supone la previa individualización del imputado, cuestión esta que no ocurrió en la presente causa, y que -por ende- haría improcedente su aplicación en este caso..."

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Sobreseimiento definitivo y provisional

#### 5.- EXTRACTO

La diferencia entre éstos, estriba en que el primero de ellos implica una falta de certeza respecto de la autoría o participación del imputado, e incluso de la existencia del hecho y en el segundo, no obstante que no se cuenta con los elementos de convicción necesarios para el ejercicio de la acción, y que tales elementos probatorios tampoco resultan suficientes para satisfacer alguno de los supuestos del sobreseimiento definitivo; existe la posibilidad de que surja algún nuevo elemento en el lapso de un año, y se reaperture por tanto la investigación.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-343-2009

6.2.- FECHA: 22-10-2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"En nuestra legislación adjetiva penal, el sobreseimiento está previsto en el artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, y en él se señalan los supuestos para su procedencia. En el caso de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, se consagran dos especies de sobreseimiento a saber: Definitivo y Provisional, previstos en los literales "d" y "e" del artículo 561 de la Ley Especial.

En el presente caso...solicitan un Sobreseimiento Definitivo, sobre la base del artículo 318.4 de nuestra norma adjetiva penal, el cual da lugar a la terminación del proceso y supone la imposibilidad de incorporar nuevos elementos a la investigación, además de la inexistencia de bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, mientras que -el *Sobreseimiento Provisional*- implica que a pesar de la insuficiencia de esas piezas de convencimiento para promover el enjuiciamiento, existe la posibilidad de hallar nuevas fuentes de pruebas, siendo de esta manera posible la reapertura de la causa para el esclarecimiento de los hechos.

La diferencia entre éstos, estriba en que el primero de ellos implica una falta de certeza respecto de la autoría o participación del imputado, e incluso de la existencia del hecho, acompañada de la no posibilidad razonable, de incorporar nuevos datos a la investigación, no existiendo en consecuencia bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado; y en el segundo, no obstante que no se cuenta con los elementos de convicción necesarios para el ejercicio de la acción, y que tales elementos probatorios tampoco resultan suficientes para satisfacer alguno de los supuestos del sobreseimiento definitivo; existe la posibilidad de que surja algún nuevo elemento en el lapso de un año, y se reapertura por tanto la investigación.

Así tenemos, que el sobreseimiento definitivo supone que el fiscal del Ministerio Público ordenó todas las diligencias necesarias durante la investigación con sus respectivas resultas, y a pesar de

ello, aún no cuenta con la certeza sobre la participación del imputado; resultando evidente la falta de una condición necesaria para imponer la sanción”.

Al respecto, valga reiterar que si no fueron remitidas las results de las diligencias de investigación, o si éstas no fueron realizadas, no es posible solicitar el Sobreseimiento con base en el artículo 318 numeral 4 del Código Orgánico Procesal Penal.

En consecuencia, ante la carencia del resultado arrojado por la investigación iniciada con ocasión de la presunta comisión de un acto delictivo, se hace improcedente no sólo la solicitud de sobreseimiento, sino también cualquier otro acto conclusivo, que implique siempre el fin de la fase preparatoria, por cuanto para ello se requerirá haber agotado la investigación y a su vez haber obtenido un discernimiento certero acerca de los hechos ocurridos, todo lo cual, debidamente concatenado con las normas procesales aplicables al caso, originarán un criterio lógico-jurídico que haría posible, o al menos altamente viable, el requerimiento del representante del Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional competente, pues de lo contrario, resultaría infundado y contrario a las estipulaciones legales sustantivas y procesales.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 17/01/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Doble Acto Conclusivo: Archivo y Sobreseimiento

## 5.- EXTRACTO

En aquellos casos en los que el Fiscal del Ministerio Público, luego de decretar el Archivo Fiscal -motivado por la carencia de fuentes probatorias para el ejercicio de otro acto conclusivo-, solicita el Sobreseimiento respecto a esa misma causa, sin que las circunstancias que dieron lugar al primer acto conclusivo hayan sido modificadas, se incurre en una verdadera incongruencia.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-7376-09

6.2.- FECHA: 17/11/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

“Se observó que cuatro (4) días después de haber decretado el Archivo Fiscal, solicitó el Sobreseimiento de la causa a favor del imputado, sin señalar en esta oportunidad cuáles fueron los nuevos elementos surgidos en la investigación que dieron lugar a la reapertura de la averiguación, todo lo cual hace improcedente a todas luces la reapertura del Decreto de Archivo.

Al respecto, es necesario advertir que lo antes expuesto trasluce la existencia de un error en la actuación fiscal, pues en aquellos casos en los que el Fiscal del Ministerio Público, luego de decretar el Archivo Fiscal -motivado por la carencia de fuentes probatorias para el ejercicio de otro acto conclusivo-, solicita el Sobreseimiento respecto a esa misma causa, sin que las circunstancias que dieron lugar al primer acto conclusivo hayan sido modificadas, se incurre en una verdadera incongruencia.

Desde luego, si al momento de decretar el Archivo Fiscal los resultados de las diligencias de investigación eran suficientes para promover una Solicitud de Sobreseimiento, por cuanto no se desprendía de ellas indicios inequívocos acerca de la responsabilidad penal del imputado sobreseído, lo procedente era ejercer dicho acto conclusivo y no el decreto de Archivo Fiscal.

En el presente caso, –para el momento del Decreto de Archivo-, disponía de los mismos elementos con los que cuatro (4) días más tarde modifica su criterio y solicita un Sobreseimiento de la causa”.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 17/01/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Desestimación

## 5.- EXTRACTO

En la desestimación de la denuncia o querella, la actividad fiscal implica un planteamiento racional y eficaz con soporte en su labor intelectual y deductiva, efectuada de manera expresa sobre cada caso en concreto, que permita al juez de control dictaminar con lugar la resolución requerida con apego estricto a la norma penal.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-37657-09

6.2.- FECHA: 03/08/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"...el inicio de una investigación penal en análogas situaciones, pareciera inevitable, y mucho más en atención a los hechos denunciados en el caso de análisis. Es de recordar, que en la desestimación de la denuncia o querella, la actividad fiscal implica un planteamiento racional y eficaz con soporte en su labor intelectual y deductiva, efectuada de manera expresa sobre cada caso en concreto, que permita al juez de control dictaminar con lugar la resolución requerida con apego estricto a la norma penal.

Del mismo modo, la representante del Ministerio Público ante la sola incertidumbre, por pequeña que ésta resulte de la probable afectación de un bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico penal, deberá poner en marcha la investigación, y en consecuencia profundizar en su desarrollo, hasta tanto se deduzca un criterio certero en relación a lo sucedido, para luego dictar la decisión procedente.

Por otra parte, la no identificación de los autores del hecho no constituye de ninguna manera, un obstáculo penal para el impulso del proceso. Era necesario agotar todas y cada una de las actuaciones destinadas a esclarecer los hechos que fueron denunciados; precisamente el objeto de la fase preparatoria lo constituye además de la determinación del hecho punible, la identificación de sus autores o partícipes."

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 17/01/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Desestimación

## 5.- EXTRACTO

La no identificación de los autores del hecho no constituye un obstáculo penal para el impulso del proceso; y por tanto, no puede con fundamento en ello solicitarse la Desestimación.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-37657-2009

6.2.- FECHA: 03/08/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"Se destaca del citado escrito, el razonamiento efectuado por usted, que luego de revisado dicho testimonio, señaló lo siguiente: "Pero es el caso como se inicia una investigación sin saber la identidad o apodos de esos presuntos adolescentes ni siquiera se tiene algún lugar donde se pueda localizar a esos adolescentes existiendo un obstáculo para el ejercicio de la acción penal...".

En criterio de este Despacho, dicho argumento parte de una premisa desacertada, al considerar que no tener la identificación de los autores del hecho es suficiente sin necesidad de investigación- para desestimar una denuncia o querrela.

Era necesario agotar todas y cada una de las actuaciones destinadas a esclarecer los hechos que fueron denunciados; precisamente el objeto de la fase preparatoria lo constituye además de la determinación del hecho punible, la identificación de los autores o partícipes.

Esta Dirección considera improcedente la solicitud de Desestimación pues resultaba ineludible el inicio de una investigación penal, a los efectos de verificar la materialización de una conducta punible".

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 17/01/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Desestimación

#### 5.- EXTRACTO

La narración imprecisa de los hechos inquiridos en el escrito de Desestimación, auspicia la acreditación confusa, escueta e insondable de los fundamentos de la solicitud fiscal

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-33710-09

6.2.- FECHA: 13/08/2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"...Del análisis de los escritos de Solicitud de Desestimación señalados *supra*, se observa que esa representación fiscal se limitó a indicar una breve relación de los hechos, partiendo únicamente de un extracto del dicho de las denunciantes, lo cual impide tanto a esta Dirección, como al órgano jurisdiccional que conocerá de su solicitud de desestimación, emitir un pronunciamiento preciso en cuanto a la pertinencia de la calificación jurídica por usted otorgada, y en consecuencia, respecto a la procedencia o no de esa petición.

(...)

La narración imprecisa de los hechos inquiridos, auspicia como corolario, la acreditación confusa, escueta e insondable de los fundamentos de la solicitud fiscal, que son esenciales para procurar el correspondiente análisis jurídico, y así determinar, a los efectos de la fundamentación de la desestimación, la consecuente acreditación de una causal de atipicidad, de un presupuesto de prescripción o la existencia de un obstáculo legal que imposibilite la motorización del proceso..."

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 17/01/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Desestimación

## 5.- EXTRACTO

En caso de determinarse el carácter culposo de las lesiones personales leves, menos graves o levisimas- causadas a la víctima, el Ministerio Público no puede ejercer la acción penal, y -en consecuencia- debe solicitar la Desestimación conforme a lo previsto en el artículo 301 del Código Orgánico Procesal Penal.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-42890-09

6.2.- FECHA: 31/08/09

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

“Si de la investigación se desprende, que las referidas lesiones sufridas por la víctima -leve, menos graves o levisimas- son de carácter culposo no quedaría dudas de que el Ministerio Público no dispone del ejercicio de la acción penal, debiendo el fiscal como efectivamente lo hizo en su oportunidad solicitar la Desestimación conforme a lo previsto en el único aparte del artículo 301 del Código Orgánico Procesal Penal; sin pretender en un nueva oportunidad reactivar un proceso haciendo disposición de una acción que le corresponde exclusivamente a la víctima, solicitando el Sobreseimiento de la causa”.



2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Desestimación

#### 5.- EXTRACTO

Es fundamental dar a conocer los resultados arrojados por las diligencias de investigación, para esclarecer los supuestos fácticos por los cuales se ha dado inicio al proceso y verificar la existencia de fundamentos que aseguren la procedencia de la actuación desempeñada.

La actividad indagatoria debe comprender todos los hechos conocidos a través de cualquier modo de proceder, respecto a los cuales se presume su carácter punible; y es un deber de los representantes del Ministerio Público expresar en su escrito el resultado de la investigación -cuando ella se hubiere emprendido- y su conclusión al respecto.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-20-229-09

6.2.- FECHA: 21/07/09

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"Con ocasión a los hechos denunciados..., ordenó el inicio de la investigación y acordó la práctica de diversas diligencias que fueron reseñadas en la solicitud de Desestimación que se interpuso...por la presunta comisión del delito de *Apropiación Indebida*.

En torno a este aspecto, debe indicarse que -en algunos casos- la referencia a las diligencias de investigación que fueron practicadas en la presente causa, resultó desprovista de una descripción esencial de su contenido; en ese sentido, no es posible conocer del escrito fiscal cuáles fueron sus resultados, ni tampoco valorar los fundamentos que de ellas se extraen...

En criterio de quien suscribe, dar a conocer los resultados arrojados por las diligencias de investigación es fundamental para esclarecer los supuestos fácticos por los cuales se ha dado inicio al proceso y verificar la existencia de fundamentos que aseguren la procedencia de la actuación desempeñada.

Estimamos que se incurre en un desacierto, dado que la actividad indagatoria debe comprender todos los hechos conocidos a través de cualquier modo de proceder, respecto a los cuales se presume su carácter punible; y es un deber de los representantes del Ministerio Público expresar en su escrito el resultado de la investigación -cuando ella se hubiere emprendido- y su conclusión al respecto".

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Sustantiva Penal

4.- TEMA: Delito de invasión

#### 5.- EXTRACTO

La falta de un derecho legítimo para la ocupación del espacio al que se ha adentrado, sin lugar a dudas es un elemento esencial para la configuración de la invasión; dado que gozando el sujeto de la facultad para ocuparlo, su posesión resulta legítima y -por tanto- acorde con las disposiciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

Para que la invasión constituya un hecho punible, es preciso además que la acción sea ejecutada con un elemento subjetivo particular, éste es: el propósito de obtener un provecho ilícito, bien sea para sí o para un tercero; todo lo cual supone que la buena fe del agente excluye la adecuación de su conducta al tipo penal analizado.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-20-204-09

6.2.- FECHA: 03/09/09

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"En lo que respecta a la calificación jurídica aplicable, se evidenció que los Abogados J. C. V. y L. E. A. consideraron subsumibles los hechos objeto del proceso en el delito de Invasión, previsto en el artículo 471-A del Código Penal.

A juicio de los representantes del Ministerio Público, el fundamento de tal consideración se sustentó en que efectivamente, de acuerdo con las resultas de la actividad indagatoria, los ciudadanos K. A. H. P. y T. M. R. G., ocuparon un inmueble ajeno, con el objeto de obtener su adjudicación por parte del ente público correspondiente y así encontrar una solución a su situación personal.

A tenor de lo expuesto en el escrito examinado, dicho inmueble se encontraba en estado de abandono al momento de suscitarse los hechos investigados. Adicionalmente, se hizo constar en el acto conclusivo que el Jefe del Departamento de Asesoría Legal del Servicio Autónomo de Vivienda Rural (SAVIR) señaló mediante informe que los beneficiarios del crédito habían incumplido con las obligaciones correspondientes a la cláusula Sexta y Novena del contrato, atinentes al abandono del inmueble y la falta de pago.

Posteriormente, se señaló que ese mismo Departamento recomendó revocar el crédito otorgado a los beneficiarios de la vivienda y adjudicar el bien a la ciudadana T. M. R. G.

Ahora bien, sentadas las consideraciones que fueron expuestas sobre este asunto por los representantes del Ministerio Público, este Despacho estima preciso destacar que el tipo penal de

Invasión -alegado en el presente caso- fue incorporado en la última reforma del Código Penal, específicamente en el artículo 471-A, en el cual se establece lo siguiente:

"Quien con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno, inmueble o bienhechuría ajenos, incurrirá en prisión de cinco años a diez años y multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a doscientas unidades tributarias (200 U.T.). El solo hecho de invadir, sin que se obtenga provecho, acarreará la pena anterior rebajada a criterio del juez hasta en una sexta parte./La pena establecida en el inciso anterior se aplicará aumentada hasta la mitad para el promotor, organizador o director de la invasión./ Se incrementará la pena a la mitad de la pena aplicable cuando la invasión se produzca sobre terrenos ubicados en zona rural./ Las penas señaladas en los incisos precedentes se rebajarán hasta en las dos terceras partes, cuando antes de pronunciarse sentencia de primera o única instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de los terrenos y edificaciones que hubieren sido invadidos./ Será eximente de responsabilidad penal, además de haber desalojado el inmueble, que el invasor o invasores comprueben haber indemnizado los daños causados a entera satisfacción de la víctima".

Como puede apreciarse, esta norma contempla el tipo penal básico de Invasión, pero además prevé algunas circunstancias atenuantes y agravantes de la pena imponible, así como también eximentes de responsabilidad penal.

En general, debe entenderse que el delito de Invasión se materializa con la acción de "invadir", que consiste en adentrarse y poseer -sin derecho legítimo- un espacio.

La falta de un derecho legítimo para la ocupación del espacio al que se ha adentrado, sin lugar a dudas, es un elemento esencial para la configuración de la invasión, dado que gozando el sujeto de la facultad para ocuparlo, su posesión resulta legítima y -por tanto- acorde con las disposiciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta conducta puede ser ejecutada por cualquier sujeto, siendo necesario que ella recaiga sobre un bien inmueble (específicamente un terreno o una bienhechuría) de carácter ajeno, pues -según lo consagrado por la norma *in commento*- éste es el objeto material de ese delito.

A los efectos de la citada disposición, para que la invasión constituya un hecho punible, es preciso además que la acción sea ejecutada con un elemento subjetivo particular, éste es: el propósito de obtener un provecho ilícito, bien sea para sí o para un tercero; todo lo cual supone que la buena fe del agente excluye la adecuación de su conducta al tipo penal analizado.

En relación con este aspecto, es pertinente referir al autor Luis Martínez Hernández, quien a su vez alude a la Sentencia N° 157-97 del 19 de marzo de 1997, dictada por la Corte Constitucional de Colombia, en la cual se manifestó lo siguiente:

"Resulta definitiva la característica del tipo penal que expresamente califica el hecho de la invasión refiriéndose al propósito de obtener provecho ilícito, pues ella elimina la posibilidad de aplicarlo para sancionar a quien obra de buena fe. Justamente esa calificación, que define el delito, hace compatible su consagración con las reglas del Estado Social de Derecho."

En lo que concierne a la consumación de este tipo penal, ha de apuntarse que se trata de un delito de mera actividad, toda vez que para ello sólo se exige que el agente irrumpa y posea el bien ajeno con el propósito de obtener un provecho ilícito, en beneficio propio o de un tercero; sin que sea necesario para su punición, que éste (el provecho ilícito) haya sido obtenido efectivamente.

Adicionalmente a ello, debe apuntarse que esta modalidad delictual constituye también un delito permanente, en tanto que implica el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por voluntad del autor, siguiendo su consumación hasta el momento en que ella cese. Esto cobra especial relevancia, respecto a los diversos efectos que la ley asigna al momento consumativo del delito, tales como -por ejemplo- la prescripción, el tiempo de comisión, entre otros.

Una vez expuesto lo atinente al tipo penal invocado, este Despacho debe señalar que -tras el análisis del escrito fiscal que nos ocupa-, se observó una imprecisión en torno al supuesto típico aplicable, dado que los representantes del Ministerio Público sólo aludieron en su acto conclusivo al precepto jurídico previsto en el artículo 471-A del Código Penal, omitiendo señalar con particularidad cuál de las circunstancias descritas en esa norma fue la que -en su criterio- se materializó en el presente caso.

Estimamos que tal precisión era ineludible, no sólo con el objeto de establecer claramente la calificación jurídica aplicable y colegir de ella las consecuencias jurídicas correspondientes (entre las cuales podemos destacar -por ejemplo- aquéllas que son propias de la Cosa Juzgada Material); sino que además era necesario para coadyuvar a que el escrito fiscal se diera basamento a sí mismo -en cumplimiento a lo sostenido por la Doctrina Institucional-, evitando de este modo dar lugar a las presunciones o suposiciones propias del intérprete, e incluso conducirlo a efectuar sus particulares constataciones, sobre la base de las actuaciones restantes.

Es menester aclarar, que los escritos emanados de los representantes del Ministerio Público deben ser la expresión fundada de sus convicciones; razón por la cual ellos deben contener todas las precisiones (motivadas) necesarias para el sustento y comprensión de la pretensión ejercida.

Ahora bien, ante la indeterminación evidenciada, este Despacho -con el objeto de ahondar en sus consideraciones y emitir la opinión solicitada- debe señalar que del escrito *in commento* es posible colegir concretamente la aplicabilidad del tipo penal de Invasión en Zona Rural, previsto en el segundo aparte del citado artículo 471-A del Código Penal.

En efecto, estimamos que en el acto conclusivo examinado algunos elementos de convicción afirman que el imputado se adentró y ocupó -conjuntamente con la ciudadana T. M. R. G. y sus hijas- el inmueble que había sido adjudicado a los ciudadanos L. E. De J. O. C. y M. E. C. Y., con el propósito de hallar una solución al problema que padecían, en virtud de la inseguridad suscitada en el sector donde habitaban anteriormente.

Lo expuesto, pone de manifiesto el carácter típico del acto de invasión (agravado) ejecutado por el imputado, en virtud de la ajenidad del objeto material y la ilicitud del provecho obtenido; todo lo cual -conforme al escrito suscrito por los representantes del Ministerio Público- fue comprobado durante el desarrollo de la investigación.

Tal y como se desprende del acto conclusivo, ese carácter ajeno del bien no sólo fue señalado por los ciudadanos L. E. De J. O. C. y M. E. C. Y., sino que además fue reconocido por el órgano adjudicador del inmueble, es decir, el Servicio Autónomo de Vivienda Rural de la Región XIV-Yaracuy (según se evidencia del extracto reseñado en el escrito fiscal, sobre los Informes presentados por la Oficina de Estudios Socioeconómicos y el Departamento de Asesoría Legal, ambos pertenecientes a dicho organismo), y se colige también de lo expuesto por la ciudadana Y. C. C. B. al ser entrevistada durante el curso de la investigación.

En lo que respecta a la ilicitud del provecho obtenido, consideramos que también este elemento concurrió en el presente caso para la configuración del tipo penal, por cuanto -una vez que el agente perpetró la ocupación, hallándose en conocimiento sobre la ajenidad del bien y su falta de un derecho para poseerlo-, debe entenderse desvirtuada la buena fe de su conducta.

Adicionalmente, como se ha advertido, existen elementos que permiten presumir que este tipo penal fue perpetrado con una circunstancia agravante; entiéndase: la ubicación del objeto material en una zona agraria.

Acerca de ello, cabe apuntar que -a pesar de no haberse hecho constar expresamente en el escrito la ubicación del bien invadido, como era debido-, puede deducirse el carácter agrario de la localidad en la que ocurrió el hecho, por la competencia del órgano adjudicador y algunas referencias efectuadas en el escrito; como por ejemplo, la atinente a la copia simple emanada del Coordinador de Registro Agrario sobre la ubicación del terreno y la relativa al Oficio emitido por el Instituto Nacional de Tierras, el 07 de julio de 2006.

La concurrencia en este caso de todos los elementos típicos (objetivos y subjetivos) exigidos por el legislador para la materialización del delito de Invasión, fue -en general- afirmada por los representantes del Ministerio Público, y -en nuestro criterio- tal actuación resultó fundamentada por las resultas de la investigación reseñadas en el escrito fiscal, sin que las circunstancias advertidas por los Abogados J. C. V. y L. E. A., en torno al supuesto incumplimiento (por parte de los ciudadanos L. E. De J. O. C. y M. E. C. Y.) de las obligaciones pactadas con el Servicio Autónomo de Vivienda Rural Región XIV Yzacuy; resulten pertinentes para desvirtuarla.

En realidad -pese a la insistencia en la cual incurrieron los representantes del Ministerio Público sobre este asunto-, no logra comprenderse cuál fue la relevancia jurídico-penal atribuida concretamente por los Abogados J. C. V. y L. E. A. a dichas circunstancias.

Aunque este Despacho desconoce el contenido y alcance del contrato al que se hizo mención en el escrito fiscal, considera que las reiteraciones efectuadas por la representación del Ministerio Público en torno al incumplimiento de algunas de sus cláusulas, ciertamente resaltan la existencia de una controversia de carácter civil entre las partes contratantes, pero no permiten relativizar el carácter típico de los hechos investigados.

Indudablemente que el estado de abandono en el que se hallaba el bien era una situación de interés para la descripción de las circunstancias fácticas que dieron lugar a esta causa; no obstante, consideramos que sus implicaciones civiles en este caso (como circunstancia de incumplimiento contractual) no inciden de manera concreta en el ámbito penal que nos ocupa.

Tampoco, en nuestro criterio, lo hacen las consecuencias jurídicas derivadas de la alegada falta de pago en la que incurrieron los beneficiarios de la adjudicación; más aún si el mismo Instituto Autónomo de Vivienda Rural- Región Yzacuy, en fecha 22 de noviembre de 2007, hizo constar que el pago de las mensualidades se encontraba "al día (...) hasta el mes de Diciembre de 2007". Ello significa que el ciudadano L. E. De J. O. C. canceló las cuotas atrasadas y efectuó el pago de una mensualidad que no había transcurrido; sin que se haya verificado del escrito *in commento* una negativa por parte de dicho Instituto a recibirlo.

Estimamos que, en cualquiera de ambos casos -aún y cuando se hubiere afirmado efectivamente el incumplimiento del contrato conforme a nuestro ordenamiento jurídico-civil, y lograran ejecutarse las consecuencias jurídicas respectivas-, se desprende del escrito fiscal el carácter de ajenidad del bien al momento de perpetrarse el delito, así como la concurrencia del resto de los elementos típicos exigidos por nuestra legislación para la consumación del delito de Invasión; razón por la cual estimamos que la argumentación fiscal debió centrarse en este aspecto, y eludir todos aquéllos que carecen de interés o relevancia para fundamentar la procedencia de la actuación ejercida; más si - como ocurrió en este caso- se reconoce la adecuación típica de la conducta imputada.

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Sustantiva Penal

4.- TEMA: Estado de Necesidad

#### 5.- EXTRACTO

Uno de los presupuestos o elementos esenciales exigidos para considerar que un sujeto ha actuado constreñido por la necesidad de salvar su persona o la de otro, es la existencia de un peligro de daño a un interés o bien jurídico tutelado, en favor propio o ajeno.

Para configurar ese denominado Estado de Necesidad, es preciso que el peligro sea grave, es decir, significativo; requiriéndose además que el interés salvado sea objetivamente valioso.

Cuando el bien jurídico protegido es mayor al lesionado, se entiende que el Estado de Necesidad es Justificante; mientras que, si el interés afectado guarda un valor igual o similar al protegido, estaremos en presencia de una causa de Exculpación, también conocida como Estado de Necesidad Disculpante.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-20-204-09

6.2.- FECHA: 30/06/09

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"...Conviene señalar que -en general- el *Estado de Necesidad* ha sido definido doctrinalmente como una "*situación de peligro grave y actual para un bien jurídico propio o ajeno, el cual sólo es posible salvar mediante la lesión típica de bienes jurídicamente protegidos de un tercero*".

En nuestro ordenamiento jurídico, esta figura se encuentra prevista en el artículo 65 numeral 4 del Código Penal, en el cual se estableció lo siguiente:

Artículo 65. No es punible: /(...)4. El que obra constreñido por la necesidad de salvar su persona, o la de otro, de un peligro grave e inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa, y que no pueda evitar de otro modo".

De acuerdo con esta norma, uno de los presupuestos o elementos esenciales exigidos para considerar que un sujeto ha actuado constreñido por la necesidad de salvar su persona o la de otro, es la existencia de un peligro de daño a un interés o bien jurídico tutelado, en favor propio o ajeno.

Para configurar ese denominado Estado de Necesidad, es preciso que el peligro sea grave, es decir, significativo; requiriéndose además que el interés salvado sea objetivamente valioso.

Se ha entendido que la producción de un mal leve o insignificante debe ser soportado, sin que resulte admisible el sacrificio o la lesión de bienes jurídicos de terceros para salvaguardarlos.

La ocurrencia concreta del Estado de Necesidad, debe valorarse mediante un método ponderativo que permita apreciar no sólo el riesgo de daño y los bienes jurídicos afectados; sino además la intensidad de la lesión causada.

Puede ocurrir que el peligro de daño evitado sea mayor a la lesión ocurrida; o -en otro supuesto- que el riesgo sea de igual o similar entidad al daño ocasionado. Basado en ello, la doctrina dominante, siguiendo las premisas de la llamada *Teoría de la Diferenciación*, ha distinguido entre el Estado de Necesidad Justificante y el Exculpante.

Cuando el bien jurídico protegido es mayor al lesionado, se entiende que el Estado de Necesidad es Justificante; mientras que, si el interés afectado guarda un valor igual o similar al protegido, estaremos en presencia de una causa de Exculpación, también conocida como Estado de Necesidad Disculpante.

En cualquiera de los casos, el peligro de daño debe ser inminente o actual, con lo cual se resalta el carácter de inmediatez que debe tener el riesgo.

Un peligro es inminente cuando están por ocurrir actos materiales que generan daño; y se entiende actual cuando éstos se están concretando. En ese sentido, debe aclararse que -para la afirmación del Estado de Necesidad-, se excluyen aquéllos peligros pasados o futuros, por contrariar la obligada proximidad del riesgo.

Aunado a todo lo anterior, el peligro de daño no debe haber sido causado voluntariamente por el sujeto que ha sacrificado los intereses de un tercero.

Cuando nos referimos a ese actuar voluntario del sujeto en el presente caso, no aludimos a su mera acción volitiva de la cual surge el peligro de daño; sino más acertadamente a la producción intencional de esa necesidad de lesión de un bien jurídico ajeno, entiéndase la creación dolosa del conflicto de bienes.

En criterio de los autores Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, "(...) la provocación de una situación de necesidad impide que el que la provocó pueda después ampararse en ella". Entretanto, Santiago Mir Puig señala que "La doctrina dominante y la jurisprudencia entienden que falta este requisito en cuanto el sujeto causa la situación de peligro que amenaza".

Por otra parte, ha sido una exigencia expresa de nuestro legislador-contemplada también en el Derecho Comparado- que el peligro creado no pueda ser evitado de otro modo. Conforme a ello, debe entenderse que, para la configuración del Estado de Necesidad, resulta preciso cumplir con el Principio de Necesidad Abstracta, según el cual la acción salvadora ha de ser ineludible para sacrificar el bien jurídico de un tercero.

Adicionalmente, la doctrina ha señalado que, para la configuración del Estado de Necesidad, no basta el cumplimiento de ese principio en un sentido Abstracto, sino que además se requiere su acatamiento de modo Concreto. Al respecto, debemos señalar que -aunque no se prevé expresamente en nuestra legislación- otro de los presupuestos exigidos por la dogmática jurídico penal para la existencia del Estado de Necesidad, es que la lesividad de la afección ocasionada sea la menor posible (Principio de Necesidad Concreta). Como corolario de lo anterior, puede afirmarse que la necesidad de la lesión causada debe tener un carácter Absoluto.

Aunado a lo anterior, en el ámbito doctrinal también se ha entendido que -para afirmar el Estado de Necesidad- es preciso que el sujeto necesitado "no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse". Se trata de un deber jurídico atribuido a ciertos sujetos que -en palabras del autor Claus Roxin- gozan de una "posición jurídica especial", en virtud de la cual se encuentran obligados a soportar aquellos riesgos que le sean exigibles.

Verificados estos presupuestos, se entiende que cuando el Estado de Necesidad es Justificante se excluye la antijuricidad de la conducta; mientras que si el Estado de Necesidad es Exculpante, lo que se exceptúa es la culpabilidad.

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y doctrina

3.- MATERIA: Sustantiva Penal

4.- TEMA: Apropiación Indebida Simple

#### 5.- EXTRACTO

En nuestro criterio, esta conducta implica incorporar ilícitamente al dominio del agente, el bien que éste posee *ad inicio*, por haberlo recibido bajo un título que comporta la obligación de restituirlo o de usarlo de manera determinada.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-20-229-2009

6.2.- FECHA: 21/07/2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"...En cuanto a la invocada aplicabilidad del tipo penal de Apropiación Indebida Simple, consagrado en el artículo 466 del Código Penal, estimamos preciso analizar los elementos exigidos por nuestro legislador para la materialización de este delito, con el objeto de esclarecer si la alegación fiscal resultó procedente en el presente caso.

En dicho artículo, se prevé lo siguiente:

"Artículo 466. El que se haya apropiado, en beneficio propio o de otro, alguna cosa ajena que se le hubiere confiado o entregado por cualquier título que comporte la obligación de restituirla o de hacer de ella un uso determinado, será castigado con prisión de tres meses a dos años, por acusación de la parte agraviada"

Conforme a lo anterior, la acción en este tipo penal consiste en apropiarse de una cosa ajena, que se le hubiere confiado o entregado a la persona con la obligación de restituirla o darle un uso determinado.

Según el autor José Rafael Mendoza Troconis:

"Apropiarse es hacer propia una cosa, tomarla para sí haciéndose dueño de ella o convertirla en su beneficio o en el de un tercero. (...) Son actos de apropiación no restituir la cosa, bien simplemente o a su debido tiempo o negar haberla recibido".

En nuestro criterio, esta conducta implica incorporar ilícitamente al dominio del agente, el bien que éste posee *ad inicio*, por haberlo recibido bajo un título que comporta la obligación de restituirlo o de usarlo de manera determinada.

Esa acción de apropiación que exige el tipo penal *in commento*, puede ser ejecutada bien sea en un



sentido positivo (cuando el agente que posee lícitamente la cosa ajena, realiza -sin hallarse legitimado para ello- actos de disposición sobre ésta, como si fuere su dueño); o mediante la perpetración de actos negativos (con los cuales el agente se rehúsa, sin derecho, a restituir el objeto a su dueño).

En cualquiera de ambos casos, el acto de apropiación -a los efectos de este tipo penal- entraña la existencia de un elemento material, referido al dominio de la cosa; y otro de carácter psicológico, atinente al ánimo de dueño que debe tener el agente del delito.

En lo que respecta al elemento material de esta conducta, conviene advertir que el autor Alberto Arteaga Sánchez ha sostenido lo siguiente: "El elemento material no supone una conducta de apoderamiento físico, ya que se tiene la cosa, entregada o confiada, expresándole la apropiación, *cum animo domini* (...)".

Éste es precisamente uno de los elementos característicos de este delito, pues -a diferencia de otros tipos penales que han sido sancionados en nuestro ordenamiento jurídico penal-, en este caso -al momento de ejecutar la acción- el sujeto activo se encuentra en posesión legítima de la cosa (ya sea en un sentido fáctico o jurídico), y es con la apropiación del bien, es decir, la incorporación de ella a su dominio, que éste convierte a la posesión del objeto en ilícita, por actos positivos o negativos no autorizados. Esto es lo que el autor Francisco Muñoz Conde ha denominado como la "*transmutación de la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita o antijurídica*".

Conforme lo refiere el autor José Rafael Mendoza Troconis: "La conducta está en la inversión del título de la posesión, mediante la cual el agente da a la cosa ajena un destino incompatible con el título o razón jurídica por el que posee".

Con ello resulta claro que lo sancionado por el artículo 466 del Código Penal, no es el acto de apoderamiento físico del bien (toda vez que el agente ya tiene la cosa al momento de ejecutar el delito), lo que este precepto jurídico sanciona en concreto es la conversión de esa posesión originaria (lícita) de la cosa en antijurídica, mediante los actos positivos o negativos que se han señalado.

En lo que concierne al elemento psicológico de esta conducta, es pertinente aclarar que -para la configuración de la acción- no basta que el agente incorpore la cosa a su dominio en el sentido que se ha expresado; sino que además resulta preciso que dicha conducta haya sido realizada con *animus domini*, entiéndase: con la intención de ser su dueño; y que se haya perseguido con ello un provecho, bien sea propio o ajeno.

Ahora bien, en lo atinente al objeto material del delito de Apropiación Indevida, ha de señalarse que la conducta punible en este caso debe recaer sobre un bien mueble perteneciente a una persona distinta al consignatario.

Ese carácter de ajenidad del bien, implica que el sujeto activo tiene la obligación de restituir la cosa o usarla con un fin específico, sin que de ningún modo éste pueda disponerla en su nombre, dado que cuando se le entrega o confía el bien, lo que se le traslada es la posesión del objeto y no su propiedad.

La obligación de restitución o de uso determinado de la cosa, puede derivar de un contrato, una sentencia, una ley o -en definitiva- de cualquier acto que válidamente la imponga; pero, de cualquier modo, resulta preciso determinar -para establecer la concreción del tipo penal de Apropiación Indevida- que efectivamente dicha obligación exista, pues es posible que quien posee la cosa ajena se encuentre facultado a retenerla legítimamente.

En este supuesto, no podría considerarse que la negativa a la entrega de la cosa constituya una apropiación indebida, porque -en virtud del derecho de retención que tiene el sujeto- la posesión de la cosa resulta lícita.

En lo que respecta al tipo subjetivo, el artículo 466 del Código Penal exige el *animus rem sibi*

*habendi*, es decir, que el agente tenga la intención de apropiarse de la cosa o de disponer de ella, sin facultades para ello, en perjuicio del sujeto pasivo.

Se trata de un delito doloso, que no admite forma de realización culposa, en cuanto se requiere el conocimiento y la voluntad del agente, acerca de todas las circunstancias exigidas por el tipo penal para que éste se concrete.

El delito de Apropiación Indebida se caracteriza además por ser un delito de mera actividad, toda vez que basta la realización de la conducta típica, en las condiciones establecidas por la norma para que se materialice, sin que sea menester la obtención de un resultado.

En cuanto al momento consumativo de este tipo penal, debe señalarse que el delito de Apropiación Indebida se consuma con la incorporación ilícita al dominio del agente de una cosa ajena que se le hubiere entregado o confiado, con la obligación de devolverla o hacer de ella un uso determinado.

La doctrina ha entendido que el proceso ejecutivo de este tipo penal es fraccionable, pero -aunque se admita la tentativa- se excluye su frustración, en atención al tratamiento que sobre el delito imperfecto ha consagrado nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, para el enjuiciamiento del delito de Apropiación Indebida, el legislador exige la acusación de la parte agraviada como requisito de procedibilidad; en consecuencia, el Ministerio Público no se encuentra legitimado para el ejercicio de la acción penal en estos casos, sino que -por el contrario- la víctima debe seguir el Procedimiento Especial consagrado para los Delitos de Acción Dependiente de Instancia de Parte, en el Libro Tercero, Título VII del Código Orgánico Procesal Penal.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 21/07/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Sustantiva Penal

4.- TEMA: Delito de forjamiento de documentos

## 5.- EXTRACTO

Se trata de hacer una imitación de la verdad, con el dolo específico de brindarle al documento sobre el cual recae la acción, una apariencia de instrumento público.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-20-229-09

6.2.- FECHA: 21/07/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"...El delito de Forjamiento de documento, invocado por la representante del Ministerio Público, se encuentra previsto en el artículo 320 del Código Penal, según el cual:

"Artículo 320. Todo individuo que no siendo funcionario público forje, total o parcialmente, un documento para darle la apariencia del instrumento público, o altere uno verdadero de esta especie, será castigado con prisión de dieciocho meses a cinco años. Esta pena no podrá ser menor de treinta meses, si el acto es de los que merecen fe hasta la impugnación o tacha de falso, según disposición de la Ley.

Si la falsedad se ha cometido en la copia de algún acto público, sea suponiendo el original, sea alterando una copia auténtica, sea, en fin, expidiendo una copia contraria a la verdad, la prisión será de seis a treinta meses. Si el acto es de los que por virtud de la ley hacen fe pública, conforme a lo expresado anteriormente, la prisión no podrá ser menor de dieciocho meses".

De este precepto jurídico que ha sido transcrito, se desprende la consagración de dos modalidades de falsedad, entre las cuales se distingue precisamente el forjamiento de un documento para darle apariencia de instrumento público, alegado por la representante del Ministerio Público en esta causa.

De acuerdo con la descripción de este tipo penal, la acción de forjar un documento sólo puede ser ejecutada por cualquier particular que no ejerza la condición de funcionario público.

Conforme a la doctrina, forjar consiste en crear, bien sea total o parcialmente, algo que no existía en el elemento antecedente, es decir, el documento ya formado.

Se trata de hacer una imitación de la verdad, con el dolo específico de brindarle al documento sobre el cual recae la acción, una apariencia de instrumento público.

Partiendo de estas premisas, debe entenderse entonces que -para la materialización de este delito- la formación del documento ha de preceder al forjamiento sancionado por el artículo 320 del Código

Penal; y ese documento necesariamente debe adolecer del carácter público que se le atribuye.

Como consecuencia de ello, estima este Despacho que la representación del Ministerio Público incurrió en un error al haber invocado el delito de Forjamiento de documento, como calificación jurídica aplicable a los hechos objeto del proceso; pues -de acuerdo con lo reseñado en el escrito acusatorio- esos documentos sobre los cuales recayó la acción del agente, fueron efectivamente protocolizados ante la respectiva Oficina de Registro, de modo que el carácter público de éstos ha de tenerse como real y no aparente.

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Ley Contra la Corrupción

4.- TEMA: Delito de abuso de autoridad

#### 5.- EXTRACTO

El abuso de autoridad debe ser subsumido en el artículo 67 de la Ley Contra la Corrupción

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-20-62

6.2.- FECHA:

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

“este Despacho pudo apreciar que usted subsumió los hechos objeto de análisis, en el tipo penal que sanciona el delito de Abuso de Autoridad -actualmente previsto y sancionado en el artículo 203 del Código Penal vigente-; cuyo supuesto, igualmente se encontraba establecido en el citado texto penal antes de su reforma, empero en el artículo 204. Ahora bien, dentro de este orden de ideas resulta importante acotar, que aún antes de la última reforma del texto penal sustantivo, ya el citado tipo penal se encontraba derogado por disposición expresa de la entonces novísima Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público -actualmente derogada por la Ley contra la Corrupción-.

Al entrar en vigencia la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en fecha 1 de abril de 1983, el Título VIII relativa a las disposiciones Finales se procedió a la derogatoria no sólo de varias normativas, como lo fueron la Ley de Responsabilidad de Funcionarios Públicos y la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito del Funcionario o Empleado Público, sino también de algunos artículos previstos en el Código Penal, entre ellos el 203 relativo a “de los abusos de la autoridad y de las infracciones de los deberes de los funcionarios públicos”, todo lo cual se evidencia del contenido del 109 de la precitada ley; por lo tanto la subsunción de los hechos en la normativa penal citada por usted, resultó improcedente, por la falta de vigencia de la normativa señalada. Actualmente, la citada conducta debe ser subsumida en el artículo 67 de la Ley Contra la Corrupción, y por ende sería imprescriptible, lo cual torna improcedente el sobreseimiento”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 30/12/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Sustantiva Penal

4.- TEMA: Validez temporal de la Ley

## 5.- EXTRACTO

La actual Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo constituye una ley que confiere un tratamiento penal distinto a un hecho que fue considerado como punible también por una ley antecesora, pero que ya resultó derogada con la entrada en vigencia de la normativa en ella prevista.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-21-417-09

6.2.- FECHA: 30/12/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo debe ser considerada como una ley de carácter modificativo que –de acuerdo a los principios que determinan la validez temporal de las leyes penales- comenzó a regir desde su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.236, en fecha 26 de julio de 2005.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico penal venezolano "(...) los hechos se regulan por la ley vigente para el momento de su realización o, lo que es lo mismo: la ley sólo se aplica a los hechos ocurridos durante su vigencia".

De acuerdo con lo antes expuesto, en el caso que se analiza el hecho se produjo el 27 de junio de 2005, fecha ésta en la cual se encontraba vigente la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 1986, por tanto, este hecho se ve sometido necesariamente a la aplicación de los efectos jurídicos dispuestos en dicha normativa, efecto éste conocido como Ultractividad de la Ley penal, conforme a la cual es posible la aplicación de una ley derogada a un hecho acontecido dentro de su vigencia, pero que se va a juzgar de acuerdo con esa ley derogada a pesar de que para el momento del juicio ya está vigente una nueva ley. Este efecto ultractivo sólo sería aplicable cuando el delito se hubiere cometido bajo la vigencia de la ley anterior más favorable.

Es preciso concluir -vistas las consideraciones *supra* realizadas-, que en el presente caso podía ser aplicada la ley derogada (más favorable), por cuanto el hecho fue cometido durante su vigencia, y en el transcurso del proceso entró en vigencia la nueva Ley –desfavorable- (ultractividad); no estando por tanto acertada la precisión realizada en cuanto a la atipicidad del hecho por la imposibilidad de aplicación retroactiva de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 2005".

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Sustantiva Penal

4.- TEMA: Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo

#### 5.- EXTRACTO

El bien jurídico tutelado por esta previsión es “la vida de los trabajadores”, cuyo objeto de protección gira en torno a la debida seguridad en el trabajo o, dicho con más precisión, a la seguridad de la vida o de la salud de los trabajadores concurrentes en un centro de trabajo.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-21-417-09

6.2.- FECHA: 30/12/2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

“Para poder distinguir si estamos frente a un hecho punible contemplado en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, debe observarse si el ilícito gravita en torno a una serie de consideraciones relativas a la seguridad que el empleador debe a su empleado, según las disposiciones de esta Ley Especial en el artículo 33 de la citada Ley Especial.

En relación al tipo penal previsto en el artículo 33 de la citada Ley Especial, es preciso referirnos a los elementos que lo configuran; siendo el primero de ellos el bien jurídico protegido, necesario a los efectos de precisar cuándo la conducta allí sancionada ocasiona el daño -resultado- considerado por el legislador como reprochable.

En este sentido, tenemos que las leyes penales describen comportamientos que suponen los ataques considerados como más graves contra determinados bienes jurídicos seleccionados por su importancia, para ser protegidos a través de las disposiciones contenidas en estas leyes. En efecto, el tipo penal es una suerte de instrumento que nos informa sobre qué es lo que se protege y cómo se protege.

El tipo penal en estudio se encuentra ubicado dentro de las disposiciones de una Ley Especial que viene a regular condiciones sanas y seguras en el medio ambiente de trabajo. Partiendo de esta premisa, podemos considerar que el bien jurídico tutelado por esta previsión es “la vida de los trabajadores”, cuyo objeto de protección gira en torno a la debida seguridad en el trabajo o, dicho con más precisión, a la seguridad de la vida o de la salud de los trabajadores concurrentes en un centro de trabajo.

En este mismo orden de ideas, debemos referirnos a otro elemento esencial, como es la acción típica descrita en la disposición, la cual como bien puede extraerse de la letra del artículo bajo análisis, no consiste en una conducta directa del empleador, como puede ser “matar” o “lesionar”, sino que tal resultado se deriva de la conducta omisiva del empleador quien aún conociendo las condiciones de inseguridad bajo las cuales ejercen sus funciones los trabajadores, no toma las medidas de seguridad necesarias para garantizar una condición laboral óptima, segura y saludable.

En consecuencia, en caso de muerte o lesión del trabajador, debemos verificar en la existencia de tres aspectos:

- Que el empleador haya incumplido o no hubiere observado en forma grave la normativa en materia de seguridad y salud laboral -infracción al deber de cuidado-;
- Que el empleador conozca -dolo- que los trabajadores corren peligro en el desempeño de sus labores; y
- Que como consecuencia directa de dicho conocimiento, se ocasionare la muerte del empleado.

Del contenido de la letra del artículo 33 de la Ley Especial la conducta debe encuadrarse dentro de los límites descritos en la norma, los cuales inicialmente deben ser traspasados por la conducta del empleador, quien de antemano sabe y conoce -dolo- el estado de inseguridad en torno a sus trabajadores en el desempeño de sus funciones. Como podemos observar, la acción típica del empleador no consiste en matar o lesionar; consiste en no tomar las medidas de seguridad necesarias para garantizar óptimas condiciones de trabajo.

Así pues, el tipo penal descrito en la Ley Especial, no exige una acción directa proveniente del patrono que ocasione la muerte del empleado, se requiere ponderar además de los aspectos esenciales antes mencionados, el grado de seguridad y salubridad del ambiente laboral. En este punto, podemos afirmar que el tipo penal analizado, en cuanto a la acción típica, encuadra en la categoría de los llamados delitos de "infracción de deber de cuidado".

En cuanto a la determinación del sujeto activo en el tipo penal analizado, atendiendo al principio de que la responsabilidad es individual en el Derecho Penal, corresponde en este caso concreto atribuir la responsabilidad al "empleador" directamente responsable de la seguridad o salud del empleado, en definitiva, la responsabilidad debe recaer sobre la persona que tenía el deber de velar por las normas de seguridad al momento de ocurrido el incidente.

Debemos resaltar en relación a este punto, que para determinar al "encargado directo de la seguridad de los trabajadores", tendríamos que ubicar al sujeto que tenía la posición de garantizar la vida de los empleados para el momento en que ocurrieron los hechos, y además, evaluar si podía evitar dicho resultado lesivo. Así, el sujeto activo será quien, por una parte tenga la posición de garante ante el empleador, y por otra, tenga entre sus facultades el poder evitar el resultado.

En el caso que nos ocupa, como ya se indicó, para que los hechos puedan encuadrarse en la Ley Especial a la cual hacemos referencia, debió verificar que el "empleador" conocía el peligro que corrían sus empleados en el desempeño de sus labores; en segundo lugar, que los empleados perdieron su vida como consecuencia directa de la falta de observancia de las normas de seguridad debidas, y finalmente quién era el responsable directo de garantizar condiciones de seguridad óptimas de los trabajadores fallecidos.

Como corolario de lo expuesto, debemos resaltar que además es necesario en relación a la determinación del momento consumativo, en vista de que la muerte del trabajador no es efectivamente imputable a una acción humana directa -matar-, se deberá verificar la relación de causalidad entre la violación de la normativa legal en materia de seguridad y el resultado material "la muerte".



2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Sustantiva Penal

4.- TEMA: El delito de receptación o aprovechamiento de cosas provenientes del delito

#### 5.- EXTRACTO

El delito de receptación o aprovechamiento de cosas provenientes del delito para su configuración requiere de la perpetración de un delito principal.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-7-376-2009

6.2.- FECHA: 17-11-2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

“el delito de Aprovechamiento de Cosas Provenientes de Delito, también llamado Receptación, requiere para su configuración la perpetración de un delito principal –por lo general de un delito contra la propiedad-, que permita a un sujeto cualquiera “aprovecharse” de los efectos provenientes del delito, el agente no debe ser señalado como autor o partícipe, ni encontrarse en posición de encubridor en el tipo principal anteriormente cometido.

Así, tenemos que para que se tenga como consumado este delito es necesaria la adquisición, el recibo o el ocultamiento del dinero o de las cosas provenientes de delito o la intromisión para que estos efectos sean adquiridos, recibidos o escondidos.

En este sentido, la receptación es pues considerada como un delito instantáneo puesto que no es necesario para su consumación en ningún caso, que se haya logrado el provecho. En este sentido, es necesario que el agente dirija su acción al fin objetivo de obtener algún provecho con el dinero o cosa adquirida, recibida o escondida, provecho éste que puede ser propio o ajeno.

Por su parte, la Doctrina ha señalado algunas condiciones propias en este tipo penal, a saber:

- A. Es preciso que se haya cometido un delito principal (que suele ser otro delito contra la propiedad: hurto, robo etc., pero que puede ser de otra clase), del cual provienen el dinero y otras cosas muebles. La receptación es un delito accesorio, que supone, necesariamente, la previa consumación del delito principal (no una falta). La receptación apoya su existencia en la del delito principal, que constituye un presupuesto impretermitible.
- B. Es menester que el receptor no haya participado en la perpetración del delito principal.
- C. Se requiere que no haya encubrimiento”.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 21/07/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Sustantiva Penal

4.- TEMA: Excusa absoluta

## 5.- EXTRACTO

La representación del Ministerio Público se encuentra en el deber de apreciar la existencia de la excusa absoluta, cuando se verifique la ocurrencia de alguno de los delitos contra la propiedad, previstos en los Capítulos I, III, IV y V del Título X del Código Penal, o en los artículos 473 (en su parte primera), 475 y 478 del Código Penal, en perjuicio de cualquiera de los sujetos descritos en el artículo 481 *ejusdem*.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-20-229-2009

6.2.- FECHA: 21/07/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"En el presente caso debió evaluarse si era posible subsumir lo ocurrido en otro delito de los consagrados por nuestro legislador; y especialmente, en los que han sido descritos por el Libro Segundo, Título X del Código Penal.

Una vez constatada la adecuación típica en la descripción normativa correcta, es que la representación del Ministerio Público puede determinar cuál es la actuación procedente conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

Si, por ejemplo, lograra afirmarse la ocurrencia de alguno de los delitos contra la Propiedad, previstos en los Capítulos I, III, IV y V del referido Título del Código Penal, o en los artículos 473 (en su parte primera), 475 y 478, *ejusdem*; la representación del Ministerio Público se encuentra en el deber de apreciar la existencia de la Excusa Absoluta consagrada en el artículo 481 de ese mismo Código, si el hecho se hubiere cometido en perjuicio de alguno de los sujetos descritos en dicha disposición.

En ese supuesto, una vez constatado el vínculo existente entre el agente y el perjudicado, lo procedente sería solicitar al órgano jurisdiccional el Sobreseimiento de la causa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 318, numeral 2 (cuarto supuesto) del Código Orgánico Procesal Penal".

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Sustantiva Penal

4.- TEMA: Lesiones personales intencionales graves

#### 5.- EXTRACTO

Requisitos para la configuración del delito de lesiones personales intencionales graves.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-7-108-09

6.2.- FECHA: 07-04-2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"...Para la configuración del delito de Lesiones Personales Intencionales Graves se requiere:

Habérsele ocasionado a la víctima un sufrimiento físico: En efecto el sufrimiento tiene su origen en el daño que se le causó a su organismo, materializado en las heridas que trajeron como consecuencia su intervención quirúrgica; todo lo cual se constata en el reconocimiento médico legal al cual fue sometido.

Producirle a la víctima un perjuicio a la salud: Podemos entender por salud, el estado normal de las funciones orgánicas y psíquicas, por tanto evidentemente le fue interrumpido a la víctima ese normal funcionamiento físico y mental en su organismo, con ocasión a las lesiones ocasionadas según el reconocimiento médico legal, estuvo privado de sus labores habituales por un tiempo de treinta (30) días, salvo complicaciones.

Las condiciones o ubicación del lugar en que se produjo el ataque: Los acontecimientos se produjeron a altas horas de la noche (aproximadamente las 11:15 horas de la noche), por lo que eran muy pocas las posibilidades de que cualquier otra persona le pudiera prestar auxilio a la víctima para trasladarlo a un centro de salud. Adicionalmente, conforme a lo sostenido por la ciudadana..., el agresor "...se iba a ir en su carro,..."

El tipo de arma empleada y la determinación del lugar del cuerpo hacia el cual iba dirigida la acción: El destornillador empleado por el acusado es un instrumento capaz de producir efectos mortales, siempre que el ataque sea dirigido hacia algún lugar del cuerpo donde existan órganos vitales. En el caso que nos ocupa, la acción le fue propinada a la víctima hacia un lugar del cuerpo humano donde existen órganos de vital importancia (hemitorax), lo cual es indicativo de la clara intención por parte del acusado, de causarle una lesión grave capaz de producirle la muerte.

La reiteración en la agresión: Tenemos también que en el presente caso el acusado le enterró el destornillador en dos oportunidades por el hemitorax a la víctima, atacándolo nuevamente en el brazo derecho, ocasionándole una serie de heridas, reveladoras de una verdadera intención que va mas allá de causar unas simples lesiones personales.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 30/06/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Otros Aspectos

4.- TEMA: Uso del derecho alternativo

## 5.- EXTRACTO

El uso del derecho alternativo, en un sentido amplio, supone acudir a otras fuentes del Derecho, distintas a la Ley, para alcanzar una solución jurídica que se valora como más justa.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-20-204-2009

6.2.- FECHA: 30-06-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"...En nuestro criterio, la mención que hicieron los Abogados J. C. V. y L. E. A. al "uso del derecho alternativo", resultó insuficiente para explicar las razones de su supuesta aplicación en la causa que nos ocupa, como mecanismo para ofrecer una solución que -según sostuvieron- resultaba justa y equilibrada.

En realidad, creemos que el uso de esta corriente alternativista es bastante complejo, de modo que no basta referir apenas su existencia para justificar el ejercicio de alguna actuación.

Aunque no es nuestro objeto adentrarnos en el análisis de sus dogmas, ni tampoco de sus antecedentes, consideramos preciso advertir que -de acuerdo con las teorías desarrolladas al respecto- el Derecho Alternativo se expresa en diferentes especies, entre las cuales se destacan la denominado "Positivismo de Combate", el "Uso Alternativo del Derecho" y "el Derecho Alternativo" en sentido estricto.

En virtud de la parca referencia realizada por la representación fiscal, quien suscribe desconoce si con su mención los Abogados J. C. V. y L. E. A. quisieron aludir a la aplicación del Derecho Alternativo, entendido de una manera restringida o genérica; o si con ella se pretendió hacer referencia a lo que doctrinalmente se conoce como el Uso Alternativo del Derecho.

Dada la citada imprecisión, debemos concretarnos entonces a explicar -sólo en un sentido general- que estas tendencias filosóficas responden a determinadas situaciones históricas, políticas y jurídicas, que han conllevado a sus partidarios a formular una postura crítica frente a los métodos tradicionales de interpretación y aplicación del Derecho.

Dichas corrientes no sólo han encontrado espacios en Europa, sino que además han logrado extenderse en la región latinoamericana; promoviendo con sus tesis la reformulación en el ámbito jurídico del pensamiento, la hermenéutica, el garantismo y el sentido instrumental que desde esta perspectiva debe tener el Derecho (vinculado con las ideas políticas y sociales).

El uso del Derecho Alternativo, en un sentido amplio, supone acudir a otras fuentes del Derecho -

distintas a la Ley- para alcanzar una solución jurídica que se valora como más justa.

Entendiendo tal precisión, no es posible comprender en qué sentido considera la representación del Ministerio Público haber hecho uso del Derecho Alternativo en el escrito de solicitud de Sobreseimiento, si -de acuerdo con su contenido- éstos no acudieron a otras fuentes del Derecho (como la costumbre, los principios generales del Derecho, la Jurisprudencia y Doctrina) para sustentar su actuación; sino que -por el contrario- recurrieron a lo dispuesto por la misma Ley.

En realidad, luego de analizar el escrito fiscal, estimamos incierta la afirmación efectuada por los representantes del Ministerio Público en el citado Oficio N° --- (en cuanto al supuesto uso del derecho alternativo); puesto que -al margen de esa falta de motivación que se ha denunciado y la improcedencia advertida respecto a la solicitud de sobreseimiento examinada- resulta claro que la representación del Ministerio Público -al acudir a las premisas de la Ley como sustento de su criterio- lo que utilizó fue el método tradicional de interpretación y aplicación del Derecho, y no una especie de Derecho Alternativo como indicó en su escrito.

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: La narración de los hechos

#### 5.- EXTRACTO

Cuando el representante del Ministerio Público ejerce sus atribuciones o deberes ante los órganos jurisdiccionales competentes de forma escrita, dicha actuación debe cumplir determinados requisitos a los fines de lograr los efectos legales deseados.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-07-37558-09

6.2.- FECHA: 03-08-2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

“Luego de un análisis exhaustivo del escrito de solicitud de Sobreseimiento correspondiente a la causa en comentario, esta Dirección pudo apreciar que la narración de los hechos objeto de la investigación penal resulta insuficiente para conocer con claridad y de manera precisa cuáles fueron las circunstancias de modo, tiempo y lugar bajo las cuales se suscitaron, aunado a que igualmente los elementos de convicción o las diligencias de investigación que constituyen el fundamento de este tipo de solicitud, carecen en su totalidad de motivación.

Una de esas exigencias, y quizás la más relevante, es la motivación de su solicitud, la cual implica entre otros aspectos, en primer lugar, la narrativa de los hechos objeto del proceso con todas las circunstancias relativas a su perpetración, vale decir, la indicación de las características de lugar, modo y tiempo que rodearon la comisión del hecho investigado. A ello le deben seguir los elementos de convicción o las diligencias de investigación obtenidas en la etapa investigativa, cuyo señalamiento no puede limitarse a su simple enumeración; por el contrario, deberá expresarse el resultado obtenido de cada uno de dichos elementos, a objeto de precisar y conocer el convencimiento emanado de ellos; finalmente, el fiscal del Ministerio Público, deberá realizar un análisis lógico-jurídico de los hechos con derecho, lo cual deviene o se logra del estudio de los acontecimientos debidamente concatenados con los elementos de convicción, siendo ello el fundamento de la solicitud realizada por el representante fiscal...”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 19/10/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Doctrina Adjetiva

4.- TEMA: De la unidad de criterio actuación fiscal

## 5.- EXTRACTO

Los funcionarios del Ministerio Público desarrollan sus funciones dentro de un criterio doctrinario unificado en las materias que le son propias, sosteniéndose, que esta unidad de criterios debería mantenerse como base de la unidad de acción de una organización jerarquizada, sin menoscabo ni perjuicio del criterio que legítimamente pueden sustentar sus integrantes bajo su propia responsabilidad.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-11-334-2009

6.2.- FECHA: 19-10-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"... En otro orden de ideas, no puede dejar de referirse lo sorprendente que resultan a este Despacho, las dos posiciones opuestas manifestadas por los representantes del Ministerio Público; por un lado la Abogado I M R, Fiscal xx° del Ministerio Público a Nivel Nacional, comisionada para actuar en el presente caso, quien solicitó en la audiencia oral que se declarase la nulidad de las actuaciones, por cuanto se habían violado derechos y garantías constitucionales de las ciudadanas Maribel Aponte y Marina Pérez; y por otro lado, el Abogado W G, Fiscal X° del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado X, quien mantuvo su posición en cuanto a la Solicitud de Sobreseimiento, por considerar que los hechos que dieron origen a la investigación no son típicos.

Sobre el particular, cabe acotar que todos los funcionarios del Ministerio Público desarrollan sus funciones dentro de un criterio doctrinario unificado en las materias que le son propias, sosteniéndose, que esta unidad de criterios debería mantenerse como base de la unidad de acción de una organización jerarquizada, sin menoscabo ni perjuicio del criterio que legítimamente pueden sustentar sus integrantes bajo su propia responsabilidad.

En este sentido, los Representantes Fiscales deben adecuar su actividad al principio de unidad de criterio y actuación establecido en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y de esta forma ejercer sus acciones de manera adecuada y conforme a los criterios adoptados por la Institución; por tanto, no es tolerable una actuación fiscal desigual en un mismo caso -o como en el presente asunto, en una misma audiencia-, por cuanto el Ministerio Público es un órgano único e indivisible en el que todos sus miembros deben ejercer sus diferentes funciones bajo las mismas premisas y con la misma responsabilidad.

Sobre el principio de Unidad del Ministerio Público y la aplicación de la Doctrina del Acto Propio, ha referido Alberto Binder:

"...cuando se pretende desconocer el principio de unidad del Ministerio Público y sus

fiscales pretenden desconocer -y actuar en contradicción- la conducta o la actuación de otro. En los sistemas procesales en los que los fiscales actúan por etapas (fiscales de instrucción, de juicio, etc) se suele acentuar esta práctica. La doctrina de los actos propios en conjunción con el principio de unidad del Ministerio Público, impiden criticar y desconocer lo actuado con anterioridad y cambiar las expectativas de la defensa al respecto.

Tampoco puede el Ministerio Público realizar variaciones de tal magnitud que impliquen una clara incoherencia. Dentro de los límites estrictos de la doctrina de los actos propios y sus requisitos (ver López Mesa: op.cit., p,64) el fiscal tiene limitadas sus posibilidades de variación, tanto en el curso de una investigación (lo que no quiere decir que no pueda actuar sobre distintas hipótesis) o en el mismo curso del debate. Ello no sólo en el ámbito más claro de "lo sorpresivo" (que está vedado por el derecho de defensa) sino sobre las expectativas ciertas sobre las que se ha construido las estrategias de defensa.

El papel de la convalidación y mucho más aún de la nulidad es dependiente de los intereses de la víctima o del imputado y la protección de la función "ordenadora" de las formas procesales respecto del fiscal como razón autónoma de saneamiento o nulidad debe cubrir un espectro muy reducido de casos en un proceso fundado en principios procesales correctos y no en la defensa del ritualismo. Incluso se podría llegar a afirmar que no tienen ningún margen, ya que es difícil imaginar un caso donde no exista una paralela afectación al interés de la víctima (en cualquiera de sus dimensiones..."

En consideración a lo expuesto, estima quien suscribe que actuaciones como las descritas desdican de los principios de unidad e indivisibilidad que deben regir los actos del Ministerio Público, razón por la cual los representantes del Ministerio Público y los funcionarios a quienes correspondía ejercer el control y supervisión del caso asignado, debieron haber realizado lo conducente a objeto de evitar situaciones de confrontación como la descrita y sucedida en la audiencia.



2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Medios probatorios

#### 5.- EXTRACTO

Establecer la necesidad de los medios probatorios, consiste en realizar un breve razonamiento acerca del por qué determinado medio de prueba le será útil o necesario para comprobar o demostrar la comisión del hecho punible, o bien la autoría del sujeto a quien se señala como imputado en el ilícito penal atribuido, o cómo dicho medio permite atribuirle algún grado de participación.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-365-2009

6.2.- FECHA: 10/11/2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"... Establecer la necesidad de los medios probatorios, consiste en realizar un breve razonamiento acerca del porqué determinado medio de prueba le será útil o necesario para comprobar o demostrar la comisión del hecho punible, o bien la autoría del sujeto a quien se señala como imputado en el ilícito penal atribuido, o cómo dicho medio permite atribuirle algún grado de participación. Realizar -como lo hiciera la fiscal en el escrito que se analiza-, una transcripción, por ejemplo, de la entrevista rendida por los testigos en la fase de investigación, además de propiciar un escrito extenso en demasía y repetitivo, no sufre ni constituye un adecuado señalamiento de la necesidad y pertinencia de los medios de prueba que se ofrezcan.

Deben precisar los fiscales del Ministerio Público en sus escritos de acusación, cuál es la necesidad y pertinencia de cada medio de prueba que se ofrezca, indicando, en cuanto a la pertinencia, la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso, y los que son objeto de prueba; y en torno a la necesidad, la utilidad de la misma para el descubrimiento de la verdad. Al respecto, el profesor Jesús Eduardo Cabrera Romero señala lo siguiente:

"Si tomamos en cuenta que el juez de control debe calificar la pertinencia de las pruebas ofrecidas en la fase intermedia y que el artículo 357 del COPP para los testigos expresa con motivo de su examen, que el Juez Presidente les concederá la palabra "para que indiquen lo que saben acerca del hecho propuesto como objeto de prueba", debemos concluir que el hecho que se pretende probar con cada medio ofrecido, se debe señalar en el escrito de pruebas (escrito a su vez de acusación)"

En este sentido, señala Pedro Osman Maldonado, lo siguiente:

"La proposición de prueba que la parte considera necesaria y suficiente para el juicio oral, la cual no basta con el señalamiento sino que debe indicarle detalladamente. Tal

señalamiento viene a constituir el derecho que tiene la parte de probar a través de los medios probatorios ofrecidos, que va a formar su convicción y tal facultad puede ser ampliada en el curso del debate con la aceptación por el juez de nueva prueba”

En consecuencia, es necesario que el representante del Ministerio Público señale para qué le servirá cada medio de prueba, indicando al efecto, qué se propone probar con cada uno, obedeciendo así a la exigencia de expresar la pertinencia y necesidad de tal ofrecimiento.

Simplificando: determinada fuente de prueba será necesaria a los efectos del proceso penal, cuando resulta indispensable a la luz del hecho objeto de la averiguación; es decir, cuando a través de dicho medio de prueba, no sólo será posible demostrar la verosimilitud del hecho investigado, sino coadyuvará, en otros supuestos, con la identificación de los sujetos involucrados en la comisión del delito.

Al respecto, la Doctrina Institucional ha señalado: “...Es imprescindible que el fiscal del Ministerio Público señale la necesidad y pertinencia de los medios probatorios ofrecidos en el escrito de acusación...”.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 22/10/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Adjetiva Penal

4.- TEMA: Actos conclusivos

## 5.- EXTRACTO

Ante la carencia del resultado arrojado por la investigación, resulta improcedente cualquier acto conclusivo.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-343-2009

6.2.- FECHA: 22/10/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"...Así tenemos, que el sobreseimiento definitivo supone que el fiscal del Ministerio Público ordenó todas las diligencias necesarias durante la investigación con sus respectivas resultas, y a pesar de ello, aún no cuenta con la certeza sobre la participación del imputado; resultando evidente la falta de una condición necesaria para imponer la sanción.

Al respecto, la Doctrina del Ministerio Público ha sostenido: "Pendiente por recibir diligencias ordenadas, no le es dable al representante del Ministerio Público solicitar el sobreseimiento"

Al respecto, valga reiterar que si no fueron remitidas las resultas de las diligencias de investigación, o si éstas no fueron realizadas, no es posible solicitar el Sobreseimiento con base en el artículo 318 numeral 4 del Código Orgánico Procesal Penal.

Ante la carencia del resultado arrojado por la investigación iniciada con ocasión de la presunta comisión de un acto delictivo, se hace improcedente no sólo la solicitud de sobreseimiento, sino también cualquier otro acto conclusivo, que implique siempre el fin de la fase preparatoria, por cuanto para ello se requerirá haber agotado la investigación y a su vez haber obtenido un discernimiento certero acerca de los hechos ocurridos, todo lo cual, debidamente concatenado con las normas procesales aplicables al caso, originarán un criterio lógico-jurídico que haría posible, o al menos altamente viable, el requerimiento del representante del Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional competente, pues de lo contrario, resultaría infundado a las estipulaciones legales sustantivas y procesales."

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 28/08/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Ministerio Público

4.- TEMA: Fiscalías municipales

## 5.- EXTRACTO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 25, numeral 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el o la Fiscal General de la República es la autoridad encargada de asignar o atribuir la competencia de los Fiscales; y por tanto, de definir -respecto a cada Fiscal Municipal- la extensión de sus facultades, ya sea a una o más de tales entidades o Municipios.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-20-294-09

6.2.- FECHA: 28-08-2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

“En lo que respecta a la competencia que tienen las Fiscalías Municipales, debe señalarse lo previsto en el artículo 55 de la Ley Orgánica del Ministerio Público:

“Artículo 55. Las Fiscalías del Ministerio Público a nivel municipal son aquellas cuya competencia territorial esté atribuida a uno o más municipios. Estarán adscritas a la Fiscalía Superior de la circunscripción judicial en donde esté ubicado él o los municipios cuya competencia le corresponda”.

De acuerdo con lo anteriormente transcrito, se evidencia que la competencia territorial de estas Fiscalías se limita a los municipios o unidades políticas primarias de organización nacional que le sean atribuidas.

En lo que concierne a la competencia material que corresponde a las Fiscalías de este nivel, el artículo 56 de la Ley Orgánica del Ministerio Público define los asuntos que pueden ser de su conocimiento. Al respecto, se establece lo siguiente:

“Artículo 56. Los Fiscales o las Fiscales del Ministerio Público a nivel municipal tendrán alguna de las siguientes atribuciones, según le sean asignadas por el Fiscal o la Fiscal General de la República: 1. Ejercer la acción penal en los casos de faltas y delitos cuyas penas no exceden de tres años en su límite máximo, cometidos en el municipio dentro del cual puedan ejercer sus atribuciones. 2. Velar por el debido proceso y la protección de los derechos humanos y garantías constitucionales en todo lo relacionado con el ámbito municipal y la vida local”.

Tal y como puede desprenderse del citado precepto jurídico, la competencia material de las Fiscalías Municipales comprende dos aspectos fundamentales. En primer lugar, la norma descrita contempla como una de sus atribuciones, el ejercicio de la acción penal, pero sólo en aquellos casos en los

cuales se presume la ocurrencia -en el territorio competente- de un hecho punible de menor entidad, bien se trate de faltas o de delitos cuya pena máxima no exceda de tres (3) años.

En segundo término, dicho artículo también prevé la facultad de velar por el respeto al debido proceso, la protección de los derechos humanos y garantías constitucionales en los asuntos de interés local, como una manifestación del rol de garante que éstos deben desempeñar en su territorio, derivada no sólo de la citada norma, sino además de la previsión dispuesta en el artículo 285, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en concordancia con el artículo 49, *eiusdem*), y el artículo 16, numeral 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Conviene aclarar que entre la competencia material y territorial que el legislador ha atribuido a los Fiscales Municipales, existe una relación estrecha que obliga a estos funcionarios a no exceder ninguna de las esferas de acción que ellas delimitan”.

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Ministerio Público

4.- TEMA: Fiscalías municipales

#### 5.- EXTRACTO

Los Fiscales Municipales no pueden ejercer sus facultades materiales en aquellos casos en los que el asunto escape de su ámbito territorial de competencia; y tampoco pueden desempeñarse fuera de las atribuciones materiales consagradas en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, aún cuando el objeto se hubiere suscitado en la localidad que le corresponde.

Ningún Fiscal Municipal podrá actuar fuera de las atribuciones que le hayan sido específicamente asignadas, aún cuando su ejercicio se hallare dentro de las competencias genéricas establecidas por Ley, específicamente en los artículos 55 y 56 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Las actuaciones de los Fiscales Municipales deben limitarse sólo a aquellos casos para cuyo conocimiento se encuentran facultados en sentido abstracto y específico, según lo establecido en los artículos 55 y 56 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-20-294-09

6.2.- FECHA: 28-08-2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

“el legislador sólo estableció de un modo genérico las atribuciones que estos representantes del Ministerio Público *in abstracto* pueden ejercer; pero es el o la Fiscal General de la República, quien - a tenor de ese mismo artículo- debe determinar, dentro del ámbito legal, cuáles serán las facultades que en particular tendrán los Fiscales Municipales tras su nombramiento.

Esa facultad que se confiere a la autoridad del Ministerio Público para definir las competencias concretas de las Fiscalías Municipales, no sólo responde a una determinación legal expresa, sino que además deviene del principio de autonomía organizativa aplicado en nuestra Institución.

En ejercicio de esta atribución, el o la Fiscal General de la República tiene la facultad para conferir a una Fiscalía Municipal determinada, una competencia amplia (para ejercer la acción penal en cualquier caso en que se cometa una falta o delito cuya pena aplicable no exceda de tres años en su límite máximo); o -por el contrario- puede atribuirle a ésta una competencia restringida (referida - por ejemplo- sólo al conocimiento de determinados delitos, entiéndase: los contemplados en materia de droga, violencia de género, etc., o delimitando su actuación sólo a ciertas etapas o actos del proceso).

Para delimitar la extensión de esa competencia material correspondiente a la Fiscalía Municipal en

concreto, el o la Fiscal General de la República podrá atender a razones estructurales, organizativas o -en general- a cualquier criterio de conveniencia y utilidad para el eficaz desempeño de nuestra Institución y el alcance de los objetivos propuestos.

Esto significa -en esencia- que los Fiscales Municipales no pueden ejercer sus facultades materiales en aquellos casos en los que el asunto escape de su ámbito territorial de competencia; y tampoco pueden desempeñarse fuera de las atribuciones materiales consagradas en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, aún cuando el objeto se hubiere suscitado en la localidad que le corresponde.

Adicionalmente a lo anterior, cabe señalar otro elemento que resulta fundamental para delimitar el ámbito de actuación de los Fiscales Municipales, nos referimos a la potestad de asignación o atribución de competencias que fue expresamente otorgada en este caso al o la Fiscal General de la República, mediante lo establecido por el encabezado del artículo 56 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Al respecto, debe advertirse que en este precepto jurídico el legislador sólo estableció de un modo genérico las atribuciones que estos representantes del ministerio público in abstracto pueden ejercer; pero es la Fiscal General de la República quien -a tenor de ese mismo artículo- se encuentra llamada a determinar, dentro del ámbito legal, cuáles serán las facultades que en particular tendrán los fiscales municipales tras su nombramiento.

Se trata de una facultad para definir las competencias concretas de los fiscales municipales que ha sido conferida a esta autoridad no sólo por determinación legal expresa, sino además como corolario del principio de autonomía organizativa que rige a nuestra institución-, todo ello en aras de garantizar el eficaz desempeño y alcance de los objetos propuestos con la creación de las fiscalías municipales.

Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse que ningún fiscal municipal podrá actuar fuera de las atribuciones que le hayan sido específicamente asignadas, aún cuando su ejercicio se hallare dentro de las competencias genéricas establecidas por ley, específicamente en los artículos 55 y 56 de la ley orgánica del ministerio público.

Dentro del marco anteriormente descrito, los fiscales municipales deben realizar distintas actuaciones. desde luego, tal y como se ha señalado supra, éstas deben limitarse sólo a aquellos casos para cuyo conocimiento se encuentran facultados en sentido abstracto y específico, según lo establecido en los artículos 55 y 56 de la ley orgánica del ministerio público.

Entre las actuaciones que -de modo general- pueden ejercer estos representantes del ministerio público, se debe destacar la recepción de denuncias y su registro en el sistema de distribución de casos.

En el ejercicio de esta atribución, éstos deberán examinar lo expuesto por el denunciante (de forma oral o escrita), con el propósito de establecer si su contenido se ajusta a la competencia que específicamente le ha sido asignada.

De versar ésta sobre la presunta comisión de un delito de acción pública que se encuentre fuera del ámbito de acción del Fiscal Municipal receptor, ya sea en un sentido territorial o material, éste deberá practicar únicamente las diligencias necesarias y urgentes para hacer constar las circunstancias descritas en el artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal y remitir luego las actuaciones al Fiscal Superior de la Circunscripción Judicial correspondiente, a los fines de que el asunto sea sometido al conocimiento del Fiscal de Proceso que resulte competente para ello. Si no surgiera del caso concreto la necesidad de practicar diligencias urgentes, el Fiscal Municipal receptor de la denuncia procederá a la remisión antes señalada, inmediatamente después de su recepción.

En cualquiera de estos supuestos, conviene advertir que -antes de proceder a la remisión del expediente- el Fiscal Municipal debe evaluar si se requiere esclarecer algún aspecto de la denuncia o completar alguna información faltante o imprescindible, caso en el cual éste procederá a indagar lo necesario. Si luego de ello, se obtuviesen los datos precisos para proseguir el curso de la investigación, el Fiscal Municipal correspondiente hará la remisión a la que se ha hecho mención.

Ahora bien, cuando lo denunciado se ajuste al ámbito de actuación material y territorial del Fiscal Municipal receptor, éste dará inicio a la investigación y la instruirá, en ejercicio de las facultades que le han sido atribuidas genéricamente al Ministerio Público, en el artículo 108 del Código Orgánico Procesal Penal.

En el curso del proceso, el Fiscal Municipal determinará -sobre la base de los elementos de convicción recabados durante la etapa investigativa- cuál es el acto conclusivo que considera procedente en el caso específico.

Cuando de los resultados de la investigación se desprendan fundamentos serios que permitan sustentar una solicitud de enjuiciamiento en contra del imputado, el Fiscal Municipal deberá promover su escrito acusatorio ante el órgano jurisdiccional competente -en los términos establecidos en el artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal- y cumplir con el procedimiento aplicable.

Si -por el contrario-, las diligencias de investigación practicadas no arrojan elementos de convicción suficientes para fundamentar la pretensión de enjuiciamiento del imputado, pero sí permiten asegurar la procedencia de alguna de las causales establecidas en el artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, el Fiscal Municipal deberá solicitar el Sobreseimiento de la causa -de manera motivada- ante el órgano jurisdiccional competente, todo lo cual dará lugar al trámite previsto en el artículo 323, ejusdem.

Ahora bien, en aquellos casos en los que el Fiscal Municipal no logre recabar elementos de convicción suficientes para sustentar bien sea la procedencia de una Acusación o de una solicitud de Sobreseimiento de la causa, y existe la mínima posibilidad de que luego surjan nuevos elementos para el esclarecimiento del caso, el Fiscal Municipal dictará el decreto de Archivo Fiscal de las actuaciones, subsistiendo la posibilidad de su reapertura de conformidad con la Ley.

Sobre este decreto deberá notificarse a la víctima, por cuanto -de acuerdo con lo establecido en el artículo 315 del Código Orgánico Procesal Penal- ésta tendrá el derecho a solicitar en cualquier momento la reapertura de la investigación, invocando las diligencias conducentes que considera deben practicarse.

Adicionalmente a ello, cuando se dicte el decreto de Archivo Fiscal de las actuaciones, el Fiscal Municipal deberá solicitar al órgano jurisdiccional el cese de las medidas de coerción que pesen sobre el imputado, si ése fuere el caso.

En caso de que la víctima haya solicitado ante el Juez de Control la revisión del decreto de Archivo Fiscal, y éste encontrare fundado el requerimiento de la víctima, la representación del Ministerio Público deberá remitir las actuaciones al Fiscal Superior correspondiente, con el propósito de que éstas sean distribuidas a otro Fiscal, no adscrito a la Fiscalía Municipal.

Además de todo lo antes expuesto, el Fiscal Municipal actuante también deberá evaluar -en el transcurso de la investigación- la procedencia de alguna de las Alternativas para la Prosecución del Proceso que han sido previstas en el Libro Primero, Título I, Capítulo III del Código Orgánico Procesal Penal, tales como el Principio de Oportunidad, los Acuerdos Reparatorios y la Suspensión Condicional del Proceso; desde luego, atendiendo a las circunstancias propias del caso investigado.



Cuando efectivamente se haya detectado la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad, según las características del caso, el Fiscal Municipal promoverá su solicitud ante el órgano jurisdiccional con la petición pertinente.

En lo que concierne a la celebración de Acuerdos Reparatorios, este representante del Ministerio Público se encuentra en el deber de informar a la víctima sobre la existencia de esta alternativa que le brinda nuestro ordenamiento jurídico para la resolución del caso y -de admitirlo ésta- podrá informarlo al imputado, para que entre ellos dispongan sobre el acuerdo.

En caso de que las partes resolvieran no hacer uso de esta alternativa para la prosecución del proceso, éste proseguirá; pero si la víctima y el imputado prestaren su consentimiento para materializar ese acuerdo, en forma libre y con conocimiento pleno de sus derechos, el Fiscal Municipal deberá solicitar al Juez de Control su aprobación.

De ser rechazada esta solicitud, las actuaciones serán devueltas al Fiscal Municipal para que siga conociendo de dicha causa y ejerza las actuaciones a que haya lugar. De igual modo se procederá cuando se verifique el incumplimiento de un Acuerdo Reparatorio homologado.

En otro orden de ideas, conviene referir lo atinente a aquellos casos de aprehensión por flagrancia, que puedan incluirse en el ámbito de competencia atribuido al Fiscal Municipal.

En torno a ello, este Despacho debe señalar que, si bien los Fiscales Municipales podrían ser facultados de manera concreta (por el o la Fiscal General de la República) a realizar las actuaciones correspondientes en este supuesto, a nuestro juicio ello podría generar problemas de carácter operativo, con incidencias negativas que repercutirían no sólo en el efectivo desempeño de los Fiscales Municipales, sino en el alcance de todos esos fines que se propuso el legislador con su creación. En nuestro criterio, este tipo de casos debe ser atendido por aquellos Fiscales del Ministerio Público que han sido designados para cumplir guardias permanentes con tal objeto.

En torno a otro aspecto, debe apuntarse que cuando del hecho objeto de la denuncia se desprenda la presunta comisión de una Falta, el Fiscal Municipal seguirá el procedimiento especial consagrado en el Libro Tercero, Título V del Código Orgánico Procesal Penal, que prevé lo atinente al Procedimiento de Faltas.

Si de lo denunciado surgiera una duda razonable acerca de la naturaleza del hecho y concurre alguno de los supuestos establecidos en el artículo 301 del Código Orgánico Procesal Penal, el Fiscal Municipal que ha recibido la denuncia procederá conforme a lo establecido en dicha norma:

“Artículo 301. Desestimación. El Ministerio Público, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la recepción de la denuncia o querrela, solicitará al Juez o Jueza de Control, mediante escrito motivado, su desestimación, cuando el hecho no revista carácter penal o cuya acción está evidentemente prescrita o exista un obstáculo legal para el desarrollo del proceso.

Se procederá conforme a lo dispuesto en este artículo, si luego de iniciada la investigación se determinare que los hechos objeto del proceso constituyen delito cuyo enjuiciamiento sólo procede a instancia de parte agraviada”.

Cabe destacar que -en este supuesto- ha de informarse a la víctima sobre la solicitud propuesta. Si la Desestimación no fuere acordada por el órgano jurisdiccional, el Fiscal Municipal deberá remitir las actuaciones al Fiscal Superior correspondiente, para que su conocimiento sea asignado a otro Fiscal (no adscrito a la Fiscalía Municipal), con el objeto de proceder a la investigación. En caso contrario, los recaudos serán preservados por el Fiscal Municipal que solicitó la Desestimación acordada.

Ahora bien, puede ocurrir que lo expuesto bajo las formas de una denuncia, no se encuentre referido a la presunta ocurrencia de un hecho punible, sino a otro asunto que resulte competencia de una dependencia o institución distinta. En ese caso, corresponderá al Trabajador Social o

Abogado Adjunto a la Fiscalía Municipal de que se trate, orientar al ciudadano respecto al organismo al que debe dirigirse, y procurar establecer los enlaces correspondientes para garantizar la efectividad de la orientación brindada.

Ello implica canalizar su tramitación ante la dependencia del Ministerio Público correspondiente (según su distribución de competencias) u otra Institución, así como también efectuar las coordinaciones y seguimientos precisos para lograr su resolución efectiva.

Por otra parte, a estos funcionarios corresponde evaluar si resulta pertinente la ejecución de actividades de formación, difusión y prevención, según las propuestas que se le hayan formulado y lo que en particular han detectado. De considerarse pertinentes, esas actividades podrán ser ejecutadas, si cuentan con la aprobación previa del Fiscal Municipal.

Además de ello, es menester señalar que las Fiscalías Municipales deben atender todos los requerimientos efectuados por los ciudadanos, relacionados con alguna causa en la que se investigue la presunta ocurrencia de un hecho punible; siendo necesario además ofrecer la orientación pertinente y tramitar ante la dependencia del Ministerio Público correspondiente el asunto, pudiendo incluso proceder a su remisión al Despacho Fiscal competente.

Entretanto, estimamos que las Fiscalías Municipales se encuentran llamadas a desempeñar un rol fundamental en materia de prevención del delito, razón por la cual éstas deben establecer relaciones de coordinación con los cuerpos policiales y las autoridades civiles del Municipio, para definir las estrategias necesarias a tales fines.

Asimismo, los Fiscales Municipales podrán establecer enlaces o redes con los pobladores del sector, para recabar información pertinente acerca del fenómeno delictivo evidenciado en su localidad; todo lo cual favorecerá al diseño de un plan eficaz para prevenir los hechos punibles que asedian a la municipalidad.

En esta labor, será de mucha utilidad la participación ciudadana, especialmente a través de los concejos comunales y las asociaciones de vecinos; dado que -con su valiosa colaboración- ellos podrán brindar al Ministerio Público datos de interés para realizar y ejecutar esos planes contra la delincuencia.

En general, éstas son las atribuciones que corresponde ejercer a las Fiscalías Municipales, debiendo resaltarse que -en cualquier caso- ellas han de ceñirse a las competencias específicamente atribuidas de conformidad con la Ley".

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 01/03/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección Constitucional y Contencioso Administrativo

3.- MATERIA: Amparo Constitucional

4.- TEMA: Acción de amparo constitucional

## 5.- EXTRACTO

La Opinión de la Fiscalía 85 del MP en relación con la acción de amparo constitucional interpuesta por el ciudadano Néstor Rojas Cortez contra la Sociedad Mercantil Administradora Taurus S.R.L.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° EXP. No.16.177

6.2.- FECHA: marzo/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

[...omissis...]

“Una vez establecida la competencia, pasa esta Representante del Ministerio Público a pronunciarse sobre la acción de amparo interpuesta y, en tal sentido, se observa que se evidencian varios aspectos que deben ser revisados *prima facie*:

Como bien ha sostenido el Tribunal Supremo de Justicia, el amparo constitucional no es un correctivo ilimitado a cualquier situación procesal que afecte a las partes, ya que, no es cierto que cualquier denuncia de violación de derechos y garantías constitucionales, está sujeta de inmediato a la tutela del amparo, visto que al acceder a la vía jurisdiccional los jueces de la República, son tutores de la integridad de la Constitución, ellos deben restablecer, al ser utilizadas las vías procesales ordinarias (recursos, etc.), la situación jurídica infringida, antes que ella se haga irreparable.

Es la condición de reparación inmediata, la base en que se funda la acción de amparo, en el caso de marras ¿Cuál es la situación a reparar?, siendo criterio sostenido por el Tribunal Supremo de Justicia, que la acción es inadmisibile cuando la amenaza no sea inmediata, o cuando la lesión sea irreparable, por no ser posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida, ello de conformidad con lo establecido en los numerales 2 y 3 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En razón a ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, ha sostenido:

“Hace esta consideración la Sala, ya que detecta en el foro una tendencia a ocurrir al amparo ante cualquier acto u omisión procesal que una parte considera que lo perjudica, o ante cualquier fallo que subjetivamente una parte opina que lo lesiona, siempre que a la actividad judicial se le atribuyan infracciones de índole constitucional. Sin embargo, si esas transgresiones existieran, y se apelase,

sus efectos podrían muy bien ser enervados en un tiempo que impediría una lesión irreparable a la situación jurídica”.

Para que el amparo proceda de acuerdo a los numerales 2 y 3 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es necesario:

1. Que el actor invoque una situación jurídica;
2. Que exista una violación de los derechos o garantías constitucionales;
3. Que tal violación afecte su situación jurídica de manera tal que se sepa cuál era el estado de las cosas antes de la violación o antes de la amenaza;
4. Que sea necesaria la intervención judicial inmediata para que restablezca la situación, ya que de no ser así, el daño se haría irreparable.

En cuanto a la concurrencia de los requisitos antes mencionados, en el presente amparo, observamos lo siguiente:

Considera esta Representante del Ministerio Público que existe la violación de los derechos constitucionales a la salud y al libre tránsito consagrados en los artículos 83 y 50 respectivamente, del texto Constitucional.

Al respecto, observa esta Representante del Ministerio Público que la conducta asumida por parte de la Administradora Taurus, S.R.L., de negar el acceso a los ascensores a través de la desactivación del dispositivo electrónico propiedad del agraviado, constituye una vía de hecho que atenta contra el derecho al libre tránsito del accionante, y consecuentemente su derecho a la salud.

En tal sentido, tenemos que las vías de hecho pueden definirse como aquellas acciones realizadas por personas naturales o jurídicas sin que medie la actuación por parte de un órgano jurisdiccional, siendo éste a quien la Ley le concede la potestad de realizar la acción cuestionada.

Por otra parte, siendo la inmediatez una de las claves del amparo, en el caso que nos ocupa, esa inmediatez si existe, por lo tanto es la acción de amparo, cuya finalidad última es restituir inmediatamente la situación jurídica infringida, la vía para atender los hechos denunciados por el accionante. La necesidad de precaver la lesión irreparable proveniente de la amenaza o de la acción dañosa, es inminente al amparo constitucional, ya que si la situación no se va a hacer irreparable, a pesar que existan infracciones a derechos y garantías constitucionales, el amparo sería innecesario.

Tal criterio se encuentra sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuando explana:

“Por ello cuando se puede acudir a la vías procesales ordinarias, sin que la lesión a la situación se haga irreparable, es a estas vías a las que hay que acudir. Este es el criterio decisivo en la materia. Si la tramitación de la apelación, o el recurso, o el juicio, por ejemplo, no van a agravar la lesión a la situación jurídica, es el trámite o el medio procesal ordinario la vía para reparar la lesión y no la acción de amparo.”

Ha sido doctrina pacífica y reiterada del Tribunal Supremo de Justicia, el carácter de la acción de amparo el cual resume: “La Acción de Amparo tiene una naturaleza meramente restablecedora o restitutoria, y por lo tanto, no puede intentarse para crear situaciones distintas a las denunciadas como vulneradas, pues la producción ex novo de tales situaciones desnaturaliza el carácter restablecedor que el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le atribuye”. (Ver Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 17 de febrero de 2000, expediente 0055).

En el caso de marras, se dan los supuestos planteados, y siendo la inmediatez una de las claves del mandamiento de amparo, en el presente caso, esa inmediatez se encuentra acreditada en autos, pues al accionante se le ha impedido de manera arbitraria el derecho al libre tránsito.

En consecuencia, se estima que el planteamiento realizado por el abogado Néstor Rojas Cortez, en el ejercicio de la acción de amparo es compatible con la naturaleza de la acción ejercida, motivo

por el cual la presente acción de amparo debe ser declarada parcialmente con lugar.

#### Conclusión

Por los razonamientos anteriormente expuestos el Ministerio Público es del criterio, que la presente acción de amparo debe ser declarada parcialmente con lugar, y así lo solicito muy respetuosamente a este Tribunal.”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN:

26/06/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE:

Dirección Constitucional y Contencioso Administrativo

3.- MATERIA: Amparo Constitucional

4.- TEMA: Acción de amparo constitucional

## 5.- EXTRACTO

Opinión de la Fiscalía 85 del MP en relación con la Acción de Amparo Constitucional interpuesta en relación con la Acción de Amparo Constitucional interpuesta por la ciudadana Emilia Soto Sequera contra la sentencia de fecha 27 de junio de 2008, así como contra el auto de fecha 15 de enero de 2009, dictados por El Juzgado Décimo Primero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° AP21-0-09-00011

6.2.- FECHA: 26/06/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

[...omissis...]

“Una vez establecida la competencia, pasa esta Representante del Ministerio Público a pronunciarse sobre la acción de amparo interpuesta y, en tal sentido, se observa que se evidencian varios aspectos que deben ser revisados *prima facie*:

Analizados como han sido los recaudos contenidos en las actuaciones procesales, se puede determinar que la presente acción de amparo ha sido interpuesta por la ciudadana Emilia Soto Sequera, contra la decisión de fecha 27 de junio de 2008, mediante la cual el Juzgado Décimo Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Laboral de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró Con Lugar la acción de cobro de Prestaciones Sociales incoada por el ciudadano Leocadio Velásquez y otros contra la Empresa Inversora Venezolana de Loterías Invelca, S.A., y en forma personal contra los ciudadanos Emilia Soto Sequera Y Sebastián Daria Cipriani, así como contra el auto dictado por dicho Tribunal en fecha 15 de enero de 2009, mediante el cual se ordenó la ejecución de la mencionada sentencia, de las cuales manifiesta haber tenido conocimiento durante el mes de febrero de 2009, ya en fase de ejecución de sentencia.

Considera la accionante que dicha decisión vulneró la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y al debido proceso, y a la seguridad jurídica, previstos en los artículos 26 y 49, numerales 1 y 3 del Texto Constitucional, al omitir el desistimiento efectuado a su favor, por la parte actora en el juicio principal, en fecha 21 de noviembre de 2007, quedando obligada por dicha sentencia a pagarle a los actores los siguientes conceptos: prestación de antigüedad, indemnización por despido injustificado, indemnización sustitutiva de preaviso, vacaciones fraccionadas, bono vacacional fraccionado, utilidades fraccionadas, así como lo correspondiente a intereses moratorios y corrección monetaria, sin ser parte en el juicio para el momento de producirse el fallo, en virtud de desistimiento a su favor homologado por el Tribunal en fecha 26 de noviembre de 2007.

De allí que, encontrándonos en presencia de un amparo contra decisiones judiciales, es preciso tomar en cuenta el carácter extraordinario de la acción de amparo constitucional, que se hace mucho más restrictivo en el caso de las acciones de esta naturaleza, ya que sus decisiones vulneran los principios de la inalterabilidad de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica, de manera que en estos casos, debe examinarse este requisito de manera más estricta, a los fines de lograr una administración de justicia equilibrada, entre el mantenimiento de dichos principios y el respeto a los derechos constitucionales.

De tal manera, se hace necesario examinar los requisitos de procedencia, que de conformidad con la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, deben concurrir en el caso de las acciones de amparo constitucional contra decisiones o resoluciones judiciales, tal como lo dispone el artículo 4º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual establece:

“Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, **actuando fuera de su competencia**, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional. En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un Tribunal Superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva”. (Resaltado del Ministerio Público).

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que la anterior disposición normativa debe interpretarse en el sentido de considerar la procedencia del amparo constitucional contra una decisión judicial, cuando: 1) el Tribunal haya actuado con abuso de autoridad, con usurpación de funciones o que se haya atribuido funciones que la Ley no le confiere; y que 2) su actuación signifique la violación directa de uno de los derechos o garantías constitucionales.

Por tanto, es requisito *sine qua non* que en la interposición de un amparo contra sentencia judicial, deban verificarse los requisitos antes mencionados, para determinar la procedencia de la acción propuesta:

Alega la accionante en amparo que en fecha 26 de noviembre de 2007, el Juzgado Décimo Octavo de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, homologó el desistimiento efectuado por la parte actora en el juicio principal en fecha 21 de noviembre de 2007, a favor de la agraviada, no obstante lo anterior, en fecha 27 de junio de 2008, el Juzgado Décimo Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Laboral de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dictó sentencia declarando Con lugar la demanda por diferencia de prestaciones sociales, incoada por el ciudadano Leocadio Velásquez y otros, condenando a la ciudadana Emilia Soto Sequera, a cancelar diversos beneficios laborales, y en fecha 15 de enero de 2009, ordenó la remisión del expediente para su ejecución, la cual fue fijada para el día 14 de mayo de 2009, a las nueve de la mañana, por el Juzgado Octavo de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, lesionando sus derechos y garantías constitucionales.

Ahora bien, el desistimiento se encuentra previsto en el artículo 263 del Código de Procedimiento Civil, el cual reza:

*“En cualquier estado y grado de la causa puede el demandante desistir de la demanda y el demandado convenir en ella. El Juez dará por consumado el acto, y se procederá como sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sin necesidad del consentimiento de la parte contraria.*

*El acto por el cual desiste el demandante o conviene el demandado en la demanda, es irrevocable, aún antes de la homologación del Tribunal”.* (Cursivas del Ministerio Público).

Por su parte, la doctrina con respecto a la figura del desistimiento ha expresado lo siguiente:

Según Marcano Rodríguez, el desistimiento consiste en el abandono positivo que hace el actor, ya de la acción que ha intentado, ya del procedimiento incoado para reclamar judicialmente algún derecho, o en un acto aislado de la causa, o, en fin de algún recurso que hubiere interpuesto.

Devis Echandía lo define como una declaración de voluntad y un acto jurídico procesal, en virtud del cual eliminan los efectos jurídicos de otro acto procesal.

De igual manera se cita, doctrina del autor Venezolano Aristides Rengel Romberg, que define el desistimiento como: "La declaración unilateral de voluntad del autor por la cual este renuncia o abandona la pretensión que ha hecho valer en la demanda, sin necesidad de consentimiento de la parte contraria"

Como se deduce de las precitadas definiciones, el desistimiento depende directamente de la voluntad de la parte que lo exprese, constituyendo un acto jurídico unilateral de renuncia, que puede efectuarse en cualquier estado y grado de la causa hasta tanto no se haya proferido sentencia firme o haya culminado el juicio por cualquier otro medio que tenga fuerza de tal, siempre que quien desista tenga capacidad para ello y el desistimiento verse sobre materias en las que no estén prohibidas las transacciones, es decir, que se refieran a materias disponibles por las partes.

Sobre la figura del desistimiento, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 17 de Abril de 1997, señaló lo siguiente:

"...El desistimiento es aquella acción unilateral de voluntad expresada por actor ante el Juez, por la que abandona el procedimiento iniciado, dando lugar a su extinción y en consecuencia, un modo de conclusión del mismo. Existen dos clases; el de la instancia o del procedimiento y de la acción. El primero, se refiere al acto mediante el cual el actor manifiesta su voluntad concreta de dar fin al proceso sin necesidad de pronunciamiento de sentencia acerca del fondo del asunto, mientras que en el segundo caso, en el de la acción, el actor renuncia a ese derecho material de que está investido para promover el proceso. (...) Es necesario advertir, que el desistimiento debe referirse a la pretensión en su totalidad y no a un punto o capítulo de la demanda (...). Por otra parte, debe aclararse que aún en el caso de configurarse el desistimiento se requiere su homologación por parte del Tribunal, sin lo cual no se extingue el proceso ni produce efectos de cosa juzgada al desistimiento..."

En el caso bajo examen, para quien suscribe, está claro que la Juez Décima Primera de Primera Instancia de Juicio del Circuito Laboral de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, actuó fuera de las actividades propias de su función de juzgar, al condenar a la ciudadana Emilia Soto Sequera, en un juicio en el que ya no era parte, en virtud del desistimiento a su favor de la parte actora, y homologado en fecha 26 de noviembre de 2007, por el Juzgado Décimo Octavo de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, toda vez que pese a que los jueces gozan de autonomía e independencia al decidir las causas sometidas a su conocimiento, y disponen de un amplio margen de valoración del derecho aplicable a cada caso, por lo cual pueden interpretarlo y ajustarlo a su entendimiento, no les está dado en esa interpretación violentar los derechos de los particulares, existiendo por lo tanto extralimitación en sus funciones.

Asimismo, entrando a analizar el segundo requisito de procedencia, establecido en el artículo 4° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, referido a que con su actuación el Tribunal haya lesionado derechos y garantías constitucionales de alguna de las partes, se observa que la accionante denuncia la vulneración de la garantía a la tutela judicial efectiva, al



debido proceso y a la defensa, en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En cuanto al derecho al debido proceso y a la defensa, el Tribunal Supremo de Justicia en decisión de fecha 15 de marzo de 2000 (Exp. 0118) señaló lo siguiente:

“Se denomina debido proceso a aquél proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas. Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos e intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva. De la existencia de un proceso debido se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios o recursos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la violación de la garantía de un debido proceso y el derecho de defensa de las partes.”

Igualmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto al debido proceso y derecho a la defensa ha establecido lo siguiente:

“(...) al respecto, es menester indicar que el derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas.

En cuanto al derecho a la defensa, la Jurisprudencia ha establecido que el mismo debe entenderse como la oportunidad para el encausado o presunto agraviado de que oigan y analicen oportunamente sus alegatos y pruebas.

En consecuencia, existe violación del derecho a la defensa cuando el interesado no conoce el procedimiento que pueda afectarlo, se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos, o se le prohíbe realizar actividades probatorias”. Sala Constitucional. N° 5 fecha 24-01-01. Caso: Supermercado Fátima, S.R.L.

Asimismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Decisión N° 00-1683, de fecha 10 de mayo de 2001, con respecto a *la Tutela Judicial Efectiva*, de estrecha vinculación con el derecho al debido proceso, ha señalado lo siguiente:

“Observa esta Sala, que el artículo 26 de la Constitución vigente, consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, conocido también como la garantía jurisdiccional, el cual encuentra su razón de ser en que la justicia es, y debe ser, tal como lo consagran los artículos 2 y 3 *eiusdem*, uno de los valores fundamentales presente en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social. Es así como el Estado asume la administración de justicia, esto es, la solución de los conflictos que puedan surgir entre los administrados o con la Administración misma, para lo que se compromete a organizarse de tal manera que los mínimos imperativos de la justicia sean

garantizados y que el acceso a los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados.

El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 *eiusdem*), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaaura".

Ahora bien, en criterio de quien suscribe la Juez Décima Primera de Primera Instancia de Juicio del Circuito Laboral de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas se extralimitó en sus funciones al abarcar en la sentencia dictada en fecha 27 de junio de 2008 a la Ciudadana Emilia Soto Sequera, aun cuando los demandantes habían desistido de la acción en su contra, desconociendo con su actuación el valor de cosa juzgada del auto de fecha 26 de noviembre de 2007, mediante el cual el Juzgado Décimo Octavo de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas homologó el desistimiento efectuado por los demandantes, lesionando con su actuación sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la defensa y a la seguridad jurídica al condenarla al pago de diversos conceptos laborales a favor del ciudadano Leocadio Velásquez y otros en un juicio en el que la accionante ya no era parte.

En consecuencia, se estima que el planteamiento realizado por la ciudadana Emilia Soto Sequera, en el ejercicio de la acción de amparo es compatible con la naturaleza de la acción ejercida, motivo por el cual la presente acción de amparo debe ser declarada con lugar, a los fines de que se le restablezcan a la accionante los derechos denunciados como vulnerados.

### **Conclusión**

Por los razonamientos anteriormente expuestos el Ministerio Público es del criterio, que la presente acción de amparo debe ser declarada con lugar, y así lo solicito muy respetuosamente a este Tribunal.

No obstante lo anterior, vista la denuncia de falta de lealtad y probidad, fraude procesal, temeridad o mala fe formulada por la Juez Décima Primera de Primera Instancia de Juicio del Circuito Laboral de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en su Escrito de Informes y dado que de la revisión del expediente de la causa principal se observa Escrito presentado por los Abogados Alvaro Badell Madrid Y Ángel Vázquez Márquez, procediendo, para aquel entonces, en su carácter de apoderados judiciales de la sociedad mercantil Inversora Venezolana De Loterías Invelca, S.A. (el cual se anexa), mediante el cual solicitan al Tribunal de la causa la intervención como terceros de los ciudadanos Gustavo Jahn Y Emilia Branger Moreno, como verdaderos empleadores de los demandantes, aduciendo la existencia de un fraude procesal, esta Representación Fiscal, por cuanto los hechos allí denunciados pudieren revestir carácter punible, solicita a este Tribunal se remitan las actas del proceso a la Fiscalía Superior del Área Metropolitana de Caracas a fin de que se inicie la investigación correspondiente."

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 14/12/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección Constitucional y Contencioso Administrativo

3.- MATERIA: Contencioso Administrativo y Amparo

4.- TEMA: Pretensión autónoma amparo constitucional

## 5.- EXTRACTO

La opinión de la Fiscalía Décima Tercera del MP en la Circunscripción Judicial del Estado Barinas con motivo del ejercicio de la pretensión autónoma de amparo constitucional incoada en fecha 8 de diciembre de 2006 por el abogado Elibanio Uzcategui, en su carácter de apoderado judicial del ciudadano José Gregorio Ramírez, contra la Inspectoría Del Trabajo En El Estado Barinas en virtud "...del auto emitido en fecha 12 de junio de 2006 [por el cual] se niega en darle continuidad al procedimiento de Reenganche y Pago de salarios caídos" seguido contra la empresa Estación de Servicios la Marquesa C.A., para cuyo efecto denuncia la presunta violación de los artículos 26, 49, 87, 89, 131, 137 y 141 del Texto Constitucional.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° EXP. No.6525-06

6.2.- FECHA: 14/12/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

[...omissis...]

"Corresponde ratificar por escrito la opinión de la Fiscalía Décima Tercera del MP de la circunscripción Judicial del Estado Barinas, presentada en dicha oportunidad y en tal sentido se observa:

De una lectura minuciosa del petitorio contenido en el escrito de amparo, así como de lo ratificado por la actora en la oportunidad de la audiencia constitucional, entiende este representante Fiscal que en el caso concreto lo que se pretende es la nulidad –vía amparo- del "auto" de fecha 12 de junio de 2006 dictado por la Inspectoría del Trabajo en el Estado Barinas, por el cual declaró su falta de competencia para decidir la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos intentada por el hoy quejoso ante esa Administración Laboral, para cuya fundamentación denuncia la presunta violación de los artículos 26, 49, 87, 89, 131, 137 y 141 del Texto Constitucional.

Ello así, por cuanto mal puede el actor pretender restablecer una situación jurídica presuntamente infringida sin antes eliminar el acto que la produce, o lo que es lo mismo, obtener la declaratoria con lugar del presente amparo y luego dejar el "auto" impugnado en suspenso o completamente incólume como si nada hubiera pasado<sup>42</sup>, de suerte tal que dicha circunstancia obligaría a este Juzgado Superior de lo Contencioso Administrativo, actuando en sede constitucional, descender al plano de la legalidad con el objeto de examinar la validez o invalidez del presunto acto lesivo (auto) para así poder determinar, a su vez, si hubo o no infracción a derechos o garantías constitucionales.

<sup>42</sup> Vid. s. CPCA N° 2005/1003 del 11 de agosto, caso: Miguel Ángel Rosales Aparicio, consultada en <http://www.jca.tsj.gov.ve>

De ello resulta, por tanto, que la "acción" autónoma de amparo constitucional (esto es, independiente o no subordinada a otra pretensión o recurso) es, por antonomasia, de naturaleza extraordinaria y eminentemente restitutoria, que no anulatoria, desde que ésta sólo persigue reponer las cosas a su estado original o anterior al agravio constitucional. De allí que no puede llegar a connotarse efectos constitutivos, esto es, crear *ex novo* una situación jurídica o fáctica de la cual no se gozaba para el momento de la presentación de la solicitud de tutela constitucional.

Siendo ello así y como quiera que se trata de una cuestión de orden público, cree conveniente este Ministerio Fiscal entrar a examinar la admisibilidad de la pretensión de amparo propuesta y en tal sentido observa que aun cuando el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales permite –en principio– el ejercicio de la presente "acción" –entre otros supuestos– contra actos administrativos, tal y como en efecto se plantea en el caso bajo análisis, es lo cierto que el mismo dispositivo supedita su admisión a la inexistencia de un remedio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional en cuanto medio judicial preexistente o vía jurisdiccional paralela que no haya sido ejercida previamente, tanto más cuando ha podido hacerse uso de ella.

Así las cosas, advierte el Ministerio Público que tal circunstancia excepcional ha sido precisamente la que no ha logrado demostrarse fehacientemente en el caso de autos, ya que el accionante o presunto agraviado no alega ni prueba cuál es la situación de urgencia, inmediatez o de imperiosa necesidad que le asiste para justificar la sustitución del medio ordinario de impugnación con el presente amparo en el sentido de que no explica el porqué considera que la vía procesal paralela (en este caso, el recurso de nulidad) resulta insuficiente, inidónea o inoperante para dar satisfacción a la pretensión deducida, y de este modo precaver con ello que el agravio comporte una "(...) desventaja inevitable o la lesión devenga irreparable por la circunstancia de utilizar y agotar la vía judicial previa (lo que no puede enlazarse al hecho de que tal vía sea costosa o menos expedita que el procedimiento de amparo)"<sup>43</sup>, máxime cuando el agotamiento de la vía administrativa posee en los actuales momentos carácter optativo o facultativo para el administrado, y ya no imperativo u obligatorio conforme a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.<sup>44</sup>

Sin embargo, a mayor abundamiento, interesa dejar claro que el acto impugnado (denominado impropioamente "auto") no es un típico acto administrativo definitivo, pues antes bien y por el contrario se trata de un acto de trámite, preliminar o preparatorio del acto final (providencia) que no resolvió el fondo del asunto planteado en sede administrativa.

Lo anterior cobra una importancia capital si se tiene en cuenta que los actos de trámite son, en principio, *inimpugnables* de forma aislada o independiente debido a que no constituyen un fin en sí mismo. Empero, cabe destacar que la referida regla general no es absoluta sino relativa, desde que ella encuentra su excepción en los llamados actos de trámite calificados por la Ley.<sup>45</sup> En efecto Araujo Juárez enseña que hay dos clases de actos de trámite: los que verdaderamente operan como tales (simples) y los que en realidad tienen eficacia resolutoria (calificados) y que, en consecuencia, han de ser y son equiparados en sus efectos a los decisorios. Unos y otros son actos administrativos, aunque con función o régimen diversos. En tales casos, no habrá que esperar para su impugnación a que se produzca el acto de decisión para poder recurrir éste en base a aquél; es decir, cabe una impugnación administrativa o judicial autónoma.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Vid., por todas, s. S.C. N° 1692 del 10-11-2008, caso: Álvaro Enrique Montilla y otros, consultada en la página [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve), a la cual nos remitimos a mayor abundamiento.

<sup>44</sup> Vid., por ejemplo, s. S.C. N° 3117/2004 del 15 de diciembre, caso: María del Carmen Trastoy Hombre, *ibídem*.

<sup>45</sup> Pues téngase en cuenta que el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone: "Los interesados podrán interponer los recursos a que se refiere este capítulo contra todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo (...)". (Subrayado del Ministerio Público).

<sup>46</sup> Vid. ARAUJO JUAREZ, José: *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Editores Vadell Hermanos. Valencia-Caracas, 2005, p. 252.

Otro tanto ocurre con el catedrático español Garrillo Falla quien de una forma más lacónica nos comenta que, en principio, «... *los actos-trámite no son susceptibles de ser impugnados* directamente mediante el recurso contencioso administrativo, a no ser que bajo su apariencia se encubra una verdadera resolución...”.<sup>47</sup> (Destacado del Ministerio Público).

Así, en cuanto a la impugnación vía amparo constitucional de los denominados actos de trámite en el procedimiento administrativo, sin esperar la producción del acto final, conviene enfatizar el criterio pacífico y reiterado del Tribunal Supremo de Justicia sobre este aspecto. En concreto, la Sala Constitucional asentó lo que de seguidas se reproduce parcialmente:

(.....)

“De allí que para entender el presente punto debe partirse de la premisa sobre la cual, **las vías idóneas para impugnar los actos de trámite dictados en el procedimiento administrativo son, bien los respectivos recursos administrativos o el contencioso administrativo contra el acto final o bien impugnando autónomamente el acto de trámite por alguno de los supuestos enmarcados en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, es decir, indefensión, prejuzgamiento o imposibilidad de continuar el procedimiento, pero no mediante el ejercicio de la acción de amparo constitucional**, pues ello conllevaría a su declaratoria de inadmisibilidad conforme lo dispone el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”.<sup>48</sup> (Destacado y subrayado del Ministerio Público).

Del contenido del fallo transcrito, observa el Ministerio Público que lo allí decidido aplica íntegramente al caso bajo examen en el entendido que el medio procesal idóneo para tramitar el asunto de marras y que no se agotó previamente, lo es, sin hesitación alguna, el recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con pretensión de amparo cautelar y/o subsidiariamente solicitud de medida de suspensión de efectos contra el mal llamado “auto” de fecha 12 de junio de 2006 dictado por la Inspectoría del Trabajo en Estado Barinas, el cual, se precisa, constituye un acto administrativo de trámite con fuerza de definitivo en tanto que impide la continuación del procedimiento administrativo de reenganche y pago de salarios caídos iniciado por el hoy accionante, habida cuenta de la imposibilidad práctica de atacar una providencia definitiva que aún no ha recaído; de allí que, se reitera, el amparo constitucional (autónomo) sólo es viable excepcionalmente por razones de urgencia comprobada, pero no por falta de vía procesal contencioso administrativa, pues como se dijo en líneas anteriores, la misma se encuentra todavía disponible para el actor en el caso *sub examine*.<sup>49</sup>

Por tanto, siendo que las causales de inadmisibilidad del amparo constituyen materia de eminente orden público, motivo por el cual pueden ser revisadas en cualquier estado y grado del proceso aún cuando no hayan sido detectadas *ab initio*<sup>50</sup>, concluye el Ministerio Público que la pretensión de autos deviene forzosamente inadmisibles a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en concordancia con lo previsto en el artículo 6.5 *eiusdem* y así finalmente pedimos sea decidido.

<sup>47</sup> GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I, Parte General, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 577.

<sup>48</sup> Vid. s. S.C. N° 29/2003 del 27 de enero, caso: *Cámara Municipal del Municipio Sucre del Estado Miranda*. En el mismo sentido, la N° 222/2004 del 20 de febrero, caso: *Leonardo Enrique Carrero Araujo*; N° 5110/2005 del 16 de diciembre, caso: *Inversora Inkobe, C.A.*; N° 558/2006 del 20 de marzo, caso: *Hato El Milagro, C.A.*; N° 1826/2007 del 9 de octubre, caso: *José Agustín Melo y otros*, y, más recientemente, la N° 686/2009 del 2 de junio, caso: *Santos María Hernández*, todas consultadas en <http://www.tsj.gov.ve>.

<sup>49</sup> Pues obsérvese que el Parágrafo Único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, dispone: “..... Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, **el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa**”. (Destacado del Ministerio Público).

<sup>50</sup> Vid. s. S.C. N° 5067/2005 del 15 de diciembre, caso: Antonio José Quintero Mora, *ibídem*.

**Conclusión**

Sobre la base de las consideraciones expuestas, esta representación del Ministerio Público -obrando como tercero de buena fe- opina que la presente "acción" autónoma de amparo constitucional debe ser declarada inadmisibile, y así solicita formalmente sea proferido por este Juzgado Superior."

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 13/11/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección Constitucional Y Contencioso Administrativo

3.- MATERIA: Amparo Constitucional

4.- TEMA: Acción de amparo constitucional

## 5.- EXTRACTO

Opinión de la Fiscalía 85 del MP en relación con la Acción de Amparo Constitucional interpuesta por la Compañía Anónima Ponche Crema, Sucesora De Eliodoro González P., Sucesores contra la decisión dictada en fecha 14 de agosto de 2009, por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° EXP. No. 9.924

6.2.- FECHA: 13/11/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

[.....]

Vistos los hechos que dieron origen a la instauración de la actual querrela constitucional, encuentra esta Representante del Ministerio Público que existe una causal que obsta su proponibilidad:

Al examinar las actas que conforman el expediente se evidencia que la presente acción de amparo ha sido interpuesta por la Sociedad Mercantil Compañía Anónima Ponche Crema, Sucesora de Eliodoro González P., contra la medida innominada dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en fecha 14 de agosto de 2009, mediante la cual se acuerda la designación de un Veedor Judicial que supervisará y auditará la administración de la empresa accionante, e incluso participara en la administración de la sociedad Complejo Industrial Licorero del Centro, C.A., de la cual la parte actora es accionista.

Ahora bien, la garantía procesal para proteger los derechos y libertades públicas contra las decisiones judiciales que los violen o menoscaben, está en el ejercicio de los recursos judiciales establecidos en el proceso ordinario, y sólo de manera extraordinaria, en el ejercicio de la acción de amparo contra decisiones judiciales, por cuanto, este medio de protección procesal descansa sobre los principios fundamentales de inmediatez y urgencia, como fundamentos de su naturaleza.

En ese sentido, el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece lo siguiente:

*"No se admitirá la acción de amparo: ... 5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes..." (Cursivas nuestras).*

La anterior disposición confirma el carácter extraordinario de la acción de amparo constitucional, declarado reiteradamente por nuestra jurisprudencia, con el fin de evitar que la institución se convierta en el único medio de protección constitucional, relegando el resto de las vías

especialmente diseñadas por el legislador con la finalidad de atender los diferentes motivos que dan lugar a demandas o recursos. Sobre este particular, la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 23 de mayo de 1988 (caso: Fincas Algaba), estableció que la acción de amparo no puede utilizarse como: "sustitutoria de los recursos precisa y específicamente arbitrados por el legislador -en desarrollo de normas fundamentales- para lograr de tal manera el propósito que se pretende en autos. Si tal sustitución se permitiere, el amparo llegaría a suplantar no solo esa, sino todas las vías procesales establecidas en nuestro sistema de Derecho Positivo, situación en modo alguno deseable por el legislador de amparo."

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 2.369 de fecha 23 de noviembre de 2001 (caso: Parabólicas Service ´s Maracay, C.A.), estableció lo siguiente:

*"...la Sala estima pertinente señalar que la norma prevista en el artículo 6, numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, consagra simultáneamente el supuesto de admisibilidad e inadmisibilidad de la acción de amparo. Así en primer término, se consagra claramente la inadmisión de la acción cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías ordinarias o a los medios judiciales preexistentes, sobre el fundamento de que todo juez de la República es constitucional y, a través del ejercicio de los recursos que ofrece la jurisdicción ordinaria, se pueda alcanzar la tutela judicial efectiva de derechos o garantías constitucionales ..."* (Cursivas del Ministerio Público).

De igual modo, la referida Sala Constitucional en Sentencia N° 1213, de fecha 6 de julio de 2001, expresó:

*"De allí que, ante la interposición de una acción de amparo constitucional los tribunales deberán revisar si fue agotada la vía judicial o si fueron ejercidos los medios de impugnación preexistentes; de no constar tales circunstancias, la consecuencia será la inadmisión de la acción, sin entrar a analizar la idoneidad del medio procedente, pues el carácter tuitivo de la Constitución atribuye a las vías judiciales o impugnatorias el deber de conservar o restablecer el goce de los derechos fundamentales, por lo que bastaría con señalar que la vía existe y que su agotamiento previo es un presupuesto procesal a la inadmisibilidad de la acción de amparo..."*

En igual sentido, la referida Sala Constitucional en Sentencia N° 963 de fecha 05 de junio de 2001 (caso: José Angel Guía y Otros), dejó sentado lo siguiente:

*"En consecuencia, es criterio de esta Sala, formado al hilo de los razonamientos precedentes, que la acción de amparo constitucional, opera en su tarea específica de encauzar las demandas contra actos, actuaciones o abstenciones lesivas de derechos constitucionales, bajo las siguientes condiciones:*

- A) *Una vez que los medios judiciales ordinarios han sido agotados y la situación jurídico constitucional no ha sido satisfecha; o B) Ante la evidencia de que el uso de los medios judiciales ordinarios, en el caso concreto y en virtud de su urgencia, no dará satisfacción a la pretensión deducida. La disposición del literal a), es bueno insistir, apunta a la comprensión de que el ejercicio de la tutela constitucional por parte de todos los jueces de la República, a través de cualquiera de los canales procesales dispuestos por el ordenamiento jurídico, es una característica inmanente al sistema judicial venezolano; por lo que en consecuencia, ante la interposición de una acción de amparo constitucional, los tribunales deberán revisar si fue agotada la vía ordinaria o fueron ejercidos los recursos, que de no constar tales circunstancias, la consecuencia sea la inadmisibilidad de la acción sin entrar a analizar la idoneidad del medio procedente, pues el carácter tuitivo de la Constitución atribuye a las vías procesales ordinarias los impone de conservar o restablecer el goce de los derechos fundamentales; por lo que bastaría con señalar que la vía existe y que*



*su agotamiento previo es un presupuesto procesal a la admisibilidad de la acción de amparo". (Cursivas nuestras).*

Asimismo, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal en Sentencia N° 371 de fecha 26 de febrero de 2003, señaló:

"Resulta, por tanto, adverso al propósito y razón de ser de la institucionalidad, que se pretenda y que se permita sustituir las vías procesales ordinarias que el legislador otorga, por el ejercicio de la acción de amparo constitucional..."

De lo anterior se deduce que, la acción de amparo constitucional sólo procede cuando a través de la vía procesal *ad hoc* resulte imposible el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida existente con anterioridad a las actuaciones, omisiones o vías de hecho que vulneren o amenacen de violación un derecho constitucional.

De allí que, la parte accionante, antes de la proposición del amparo, debe sujetarse a los mecanismos previstos en la legislación ordinaria para satisfacer cualquier violación a sus derechos constitucionales, dado que todo Juez de la República Bolivariana de Venezuela está investido de la facultad de preservar los derechos y garantías que la Constitución le otorga, según lo previsto en el artículo 384 del Texto Fundamental.

No obstante lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido que la escogencia, por parte del querellante, entre la demanda de amparo y las vías, medios o recursos judiciales preexistentes (ordinarios o extraordinarios) es la excepción, no la regla, y es posible solo cuando concurren determinadas circunstancias, a saber: cuando exista la violación o amenaza de violación de derechos fundamentales; cuando se requiera el urgente restablecimiento de la situación jurídica infringida; cuando se verifique la eventual irreparabilidad del daño y la circunstancial idoneidad e ineficacia de los medios procesales preexistentes en un caso concreto; circunstancias estas determinantes de la admisibilidad y procedencia de una acción de amparo.

En tal sentido, tenemos que la Sala Constitucional mediante decisión de fecha 09 de agosto de 2000, caso Stefan Mar, C.A. ratificada en sentencia de fecha 15 de marzo de 2002 (caso: Michele Brionne), en la cual señaló que:

*"... la parte actora puede optar entre el ejercicio de la acción de amparo y la vía de impugnación ordinaria; no obstante, para ello debe poner en evidencia las razones por las cuales decidió hacer uso de esta vía de amparo ya que de lo contrario se estarían atribuyendo a este medio procesal los mismos propósitos que el recurso de apelación lo cual no ha sido en ningún momento la intención del legislador."*  
(Cursivas del Ministerio Público).

Ahora bien, del escrito presentado por los apoderados judiciales de la Compañía Anónima Ponche Crema, Sucesora de Eliodoro González P., Sucesores, no se evidencia que se haya acudido al amparo aportando suficientes elementos de juicio que permitan demostrar que la oposición a la medida o el recurso de apelación resulten mecanismos insuficientes para el restablecimiento de la situación jurídica denunciada como infringida, o que se ponga de manifiesto la inminencia del daño. No explican los apoderados judiciales de la parte accionante de que manera la designación de un Veedor Judicial pudiera afectar las negociaciones de la empresa.

Por el contrario, los apoderados judiciales de la accionante fundamentan la inminencia del daño en las circunstancias de tiempo y oportunidad en que fue dictada la referida medida innominada, justificando la urgencia del amparo en el hecho de que durante las celebraciones del mes de

diciembre se producen las más importantes negociaciones del producto que comercializan, sin embargo, de las actas que cursan insertas en el Expediente se evidencia que la decisión impugnada fue dictada el 14 de agosto de 2009, siendo atacada mediante amparo el 06 de octubre de 2009, es decir, casi dos (2) meses después a la fecha en que la misma fue dictada, por lo que a juicio de quien suscribe la presenta opinión fiscal, la accionante contó con por lo menos dos (2) meses antes de las fechas en la que se indica se producen las mayores negociaciones (octubre y noviembre) para impugnar la medida que ahora se pretende atacar a través de la acción de amparo constitucional.

En virtud de lo anteriormente expuesto, en el presente caso se observa que, la Sociedad Mercantil accionante, Compañía Anónima Ponche Crema, Sucesora De Eliodoro González P., Sucesores, disponía de vías ordinarias (oposición y apelación) para atacar la medida innominada de designación de un Veedor Judicial dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en fecha 14 de agosto de 2009, sin que el daño se hiciera irreparable.

En consecuencia, se estima que el planteamiento realizado por el accionante es absolutamente incompatible con la naturaleza de la acción de amparo constitucional, toda vez que la parte accionante tiene la carga de señalar las razones por la cuales el amparo constituye la vía idónea para restablecer la situación jurídica infringida, lo que no se observa haya ocurrido en el presente caso, toda vez que los representantes judiciales de la Sociedad Mercantil accionante se limitan a señalar que las vías ordinarias resultan insuficientes para lograr el restablecimiento que se requiere, indicando en su escrito que las circunstancias de tiempo y oportunidad en las que ha sido dictada la medida, magnifican la gravedad del asunto y justifican la urgencia de la tutela solicitada, por cuanto el producto que comercializa la Compañía Anónima Ponche Crema, Sucesora De Eliodoro González P., Sucesores, se expende al público –esencialmente- durante las fiestas del mes de diciembre, lo que supone que durante los meses de octubre y noviembre de cada año, se hacen las más importantes negociaciones para producción, venta y distribución del producto, pero sin indicar de que manera la medida dictada en fecha 14 de agosto de 2009 por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas pudiera afectar dichas negociaciones.

### **Conclusión**

El Ministerio Público, vistos los argumentos de hecho y de derecho anteriormente planteados, solicita respetuosamente a este Tribunal, actuando en sede constitucional, que la presente acción de amparo sea declarada inadmisibile, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 22/05/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección Constitucional y Contencioso Administrativo

3.- MATERIA: Contencioso Administrativo

4.- TEMA: Recurso contencioso administrativo de nulidad

## 5.- EXTRACTO

Informe del MP en el recurso de nulidad intentado por el ciudadano Bernardo Poey Quintaa contra el acto administrativo contentivo de la Resolución N° C-139-12-2007 de fecha 12-12-2007 suscrita por el ciudadano Alcalde del Municipio Maracaibo del estado Zulia, a través de la que se otorgó una Constancia de Cumplimiento Variables Urbanas Fundamentales.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° EXP. No.12.401

6.2.- FECHA: 22/05/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

[...omissis...]

"Antes de emitir la conclusión que ha de recaer en el caso que se informa se destaca en primer término, que frente a la solicitud efectuada por el recurrente al órgano judicial que conoce del recurso objeto del presente informe, en específico al decreto de una medida cautelar a través de la cual se suspendan los efectos del acto administrativo contenido en la Constancia de Cumplimiento Variables Urbanas Fundamentales signada con el N° C-139-12-2007 del 12-12-2007 emanada del Centro de Procesamiento Urbano del Municipio Maracaibo (CPU), adscrito a la Alcaldía del Municipio Maracaibo del estado Zulia, la misma en fecha 19-01-2009 fue declarada improcedente por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del estado Zulia.

Ahora bien, con el objeto de efectuar el análisis del caso bajo estudio se indica, que de la revisión efectuada a las actas procesales que discurren del expediente que cursa en sede judicial se evidencia, que en fecha 23-03-2009 la apoderada judicial de la sociedad de comercio Inversiones Plaza América, C.A mediante escrito consignado ante el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del estado Zulia solicitó entre otras, la declaratoria de la caducidad del recurso propuesto, en virtud de que el propio recurrente manifestó en su libelo de demanda, que la Alcaldía de Maracaibo otorgó un permiso de construcción o Constancia de Variables Urbanas Fundamentales signada con el No. C-139-12-2007 en fecha 12-12-2007 y que contra la misma el 09-01-2008, interpuso ante el Director de la Oficina Municipal de Planificación Urbana (OMPU), la reconsideración del mismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y que en ese caso, ese organismo tenía para decidir dicho recurso hasta el 31-01-2008, pero que era el caso, que hasta la presente no se ha efectuado ningún tipo de pronunciamiento sobre el mismo, intentándose el correspondiente recurso de nulidad ante la instancia jurisdiccional competente el 16-07-2008, transcurriendo entre la oportunidad que

estuvo en conocimiento del acto administrativo, es decir desde que intentó el recurso de reconsideración, hasta que acudió a la instancia judicial; más de seis (06) meses y que en razón de ello, el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, prevee ese término para poder intentar el correspondiente recurso de nulidad contra los actos que emanen de cualquier órgano del Poder Público.

Ante tal alegato, el día 30-03-2009, los apoderados judiciales del recurrente abogado Belkis Gil Aldana y abogado Hugo Rodríguez Vera, consignaron ante el tribunal un escrito en el que expusieron entre otras lo siguiente:

“De la observación y estudio minucioso de la solicitud y su contenido debemos llegar a la siguiente conclusión, que la referida apoderada no manifestó a este tribunal el contenido completo del aparte décimo noveno del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual establece que el término de caducidad de seis meses (6), son contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial o de su notificación al interesado, si fuera procedente y aquella no se ha efectuado, o cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa (90) días continuos contados a partir de la fecha de la interposición del mismo. Como se establece en este último aparte del artículo en cuestión (artículo 21 de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) nuestro representado podía esperar noventa días para que el ente administrativo resolviera el recurso de reconsideración y después de transcurrido este empezaban a computarse los seis (6) meses para intentar la acción de nulidad por éste tribunal, por lo tanto como se desprende del líbello de la respectiva demanda de nulidad el mismo se intentó dentro del lapso procesal establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia...”.

Así las cosas y en sintonía a lo expresado por la representación judicial del recurrente ciudadano Bernardo Poey Quintaa se puntualiza, que ciertamente la figura del silencio negativo es una ficción legislativa que lejos de constituir una carga para el particular, constituye mas bien una garantía para el mismo.

En sus inicios, esta figura era interpretada en el sentido de constituir una carga para el particular, por lo que ante la ausencia de respuesta oportuna de la Administración, éste debía intentar el recurso frente a la autoridad competente.

Posteriormente, esto cambia, concibiéndose al silencio administrativo como una garantía del particular frente a la inercia de la Administración, teniendo aquel la facultad de elegir, entre acogerse al silencio administrativo de efectos negativos y por tanto intentar oportunamente el recurso inmediato siguiente, o bien esperar la decisión tardía de la Administración.

Igualmente esta figura, es producto de la necesidad de garantizar a los particulares un mecanismo de defensa ante la inactividad, omisión o desatención de la Administración en la consecución de sus decisiones de mérito con ocasión a una solicitud, petición o recurso administrativos interpuesto por dichos interesados, obteniéndose de ello, que en efecto, el recurrente cuenta bien con la potestad de ejercer el recurso siguiente o caso contrario, esperar la decisión de la Administración.

Así se recuerda sentencia que definió tal situación y que emanó de la Sala Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela en fecha 31-07-2003, con ponencia del magistrado José Manuel Delgado Ocando, en la que se estableció el siguiente criterio:

“Ahora bien, en su decisión N° 2228/2002, del 20 de septiembre, caso: Luis Duarte y otros, dictada después de la fecha en que fue publicada la decisión parcialmente citada, esta Sala Constitucional, en procura de garantizar el acceso de todas las personas a los órganos de administración de justicia para requerir de ellos la tutela efectiva de sus derechos e intereses, conforme a lo indicado en el artículo 26 de la

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estableció, entre otros aspectos, lo que se transcribe a continuación:

“En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece los lapsos para la interposición y decisión y condiciones de los recursos administrativos en general, cuales son, exceptuando el recurso de revisión y queja (...) : i) **el recurso de reconsideración, que aparece en el artículo 94, el cual debe interponerse en un lapso de quince (15) días hábiles de la Administración (ex artículo 42) ante la misma autoridad que dictó el acto administrativo cuya revisión se pretende y que debe ser decidido en un lapso de quince (15) días hábiles de la Administración siguientes a su recibo** y; ii) el recurso jerárquico que aparece en el artículo 95, que debe interponerse en un lapso de quince (15) días hábiles de la Administración siguientes a la notificación de la decisión del recurso de reconsideración o, **una vez producido el silencio rechazo, ante el superior jerárquico, el cual dispone de noventa (90) días hábiles de la Administración para decidir (ex artículo 91)**. El propósito procesal de la interposición de tales recursos administrativos es agotar la vía administrativa, que es un requisito de obligatorio cumplimiento para la admisión del recurso contencioso administrativo de nulidad, según lo preceptúa el artículo 124, ordinal 2º, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, carácter obligatorio que, por lo demás, cuenta con una consolidada posición contraria en la doctrina”

(...omissis...)

Por su parte, los artículos 42 y 91 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos disponen lo siguiente:

“Artículo 42. Los términos o plazos se contarán siempre a partir del día siguiente de aquel en que tenga lugar la notificación o publicación. En los términos o plazos que vengan establecidos por días, se computarán exclusivamente los días hábiles, salvo disposición en contrario.

Se entenderá por días hábiles, a los efectos de esta Ley, los días laborables de acuerdo con el calendario de la Administración Pública.

Los términos y plazos que se fijaren por meses o años, concluirán en día igual al de la fecha del acto del mes o año que corresponda para completar el número de meses o años fijados en el lapso” (Subrayado de la Sala).

“Artículo 91. El recurso de reconsideración, cuando quien deba decidir sea el propio Ministro, así como el recurso jerárquico, deberán ser decididos en los noventa (90) días siguientes a su presentación”.

De una simple comparación entre los criterios contenidos en las decisiones parcialmente citadas y del análisis del contenido y fecha de entrada en vigencia de las normas legales citadas, aprecia esta Sala que en la sentencia N° 1378 de la Sala Político-Administrativa, publicada el 26 de noviembre de 2002, en primer lugar, se aplicó de forma incorrecta y en menoscabo de la norma contenida en el artículo 26 del Texto Constitucional que regula el derecho de acceso a la jurisdicción de las personas, la disposición del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con la cual “contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el

término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo”, pues dicha norma, contenida en un texto normativo publicado en G.O. Extraordinaria n° 1.893, del 30 de julio de 1976, de acuerdo al principio general del derecho *lex specialis derogat legi generali* **fue técnicamente derogada, en cuanto a la forma de computar los lapsos para la interposición y decisión de los recursos en sede administrativa, por las normas especiales y de aplicación preferente en dicha materia, contenidas en los artículos 42 y 91 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en G.O. Extraordinaria n° 2.818, del 1 de julio de 1981, que desde su entrada en vigencia es el texto normativo que regula, salvo norma especial dictada por la autoridad competente, los procedimientos administrativos de primer y segundo grado tramitados ante los órganos de la Administración Pública Central o Descentralizada, en cualquiera de sus distintos niveles político-territoriales.**

(...omissis...)

En criterio de esta Sala, negar el acceso a los órganos de administración de justicia, sobre la base de interpretaciones restrictivas o de aplicaciones impropias de las normas que regulan el ejercicio de tal derecho, constituye la forma más extrema de lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 26 de la Norma Fundamental, ya que una vez cercenada la posibilidad de plantear las razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la pretensión deducida para lograr la protección judicial de los derechos o intereses que se estiman amenazados o vulnerados por la actuación de entes públicos o particulares, se está al mismo tiempo desconociendo el derecho a que un juez competente, independiente e imparcial, examine y valore los alegatos y pruebas que se presenten en apoyo de la pretensión deducida, y que dicte una decisión fundada en derecho sobre el mérito de la petición planteada, ya sea para acordar o para negar lo demandado por la parte actora, todo ello dentro de plazos y en la forma establecida en las leyes procesales respectivas, conforme lo dispone el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. (los destacado son propios).

En consonancia a ello y en correspondencia a lo contenido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuerpo legal vigente en la actualidad, la misma Sala en sentencia No. 957 de fecha 09-05-2006 con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, asentó el fallo que de seguida se reproduce parcialmente:

“Así, la Sala considera que, por cuanto el recurso de reconsideración no se pronunció sobre el fondo del asunto, el quejoso dispondrá de la pretensión contencioso administrativa para la satisfacción de su pretensión de tutela de derechos constitucionales; medio judicial que puede ser interpuesto sin que deba agotarse, de manera previa y obligatoria, la vía administrativa, puesto que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia eliminó el requisito del agotamiento previo de la vía gubernativa como un presupuesto necesario para la admisión de la pretensión contencioso administrativa de nulidad contra un acto administrativo de efectos particulares y la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de este Supremo Tribunal así ya lo ha precisado (Ver, entre otras, sentencias N<sup>os</sup> 786/2004, 944/2004 y 1609/2004); de forma tal que el justiciable pueda escoger entre acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa o el ejercicio de los recursos administrativos.

En este caso, el recurso de reconsideración fue decidido en los términos que se señaló precedentemente, por lo que, contra esa decisión o contra la que resuelva el asunto – o en el caso de que hubiera operado el silencio administrativo-, el administrado puede válidamente acudir a la sede judicial para la protección de su situación jurídica. La

aclaratoria es pertinente, pues es deber de la Sala, como máxima intérprete y garante de la Constitución, garantizar el acceso a la justicia.

En efecto, es preciso aclarar que, por cuanto los actos administrativos inciden en la esfera jurídica de sus destinatarios desde que son dictados, por su carácter de ejecutividad y ejecutoriedad el interesado puede dirigirse a la sede judicial sin necesidad de agotamiento de la vía administrativa, pues esto último constituiría una interpretación contraria al principio constitucional *pro actione* (artículo 26 constitucional).

En decisión N° 97/2005, esta Sala, respecto de ese principio constitucional, señaló: “El alcance del principio *pro actione* (a favor de la acción) ha sido objeto de un sistemático tratamiento por parte de esta Sala. La conclusión que se puede extraer de las decisiones que han considerado el tema, es que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, toda vez que ‘el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia’ (S.S.C. N° 1.064 del 19.09.00).”

Lo que sí debe quedar claro es que, cuando se intenta un recurso administrativo, el recurrente, para poder incoar la demanda contencioso administrativa que corresponda, debe o bien esperar la respuesta expresa del recurso o el silencio administrativo negativo, de conformidad con lo que dispone el artículo 92 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.

En similares términos lo ha proferido la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 94 del 30-01-2007, en la que se dejó asentado:

“De la revisión efectuada sobre la sentencia objeto de apelación, observa la Sala que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo fundamentó su decisión en el análisis del contenido del aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, visto a la luz de la jurisprudencia de esta Sala así como del criterio vinculante de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia. Conforme a dichos criterios, se dejó sentado que es optativo para el particular acceder, a su elección, a la vía administrativa o a la vía contencioso-administrativa, pero que una vez elegido el uso de la vía administrativa, ésta debe ser agotada.

En atención a lo indicado, considera pertinente la Sala transcribir el contenido del aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece:

.....

De la transcripción del aparte quinto del artículo 19 de la Ley que rige las funciones del Máximo Tribunal, se observa que el agotamiento de la vía administrativa no constituye un requisito de admisibilidad para los recursos contencioso administrativos de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares, como sí lo establecía

expresamente el numeral 2 del artículo 124 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Respecto a este particular, se pronunció esta Sala Político Administrativa en sentencia del 29 de septiembre de 2004, caso: Juan Romero y otros vs. Contralor General de la República, al establecer que el uso previo de la vía administrativa no era un obstáculo para la admisibilidad del recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto contra los actos de efectos particulares.

Asimismo, la Sala Constitucional, en interpretación del mencionado criterio de esta Sala, sostuvo en sentencia del 16 de diciembre de 2004, caso: María Dorila Canelón y otros vs. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que el acceso previo a la vía administrativa era opcional para el recurrente, pero que en caso de haberse utilizado dicha vía, era impretermitible su agotamiento antes de acudir a la vía contencioso administrativa.

Asimismo, esta Sala ha puntualizado, además, que el agotamiento de la vía administrativa, en caso de haberse optado por su uso, no solamente entraña la interposición de los recursos administrativos pertinentes, sino que es fundamental para acudir a los órganos jurisdiccionales que el órgano administrativo haya dado respuesta definitiva al recurso incoado o, en su defecto, haya operado el silencio administrativo negativo (vid. sentencia del 23 de noviembre de 2005, caso: Teresa de Jesús Centeno de Díaz vs. Alcaldía del Municipio Simón Rodríguez del Estado Anzoátegui y sentencia del 4 de octubre de 2006, caso: El Ranchón de Abreu, C.A. vs. Ministro de Infraestructura).

En este orden de ideas, cabe resaltar que la fundamentación empleada por la jurisprudencia antes reseñada para establecer en los casos objeto de los señalados pronunciamientos el agotamiento de la vía administrativa, cuando el particular hubiere optado por acudir a ella, se asienta en un criterio de respeto a principios adjetivos, tales como el de economía y eficacia del proceso.

Dichos principios procesales –se afirma en el los referidos fallos- podrían verse afectados si se relajara el señalado criterio en cuanto al uso de la vía administrativa, por cuanto a pesar de haberse eliminado la obligatoriedad de su agotamiento, ‘carecería de sentido y sería contrario a los mencionados principios de economía y eficacia del proceso, que se movilice por medio del ejercicio del derecho de acción todo el aparato jurisdiccional, con miras a obtener un pronunciamiento acerca de la legalidad de dicha actuación, cuando lo cierto es que la misma no comporta el carácter de definitiva, por estar sometida a un proceso de revisión por parte de la propia Administración y del cual puede resultar la revocatoria o confirmatoria del acto’. (vid. sentencia de esta Sala, caso: Teresa de Jesús Centeno de Díaz).

Asimismo, se ha mantenido como uno de los criterios jurisprudenciales de esta Sala que admitirse a los particulares la libre facultad para ejercer y agotar los recursos administrativos, podría suscitar decisiones contradictorias entre el juez y la autoridad administrativa, ya que mientras el órgano jurisdiccional pudiera estarse pronunciando en el sentido de establecer la ilegalidad o inconstitucionalidad de la actuación sometida a su control, la Administración, por su parte, pudiera también estar ratificando por vía del recurso de reconsideración o jerárquico el acto administrativo de primer grado; supuesto en el cual tendríamos un segundo acto vigente, ausente de control judicial y revestido por demás de una presunción de veracidad (vid. sentencia referida precedentemente).

Conforme a lo expuesto, observa la Sala que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, aplicó correctamente los criterios jurisprudenciales precedentemente aludidos, manteniendo el orden procesal y la vigencia de los principios adjetivos que informan el proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 257 de la



Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, motivando debidamente su actuación en la sentencia apelada.

En efecto, el mencionado órgano jurisdiccional expuso previamente en la parte motiva de su decisión (sentencia apelada) la exclusión legislativa de la carga del recurrente de acudir previamente a la vía administrativa a fin de tener acceso a la vía contencioso administrativa, siendo facultativo para el particular acudir a la Administración o a los Tribunales, para luego puntualizarse en el fallo apelado el criterio jurisprudencial conforme al cual el particular, una vez que haya optado por hacer uso de la vía administrativa, debe agotarla como un requisito de admisibilidad a la jurisdicción contencioso administrativa; razonamiento este plenamente congruente y armónico con los mencionados criterios jurisprudenciales.”

Conforme a lo que precede, si el querellante optó por la vía administrativa a través del recurso de reconsideración supuestamente intentado en fecha 09-01-2008 contra el acto administrativo del 12-12-2007; el término para acudir ante los órganos judiciales era a partir del mes de abril de 2009, en razón de que en caso que la Administración municipal no decidiera, a partir de la fecha del vencimiento del lapso para resolver el recurso administrativo, contaba con noventa (90) días según lo preceptuado en el artículo 91 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para que operase el denominado silencio administrativo, fecha de vencimiento a partir de la cual podía acudir ante el Juzgado competente, como ya fue señalado.

Sin embargo, no es menos importante resaltar, que en seguimiento a las defensas propuestas quien suscribe puntualiza, que frente a los supuestos relativos a la admisibilidad del presente recurso, en virtud de ser éste un supuesto de orden público revisable en cualquier grado y estado de la causa, el máximo administrador de justicia ha enfatizado, que a la vista del aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el agotamiento de la vía administrativa actualmente no es una causal de inadmisibilidad, pero que no obstante a ello, la parte actora al optar por interponer los recursos administrativos a partir de que opere el silencio administrativo frente al mismo, éste ha de demostrar que en efecto ha intentado tal recurso.

De tal modo lo ha expresado la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia en fallo del 31-01-2006, con ponencia del Magistrado Hadel Mostafá Paolini, en el que sentenció en cuanto a un tipo de recurso administrativo intentado por un particular y sobre el que no demostró que efectivamente lo haya incoado, lo siguiente:

“Observa esta Sala que en el caso de autos -tal como lo señaló el Juzgado de Sustanciación- no se evidencia prueba fehaciente de que efectivamente el recurrente haya ejercido el aludido recurso jerárquico ante el entonces Ministro de Relaciones Interiores, ya que si bien cursa a los folios 15 y 16 del expediente judicial –no así en el administrativo- copia simple de un escrito contentivo de un recurso jerárquico, éste no contiene ningún sello u otro tipo de evidencia de que fuera recibido por autoridad alguna del extinto Ministerio de Relaciones Interiores.

A mayor abundamiento, observa esta Sala del expediente (folios 12 y 13), que el escrito contentivo del recurso de reconsideración interpuesto por el ciudadano José Humberto Zambrano Colmenares, sí tiene estampado un sello de recepción del cual se puede leer la fecha y la hora en que el mismo fue recibido por la Dirección General Sectorial de la DISIP; de allí que resulta insuficiente para demostrar que el recurso jerárquico también fue interpuesto ante la respectiva autoridad (...), ya que no acompañó prueba alguna para demostrar la veracidad de dicho alegato.

En orden a lo anterior, resulta relevante señalar que el artículo 45 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece expresamente que los funcionarios encargados de la recepción de documentos darán “recibo de todo documento presentado y de sus anexos, con indicación del número de registro que corresponda, lugar, fecha y hora de presentación”, formalidades éstas esenciales y necesarias para

poder determinarse tanto los lapsos dentro de los cuáles los administrados pueden ejercer los respectivos recursos que dispone el ordenamiento jurídico venezolano, como los lapsos que tiene la Administración para decidir dichos recursos así como la oportunidad en la que se puede acudir a la vía contencioso-administrativa.

De tal manera, debe señalar esta Sala que aun cuando a tenor de lo previsto en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela "no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales", la exagerada relajación de las formas procesales puede llevar, en algunos casos, a injusticias mayores que el cumplimiento mismo de ellas, llegándose inclusive, en algunos extremos, al fraude procesal. Por tanto, resulta indispensable que en el caso bajo análisis se hubiese demostrado efectivamente que el escrito contentivo del recurso (...) haya sido realmente consignado y recibido (...), a fin de evidenciar el cumplimiento del requisito del agotamiento de la vía administrativa (...).

A la vista de tales consideraciones y, en general, de las actas que conforman el presente expediente, concluye la Sala que -tal como lo señaló el Juzgado de Sustanciación- el recurrente no agotó previamente la vía administrativa antes de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, resultando en consecuencia inadmisibles el recurso de nulidad interpuesto".

Análisis que se efectúa, con ocasión a que el ciudadano Bernardo Poey Quintaa en la oportunidad que acudió ante el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental con el objeto de anular la Constancia de Variables Urbanas Fundamentales signada con el No. C-139-12-2007 de fecha 12-12-2007 expresó, que en razón del recurso de reconsideración que propuso ante la autoridad administrativa municipal y sobre el que no obtuvo respuesta, no demostró por intermedio de ningún tipo de documentación, que efectivamente haya intentado este recurso ante el Director de la Oficina Municipal de Planificación Urbana (OMPU) el 09-01-2008, solamente se constata un escrito suscrito por los representantes legales del recurrente ante el Juzgado de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Losada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del estado Zulia el día 28-03-2008, con el que solicitó una Inspección Judicial en el expediente N° OMPU-DU-07-1248 que cursa en la Oficina de Planificación Urbana (OMPU), a los fines de que se dejara constancia entre otros aspectos, que hasta esa fecha no ha habido la resolución o decisión alguna sobre el recurso de reconsideración, pedimento que fue resuelto el 03-04-2008 cuando el Juzgado Sexto de los municipios indiciados, se constituyó en un inmueble donde funciona la Oficina Municipal de Planificación Urbana (OMPU), ubicada en el edificio CPU, avenida 3F, entre calles 81 y 81A, del sector Valle Frío del municipio Maracaibo de la entidad federal Zulia y se levantó un Acta en la que se lee textualmente:

"...seguidamente se notificó del traslado y constitución del Tribunal al (la) (a) ciudadanos Gustavo Adolfo Abreu Rodríguez, titular de la CI. No. 7.702.926, quien ocupa el cargo de Consultor Jurídico del Centro de Procesamiento de Maracaibo, acto seguido se procedió a dejar constancia de los siguientes particulares: El notificado puso a la vista del Tribunal el Expediente identificado de la siguientes manera: "OMPU-DU-07-1248 01-10-007 prop. Cond. Residen. República, así mismo se lee en la carátula de la Carpeta de color marrón que contiene dicho expediente lo siguiente: Condominio Res. República Av. 3H c/c 78, parroquia Santa Lucía diagonal Plaza República, así mismo se deja constancia que dicho expediente está conformado por tres (03) folios útiles. El tribunal solicita al notificado copias certificadas del expediente antes identificado de conformidad con lo solicitado en la presente Inspección Judicial. Seguidamente el notificado voluntariamente informa al tribunal: Me comprometo a entregar al tribunal en copias certificadas el expediente solicitado para el día de mañana a las dos de la tarde, para que sea agregado al acta levantada con motivo de la presente inspección, "no hay problema". Seguidamente el tribunal provee de conformidad y ordena agregar a las actas al momento que sean consignadas previa confrontación con la realidad visual del expediente que tuvo a la vista. Seguidamente

el tribunal deja constancia que estando conforme los solicitantes quedan cubiertos todos los particulares. Seguidamente el notificado se compromete a entregar conjuntamente con el expediente antes identificado, copias certificadas del: folio No. (06) seis del expediente No. 07-10-0785, así mismo copia certificada de la constancia de cumplimiento de variables urbanas fundamentales No. C-139-07-D de fecha 12-12-07, constante de dos (02) folios útiles. Así mismo el tribunal deja constancia que los solicitantes consideran cumplida la Inspección una vez consignada las copias por el notificado. Es Todo”.

Queda en evidencia, que el Juzgado que practicó la Inspección no determinó sobre la interposición, ni pronunciamiento del recurso de reconsideración, que a decir del querellante lo intentó el 09-01-2008; infiriéndose por ello, que al no realizarse ninguna afirmación al respecto por parte de éste y que la parte recurrente a través de sus representantes judiciales, quedó conforme al establecerse que quedaron cubiertos todos los particulares, aunado a que tampoco, el recurrente consignó ante la instancia judicial prueba de que fue intentado y recibido este recurso administrativo ante la autoridad administrativa, por no existir prueba que demuestre su interposición, conlleva a concluir, que ante tal situación no operaría el transcurso del tiempo para que operase el silencio administrativo esgrimido. Iniciándose en consecuencia, el término para acudir a la instancia judicial en la fecha que estuvo en conocimiento del acto impugnado, es decir, el 09-01-2008, transcurriendo desde esa oportunidad hasta el 16-07-2008, fecha cuando acudió a intentar el recurso de nulidad, seis (06) meses y siete (07) días, superando de ese modo, el lapso procesal establecido en la ley para acudir ante la instancia judicial, a efectuar la reclamación que considere pertinente en defensa de sus derechos e intereses.

Sobre esto se indica, que ciertamente los lapsos procesales, no son “formalidades”, susceptibles de desaplicación, si no que son elementos temporales ordenadores del proceso, esenciales al mismo y de eminente orden público, porque son garantías del derecho a la defensa y al debido proceso de las partes cuya finalidad esencial es la de salvaguardar la seguridad jurídica, “siendo éste, en el ámbito del derecho procesal, aquél que garantiza la función misma del proceso, cual es la de dirimir los conflictos de intereses y asegurar la continuidad del derecho objetivo; e igualmente garantiza que con ocasión del proceso no queden menoscabados los intereses de terceros y el interés colectivo (*uti civis*). Se refiere siempre a la garantía del debido proceso que engloba el derecho a la defensa, la igualdad de las partes y las restantes garantías constitucionales”. (Ricardo Henriquez la Roche, Instituciones de Derecho Procesal, Pág. 207, Ediciones Liber, Caracas-2005).

En este sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 08-04-2003, caso: Osmar Enrique Gómez, donde señaló:

“En conclusión, esta Sala considera que la decisión cuya revisión se solicitó contravino la jurisprudencia de esta Sala con referencia a que los lapsos procesales, que legalmente son fijados y jurisdiccionalmente sean aplicados, no son “formalidades” *per se*, susceptibles de desaplicación, sino, por el contrario, que ellos son elementos temporales ordenadores del proceso, esenciales al mismo y de eminente orden público, en el sentido de que son garantías del derecho a la defensa y al debido proceso de las partes, que por ellos se guían, y cuyo fin es la salvaguarda de la seguridad jurídica”

Así las cosas se acentúa, que efectivamente ésta deviene en razón de haber transcurrido un lapso fijado por el legislador para hacer valer un derecho, lapso de carácter procesal que, como tal, transcurre fatalmente y no es susceptible de interrupción, ni de suspensión, donde la finalidad del lapso de caducidad es la materialización de la seguridad jurídica y el aseguramiento de que tras el transcurso del lapso que establece la ley, se extinga el derecho de toda persona al ejercicio de la acción que el ordenamiento jurídico le autorice; ello para evitar que acciones judiciales puedan proponerse indefinidamente en el tiempo, lo cual, obviamente incidiría negativamente en la seguridad jurídica. Es por ello que el recurrente o justiciable, una vez habilitado para acudir al órgano jurisdiccional, deberá proponer su recurso judicial en tiempo hábil, esto es, antes de la consumación del lapso de caducidad que dispuso la ley.

Al respecto, el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, entre los postulados que contiene prevee lo siguiente:

“Artículo 19: (.....)

Se declarará **inadmisible la demanda, solicitud o recurso** cuando así lo disponga la ley; o si el conocimiento de la acción o recurso compete a otro tribunal; **o si fuere evidente la caducidad o prescripción de la acción o recurso intentado,...**” (El destacado es propio).

Y el párrafo 20 del artículo 21 *ejusdem*, establece:

“**Artículo 21:** (...)”

Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero **los dirigidos a anular actos particulares de la administración caducarán en el término de seis (6) meses, contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado**, si fuere procedente y aquélla no se efectuare, o cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa (90) días continuos, contados a partir de la fecha de interposición del mismo. Sin embargo, aun en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales. Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta (30) días”. (El resaltado es nuestro).

De lo reproducido se concluye, que al no recurrir el ciudadano Bernardo Poey Quintaa, en el lapso de seis (06) meses contados a partir del momento que tuvo conocimiento del acto impugnado, el recurso de nulidad incoado se deberá declarar inadmisibile al evidenciarse la caducidad o prescripción de la acción o recurso.

Al respecto, en sentencia emanada de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 09-08-2006, con ponencia del magistrado Emiro García Rosas se dijo:

“Esta Sala señala que el recurso contencioso administrativo de nulidad tiene un lapso de interposición que una vez vencido, sin que se haya interpuesto, impide por extemporáneo su conocimiento por los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa; de allí que la interposición del recurso dentro del lapso correspondiente sea uno de los requisitos procesales para su admisibilidad.

En este contexto la Sala ha indicado respecto a la institución de la caducidad, que ésta aparece unida a la existencia de un plazo perentorio establecido en la ley para el ejercicio de un derecho, de una facultad o de una potestad, y transcurrido el plazo fijado en el texto legal, opera y produce en forma directa, radical y automática, la extinción del derecho, por lo cual no es posible su ejercicio.

Al respecto esta Sala señala que el lapso de seis (6) meses previsto en el aparte 20 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, (...) es un lapso de caducidad, del cual se deriva que no puede ser interrumpido, ni prorrogado (.....)

Finalmente considera este Máximo Tribunal necesario señalar, (...), que los recursos de nulidad dirigidos a impugnar los actos administrativos de efectos particulares (conforme lo señala la legislación vigente, salvo lo establecido en leyes especiales), deben ser interpuestos en el lapso de seis (6) meses contados a partir de su notificación ante los

Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme lo prevé de manera clara el aparte 20 del artículo 21 de la Ley que rige las funciones de este Alto Tribunal, sin importar en tal sentido el tipo de vicio que supuestamente afecte al acto administrativo que se pretenda impugnar". (Los destacados son nuestros).

Por lo tanto, el lapso previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no se trata de un lapso de prescripción, susceptible de interrupción en cualquiera de las formas previstas en el ordenamiento jurídico, sino que es un lapso de caducidad, y siendo la caducidad de orden público, es decir, corre fatalmente, no es disponible por la voluntad de los particulares, ni del Juez, porque los lapsos de caducidad se caracterizan por su preclusividad, esto es, que no existe ningún tipo de actuación capaz de interrumpirla ni de suspender su curso.

Así pues, queda claro que existe una oportunidad legal para que los interesados puedan interponer los recursos previstos en las leyes, admitir lo contrario implicaría limitar, o incluso dejar sin efecto, el alcance de las pautas legales establecidas. En tal sentido, al colocar la decisión de admitir o no un recurso presuntamente caduco, por el vencimiento del plazo, pudiera producir actuaciones arbitrarias y anárquicas, que sin lugar a dudas obrarían en detrimento de sentencias objetivas y ajustadas a derecho.

### **Conclusión**

Por todo lo anteriormente analizado, esta representación del Ministerio Público considera que el recurso de nulidad intentado por el ciudadano BERNARDO POEY QUINTAA en contra del acto administrativo contentivo de la Constancia de Cumplimiento Variables Urbanas Fundamentales signada con el N° C-139-12-2007 de fecha 12-12-2007 emanada del Centro de Procesamiento Urbano del Municipio Maracaibo (CPU) adscrito a la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO MARACAIBO DEL ESTADO ZULIA, debe ser declarado por este órgano jurisdiccional INADMISIBLE de conformidad con lo contenido en el párrafo 6 del artículo 19 y párrafo 20 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia."

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección Constitucional y Contencioso Administrativo

3.- MATERIA: Contencioso Administrativo

4.- TEMA: Recurso contencioso administrativo de nulidad

## 5.- EXTRACTO

Opinión de la Fiscalía Duodécima del MP, en el Recurso de Nulidad interpuesto por el Instituto Postal Telegrafico De Venezuela, representado por la Abg. Beatriz Elena Lozano González inscrita en el I.P.S.A, bajo el No. 57.882, en su carácter de apoderada de dicho instituto contra la Providencia Administrativa N° 410 del 14/12/07, dictada por la Inspectoría del Trabajo del Estado Lara, "José Pío Tamayo", mediante la cual declaró una solicitud de Calificación de Falta en contra del ciudadano José Pausides Sequera titular de la cédula de identidad No. 7.393.586.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° EXP. No.

6.2.- FECHA: 2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

Así pues, en el presente caso, el Instituto Postal Telegráfico de Venezuela (IPOSTEL) en ejercicio Potestad Disciplinaria de la Administración Pública, acudió ante la Inspectoría del Trabajo para que, ésta ejerciendo su función jurisdiccional, apreciara las circunstancias de hecho y derecho conforme a las cuales estimaba pertinente proceder al despido del trabajador Jose Pausides Sequera por estimarlo incurso en las causales previstas en el artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo, específicamente en el literal "a) Falta de probidad o conducta inhumana en el trabajo, y el literal i) Falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo; petición de autorización que fue negada mediante la declaratoria de sin lugar pronunciada por la Inspectoría del Trabajo del Estado Lara, sede José Pío Tamayo, mediante la impugnada Providencia Administrativa N° 410 del 14/12/07, señalada de estar afectada por los vicios de nulidad que fueron señalados en el escrito contentivo del presente Recurso de Nulidad Contencioso Administrativo, y los cuales se analizan a continuación en la secuencia que se ha estimado mas conveniente.

1° Con relación al denunciado vicio de falso supuesto al declarar la impugnada Providencia Administrativa N° 410 del 14/12/07 que "...ya que la accionante tuvo conocimiento del hecho y así lo relata en fecha anterior a junio 26 del año 2006, siendo interpuesta en fecha de julio 25 del 2006, opera así la caducidad solicitada". (Sic.) se observa que:

La supuesta caducidad de la solicitud de calificación de despido, estaría soportada en el supuesto conocimiento de los hechos anterior al 26/06/06, pero obvia que, no es hasta esa fecha cuando formalmente se pudieron tener por constatadas las irregularidades, lo cual supuso la actuación del departamento competente del Instituto Postal Telegráfico de Venezuela (IPOSTEL), la cual corresponde a la Dirección de Inspección General de Servicios de IPOSTEL, cuyas investigaciones

no arrojaron elementos de responsabilidad sobre ninguno de los trabajadores del instituto sino hasta la fecha 26/06/06 cuando emite INFORME N° DIGS 592 de suscrito por el Coordinador de Operaciones III, Jimmy Mota, cursante en copia certificada del folio 61 al folio 71, en cuyo contenido se pueden leer los extractos siguientes:

"1.- Introducción: Dando cumplimiento a lo establecido en la Ley [.....] se elabora el presente informe; a fin de dejar constancia de las diligencias e indagaciones practicadas, en averiguación que adelanta esta Dirección.

2.- Conocimiento Del Caso: A través de comunicación de fecha; 07 de marzo de 2006, emitida a la Presidencia de Ipostel, en un anónimo donde se plantea la situación irregular con una estafa que se viene efectuando a través de Internet con unos Pequeños Paquetes procedente de España, con destino al señor Jesús Sánchez, Dirección; Urb. Bella Vista, Segunda Calle entre 45 y 46."

Y, solo luego de señaladas expresamente todas las diligencias e indagaciones practicada en ocasión de la averiguación de los hechos, incluidas entrevistas al personal, revisión de los libros y asientos en los libros de entrega de paquetería, denuncia del asunto al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, signado bajo el Exp. H-195-334, etc. es cuando se atreve a pronunciar un señalamiento personalidad de responsabilidad, al indicar:

"5.- Conclusiones: En vista de lo anteriormente expuesto y los elementos que se anexan como prueba se le determina responsabilidad a los siguientes trabajadores, José Sequera, Oficinista Postal; C.I. 5.251.379, Magaly Sala, Carqo: Habilitado Secretaria, C.I. 6.573.605. Ya que omitieron las normas y procedimientos establecidos, para retirar los pequeños paquetes; sin autorización, contraviniendo lo estipulado en los siguientes artículos: [.....]

6.- Recomendaciones: Se sugiere a la Dirección de Región Central, solicitar ante la Inspectoría del Trabajo, la calificación de despido correspondiente; a los siguientes trabajadores; José Sequera, Oficinista Postal; C.I. 5.251.379, Magaly Salas, Cargo: Habilitado Secretaria, C.I. 6.573.605. Eva Giménez; Cargo; Oficinista Postal; C.I. 5.251.379. Emerita Picon; Cargo: Oficinista Postal C.I. 7.427.099. Y Naudy Vargas; Cargo Jefe de OPT, C.I. 11.790.580. según lo estipulado en la ley del trabajo en su artículo (102) que reza "Serán causas justificadas de despido los siguientes hechos del trabajador: Literales (a) Falta de Probidad o conducta inmoral en el trabajo, igualmente se señala el literal (j) "Falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo".

De manera que, no es sino hasta la fecha 26/06/2006 mediante INFORME N° DIGS 592, cuando el Instituto Postal Telegráfico de Venezuela (IPOSTEL) tiene conocimiento cierto de una responsabilidad atribuible al trabajador José Sequera, cualquier señalamiento personal anterior a la comprobación de lo hechos habría sido precipitado y sin duda ninguno lesivo a la presunción de inocencia que le ampara como persona; solo después de reunidos los elementos de convicción suficientes era cuando se podía estimar el mérito de la sanción disciplinaria, constada como fuera la supuesta ocurrencia de irregulares sustracciones de paquetes postales. Solo después de ser del logrado el conocimiento del asunto es que pueden ser señalada la identidad de los presuntos infractores, por lo que procede la Dirección de la Región Central de IPOSTEL conforme la recomendación, a solicitar ante la Inspectoría del Trabajo la Calificación de Despido del ciudadano José Sequera en fecha 25/07/06, según consta en la copia certificada que corre al folio 24, dentro del tiempo hábil dispuesto en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, por lo que se estima procedente el presente alegado de nulidad por el vicio de Falso Supuesto de Hecho alegado en contra de la impugnada Providencia Administrativa N° 410 del 14/12/07, pues no nos resulta sostenible computar el breve lapso de treinta (30) dispuesto en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, antes de que sea constatada la sola existencia de los hechos irregulares, mucho menos pretender para ésta misma época señalar un supuesto responsable de los hechos aún desconocidos, menos aún pretender para el momento señalar la responsabilidad disciplinaria de persona alguna cuya identidad solo podría resultar de la averiguación de hechos realizada.

2° En lo que respecta al alegato de vicio Falso Supuesto de Hecho Providencia Administrativa N° 410 del 14/12/07, por haberse pronunciado por la supuesta no ocurrencia de las causales "e" e "i" del artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo, se observa que:

Ciertamente, las causales de despido sometidas a la consideración de la Inspectoría del Trabajo con relación al ciudadano Jose Sequera, según consta de las copias certificadas cursantes del folio 03 al 10 del expediente administrativo contentivas de la solicitud formulada en fecha 25/07/06 de conformidad con el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo para la autorización al despido del ciudadano José Sequera, C.I. N° 7.393.586. fueron las siguientes que expresamente se señalaron:

"1- Falta de Probidad y conducta inmoral en el trabajo (*art. 102, 1LOT*)," refiriéndola de forma pormenorizada al hecho de que, el prenombrado retiró sin autorización paquetes dirigidos al destinatario ciudadano Jesús Sánchez, de haber alterado los Libros de Correspondencia Recibida y Correspondencia Certificada, colocando nombres y cedulas que no correspondían con las personas que hicieron los retiros de los mencionados paquetes, de mentir al funcionario instructor señalando que actuó a pedimento de José Sequera, señalando luego a NESTOR RODRIGUEZ Y FRANK MELENDEZ sobre los cuales inicialmente declaró desconocerlos hasta la ampliación de su declaración donde desmiente su negación, por haberse valido de su condición de Secretario General del Sindicato para convencer a las funcionarias de taquilla para la entrega de los paquetes. Y como segunda causal para solicitar el despido textualmente se señaló:

"2-Faltas graves a las obligaciones que impone la relación de trabajo." (Sic.) refiriendo que los actos atribuidos al ciudadano José Sequera expusieron al instituto a demandas por los daños que se hubiesen causado a los verdaderos destinatarios y por el incumplimiento del Manual de Procedimientos sobre el retiro y entrega de paquetes.

Conforme a lo arriba indicado, resulta incongruente que la Providencia Administrativa N° 410 del 14/12/07 no ocurrencia de las causales "e" e "i" del artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo, de manera que se produce otro vicio en la impugnada decisión, al cual era señalado por doctrina de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 02/06/09, caso Savirán, C. A. vs. Knox Chang Cheng, indicando "...que la incongruencia negativa, resulta del no pronunciamiento por parte del juez sobre aquellos elementos de hecho que materialmente forman el problema judicial debatido, conforme a los términos en que se explanó la pretensión y la contradicción. La Incongruencia es la diferencia entre lo pretendido y contradicho materialmente por las partes, y lo resuelto por el sentenciador, en el contenido y alcance del dispositivo del fallo".

De manera que, alegada como fue la ocurrencia de las causales de despido contenidas en los literales a) e i) del artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo, y resuelto la no ocurrencia de los literales e) e i), se nos presenta el acto jurisdiccional Providencia Administrativa N° 410 del 14/12/07 también afectado de un vicio de Falso Supuesto que coincide con la referida Incongruencia Negativa, vicio acogido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia del 2002, Exp. 01-25853, en caso de Carlos Alberto Sánchez Angulo en contra de acto administrativo N° 016-98 del 07/07/97 emanado de la Dirección General de la Policía Metropolitana.

3° Del mismo modo, configura un vicio de la decisión pronunciada en la impugnada Providencia Administrativa N° 410 del 14/12/07, la circunstancia de haber silenciado un alegato, o en su defecto, el silencio de una prueba, pues si bien menciona en su texto las testimoniales rendidas, al señalar expresamente "Riela a los folios Ochenta y Cinco (85) al Noventa y Uno (91) declaración testimonial de los testigos Jimmy Jhon Mota, Naudy Vargas, Eva Giménez". de ellos no deriva consecuencia jurídica ninguna, por el contrario de forma infundada afirma que "en el presente caso, IPOSTEL no demostró las afirmaciones y argumentos explanados en la solicitud" (Sic.) obviando las testimoniales Jimmy John Mota Colmenares, C.I. V-12.831.497. (folios 88 al 89), de Naudy Pastor Vargas Chinchilla, C.I. V-11.790.580 (folios 90 al 91) y de Eva Diocelina Gimenez, C. I. V-5.251.379. cuyos testimonios apuntan a la responsabilidad del ciudadano José Sequera en el señalado retiro de bultos postales sin la debida autorización asentando en los libros con su puño y letra registro de retiro con los nombre y cédulas de otra personas; todas estas infracciones incluso reconocidas por el



propio José Sequera, conforme cita en el propio texto de la Providencia Administrativa N° 410 del 14/12/07, la cual refiere "...al responder a la pregunta Tres (03) relacionada con la razón por la cual no había estampado su firma en los libros de entrega de paquetes y muestras, a pesar de que manifestó estar autorizado, respondió: "porque yo registre la firma que aparece reflejada en la cédula". A la pregunta Trece (13) relacionada con la circunstancia de si aceptaba la responsabilidad por haber entregado los paquetes sin el consentimiento de Jefe de Oficina, manifestó: " Si, yo la asumo". Entendido como estaba que, a la autorización a que refiere es la que supuestamente le entrega el "...ciudadano Jesús Sánchez. Que éste ciudadano le participó que iban a llegar unos paquetes del exterior y era posible que le aligerara la entrega de esos paquetes con una fotocopia de la cédula y la autorización de un sobrino. Que plasmó la firma que aparecía reflejada en la cédula que aparecía en la autorización, en el libro "... donde aparecen registrados los números de paquetes. Que lo hizo... así sucesivamente con los otros envíos, ... Y los retiraba y los entregaba al joven que los esperaba en la entrada de IPOSTEL". (Sic.)

De manera que, inermes como resultó tanto la alegación como las pruebas aportadas por la representación del Instituto Postal Telegráfico (IPOSTEL), no puede mas que apreciarse una ostensible vulneración del equilibrio entre las partes contrario al debido proceso garantizado por el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo que meritorio también el pronunciamiento favorable por éste motivo en el presente Recurso de Nulidad intentado en contra de la Providencia Administrativa N° 410 del 14/12/07 la cual de forma incoherente comprendía "...aquellas faltas graves que por omitir u obviar el procedimiento regular de entrega de paquetes en el Instituto Postal Telegráfico De Venezuela, trae consigo obligatoriamente la falta a los deberes establecidos por el Reglamentista en su artículo 18." (Sic.)

Con la misma incongruencia, la impugnada Providencia Administrativa N° 410 del 14/12/07, resuelve que "...se determina que en efecto ocurrió el perdón de la falta,..." (Sic.) lo que es una falacia en cuanto ha sido constante la intensión del instituto postal la de sancionar la falta cometida que se estimó gravemente contraria a los parámetros funcionales, prácticos incluso filosóficos de la institución.

Así, con un acto administrativo infundado se pretende enervar la Potestad Disciplinaria de la Administración Pública, ejercida por IPOSTEL, mediante la cual intenta controlar la idoneidad de su personal, control necesario para procurar el logro del fin mismo de la institución, que en éste caso se trata del servicio público postal, amenaza en su eficiencia y eficacia cuando se pretende dejar impune una actuación incluso contraria a la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones contemplada en el artículo 48 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual habría resultado expuesta con el irregular retiro de bultos postales por parte del empleado de IPOSTEL ciudadano José Sequera, sin ser el destinatario del mismo, sin acompañar según la normativa interna que conoce por sus aproximados veinte (20) años de servicio los requerimientos de copia de la cédula del destinatario Jesús Sanchez, ni de la autorización que este supuestamente le había otorgado, asentando con su puño y letra en los libros de control de IPOSTEL las firmas y cédulas de terceras personas que aparecerían como quienes retiraron el paquete, quienes al final bien pudieran desentendido de responsabilidad sobre el asunto en tanto que grafológicamente la firma asentada no había sido estampada por ninguna de las personas señaladas en el registro del retiro de los bultos postales cuyos contenidos aún se desconocen, lo que fue considerado por la institución postal como una grave trasgresión a los deberes inmanentes al cargo, suficiente para que proceda una sanción administrativa, la cual por disposición del artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, requería la autorización previa de despido que se solicitó a la Inspectoría del Trabajo negada por la impugnada Providencia Administrativa N° 410 del 14 de diciembre de 2007, contra la cual se aprecian elementos suficientes para solicitar su nulidad.

**Conclusión**

Por las razones expuestas, esta representación del Ministerio Público considera que debe ser declarada con lugar el presente recurso de nulidad intentado en contra de la Providencia Administrativa N° 410 del 14 de diciembre de 2007, y así respetuosamente lo solicito de este tribunal.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 03/03/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección Constitucional y Contencioso Administrativo

3.- MATERIA: Contencioso Administrativo

4.- TEMA: Recurso contencioso administrativo de nulidad

## 5.- EXTRACTO

Escrito de Informe del MP en el Recurso de nulidad intentado por la Sociedad Mercantil Inversiones Monte Vergine, C.A. contra la Resolución No. 39 de fecha 12-09-2006, suscrita por el ciudadano T.S.U. Alenis Guerrero U., en su Carácter de Alcalde del Municipio Santa Rita del estado Zulia.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° EXP. No.11.856

6.2.- FECHA: 30/03/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

[.....]

" Ante las denuncias esgrimidas por la empresa recurrente y a los fines de determinar la procedencia o no de las mismas, se estima oportuno referir, que el acto administrativo impugnado contenido en la Resolución No.- 39 firmada por el Alcalde del municipio Santa Rita del estado Zulia, ciudadano Alenis J. Guerrero U. resolvió entre otras lo siguiente:

"Artículo Primero: De conformidad en lo señalado en el artículo 150 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y previa autorización del Concejo Municipal en Sesión Ordinaria No.- 32 celebrada el día 05 de septiembre de 2006 y Acuerdo No.- 61 de la misma fecha se ordena recuperar para el patrimonio municipal, el terreno ejido que le fuere vendido a Inversiones Monte Vergine, C.A, a través de documentos protocolizado por ante (...).

Se hace expresa mención de que este acto administrativo solo se hace extensible al área que abarca su propiedad, con exclusión de cualquier venta que previamente este haya hecho".

Así las cosas y en apego al acto administrativo impugnado, tal decisión fue sustentada en base a una serie de consideraciones, las cuales de seguida se transcriben a los fines de obtener un mayor conocimiento sobre las razones empleadas por la Administración para emitir dicho acto:

"Que los artículos 126 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal (aplicación *ratione temporis*) y 52 de la Ordenanza Sobre Terrenos Ejidos del Municipio Santa Rita; establecen expresamente que cuando el terreno Ejido solicitado en compra no tiene construcción, el comprador dispone de un plazo máximo de dos (02) años para desarrollar el proyecto presentado.

**Considerando**

Que ya han transcurrido más de dos (02) años, desde que el municipio Santa Rita, otorgó la referida venta a Inversiones Montevergine, C.A y hasta la fecha, ésta no ha desarrollado dicha extensión del Terreno.

### **Considerando**

Que la identificada Sociedad Mercantil, durante el referido lapso, nunca presentó a este Despacho solicitud de prórroga alguna". (Los destacados son nuestros).

Se demuestra de lo que precede, que la entidad municipal decidió la recuperación del terreno ejido vendido a la sociedad de comercio recurrente, en virtud de que habían transcurrido más de dos (02) años desde que se efectuó tal actividad, pero sin que la misma haya fomentado desarrollo alguno sobre tal terreno, situación ante la que aplicaban las disposiciones contenidas en los artículos 126 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal y 52 de la Ordenanza Sobre Terrenos Ejidos del Municipio Santa Rita.

En este orden de ideas y para un mayor conocimiento sobre los fundamentos de derecho empleados por la Administración se señala, que el artículo 126 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal preceptúa lo siguiente:

"Artículo 126: Los terrenos originalmente ejidos urbanizados conforme al procedimiento a que se refiere el artículo anterior, se adjudicarán inicialmente en arrendamiento con opción de compra, y el contrato deberá señalar el canon de arrendamiento, el precio del terreno, así como el plazo para ejercer la opción de compra, el cual no podrá ser mayor de dos (2) años, contados a partir de la fecha de la firma del contrato.

El plazo para la construcción no excederá del señalado para el pago del precio del terreno, a menos que se trate de convenios de desarrollos urbanísticos celebrados con organismos públicos para la ejecución de planes de viviendas o dotación de servicios.

Si la construcción no fuere ejecutada durante el lapso señalado para el pago del terreno, el contrato de arrendamiento con opción de compra quedará sin ningún efecto y el concejo o cabildo no devolverá las cantidades recibidas por concepto de cánones de arrendamiento. La venta se efectuará una vez terminada la construcción para cuyo fin fue adjudicado el terreno.

Excepcionalmente podrá venderse un terreno urbano de origen ejidal a la persona que acredite en su solicitud haber obtenido la oferta de una entidad financiera de reconocida solvencia, de concederle un crédito para construcción de su vivienda.

En tal caso, si transcurridos dos (2) años después de haberse otorgado el documento sin que el interesado haya ejecutado en un cincuenta por ciento (50%) la vivienda prevista, el alcalde, previa la comprobación correspondiente, declarará el contrato resuelto de pleno derecho, sin perjuicio del pago, a justa regulación de expertos, del valor de las bienhechurías construidas en el terreno, conforme a lo previsto en el código civil. En la escritura de venta se hará constar esta condición.

La resolución del alcalde se remitirá a la oficina subalterna de registro público respectiva, para que estampe la nota marginal correspondiente".

Y el artículo 52 de la Ordenanza Sobre Ejidos y Terrenos Propios Urbanos y Rurales para el Distrito Bolívar, hoy Municipio Santa Rita, establece:

"Artículo 52: Si el comprador no ha cumplido con lo prescrito en el Artículo 50, la Cámara Municipal previo informe de la Oficina de Catastro procederá a ordenar al Síndico Procurador Municipal comunicar al comprador la disposición de la Cámara de resolver la operación de venta en razón del incumplimiento. Caso de no acceder el

comprador a la resolución amistosa, el Sindico Procurador Municipal procederá a otorgar poder al Consultor Jurídico o a quien la Cámara lo indique, para instaurar la correspondiente demanda de resolución ante los Tribunales competentes y a consignar la cantidad de dinero recibido por la municipalidad como precio del terreno. La copia certificada de la sentencia resolutoria debe ser protocolizada por el Sindico Procurador Municipal en la Oficina de Registro Subalterno”.

Queda en evidencia, que la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone, que los terrenos ejidos inicialmente serán adjudicados en arrendamiento con opción de compra y que tal opción no podrá ser mayor de dos (2) años, contados a partir de la fecha de la firma del correspondiente contrato y que en el caso de que se realizase una construcción, ésta no excederá de dicho tiempo, pero que excepcionalmente podrá venderse el terreno urbano de origen ejidal a aquél que demuestre, que ha obtenido un crédito por parte de una entidad financiera para la construcción de su vivienda y que si transcurren dos (2) años después de haberse otorgado el documento y el interesado no realiza en un cincuenta por ciento (50%) la vivienda prevista, el Alcalde declarará el contrato resuelto de pleno derecho, previa la comprobación correspondiente; supuestos éstos que no se configuran en el caso bajo en estudio en virtud de que de autos se demuestra, que en fecha 19-05-1998 se registró bajo el No. 13, del Tomo 7, Protocolo 1º, Segundo Trimestre de ese periodo anual de los Libros de Registro llevados por la Oficina Subalterna de Registro de los Municipios Santa Rita, Cabimas y Simón Bolívar del estado Zulia, la venta que efectuara el ciudadano Carlos Alfredo Barboza Azuaje, en su carácter de Alcalde del municipio Santa Rita, para ese entonces, a la sociedad mercantil Inversiones Montevergine, C.A. el terreno que solicitaron y sin inicialmente fuese adjudicado bajo la figura de arrendamiento con opción de compra, determinándose de igual modo, que el inmueble en comento se encontraba situado en la Carretera Lara – Zulia, Sector Flor de la Goajira al lado de la E/S La Victoria del municipio Santa Rita del antes Distrito Bolívar, que posee una superficie aproximada de treinta y dos mil ciento cincuenta y seis metros cuadrados con cincuenta y un centímetros de metros cuadrados (32.156,<sup>51</sup> mts<sup>2</sup>) y desafectando de su condición de ejido al mismo, según Decreto aprobado por la Cámara Municipal en su Sesión Ordinaria del día 27-01-1998; estableciéndose así mismo, que tal cesión se realizaba a todo riesgo del adquirente quien aceptó la obligación de ceder a la Nación, al estado o al municipio, en todo o en parte el terreno adquirido, para una determinada obra de utilidad pública mediante el reintegro de una cantidad igual al precio pagado, traspasando en tanto, todos los derechos de propiedad y posesión sobre el inmueble, hecho sobre el cual se verifica de actas, que tal inmueble no fue rescatado por el municipio para la ejecución de ese tipo de obra.

En este sentido se indica, que ante tal actuación la parte recurrida incurrió en el vicio de falso supuesto, en virtud de que existe una errada relación entre la ley y lo resuelto, al desnaturalizar el verdadero sentido de la norma, aplicándola de manera tal que se llega a consecuencias jurídicas diferentes o contrarias a las buscadas por ésta, lo cual incidió decisivamente en la esfera de los derechos subjetivos de la sociedad mercantil recurrente y que sin duda vician el acto administrativo bajo estudio.

Sobre el comentado vicio, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 17-04-2007, con ponencia de la magistrado Evelyn Marrero Ortiz ha asentado el siguiente criterio:

“Respecto al vicio de falso supuesto, la Sala ha señalado reiteradamente que éste alude a la inexistencia de los hechos, a la apreciación errada de las circunstancias, o bien a la fundamentación en una norma que no resulta aplicable al caso concreto.

Por lo tanto, el vicio de falso supuesto se configura cuando la Administración al dictar un acto fundamenta su decisión en hechos que no ocurrieron u ocurrieron de manera distinta a aquella en que el órgano administrativo aprecia; o cuando los hechos que fundamentan la decisión de la Administración son ciertos, pero la Administración al dictar el acto sancionatorio lo subsume en una norma errónea o inexistente en el ordenamiento jurídico, para darle basamento a su decisión, lo cual incide definitivamente en la esfera de los derechos subjetivos del administrado, resultando como consecuencia la anulabilidad del acto recurrido”.

En similares términos, en fallo proferido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 12-06-2007, con ponencia del magistrado Levis Ignacio Zerpa se dictaminó lo siguiente:

“Respecto al vicio de falso supuesto de hecho y de derecho alegados, se observa que en fallos anteriores este Alto Tribunal ha señalado que el vicio de falso supuesto ocurre cuando la Administración al dictar un acto, fundamenta su decisión en hechos inexistentes o que ocurrieron de manera diferente a como fueron apreciados por la Administración, así como cuando dicha decisión se fundamenta en una norma que no le es aplicable al caso concreto. Tal definición comprende las dos formas a través de las cuales se manifiesta el falso supuesto, a saber, el falso supuesto de hecho y el falso supuesto de derecho.

(.....)

**En ambos casos, tanto falso supuesto de hecho como de derecho, se trata de un vicio que por afectar la causa del acto administrativo acarrea su nulidad”.**  
(El destacado es nuestro).

Así mismo de los supuestos de derecho empleados por la querellada para la emisión del acto administrativo tantas veces mencionado se encuentra el artículo 52 de la Ordenanza Sobre Ejidos y Terrenos Propios Urbanos y Rurales para el Distrito Bolívar anteriormente reproducido, el cual refiere, que en el caso que el comprador de un terreno ejido no cumpliera con la obligación de construir la edificación para la cual obtuvo el crédito conferido por alguna entidad de Ahorro y Préstamo o Instituto Financiero, la Cámara Municipal previo Informe emanado de la Oficina de Catastro procederá a ordenar al Síndico Procurador Municipal que comunique al comprador la disposición de la Cámara de resolver la operación de venta en razón del incumplimiento de las exigencias que contempla la norma y que en el caso de que el comprador no accediese a la resolución amistosa, el Síndico Procurador Municipal otorgaría poder al Consultor Jurídico o a quien la Cámara indique, para instaurar la correspondiente demanda de resolución ante los Tribunales competentes y a consignar la cantidad de dinero recibido por la municipalidad como precio del terreno, debiéndose posteriormente el Síndico Procurador Municipal protocolizar ante la Oficina de Registro Subalterno, la correspondiente sentencia resolutoria, procedimiento éste, que tampoco se verifica de los autos que conforman el expediente y que pudo ser alegado como efectuado y demostrando en la oportunidad procesal correspondiente por parte de la Administración municipal recurrida.

A este respecto quien suscribe puntualiza, que en un Estado de Derecho los procedimientos administrativos constituyen una garantía a los particulares en el ejercicio y goce de su derecho, y de allí se desprende el carácter de orden público de las normas que lo consagra. Hoy en día el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza el debido proceso, el cual se obtiene con la sustanciación del debido procedimiento, afectándose cuando se transgrede él mismo y también, cuando se obvia alguna de sus fases esenciales.

Al respecto, la Sala Político Administrativa en jurisprudencia de fecha 10-08-2005, con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, asentó el siguiente criterio relacionado al debido procedimiento, en estos términos:

“Así, la doctrina y la jurisprudencia contenciosa administrativa progresivamente han delineado el contenido y alcance del referido vicio de procedimiento administrativo, al permitir una valoración distinta de este vicio que afecta al acto administrativo en atención a la trascendencia de las infracciones del procedimiento. En tal sentido, se ha establecido que el acto administrativo adoptado estaría viciado de nulidad absoluta, cuando: a) ocurra la carencia total y absoluta de los trámites procedimentales legalmente establecidos; b) se aplique un procedimiento distinto al previsto por la ley

correspondiente, es decir, cuando por una errónea calificación previa del procedimiento a seguir, se desvíe la actuación administrativa del *iter procedimental* que debía aplicarse de conformidad con el texto legal correspondiente (desviación de procedimiento); o c) cuando se prescinden de principios y reglas esenciales para la formación de la voluntad administrativa o se transgredan fases del procedimiento que constituyan garantías esenciales del administrado (principio de esencialidad). Cuando el vicio de procedimiento no produce una disminución efectiva, real y trascendente de las garantías del administrado, sino que representa sólo fallas o irregularidades parciales, derivadas del incumplimiento de un trámite del procedimiento, la jurisprudencia ha considerado que el vicio es sancionado con anulabilidad, ya que sólo constituyen vicios que acarrearán la nulidad absoluta del acto aquellos que tengan relevancia y provoquen una lesión grave al derecho de defensa”.

Igualmente la Sala Político Administrativa en sentencia N° 945 de fecha 17-05-2001 con ponencia de la ex magistrada Ana María Ruggeri expuso:

“El derecho a un debido procedimiento se constituye como el más amplio sistema de garantía que procura la obtención de una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego, proporcionando las garantías que sean necesarias para la protección de los derechos fundamentales dentro de la relación procesal, en procura de decisiones verdaderamente justas y materiales.

Entre las garantías que constituyen el derecho a un debido procedimiento administrativo, el derecho a la defensa tiene especial significación por cuanto comporta entre otros derechos, el de ser oído, tener acceso al expediente, ser notificado, solicitar y participar en la práctica de las pruebas, y a impugnar las decisiones administrativas, los cuales obligan a la Administración a brindar las más amplias garantías al administrado antes y después de la adopción de cualquier decisión.

En esta forma, el derecho a la defensa comprende el denominado *Principio audi alteram partem* o principio del contradictorio administrativo, y el derecho a ser oído, así como el derecho a la audiencia y a la participación en el procedimiento; tales garantías de rango constitucional permiten que los titulares de derechos o de intereses frente a la Administración, tengan la posibilidad de defenderse participando activamente en el procedimiento y coadyuvando en la toma de decisiones y más aun en aquellos que afectan su esfera de derechos subjetivos. Por otro lado, la doctrina ha reconocido que con este principio se logra la verificación del supuesto jurídico del procedimiento y la determinación de su correcta interpretación, la actuación del derecho objetivo y, la tutela de los derechos e intereses de las partes.

Así pues, tanto en sede administrativa como judicial, la protección del derecho a la defensa y al debido procedimiento se obtiene con la sustanciación de un procedimiento en el que se garantice al interesado sus posibilidades de defensa y el empleo de los medios o recursos dispuestos para tal fin; de modo que el administrado se verá afectado en su derecho a la defensa y al debido proceso, en el caso que se obvie algunas de sus fases esenciales, causándoles un perjuicio irreparable a la parte agraviada por tal omisión...”.

Por lo que quedó determinado por las normas empleadas en la Resolución recurrida, que el procedimiento legalmente estatuido no fue cumplido, hecho ante el que se enfatiza, que toda actuación de la Administración debe corresponder al denominado principio de legalidad, el cual debe ser observado en toda su actividad, recogido en reiterados criterios jurisprudenciales emanados del Máximo Tribunal de la República. y reconocidos por la doctrina imperante.

Todo en consonancia con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que establece que aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje una medida o providencia a juicio de la autoridad, la misma deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el

supuesto de hecho y con los fines de la norma, lo que es lo mismo que el margen de discrecionalidad que existe en toda potestad administrativa está sometida a la prohibición de arbitrariedad del mencionado artículo.

En referencia a ello, es pertinente recordar contenido parcial de la decisión de fecha 03-10-2000 con ponencia del ex Magistrado Carlos Enrique Mouriño Vaquero, que asentó:

“El margen de discrecionalidad que existe en toda potestad administrativa está sometida a la prohibición de arbitrariedad ex artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos...”

Ø

Las potestades administrativas, otorgadas por el legislador a favor de la Administración, implican siempre algún nivel de discrecionalidad, bien porque se trata de potestades discrecionales propiamente dichas, bien porque se tratan de potestades regladas, que dejan en manos del funcionario la determinación del contenido de los llamados conceptos jurídicos indeterminados; contenido éste que siempre es fiscalizable por la jurisdicción contencioso administrativa. Aún éste margen de discrecionalidad que existe en toda potestad administrativa, está sometida a la prohibición de la arbitrariedad ex artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Ver sentencia del 01-06-2000, Ayari Coromoto Assing Vargas y otros vs. Colegio de Ingenieros de Venezuela).

Adicionalmente, no puede dejar de mencionarse, el ejercicio arbitrario del poder público, es una actividad prohibida a todos funcionario por nuestra Carta Magna, aún cuando nuestra Constitución no prohíba la arbitrariedad de manera expresa – Como lo hace la Constitución española por ejemplo -, tal prohibición se deriva necesariamente de la naturaleza de todo estado derecho, lo cual supone el imperio del derecho sobre la voluntad de los gobernantes y funcionarios. Así el ejercicio del poder público sólo encuentra justificación y cauce en la ley, como lo preceptúa el artículo 141 de la vigente Constitución según el cual la Administración pública deba actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Estas últimas consideraciones, han sido estimadas necesarias por esta Corte, en vista de la gravedad de la situación descrita y con el objeto de dejar en evidencia, que el acto impugnado no fue el resultado de un error en la interpretación del derecho y en una simple divergencia de criterios, sino en una grosera y evidente transgresión de los principios más básicos de nuestro ordenamiento. A juicio de esta Corte, esta acarrea la responsabilidad civil del funcionario de los actos en cuestión por los daños patrimoniales y morales que haya podido causar, aunque tal responsabilidad no corresponde ser determinada por esta Corte en virtud de que el *thema decidendum* de la presente causa es otro”.

### Conclusión

Por todo lo anteriormente analizado, esta Representación del Ministerio Público considera que el recurso de nulidad intentado por la Sociedad Mercantil Inversiones Monte Vergine, C.A. contra la Resolución No. 39 de fecha 12-09-2006, suscrita por el ciudadano T.S.U. Alenis Guerrero U., en su carácter de Alcalde del Municipio Santa Rita del estado Zulia, debe ser declarado por este órgano jurisdiccional con lugar.”



1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 30/03/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección Constitucional y Contencioso Administrativo

3.- MATERIA: Contencioso Administrativo y Amparo

4.- TEMA: Recurso contencioso administrativo conjuntamente con amparo cautelar

## 5.- EXTRACTO

Opinión de la Fiscalía Décima Tercera del MP en la Circunscripción Judicial del Estado Barinas con respecto a la pretensión contencioso administrativo de nulidad incoado conjuntamente con pretensión de amparo cautelar, en fecha 7 de noviembre de 2007, por la Asociación De Productores de Sabaneta y sus Áreas de Influencia (Aproabsa) debidamente representada por los abogados Milgaros Yubiry Ortega y Felix Moises Rosales García, contra la Providencia Administrativa N° 161-07 suscrita por la Inspectoría Del Trabajo En El Estado Barinas en fecha 27 de abril de 2007, en la que se declaró con lugar la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos a favor de los trabajadores José Molina, Carlos Morales y Guillermo Reyes.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN: EXP. No.6879-07

6.2.- FECHA: 30/03/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

[...omissis...]

"...Ahora bien, delimitado el central de la situación planteada pasa el Ministerio Público a analizar los vicios denunciados y en este contexto advierte respecto a los vicios de inmotivación y falso supuesto del acto recurrido, que ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en sostener la contradicción que supone la denuncia simultánea de ambos vicios en virtud de que ambos resultan excluyentes o incompatibles entre sí, de manera que no resulta lógico afirmar, por una parte, que un mismo acto carezca de motivación (elemento de forma) en el sentido de que no se conocen los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya la decisión y, por la otra, se diga al unísono que el mismo presenta una causa (elemento de fondo) errada en cuanto a los hechos o el derecho, pues es lo cierto que cuando se denuncia el falso supuesto, es porque se conocen las razones o motivos en que se fundamentó Administración autora del acto (vid., por todas, s. SPA TSJ N° 2568 del 5 de mayo de 2005, caso: Gilberto José Zerpa Rojas). Por tanto, se desecha el alegato de falta de motivación, tal y como lo ha venido haciendo la jurisprudencia en casos análogos anteriores, y así solicitamos sea declarado por este Tribunal.

3.2- Siendo ello así, este Ministerio Fiscal limita su análisis al falso supuesto alegado y en este sentido opina que la situación planteada se contrae a determinar, fundamentalmente, si los trabajadores reclamantes se encontraban amparados por el Decreto Presidencial sobre la prórroga de inamovilidad laboral especial confirmada por el acto impugnado o, si por el contrario, estaban excluidos de su ámbito de aplicación. En efecto, el Decreto N° 4.848 de fecha 26 de septiembre de 2006 publicado en Gaceta Oficial N° 38.532 del 28 del mismo mes y año, aplicable *ratione temporis*, prevé en su artículo 4, lo que se trasunta de inmediato:

"Artículo 4°. Quedan exceptuados de la aplicación de la prórroga de la inamovilidad laboral especial prevista en este Decreto, los trabajadores que ejerzan cargos de dirección, quienes tengan menos de tres (3) meses al servicio de un patrono, quienes desempeñen cargos de confianza, **quienes devenguen para la fecha del presente Decreto un salario básico**

**mensual superior a seiscientos treinta y tres mil seiscientos bolívares (Bs. 633.600)** y los funcionarios del sector público, quienes conservarán la estabilidad prevista en la normativa legal que los rige”.<sup>51</sup> (Destacado y subrayado del Ministerio Público).

En este orden de ideas y ante el desconocimiento patronal de la inamovilidad laboral en el acto de contestación de la solicitud de reenganche basado en la supuesta percepción de un salario mensual de Un Millón Doscientos Mil Bolívares (Bs. 1.200.000), sin ningún tipo de discriminación por este concepto, observa esta representación Fiscal del texto de la Providencia recurrida (folio 164 del expediente judicial) que el Inspector del Trabajo apoyó su decisión sobre la base de la distinción de los conceptos de salario normal y salario básico siguiendo la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia<sup>52</sup> en el entendido de que el primero comprende todos los ingresos percibidos en forma regular y permanente (sueldo, primas, bonos, etc.), mientras que el salario básico sólo abarca la remuneración asignada para el cargo o tarea encomendada al trabajador, sin ningún tipo de adiciones o complementos. De allí que el Inspector del Trabajo razonó que no puede llegar a equipararse el salario básico al salario normal definido por el legislador en el Parágrafo Segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Visto lo anterior, conviene traer a colación lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, el cual establece el orden estricto de prelación de las leyes aplicables a la resolución de los procedimientos administrativos ventilados ante las Inspectorías del Trabajo, entre las cuales destaca, como fuentes primarias, la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPTRA). Así pues, tenemos que según los artículos 9 y 10 de dicha Ley, en caso de dudas, se aplicará en materia de valoración de pruebas, la más favorable al trabajador conforme al método de la sana crítica o libre convicción (lógica y máxima de experiencia), por oposición al régimen de la tarifa legal (artículo 507 del Código de Procedimiento Civil).

De este modo, la sana crítica en la apreciación de las pruebas, a que se refiere el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, conforme a la doctrina más autorizada, implica su examen y valoración razonada en forma lógica y atendida a las máximas de la experiencia, en atención a las circunstancias específicas del caso concreto, de manera que puedan producir la certeza sobre los hechos controvertidos, tal como lo prescribe el artículo 69 de la misma Ley.

Adicionalmente se aprecia también que el artículo 72 de la Ley en comento dispone, salvo disposición legal en contrario, que la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión "...o a quien los contradiga, alegando hechos nuevos...".

Luego, aplicando lo anterior al caso de autos se observa que la representación de la Asociación de Productores de Sabaneta y sus Áreas de Influencia (Aproabsa) trajo nuevos hechos al procedimiento administrativo tras desconocer el salario señalado por los trabajadores y, consecuentemente, la inamovilidad laboral invocada en la solicitud de reenganche, razón por la cual se produjo una redistribución de la carga de la prueba en cabeza de la empleadora (hoy recurrente) según fue apreciado atinadamente por la autoridad administrativa del trabajo habida cuenta de que es ésta quien normalmente tiene -o debería tener- en su poder las probanzas que demuestran

<sup>51</sup> No obstante, a partir del Decreto Presidencial N° 5.265 publicado en Gaceta Oficial N° 38.656 del 30-03-2007, mediante el cual se prorrogó la inamovilidad desde el 1-04-2007 al 31-12-2007, se modificó parcialmente la proposición original de dicho artículo -quizá preservando la continuidad del trabajo como hecho social- para quedar redactado de la siguiente forma: “[q]uedan exceptuados de la aplicación de la prórroga de inamovilidad laboral especial prevista en este Decreto, (...) quienes devenguen para le fecha del presente Decreto un salario básico mensual superior a tres (3) salarios mínimos mensuales (...)”. Cabe destacar, que desde entonces, esta última norma permanece incólume en el texto del Decreto N° 5.752, publicado en Gaceta Oficial N° 38.839 del 27-12-2007, en el que se prorroga la misma inamovilidad del 1-01-2008 al 31-12-2008; y del vigente Decreto N° 6.603, publicado en Gaceta Oficial N° 39.090 del 2-01-2009, por medio del cual se extendió a partir del 1-01-2009 hasta el 31-12-2009.

<sup>52</sup> Vid. s. S.C.S N° 106 del 10 de mayo de 2000, caso: Gaseosas Orientales S.A., ratificada por fallo N° 165 del 26 de junio de 2001, caso: Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV). En igual sentido, véase s. S.C. N° 05 del 23 de enero de 2008, caso: CVG, Industria Venezolana de Aluminio, C.A., (VENALUM), todas consultadas en la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

detalladamente la existencia de la relación laboral y las percepciones salariales (ej: contratos, recibos de pago, planillas de ingreso, expediente personal, entre otros).

Sin embargo, aun cuando el Inspector del Trabajo valoró efectivamente las instrumentales consistentes en nóminas de pago de los trabajadores según se lee del contenido de la Providencia impugnada (folio 164 del expediente judicial, vto.), es el caso que, una vez contrastada éstas con la contraprueba de la deposición del testigo Luis Alfonso Guedez evacuado por los trabajadores, la cual se aprecia por tratarse de un testigo que no tiene ningún impedimento legal para rendir declaración, pues no tiene actualmente ninguna vinculación laboral o profesional con dicha Asociación, aunado a la negación patronal del monto del salario y la consiguiente inversión de la carga de la prueba; que tales documentales no constituyen pruebas suficientes o idóneas (por inconducentes) para destruir la presunción de existencia de la relación laboral<sup>53</sup> y determinar cuál es el salario real devengado por los trabajadores, dada la imprecisión o generalidad con que fueron elaborados los montos de dichas nóminas, por lo que ante la disyuntiva de si los trabajadores percibían un salario básico o un salario normal, el Ministerio Público opta por aplicar el principio *indubio pro operario* (la duda favorece al trabajador), tal como lo hizo la Administración recurrida, máxime cuando el derecho al trabajo es una materia de eminente interés social, motivo por el cual surge el deber de apreciar las pruebas con mayor amplitud a favor del débil jurídico, esto es, en beneficio de quien tiene las dificultades.

En refuerzo de lo anterior, debe tenerse en cuenta que las afirmaciones realizadas por las partes en sus respectivos escritos, no configuran *per se* una confesión espontánea, como en efecto pretende el patrono lo sea el escrito de solicitud de reenganche, pues antes por el contrario se trata de una manifestación del derecho a la defensa (vid. s. S.C.C. N° 100 del 12-04-2005, caso: *Inversiones Senabaid C.A.*).

Paralelamente, corren insertas a los folios 49 al 57 del expediente administrativo agregado en autos, instrumentales suscritas por el Banco SOFITASA, denominadas por la parte promovente como “constancia o validaciones” de la nómina de trabajadores de la Asociación recurrente, donde constan los ingresos de los trabajadores reclamantes. Empero, aun cuando el Inspector del Trabajo no valoró ciertamente tales documentales, se observa que las mismas no fueron ratificadas por su autor mediante la prueba testimonial, conforme lo exige el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, razón por la cual carecen de valor probatorio alguno.

Bajo estas premisas y constatada como ha sido la falta de jurisdicción del Poder Judicial (frente a la Administración Pública) para conocer de la inamovilidad laboral invocada en el caso concreto, es claro que las distintas participaciones de “despido” efectuadas al Juez del Trabajo por la empleadora-recurrente (folios 123 al 135 de los antecedentes administrativos), no hacen otra cosa sino demostrar el incumplimiento del procedimiento de calificación de faltas contemplado en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues independientemente de que la Administración del Trabajo calificara al fondo si el despido se practicó o no, con o sin justa causa, una vez que resolviera su competencia para conocer de la solicitud planteada, es lo cierto que en materia de estabilidad especial o inamovilidad el interés particular del patrono se encuentra limitado por la existencia de un interés general protegido por el Estado, quien tiene el deber de prohibir cualquier forma de despido de los trabajadores inamovibles si, previamente, la Inspectoría del Trabajo competente no lo autoriza; caso contrario, del supuesto previsto en el artículo 187 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (estabilidad general o relativa), el cual dispone, parcialmente transcrito, que “[c]uando el patrono despida a uno o más trabajadores deberá participarlo al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución de su jurisdicción (...)”. (Subrayado del Ministerio Público).

---

<sup>53</sup> Sobre este aspecto establece el artículo 1.397 del Código Civil que “[l]a presunción legal dispensa de toda prueba a quien la tiene a su favor”. Así, la presunción de laboralidad prevista en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, es una presunción *iuris tantum*, razón por la cual debe ser desvirtuada por el patrono con pruebas suficientes. Por tanto, tratándose en el caso *sub examine* de la negación del importe salarial, opina el Ministerio Público que el medio probatorio idóneo para acreditar los hechos controvertidos sería un recibo de pago y/o un contrato individual de trabajo.

Dicho de otra forma, en los supuestos de inamovilidad laboral la voluntad del empleador se encuentra comprimida por la norma hasta tanto no sea removido, por decisión de la Administración del Trabajo, el obstáculo legal que impide el libre ejercicio de su derecho a despedir, el cual se encuentra limitado a causa de un interés supremo que el Estado está llamado a tutelar.

Luego, siendo la referida autorización una actuación previa al acto del despido, el cual -dicho sea de paso- ya se materializó en el caso que nos ocupa, y visto que los procedimientos administrativos de reenganche y pago de salarios caídos, iniciados a instancia de uno ó más trabajadores, poseen naturaleza sancionatoria frente a la conducta del patrono infractor que incumplió el debido procedimiento administrativo, concluye el Ministerio Público que ante la ausencia de calificación de la falta imputada por parte de la Inspectoría del Trabajo de esta Circunscripción Territorial, en cuanto órgano competente para conocer y decidir la controversia de autos, es obvio que el despido se efectuó injustificadamente y, por ende, la providencia administrativa que ordenó el reenganche y el pago de salarios caídos a favor de los ciudadanos José Molina, Carlos Morales y Guillermo Reyes, portadores de las cédulas de identidad números 4.818.361, 9.338.381 y 13.882.626, respectivamente, se encuentra ajustada a derecho y así finalmente pedimos sea decidido tras desestimarse la procedencia del vicio de falso supuesto alegado.

4.- Los anteriores razonamientos resultan igualmente predicables respecto al alegato de silencio de pruebas y, por vía de consecuencia, al de violación del derecho a la defensa y al debido proceso, ya que se trata de los mismos fundamentos, habida cuenta de que los posibles medios de prueba cuya valoración se haya podido omitir, no tienen influencia determinante en las resultados del procedimiento administrativo especial, razón por la cual deben desecharse también.

Desvirtuados *in totum* los alegatos de la parte actora, resulta forzoso para el Ministerio Público dictaminar la declaratoria sin lugar del presente «recurso» de nulidad, y así finalmente pedimos sea decidido.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 13/04/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección Constitucional y Contencioso Administrativo

3.- MATERIA: Contencioso Administrativo

4.- TEMA: Recurso contencioso administrativo conjuntamente con amparo cautelar

## 5.- EXTRACTO

Opinión de la Fiscalía Décima Tercera del MP en la Circunscripción Judicial del Estado Barinas con motivo del recurso contencioso administrativo de nulidad incoado con pretensión de amparo cautelar en fecha 29 de noviembre de 2007 por el ciudadano abogado Javier E. Rojas Morales, actuando en su propio nombre y representación, contra el acto administrativo contenido en la Providencia Administrativa N° 098 de fecha 2 de agosto de 2004 dictada por la Inspectoría del Trabajo en el Estado Mérida, en la que se declaró sin lugar su solicitud de reenganche y pago de salarios caídos interpuesta contra el Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Personal del Ministerio de Educación (IPASME), en virtud de que se encontraba supuestamente investido de inamovilidad laboral para el momento de su ilegal despido.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° EXP. No.6915-07

6.2.- FECHA: 13/04/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

[.....]

“Corresponde a la Fiscalía Décima Tercera del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas emitir su opinión en el supuesto de marras y en tal sentido observa:

En el presente caso, ha sido ejercida pretensión contencioso administrativa de nulidad conjuntamente con solicitud cautelar de amparo constitucional contra el acto administrativo contenido en la Providencia Administrativa N° 098 de fecha 2 de agosto de 2004 dictada por la Inspectoría del Trabajo en el Estado Mérida, siendo notificada el 7 de septiembre del mismo año (folio 104 del expediente judicial) en la que se declaró sin lugar la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos interpuesta por el hoy recurrente contra el Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Personal del Ministerio de Educación (IPASME), en virtud de que se encontraba supuestamente investido de inamovilidad laboral para el momento de su ilegal despido.

Ahora bien, comoquiera que las causales de inadmisión de la pretensión de nulidad configuran materia de estricto orden público, razón por la cual procede su revisión en cualquier estado y grado del proceso aun cuando no hayan sido detectadas *ab initio*, se hace necesario su examen en el caso concreto y en este contexto se advierte:

Para que proceda la inadmisibilidad de toda pretensión hay que considerar, en cada caso concreto, la naturaleza, finalidad y subsanabilidad o no de la forma o requisito procesal incumplido, de manera de no frustrar injustificadamente el acceso a la jurisdicción y consiguiente obtención de la justicia material que postulan los preceptos contenidos en los artículos 26 y 257 constitucional.

En atención a ello, ha sido criterio de nuestro Máximo Tribunal de la República, en Sala Constitucional que “(...) no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el juez debe previamente analizar: a) la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad; b) constatar que esté legalmente establecida, c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión. Solamente cuando el juez haya verificado que no se cumplan con los elementos antes descritos es que debe contraponer el incumplimiento de la formalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente de acceso a la justicia, para desechar o inadmitir la pretensión del justiciable y en caso de dudas interpretarse a favor del accionante, ello en cumplimiento del principio del *pro actione*”.<sup>54</sup> (Destacado del fallo). (Subrayado del Ministerio Público).

De este modo se aprecia que la tendencia actual no es otra que hacer prevalecer el fondo sobre la forma tras interpretar la norma procesal en el sentido más favorable a la admisión de la pretensión (principio *pro actione*), o lo que es lo mismo, de la manera en que mejor desarrolle el derecho constitucional de acceso a la jurisdicción a cuyo efecto resultará menester determinar si se está en presencia de una formalidad intrascendental, convalidable o no esencial, caso en el cual se preferirá siempre al ejercicio de la «acción» en la medida en que el quebrantamiento formal no acarree la violación de algún derecho (v.gr: el derecho a la defensa) o la afectación del orden público, pues de lo contrario tales circunstancias nos conducirían, sin hesitación alguna, a la declaratoria de inadmisibilidad de la pretensión deducida.

En efecto, el *quinto aparte* del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, prevé lo siguiente:

**“Se declarará inadmisibile la demanda, solicitud o recurso** cuando así lo disponga la ley; o si el conocimiento de la acción o recurso compete a otro tribunal; **o si fuere evidente la caducidad** o prescripción de la acción o recurso intentado; o cuando se acumulen acciones o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles; o cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción o recursos es admisible; o cuando no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; o si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos; o es de tal modo ininteligible que resulte imposible su tramitación; o cuando sea manifiesta la falta de representación o legitimidad que se atribuya al demandante, recurrente o accionante; **o en la cosa juzgada**”. (Destacado del Ministerio Público).

Luego, de una lectura detenida del contenido de la norma trascrita a la par de las disquisiciones formuladas líneas anteriores emerge incontrovertiblemente que tanto la caducidad de la pretensión como la garantía de la cosa juzgada constituyen formalidades *esenciales* que atañen al orden público y a la seguridad jurídica.

Pues bien, al hilo de los razonamientos expuestos en el caso de autos se observa –tal como consta de la motivación del escrito recursivo- que el ciudadano Javier E. Rojas Morales ejerció originalmente su pretensión de nulidad conjuntamente con amparo cautelar ante el Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, de conformidad con lo dispuesto en el encabezado del artículo 19 de la citada Ley, siendo recibido por este Juzgado Superior en fecha 10 de marzo de 2005 y quedando anotado bajo el expediente N° 5523.

Posteriormente, continúa exponiendo que una vez dilucidado el asunto relativo a la competencia de este Tribunal Superior, éste declaró desistido el recurso en cuestión mediante sentencia de fecha 5 de diciembre de 2006 tal como se evidencia a los folios 38 y 39 del presente expediente judicial.

<sup>54</sup> Vid. s. S.C. núm. 389/2002 del 7 de marzo, caso: *Agencias Ferrer Palacios, C.A.*, consultada en <http://www.tsj.gov.ve>.

Ahora bien, considerando que este último fallo quedó definitivamente firme por no haberse apelado<sup>55</sup> y tras una lectura contrastada de los escritos recursivos y demás actuaciones contenidas tanto en autos como en el expediente N° 5523, advierte esta representación Fiscal que en el caso *sub examine* vuelve a replantearse una pretensión de nulidad que versa sobre el mismo objeto, título y sujetos de un "recurso" anterior, pues se trata de las mismas partes (recurrente-recurrida), la misma providencia impugnada e idénticos petitorios.

De allí que ante la existencia de una identidad subjetiva y objetiva entre ambas causas, se imponga la fuerza de la cosa juzgada (*res iudicata*) en el entendido que la nueva pretensión deviene inadmisibles debido a que tal circunstancia impide un nuevo pronunciamiento judicial sobre unos hechos que ya han sido planteados en idénticos términos, pues baste recordar que "ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente" (artículo 49.7 constitucional).

No obstante, aun cuando tal razonamiento sería suficiente para desestimar la "acción" propuesta esta representación Fiscal con mayor razón *a fortiori* la considera igualmente inadmisibles toda vez que la misma tiene por objeto la nulidad de la Providencia Administrativa N° 098 dictada por la Inspectoría del Trabajo en el Estado Mérida el 2 de agosto de 2004, cuya notificación se produjo el 7 de septiembre del mismo año (folio 104 del expediente judicial), por lo que habiéndose ejercido el presente "recurso" en fecha de 29 de noviembre de 2007 (folio 43 del mismo expediente), es claro que ya había sido superado con creces el lapso legalmente previsto para interponerlo.

Ello así, por cuanto el lapso de caducidad corre y finaliza irremediablemente, aun cuando se haya interpuesto la "acción" con anterioridad, pues la iniciación del proceso no interrumpe un lapso que es fatal. De allí que, se insiste, una vez consumado el plazo íntegramente, el mismo no vuelve a reabrirse, de tal manera que surge entonces un obstáculo infranqueable para ejercer nuevamente la pretensión contencioso administrativa de nulidad.

A lo anterior debe enlazarse el hecho de que la excepción prevista en el Parágrafo Único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales resulta aplicable únicamente cuando se declare procedente la pretensión de amparo constitucional incoada en forma accesoria (conjunta o acumulada). En caso contrario, esto es, cuando es desestimada la medida cautelar de amparo, el Juez Contencioso Administrativo tendría entonces que entrar a revisar las causales de inadmisibilidad de la pretensión principal (nulidad) que había omitido con motivo de la interposición conjunta de ambas pretensiones<sup>56</sup>, tal como sucede en el caso de autos (folio 4 del cuaderno separado), en donde habiéndose declarado improcedente la pretensión de amparo cautelar contra la providencia impugnada (vía nulidad) luego de haberse expirado el lapso de caducidad, debe declararse inadmisibles ésta con posterioridad, ya que su admisión fue solo provisional y en modo alguno definitiva.

Por último, visto que el presente «recurso» de nulidad deviene forzosamente inadmisibles, esta representación Fiscal se abstiene de examinar sus fundamentos y, por vía de consecuencia, no entrara tampoco a analizar el fondo del asunto planteado.

### Conclusión

Con base en las consideraciones que anteceden y en uso de las atribuciones conferidas por los numerales 1 y 2 del artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, este representante del Ministerio Público obrando como sujeto cualificado<sup>57</sup> opina que el presente "recurso" debe ser declarado inadmisibles, y así formalmente se solicita sea proferido."

<sup>55</sup> E independientemente de que se trate de una sentencia interlocutoria, con fuerza de definitiva, que no resuelve el fondo del asunto planteado.

<sup>56</sup> Vid., por todas, s. SPA N° 00219 del 20-02-2008, caso: *Freddy Jesús Garrido Paiva*, Magistrado Ponente: Emiro García Rosas, consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

<sup>57</sup> Vid. Araujo Juárez, José: *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*. Editores Vadell Hermanos. Valencia-Caracas, 1996. p. 460. En igual sentido, González Pérez, Jesús: *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1985, pp. 88 y ss.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Fiscalía Primera ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Recurso extraordinario de amparo constitucional

## 5.- EXTRACTO

Para el cómputo del lapso de cinco (05) días previsto en el artículo 328 del Código Orgánico Procesal (facultades y cargas de las partes) por seguridad jurídica no se incluyen los días que el Tribunal resolvió no despachar.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N°

6.2.- FECHA: 2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

El Ministerio Público, en audiencia celebrada en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, expediente 2008-582 (nomenclatura del Tribunal), pidió la declaratoria con lugar de la acción de amparo constitucional interpuesta por la defensa pública, así como la nulidad de las decisiones dictadas en ambas instancias y se repusiera la causa al estado que se celebre nuevamente la audiencia preliminar, teniéndose como admitida la acusación fiscal y oportunamente ofrecidas las pruebas promovidas, en los siguientes términos:

"...la defensa accionante en amparo, ofreció sus pruebas en el escrito de contestación de acusación presentado, el día 13 de julio de 2006, por lo que conforme a lo antes visto, dicho escrito y pruebas fueron propuestos tempestivamente el quinto día anterior al plazo fijado para la audiencia preliminar y no como erróneamente consideró el identificado Tribunal de Control, cuando para realizar el cómputo, equivocadamente excluyó en detrimento de la defensa, los días que ese juzgador resolvió no dar despacho fuera del calendario judicial, cuando debieron considerarse...Por lo antes expuesto, el Ministerio Público como parte de buena fe en el proceso de amparo, solicita se declare con lugar la presente acción constitucional; y para restablecer la situación jurídica infringida pide respetuosamente a la Sala, anule la totalidad de la cuestionada sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, y a fin de evitar dilaciones indebidas (si se devuelve a la Alzada innecesariamente) se proceda a anular también la decisión dictada por el Tribunal de Control en la Audiencia Preliminar, que declaró en su pronunciamiento tercero inadmisibles por extemporáneas las pruebas ofrecidas por la defensa; ordenándose la realización de una nueva audiencia ante un Juzgado distinto en funciones de control, para decidir acerca de la legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de las pruebas ofrecidas por la defensa (ord. 9 del artículo 330), entendiéndose que las mismas fueron promocionadas oportuna y temporáneamente...".

---



1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Fiscalía Primera ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Motivación de la sentencia

## 5.- EXTRACTO

Corte de Apelaciones no infringió artículos 173 y 364 del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto dictó una decisión motivada en base a las comprobaciones hechas por el Tribunal de Juicio

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N°

6.2.- FECHA: 2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

El Ministerio Público, en audiencia celebrada en la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia el 5 de febrero de 2009, expediente 2008-325 (nomenclatura del Tribunal), pidió la declaratoria sin lugar del recurso de casación de la defensa, señalando que: "...la decisión dictada por la Corte de Apelaciones... se encuentra debidamente motivada y ajustada a derecho, al expresar razonadamente los motivos para declarar sin lugar el recurso de apelación que había sido sometido a su conocimiento, concluyendo que el juez de juicio había destacado claramente la enunciación de los hechos objeto del proceso, indicando las pruebas producidas en juicio y usadas para demostrar la participación del imputado en los delitos atribuidos, así como la comisión del hecho punible y poniendo de relieve que el *Aquo* había analizado y comparado las pruebas de conformidad con el sistema de la sana crítica. En ese orden de ideas, resultan falsas las afirmaciones del recurrente en casación, al indicar que la decisión recurrida incurre en falta de motivación, de manera que advertida su debida motivación, este Fiscal del Ministerio Público solicita que el Recurso de Casación sea declarado sin lugar...".

Lo antes expuesto fue acogido por la Sala de Casación Penal, según sentencia N° 148 publicada el 14/4/2009, la cual declaró sin lugar el recurso de casación, en los siguientes términos: "...Ahora bien, luego de la revisión exhaustiva de los alegatos expuestos por el recurrente y del estudio pormenorizado del fallo dictado por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Nueva Esparta, al resolver el recurso propuesto por la Defensa del acusado, la Sala constató que el Tribunal de Alzada examinó la congruencia del razonamiento probatorio establecido por el Tribunal en función de Juicio en la motivación de la sentencia, quien determinó los elementos de convicción que consideró probados en el desarrollo del debate y con los cuales estableció una relación directa y precisa con el hecho objeto del contradictorio. En tal sentido, observó que dicha instancia por medio de un criterio racional y jurídico estableció la norma jurídica aplicable a tal hecho y la deducción lógica de la participación del acusado en el tipo penal. Estas circunstancias fueron advertidas por el Tribunal de Alzada al realizar un análisis de las pruebas producidas en la fase de juzgamiento y sobre la base de los hechos establecidos por el Tribunal de Juicio...".

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Fiscalía Primera ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Recurso de Casación por inmotivación de la sentencia

#### 5.- EXTRACTO

a) Corte de Apelaciones no infringió artículos 173, 364 y 441 del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto dictó una decisión motivada en base a las comprobaciones hechas por el Tribunal de Juicio.

b) No puede pretenderse utilizar el recurso de casación para plantear nuevamente alegatos de apelación, sólo porque el fallo *aquo* le sea adverso.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N°

6.2.- FECHA: 12/03/2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

El Ministerio Público, en audiencia celebrada en la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia el 12 de marzo de 2009, expediente 2009-28 (nomenclatura del Tribunal), por una parte expresó en punto previo que no puede utilizarse el recurso de casación para plantear nuevamente los mismos argumentos de apelación, cuando no se está conforme con lo decidido por el *a-quo*, y por otra, pidió la declaratoria sin lugar de la primera y segunda denuncia del recurso de casación de la defensa al estar motivada la decisión de Alzada; todo ello quedó expresado así:

"...los planteamientos que se hayan expresado en el recurso de apelación, pueden dada una eventual inconformidad, volver a ser planteados en el recurso de casación, pero de manera distinta, e impugnando efectivamente la decisión de la Corte de Apelaciones. De modo, que...no debe alegarse en casación, lo mismo que ya ha sido planteado en apelación, ya que el Recurso de Casación procede por determinados motivos y se interpone en contra de una decisión distinta que es la del Tribunal de Alzada habida cuenta de lo anterior, la casación, que constituye un medio recursivo mediante el cual se reafirma el derecho a la defensa del recurrente, no puede usarse como un subterfugio para alegar lo mismo que ya se adujo en contra de la sentencia del Tribunal de instancia pretendiendo así erróneamente impugnar nuevamente -a través de la casación- el fallo dictado por el Tribunal de Juicio...la Alzada si resolvió los puntos impugnados, estableciendo que las declaraciones de las expertas se habían analizado de conformidad con el resto de las pruebas llevadas al juicio oral y privado, indicando cuáles fueron esas otras pruebas que llevaron al convencimiento del tribunal de juicio, respecto de dos importantes extremos, la comisión de un hecho tipificado en la ley, y la responsabilidad del acusado en esos hechos objeto del proceso, igualmente, la recurrida, dio su criterio en cuanto a la falta de valoración de la experticia, lo cual era un punto alegado por la defensa en apelación, advirtiendo que constituía un error jurídico por parte del Tribunal de Juicio en el presente caso...Las conclusiones a las que llega la Alzada respecto de la primera denuncia de apelación, parten de la labor que previamente había realizado el tribunal de juicio, pero expresando fundamentos propios y apegados a derecho, que llevan al convencimiento de cualquier persona que examine la decisión,

respecto de la comisión del delito de violación y la responsabilidad del acusado...Observa esta Representante del Ministerio Público que la Alzada apreció que el Juez de Juicio transcribió cada una de las pruebas practicadas en el juicio oral, y en el capítulo III relacionado con los fundamentos de hecho y de derecho, hizo el correcto análisis de cada una de las pruebas, primero de manera separada y luego concatenadamente, emitiendo las conclusiones derivadas de ese análisis comparativo. De manera que no resulta cierta la afirmación del recurrente al indicar que la Corte de Apelaciones no resolvió lo relacionado con el análisis y comparación de los medios de prueba controlados y controvertidos en el debate...En virtud de lo cual, esta Fiscal del Ministerio Público solicita que las denuncias primera y segunda, relacionadas con Falta de Motivación, sean declaradas sin lugar, por no incurrir la decisión de Alzada en la Violación de Ley por Falta de Aplicación de los artículos 173, 364 numeral 4 y 441 del Código Orgánico Procesal Penal, ni se verificó la vulneración del debido proceso, derecho a la defensa, tutela judicial efectiva y derecho de petición..."

Lo antes expuesto fue acogido por la Sala de Casación Penal, según sentencia N° 62 publicada el 12/3/2009, la cual declaró sin lugar la primera y segunda el recurso de casación, en los siguientes términos:

"...De lo anteriormente transcrito, se evidencia que la razón no le asiste al recurrente. En efecto, la...Corte de Apelaciones luego del respectivo estudio y análisis realizado a la primera y segunda denuncias del recurso de apelación propuesto por el defensor privado del ciudadano acusado...expresó de manera concisa y precisa las razones por las cuales declaró sin lugar los alegatos expuestos, es decir, expresó los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales consideró declarar sin lugar tales denuncias, confirmando así la sentencia dictada por el Juzgado Décimo Tercero de Juicio...De igual forma, la recurrida reseñó, que si bien el sentenciador de Primera Instancia, hizo referencia en torno a la no valoración de las pruebas documentales realizadas por las referidas Expertas (Informes Periciales), no es motivo alguno que vicie de nulidad el fallo en cuestión, por cuanto los testimonios de esas Expertas que ratificaron y explicaron verbalmente lo realizado por ellas a la niña, fueron valorados plenamente por el Juzgado de Juicio, dejando asentado la recurrida que tal advertencia emitida por el juez de mérito, en nada modificó la conclusión obtenida...Continuando con la resolución de la segunda denuncia, de la apelación presentada por el defensor del ciudadano acusado...la recurrida expresó que ciertamente en el Capítulo II del fallo emitido por el Juzgado Décimo Tercero de Juicio, el Juez procedió a transcribir cada una de las pruebas practicadas en el debate oral y público, pero que no obstante, pudo observar que en el Capítulo III, de la mencionada sentencia, realizó el correcto análisis de las pruebas llevadas a juicio, en principio separando cada una de ellas y luego, efectuó la concatenación de unas con otras, emitiendo el sentenciador de Primera Instancia las conclusiones que de ese análisis emanan, para con ello determinar en forma precisa y circunstanciada, los hechos que estimó acreditados...Es oportuno señalar que, lo pretendido por el recurrente era que se examinase la sentencia de juicio, por el simple hecho de que el fallo le era adverso, cosa que no es así, pues la...Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, resolvió lo alegado en sus denuncias de apelación, dándole respuesta a sus planteamientos...En consecuencia, la Sala de Casación Penal, de conformidad con lo establecido en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, DECLARA SIN LUGAR la primera y segunda denuncias del recurso de casación propuesto. Así se decide..."

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Fiscalía Primera ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Principio de concentración y continuidad

#### 5.- EXTRACTO

Del Principio de Concentración, se deriva la facultad del Juez de Juicio de suspender la continuación del debate, sin que esté previsto en la ley, el límite de las suspensiones que éste puede realizar, las cuales por razones lógicas estarán determinadas en cada juicio en particular, por el desarrollo propio de cada debate.

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N°

6.2.- FECHA:

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

El Ministerio Público, en audiencia celebrada en la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, expediente 2009-0014 (nomenclatura del Tribunal), pidió la declaratoria sin lugar del recurso de casación interpuesto por la defensa pública alegando lo siguiente:

"...ocurriría la violación de las normas que establecen el principio de concentración, si el Tribunal en funciones de Juicio, suspendiera la continuación del juicio por un lapso mayor a los 10 días hábiles y continuos. Además tal como lo ha establecido el Máximo Tribunal, no existe límite al número de suspensiones que puedan acordarse en el juicio (sólo que cada una no debe exceder a los 10 días, ya que de ocurrir se considera interrumpido el debate), pues ello depende de la dinámica del caso en concreto. / En este sentido, se observa: / Cursa en el folio 4, pieza 4 del expediente, cómputo realizado por el Juzgado Segundo de Juicio, desde el 11 de junio de 2008, fecha de inicio del juicio, hasta el 14 de julio de 2008, fecha de culminación, transcurriendo los siguientes días hábiles: 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 25, 26, 27, 30 de junio, 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11 y 14 de julio de 2008, lo cual suma un total de 22 días hábiles, entre los cuales no ocurrió ninguna suspensión mayor a los 10 días. / La manera correcta de contar el lapso de diez días, previsto en el artículo 335 del Código Orgánico Procesal Penal, se puso de manifiesto por la recurrida, desde la suspensión acordada y hasta la nueva fijación de la siguiente audiencia de debate, es decir, si volviera a suspenderse la audiencia por los motivos establecidos en la ley, tendría que volver a contarse el lapso de diez días, a fin de verificar si el mismo se ha cumplido o no. En el presente caso, desde el 11 de junio hasta el 18 de junio pasaron 5 días hábiles, desde el 18 de junio hasta el 26 de junio, transcurrieron 4 días hábiles, desde el 26 de junio hasta el 7 de julio pasaron 7 días hábiles, no constituyéndose el tribunal en esta última fecha, desde el 9 de julio hasta el 10 de julio, pasó 1 día hábil y desde el 10 de julio hasta el 14 de julio, transcurrieron 2 días hábiles, no habiéndose consumado en ningún caso el lapso de diez días de despacho. / De conformidad con el artículo 337 del Código Orgánico Procesal Penal, y en atención al cómputo antes referido, no hubo interrupción del juicio, ya que el mismo en todos los casos, se reanudó antes del vencimiento del plazo de diez días hábiles siguientes. /

El debate debe realizarse en el menor número de audiencias posibles, no obstante, como ocurre en la mayoría de las ocasiones, según el cúmulo de pruebas que deban aportarse al juicio en concreto, el mismo, generalmente se realiza durante el transcurso de varias audiencias, lo cual ocurrió en el presente caso, verificándose que las suspensiones obedecieron a las exigencias del artículo 335 del Código Orgánico Procesal Penal, tales como, la incomparecencia de algunos testigos o expertos y que dieron ocasión a la expedición de mandatos de conducción. / Las causas de suspensión establecidas en el ya tantas veces referido artículo 335, ciertamente son limitadas, pero las mismas pueden verificarse en distintas oportunidades a lo largo de un juicio, como ocurrió en el caso concreto, en donde se suspendió haciendo uso del numeral 2 de esta norma, debido a la incomparecencia de diversos testigos y expertos que eran necesarios a los fines de la búsqueda de la verdad. / Se mantuvo en este caso la concentración y la continuidad en la celebración de cada audiencia de juicio, ya que siempre transcurrió un lapso menor de 10 días entre cada audiencia y se desprende de actas que antes de comenzar cada audiencia el Juez hizo un recuento de los actos cumplidos con anterioridad, todo de conformidad con uno de los objetivos del artículo 336 del Código Orgánico Procesal Penal. / Es por las anteriores razones que esta Representante del Ministerio Público, considera que el cómputo realizado por la recurrente no es ajustado a lo que la ley establece, ya que de tomarlo como correcto, existiría un límite de diez días hábiles para la celebración íntegra del juicio, interpretación que a nuestro criterio resulta absurda y contraria a la finalidad del proceso penal, asimismo, se desnaturalizaría la posibilidad de suspender el juicio en distintas oportunidades y en los casos legalmente establecidos, todo ello en obsequio de la búsqueda de la verdad, que de conformidad con el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal, constituye la finalidad del proceso penal. (...) por las razones precedentemente expuestas, se solicita de esta Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal que declare SIN LUGAR el Recurso de Casación ejercido..."

Mediante decisión N° 243, de fecha 26 de mayo de 2009, la Sala de Casación Penal acogió el criterio expuesto por el Ministerio Público, estableciendo lo siguiente:

"...es necesario acotar que del Principio de Concentración, se deriva la facultad del Juez de Juicio de suspender la continuación del debate, sin que esté previsto en la ley, el límite de las suspensiones que éste puede realizar, las cuales por razones lógicas estarán determinadas en cada juicio en particular, por el desarrollo propio de cada debate. / (...) De lo expuesto se patentiza, que el debate en caso *sub examine* comenzó el día 11 de junio de 2008 y se suspendió para el día 18 de junio de 2008, transcurriendo cinco (5) días hábiles. El día 18 de junio de 2008, se suspendió para el día 26 de junio de 2008, transcurriendo cuatro (4) días hábiles. El día 26 de junio 2008, se suspendió para el día 7 de julio de 2008, transcurriendo siete (7) días hábiles. El día 7 de julio de 2008, se suspendió para el día 9 de julio de 2008, transcurriendo dos (2) días hábiles. El día 9 de julio de 2008, se suspendió para el día 10 de julio 2008, transcurriendo un (1) día hábil. El día 10 de julio de 2008, se suspendió para el día 14 de julio de 2008, transcurrieron dos (2) días hábiles. / De lo antes expuesto, se evidencia que en el caso en estudio, no hubo trasgresión a las normas que regulan el principio de concentración aludido por la recurrente, por cuanto el Tribunal de Juicio no suspendió el debate en ninguno de los casos mencionados anteriormente por más de diez días consecutivos, los cuales de acuerdo con lo establecido en el artículo 335 del Código Orgánico Procesal Penal y el criterio vinculante de la Sala Constitucional, en la Sentencia N° 2144, del 1° de diciembre de 2006, deben ser estos como días hábiles. / (...) la Sala observa, que el juicio oral y privado se llevó a efecto en varias sesiones de audiencia oral y privada, suspendiéndose el juicio en varias oportunidades, para la citación de distintos medios de pruebas, como se evidencia del estudio y análisis de las actas del debate *supra* mencionado, sin que en ninguna oportunidad, haya transcurrido el lapso establecido en el artículo 335 del Código Orgánico Procesal Penal. / Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto por la Defensora Pública..."

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Fiscalía Primera ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Derecho Sustantivo Penal

4.- TEMA: Calificación jurídica

## 5.- EXTRACTO

“encuadrar a su vez, el apoderamiento del vehículo y pertenencias de la víctima, además en las previsiones del artículo 5 y 6 numerales 1, 2, 3, 5 y 12 de la Ley sobre el Hurto y Robo de Vehículos Automotores, implica una doble penalización de la misma acción delictiva (apoderamiento de objetos muebles, con violencia y amenazas a la vida). / (...) En consecuencia, considera esta Representante del Ministerio Público, que en lo que atañe a esta denuncia, le asiste la razón a la defensa recurrente cuando indicó que la conducta desplegada por el acusado xxxxx, configura el delito de HOMICIDIO CALIFICADO (cometido en la ejecución del delito de Robo Agravado), tipificado en el artículo 406, numeral 1 del Código Penal,”.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N°

6.2.- FECHA: 19/05/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

En audiencia celebrada en la Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal en fecha 19 de mayo de 2009, expediente 2008-424 (nomenclatura del Tribunal), pidió la declaratoria con lugar de la tercera denuncia del recurso de casación presentado por la defensa, a tales efectos se indicó:

"...En consecuencia, de las transcripciones anteriores se deduce fácilmente que el Juzgado en funciones de Juicio, estimó acreditado que le causaron la muerte al ciudadano xxxx, para robarle su vehículo. / En este orden de ideas, ateniéndonos a los hechos comprobados considera esta Representante del Ministerio Público que la calificación jurídica adecuada es la de Homicidio Calificado en la ejecución del delito de Robo Agravado, previsto y sancionado en el artículo 406 numeral 1 del Código Penal, toda vez que la víctima además de su vehículo fue despojado con violencia de sus pertenencias, entre ellas un teléfono celular y tarjetas bancarias. / Es el caso que conforme a lo que consideró demostrado el Juzgador, las diversas lesiones a los bienes jurídicos protegidos no son separables, es decir, la lesión (Homicidio) se realizó durante la ejecución de la otra lesión (Robo del automóvil y demás pertenencias de la víctima). / Asunto distinto sería, que el Tribunal hubiese establecido de forma clara y precisa que la primera lesión (Robo) no implicaba la otra, es decir causarle la muerte a la víctima, ocurriendo ésta con posterioridad a la consumación del apoderamiento de los bienes de la víctima, y dejando de forma evidente establecido que tales hechos resultaban independientes entre sí. / Sin embargo, conforme a las competencias de la Corte de Apelaciones le corresponde a ésta verificar la adecuada aplicación del derecho por parte del Juzgado en funciones de Juicio, siéndole vedado el establecimiento de los hechos, por ello se observa que de acuerdo a lo comprobado por el Tribunal de Instancia la conducta desplegada por el acusado xxxx, merece la calificación de Coautor en el delito de Homicidio Calificado (en ejecución de un Robo), por tanto, en el presente caso, encuadrar a su vez, el apoderamiento del vehículo y pertenencias de la

víctima, además en las previsiones del artículo 5 y 6 numerales 1, 2, 3, 5 y 12 de la Ley sobre el Hurto y Robo de Vehículos Automotores, implica una doble penalización de la misma acción delictiva (apoderamiento de objetos muebles, con violencia y amenazas a la vida). / (...) En consecuencia, considera esta Representante del Ministerio Público, que en lo que atañe a esta denuncia, le asiste la razón a la defensa recurrente cuando indicó que la conducta desplegada por el acusado xxx, configura el delito de HOMICIDIO CALIFICADO (cometido en la ejecución del delito de Robo Agravado), tipificado en el artículo 406, numeral 1 del Código Penal, siendo procedente que la Sala de Casación Penal dicte una decisión propia sobre el asunto (...) asimismo, proceda a efectuar la rectificación correspondiente de la pena (...) En consecuencia, y por las razones precedentemente expuestas, se solicita de esa Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal, que declare CON LUGAR la tercera denuncia del Recurso de Casación...".

Lo antes expuesto fue acogido por la Sala de Casación Penal, según sentencia N° 386 publicada el 6/8/2009, la cual declaró con lugar la tercera denuncia del recurso de casación, en los siguientes términos:

"...De la trascripción anterior se observa que los sentenciadores de la segunda instancia al momento de corregir el error en la calificación del delito dada por el tribunal de juicio, incurre en un error de derecho al atribuirle al acusado de autos el delito de homicidio intencional simple, previsto y sancionado en el artículo 405 del Código Penal y el del robo agravado de vehículo automotor, previsto y sancionado en el artículo 5, ordinales 1°, 2°, 3°, 5° y 12 de la Ley Especial que rige la materia y, en consecuencia estimó la aplicación de un concurso real de delitos, acogiendo así las reglas previstas en los artículos 86 y 87 del Código Penal. / Ahora bien, nuestro legislador prevé en el artículo 406, ordinal 1°, el delito de homicidio calificado cuando es cometido "...en el curso de la ejecución de los delitos previstos en los artículos 449, 450, 451, 453, 456 y 458..." de la Ley Sustantiva Penal correspondiente, entre otros, al robo. Para aplicar el citado supuesto es necesario que el homicidio se haya cometido en el curso de la ejecución del delito contra la propiedad, siendo por tanto suficiente para considerar la calificativa, que la muerte de la víctima haya surgido en cualquier etapa del "iter criminis", esto es basta que el homicidio se cometa "en el curso de la ejecución" de los delitos indicados en la norma para que exista la relación cronológica entre ellos, tal cual ocurrió en el presente caso. / De modo que, en casos como el que nos ocupa donde el homicidio fue cometido en la ejecución del robo de un vehículo automotor no puede aplicarse al sujeto activo la pena como si se tratara de un concurso real de delitos, dado que el legislador ha considerado tal circunstancia como una calificante del delito de homicidio. / Por consiguiente, esta Sala en virtud de que la Corte de Apelaciones no aplicó la pena correspondiente al delito de homicidio calificado en la ejecución de un robo tal y como correspondía, esta Sala pasa, de seguidas, a corregir y a establecer al debida calificación del delito al acusado de autos, lo cual incide en la aplicación de una pena más favorable y justa...".

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Fiscalía Primera ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Nuevas pruebas

## 5.- EXTRACTO

De conformidad con el artículo 359 de la Ley Adjetiva Penal, debe surgir un nuevo hecho o circunstancia, para que el juzgador ordene la recepción de una nueva prueba, es por ello que no puede la defensa pretender que se evacue por segunda vez la declaración de un testigo que ya ha depuesto en juicio, sin que se verifique el requisito ya mencionado. Al juez de juicio no le corresponde instruir al testigo sobre el contenido de su testimonio.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N°

6.2.- FECHA: 11/06/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

El Ministerio Público, en audiencia realizada ante la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia el 11 de junio de 2009, expediente 2008-358 (nomenclatura del Tribunal), solicitó la declaratoria sin lugar de la primera denuncia del recurso de casación presentado por la defensa privada, relacionado con la errónea interpretación del artículo 359 del Código Orgánico Procesal Penal, para lo cual expresó:

"...Observa el Ministerio público en primer lugar, que las Cortes de Apelaciones no pueden infringir dicho artículo, por cuanto esta norma se refiere a una actividad directamente desplegada por el Juzgador de Juicio durante el desarrollo del debate oral como es la recepción de una prueba si surgen circunstancias o hechos nuevos, más no regula actuación alguna de los Tribunales de Alzada, entonces mal pueden éstos quebrantar ese artículo (...) / En segundo lugar y por si fuera poco, el Ministerio Público también observa adicionalmente a lo anterior, que no le asiste la razón a la defensa en su alegato, por cuanto la recurrida Corte de Apelaciones en cumplimiento del deber que como decisor tiene de resolver motivadamente el asunto sometido a su consideración, consideró que además de la defensa no indicar la pertinencia y necesidad de llamar nuevamente al testigo Alexis Polanco a declarar, adicionalmente dicha probanza no se encuentra dentro de los dos supuestos (prueba complementaria o nueva prueba) que permitan evacuarla en juicio otra vez como una prueba adicional, tanto más si no se trataba de alguna circunstancia nueva dado que el cuestionado testigo ya había depuesto en el debate (14/5/2007, f. 32, pieza II) en presencia de las partes, debiendo destacarse que fue ofrecido como testigo por dicha defensa quien, luego que declaró no quiso interrogarlo (...) / En efecto, tal y como lo consideró la recurrida, el Tribunal a-quo, actuó conforme a derecho al declarar improcedente la solicitud de llamar a deponer nuevamente al testigo Alexis Polanco (padre del acusado) siendo que el mismo ya había rendido declaración y nada nuevo tendría que aportar, más aún si la propia defensa (f.25, pieza II) fue quien lo ofreció y tenía conocimiento de su evacuación ese día pero no quiso hacer uso del interrogatorio directo (artículo 356 del



Código Orgánico Procesal Penal), a pesar de ser quien propuso a dicho testigo (...) / De todo lo expuesto y visto que tanto el Tribunal de Juicio (al no acordar esa nueva prueba porque el testigo ya había declarado y no surgió ningún hecho o circunstancia nuevo que requiriera su esclarecimiento) como la Corte de Apelaciones (al considerar acertada esa determinación judicial dentro de sus potestades como Juzgador) actuaron ajustado a derecho y conforme a sus atribuciones, aunado a que no se violentó el denunciado artículo 359 del Código Orgánico Procesal Penal (al menos por parte del a-quo porque las Cortes de Apelaciones no pueden infringir esa norma); es por lo que el Ministerio Público pide se declare sin lugar la presente denuncia...".

Mediante decisión N° 296, de fecha 17 de junio de 2009, la Sala de Casación Penal declaró sin lugar el recurso de casación intentado, acogiendo el criterio expresado por el Ministerio Público, en los siguientes términos:

"...De la transcripción anterior se evidencia que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón, confirmó la decisión dictada por el Juzgado Primero de Juicio, en cuanto a la declaratoria sin lugar de la solicitud de traer nuevamente a declarar al ciudadano xxxxx, quien es el padre del acusado, porque consideró que no se encontraba en ninguno de los casos de excepción para presentar nuevas pruebas durante el debate, haciendo la acotación de que el testimonio del prenombrado ciudadano ya había sido ofrecido y admitido en la Audiencia Preliminar y que su declaración fue evacuada durante el desarrollo del juicio, y que en esa oportunidad la defensa se había abstenido de efectuar el interrogatorio al deponente. / Igualmente expuso la recurrida que el apelante no había indicado la necesidad y pertinencia del mencionado medio de prueba y que tal omisión no podía ser considerada una formalidad no esencial, porque al contrario sobre ese señalamiento se basa el derecho a la defensa de la otra parte en el juicio. / (...) / Se evidencia de las actuaciones que el ciudadano xxxx, fue promovido como testigo y en su oportunidad fue evacuada la prueba, así mismo se observa que la Defensa ejerció su derecho de preguntar al testigo todo cuanto tenía conocimiento, con respecto al hecho de la controversia. Posteriormente durante el desarrollo del debate la Defensa pretende que el prenombrado testigo vuelva a declarar, pero como bien señaló la recurrida no se le permitió hacerlo, por cuanto no se encontraba en ninguno de los supuestos establecidos por el Legislador en el artículo 359 del Código Orgánico Procesal Penal, relativo a la incorporación de nuevas pruebas, por lo que no puede el tribunal permitir que se escuchara nuevamente al referido testigo. / Visto lo anterior, considera esta Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón sí dio respuesta a los planteamientos de la Defensa, por lo que debe declararse sin lugar el presente recurso y así se decide / De acuerdo con lo establecido en el artículo 356 del Código Orgánico Procesal Penal, el juez presidente después de juramentar e identificar al testigo deberá concederle la palabra, para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba, al finalizar su relato permitirá el interrogatorio directo y por último, el tribunal podrá interrogarlo. Sin embargo, es importante destacar que esto no significa que le corresponde al Juez de Juicio instruir al testigo sobre el contenido de su testimonio...".

El Ministerio Público, en audiencia realizada ante la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, expediente N° 2008-478 (nomenclatura del Tribunal), solicitó la declaratoria sin lugar del recurso de casación intentado por la defensa privada, y a tales efectos señaló:

"...En primer lugar se observa el esfuerzo interpretativo y deductivo que debió realizar la Alzada a los fines de comprender el recurso de apelación interpuesto por la defensa privada, debiendo discriminar los distintos motivos estipulados en el artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, aduciendo que no puede alegarse al mismo tiempo, falta de motivación y motivación contradictoria o ilógica, ya que son excluyentes entre sí, labor que en criterio de quien opina resultó necesaria a los fines de pronunciarse acerca de los motivos denunciados en el recurso sometido a su conocimiento. En tal virtud, y en aplicación del Principio de la Doble Instancia y la Tutela Judicial Efectiva, la Corte a pesar del déficit recursivo procedió a constatar si la sentencia del Tribunal de Juicio resultaba suficientemente motivada conforme a

las reglas de la lógica y las máximas de experiencia. / En segundo lugar, la Corte de manera esquematizada indicó que la decisión de juicio analizó los antecedentes del caso, mencionó los hechos y circunstancias objeto del juicio, señaló las pruebas testimoniales y documentales de conformidad con las cuales quedó demostrado el hecho punible y la culpabilidad del acusado ADOLESCENTE. Asimismo de todo el material probatorio traído al juicio oral y privado, estimó la Alzada que quedó acreditado ante el a quo la muerte de la víctima ciudadano MMM. / En tercer lugar, adujo la recurrida que el hecho de que el tribunal de juicio haya analizado una serie de pruebas que resultaron en perjuicio del acusado ADOLESCENTE, ya que lo involucraron en un hecho delictivo, no implica que el fallo haya sido ilógico, ya que el mismo se basó en la realidad de los hechos discutidos y probados en juicio, y mediante una valoración de pruebas acertada, coherente y racional. Mediante este argumento la Alzada dio respuesta a la supuesta inexistencia de evidencia personal y prueba material, para desvirtuar la presunción de inocencia de su defendido, alegada por la defensa, ya que fue la Alzada quien resaltó lo evidente del cúmulo probatorio analizado y exhaustivamente valorado por el *Aquo*, a fin de considerar demostrado el hecho delictivo y la responsabilidad del ADOLESCENTE en la muerte de la víctima. / En cuarto lugar, se advierte de la decisión impugnada que a diferencia de lo alegado por el recurrente, si se pronuncia respecto del testimonio del experto JRBV, indicando que la instancia realizó la apreciación de esta prueba y le dio pleno valor probatorio, desvirtuando así el planteamiento del apelante en cuanto a la falta de pronunciamiento de la Corte en cuanto a este alegato. / Ahora bien, aun cuando la motivación explanada por la Alzada no resulta exhaustiva, no obstante, se observa que ante las carencias e imprecisiones del recurso de apelación, la recurrida procedió a verificar si la sentencia de juicio expresaba sus fundamentos y razones de hecho y de derecho. En ese sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia indicando que aun cuando se indiquen motivos o alegatos exigüos, pero que de los mismos pueda desprenderse la solución que el órgano jurisdiccional le ha dado al caso específico, ello no constituye inmotivación o falta de motivación...”

En fecha 11 de agosto de 2009, mediante decisión N° 440, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, declaró sin lugar el recurso de casación, indicando lo siguiente:

“...constata la Sala que la recurrida sí se pronunció respecto a la declaración del experto José Rafael Blondell Vera, indicando que el sentenciador de la primera instancia realizó la apreciación de tal prueba, dándole pleno valor probatorio. / Asimismo, constata la Sala que si bien la Corte de Apelaciones no se refirió expresamente sobre lo alegado por la defensa en la apelación sobre supuestas contradicciones existentes en los testimonios de los ciudadanos TP, CJC y FS; la misma expresó que la decisión de Juicio estaba ajustada a derecho, ya que existían numerosas pruebas que demostraban la culpabilidad del acusado adolescente en la comisión del delito de Homicidio Calificado, perpetrado en perjuicio de quien en vida respondiera al nombre de MMM. Concluyendo la recurrida en que el sentenciador realizó una adecuada labor intelectual, considerando lícitas todas las pruebas debatidas al haber sido obtenidas conforme a las formalidades establecidas en la ley procesal penal. / Estima la Sala que si bien la motivación de la recurrida no es exhaustiva, de la misma se observa que la Corte de Apelaciones, ante los planteamientos expuestos por la defensa, procedió a verificar si la sentencia dictada por la primera instancia contenía los fundamentos de hecho y de derecho suficientes para condenar al acusado...”.

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 14/04/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Protección Integral de la Familia

3.- MATERIA: Violencia de Género

4.- TEMA: Para el inicio de la investigación en los supuestos a que se refieren los artículos 39,40,41,48,49 y 53 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y fuera referida..., al jefe de la Policía de Chacao por considerar que se podría estar ante un hecho flagrante.

## 5.- EXTRACTO

"Me dirijo a usted en la oportunidad de referirme al caso en el que se menciona como víctima a la ciudadana (), quien planteó a esa representación fiscal haber sido objeto del delito de violencia psicológica previsto y sancionado en el artículo 39 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y fuera referida..., al jefe de la Policía de Chacao por considerar que se podría estar ante un hecho flagrante..."

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DPIF-14-OF-2486-2009

6.2.- FECHA: 14/04/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"Me dirijo a usted en la oportunidad de referirme al caso en el que se menciona como víctima a la ciudadana (), quien planteó a esa representación fiscal haber sido objeto del delito de violencia psicológica previsto y sancionado en el artículo 39 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y fuera referida..., al jefe de la policía de Chacao por considerar que se podría estar ante un hecho flagrante.

()

Con base a lo anteriormente expuesto, esta Dirección observa, que en el caso presentado ante su despacho..., por la presunta comisión del delito de violencia psicológica lo ajustado era recibir la denuncia para proceder a la investigación y no la remisión al órgano policial a los efectos de verificar los supuestos de flagrancia establecidos en el Art. 93 (sic) de la referida Ley de Género, tal como se verificó."

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 14/04/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Protección Integral de la Familia

3.- MATERIA: Violencia de Género

4.- TEMA: La notificación al presunto agresor, de las medidas de seguridad y protección dictadas para proteger a la mujer agredida, no debe hacerse en presencia de esta, así como tampoco la misma puede ser designada como correo especial de aquellas comunicaciones dirigidas al presunto agresor.

## 5.- EXTRACTO

(...)

"Tal ratificación obedece al hecho de que esta Dirección especializada ha observado con preocupación la existencia de formatos de comunicaciones dirigidas a los cuerpos policiales, donde se señala expresamente, entre otros aspectos, lo siguiente:

"... a los fines (sic) de solicitarle su valiosa colaboración en el sentido de que se sirva girar las instrucciones necesarias con el objeto que funcionarios adscritos a ese Cuerpo Policial a su cargo, se trasladen con la ciudadana (...), portadora de la cédula de identidad N°:(...), a la siguiente dirección (...), a objeto de que se haga entrega de la BOLETA DE NOTIFICACIÓN Y CITACIÓN anexa (sic), asimismo, informarle al ciudadano (...), de las Medidas de Protección y Seguridad acordadas a favor de la denunciante..."

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DPIF-19-OF-C-8861-2009

6.2.- FECHA: 14/04/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"Me es grato dirigirme a ustedes con el fin de ratificar el contenido del oficio circular de fecha 26 de enero de 2009..., mediante el cual con el objeto de consolidar la unidad de acción y de criterio institucional entre representantes fiscales con competencia en violencia de género, esta Dirección impartió..., una serie de Directrices, entre las cuales se encuentra la que a continuación se transcribe textualmente:

"...con el fin de garantizar el cumplimiento efectivo de la normativa especial que nos ocupa, el Ministerio Público debe citar al presunto agresor, con la mayor brevedad posible, luego de denunciado el hecho, con la finalidad de notificarle las medidas de seguridad y protección dictadas para proteger a la mujer agredida. No obstante, la notificación de las prenombradas medidas al presunto agresor no debe hacerse en presencia de la mujer agredida, así como tampoco la misma debe fungir como correo especial de aquellas comunicaciones dirigidas al presunto agresor, todo ello con la finalidad de evitar distintas aproximaciones en espacios de posible interacción donde pudieran enfatizarse dimensiones efectivas que acentúen la subordinación o el sometimiento de sus posiciones respecto del hombre que pudiera materializar una situación de superioridad o poder/..."(sic).

Tal ratificación obedece al hecho de que esta Dirección especializada ha observado con preocupación la existencia de formatos de comunicaciones dirigidas a los cuerpos policiales, donde se señala expresamente, entre otros aspectos, lo siguiente:

“... a los fines (sic) de solicitarle su valiosa colaboración en el sentido de que se sirva girar las instrucciones necesarias con el objeto que funcionarios adscritos a ese Cuerpo Policial a su cargo, se trasladen con la ciudadana (...), portadora de la cédula de identidad N°:(...), a la siguiente dirección (...), a objeto de que se haga entrega de la BOLETA DE NOTIFICACIÓN Y CITACIÓN anexa (sic), asimismo, informarle al ciudadano (...), de las Medidas de Protección y Seguridad acordadas a favor de la denunciante...”

La instrucción impartida en el referido formato incumple la directriz dictada por esta Dirección de Protección Integral de la Familia en el oficio circular objeto de ratificación, tendente a asegurar la efectividad de las actuaciones del Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones...”

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Protección Integral de la Familia

3.- MATERIA: Violencia de Género

4.- TEMA: Cuando el Fiscal del Ministerio Público ordene la salida del presunto agresor de la residencia común, como medida de protección y seguridad, deberá hacer mención de la imposibilidad que tiene la persona en contra de quien se dicte, de disponer de los enseres de uso de la familia, describiendo en el oficio que se elabore, los efectos de uso personal, instrumentos y herramientas de trabajo que podrá retirar del hogar común.

#### 5.- EXTRACTO

(...)

"En este contexto, una vez que el Fiscal del Ministerio Público, cuando las circunstancias así lo ameriten, ordene la salida del presunto agresor de la residencia común, independientemente de la titularidad, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad integral: física, psicológica, sexual o patrimonial de la mujer, deberá hacer mención de la imposibilidad que tiene la persona en contra de quien se dicta la referida medida de protección y seguridad, de disponer de los enseres de uso de la familia, describiendo en el oficio que se elabore, los efectos de uso personal, instrumentos y herramientas de trabajo que podrá retirar del hogar común.."

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DPIF-14-O-C-7021-2009

6.2.- FECHA: 22/09/2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"...he considerado pertinente dirigirme a usted, a los fines de girar instrucciones relacionadas con la Medida de Protección y Seguridad establecida en el numeral tercero del artículo 87 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho a una Vida Libre de Violencia.

(...)

En este contexto, una vez que el Fiscal del Ministerio Público, cuando las circunstancias así lo ameriten, ordene la salida del presunto agresor de la residencia común, independientemente de la titularidad, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad integral: física, psicológica, sexual o patrimonial de la mujer, deberá hacer mención de la imposibilidad que tiene la persona en contra de quien se dicta la referida medida de protección y seguridad, de disponer de los enseres de uso de la familia, describiendo en el oficio que se elabore, los efectos de uso personal, instrumentos y herramientas de trabajo que podrá retirar del hogar común.

En el mismo sentido, el Fiscal del Ministerio Público como garante de la legalidad, cuando proceda a comisionar a un órgano policial para el cumplimiento de dichos fines, está en el deber de instruir a los funcionarios designados en el correcto cumplimiento de tal actuación, de cuyos resultados se levantará el acta correspondiente"

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Protección Integral de la Familia

3.- MATERIA: Violencia de Género

4.- TEMA: Los Fiscales del Ministerio Público con Competencia en Violencia de Género, deben interpretar la Ley Orgánica Sobre los Derechos de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia bajo un criterio institucional uniforme, para evitar problemas de índole práctico que generan como consecuencia la vulneración de los derechos protegidos en la referida ley especial.

#### 5.- EXTRACTO

(...)

“De este modo, con el fin de garantizar el cumplimiento efectivo de la normativa especial que nos ocupa, el Ministerio Público debe citar al presunto agresor, con la mayor brevedad posible, luego de denunciado el hecho, con la finalidad de notificarle las medidas de seguridad y protección dictadas para proteger a la mujer agredida. No obstante, la notificación de las prenombradas medidas el presunto agresor no debe hacerse en presencia de la mujer agredida, así como tampoco la misma debe fungir como correo especial de aquellas comunicaciones dirigidas al presunto agresor, todo ello con la finalidad de evitar distintas aproximaciones en espacios de posible interacción donde pudieran enfatizarse dimensiones efectivas que acentúen la subordinación o el sometimiento de sus posiciones respecto del hombre que pudiera materializar una situación de superioridad o poder...”

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DPIF-19-OF-C-404-2009

6.2.- FECHA:

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Todo representante fiscal del Ministerio Público con competencia en violencia de género en acatamiento a lo previsto en el artículo 93 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que tenga conocimiento por parte de la víctima u otra persona, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presunta comisión de un hecho punible, deberá recabar, en un lapso que no debe exceder de las doce horas, los elementos que acreditan su comisión y sólo una vez verificados los supuestos de la flagrancia, procederá a ordenar la aprehensión del presunto agresor para que en un término que no exceda de cuarenta y ocho horas a partir de la aprehensión (sic).

Ahora bien, una vez ordenada la aprehensión, el presunto agresor deberá ser presentado por el representante fiscal que se encuentre asignado para el cumplimiento de la guardia en el Palacio de Justicia, no obstante, realizada la presentación del aprehendido, el procedimiento deberá ser remitido al fiscal del Ministerio Público que tuvo conocimiento del hecho y ordenó verificar los supuestos de la flagrancia, con el fin de que dicho representante fiscal prosiga con la instrucción del caso.

(...) asimismo, es importante observar la obligación en que se encuentra todo representante fiscal de notificar al presunto agresor (por escrito) de las medidas de protección y seguridad que le

fueron impuestas, así como hacer entrega a la mujer agredida, de las respectivas órdenes de práctica de los exámenes médicos correspondientes.

De este modo, con el fin de garantizar el cumplimiento efectivo de la normativa especial que nos ocupa, el Ministerio Público debe citar al presunto agresor, con la mayor brevedad posible, luego de denunciado el hecho, con la finalidad de notificarle las medidas de seguridad y protección dictadas para proteger a la mujer agredida. No obstante, la notificación de las prenombradas medidas el presunto agresor no debe hacerse en presencia de la mujer agredida, así como tampoco la misma debe fungir como correo especial de aquellas comunicaciones dirigidas al presunto agresor, todo ello con la finalidad de evitar distintas aproximaciones en espacios de posible interacción donde pudieran enfatizarse dimensiones efectivas que acentúen la subordinación o el sometimiento de sus posiciones respecto del hombre que pudiera materializar una situación de superioridad o poder.

Por otra parte, lo que respecta a la figura del archivo fiscal, resulta necesario acotar, que a pesar que dicho acto conclusivo sólo está supeditado al control jurisdiccional cuando la víctima solicite que se examinen los fundamentos de la medida, en lo atinente a la materia de género, a los fines de evitar la aplicación errónea del supuesto previsto en el artículo 103 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, referido a la prórroga extraordinaria por omisión fiscal, todo representante fiscal que decrete el archivo fiscal de las actuaciones, deberá notificar tal medida al Tribunal de Violencia Contra la Mujer en funciones de control, Audiencia y Medidas correspondiente, con la finalidad de hacer de su conocimiento que la investigación ha sido suspendida y que por ende no corren los lapsos previstos en el artículo 79 del citado instrumento legal."



1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 11/08/2009

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Protección Integral de la Familia

3.- MATERIA: Violencia de Género

4.- TEMA:

Cuando las medidas de seguridad y protección resulten insuficientes o sean incumplidas por el presunto agresor, el Fiscal del Ministerio Público con Competencia en Violencia de Género, debe dictar cualquier otra medida que estime pertinente y si el caso lo amerita deberá solicitar al Tribunal las medidas cautelares previstas en el artículo 92 de la ley especial y de considerarlo necesario requerir la aplicación de las medidas sustitutivas previstas en el Código Orgánico Procesal Penal.

## 5.- EXTRACTO

"Sobre el particular informado, esta Dirección especializada observa que la situación que configura la violencia continúa suscitándose, toda vez que el presunto agresor no le permite a la víctima el acceso a la vivienda, tras haber cambiado las cerraduras; no obstante ante este hecho, señala en su escrito que la policía Municipal se trasladó a la sede de la residencia común, negándose el presunto agresor a salir de dicho recinto.

(...) por lo que dada la resistencia del denunciado, el Ministerio Público, como órgano receptor, debió solicitar al Tribunal competente la confirmación y ejecución de dicha medida, con el auxilio de la fuerza pública.

## 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DPIF-19-5358-2009

6.2.- FECHA: 11/08/2009

## 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

"Sobre el particular informado, esta Dirección especializada observa que la situación que configura la violencia continúa suscitándose, toda vez que el presunto agresor no le permite a la víctima el acceso a la vivienda, tras haber cambiado las cerraduras; no obstante ante este hecho, señala en su escrito que la policía Municipal se trasladó a la sede de la residencia común, negándose el presunto agresor a salir de dicho recinto.

(...) por lo que dada la resistencia del denunciado, el Ministerio Público, como órgano receptor, debió solicitar al Tribunal competente la confirmación y ejecución de dicha medida, con el auxilio de la fuerza pública.

(...) al ser las medidas de seguridad y protección de carácter temporal y de naturaleza preventiva, cuando las mismas resulten insuficientes o sean incumplidas por el presunto agresor, el Ministerio Público deberá dictar cualquier otra que estime pertinente y si el caso lo amerita deberá solicitar al Tribunal las medidas cautelares previstas en el artículo 92 de la ley que regula la materia y de considerarlo necesario requerir la aplicación de las medidas sustitutivas previstas en el Código Orgánico Procesal Penal.

La omisión de la atribución que antecede, impide la salvaguarda de la integridad física y psicológica y del entorno familiar de la víctima de violencia, en forma expedita y efectiva, lo que atenta contra el objeto de la ley especial, el cual no es otro que el de garantizar y promover el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, creando las condiciones necesarias para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.”

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Protección Integral de la Familia

3.- MATERIA: Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, instituciones familiares

4.- TEMA: Responsabilidad de crianza

#### 5.- EXTRACTO

"...se refleja en la reforma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en varias instituciones, y se plasma de manera específica en la responsabilidad de crianza, de modo que ambos progenitores están equiparados en su deber frente a los hijos, se ha establecido el mismo principio del ejercicio de la patria potestad, vale decir, debe desempeñarse conjuntamente por ambos padres, bien sea que vivan juntos, que tengan residencias separadas, en caso de divorcio, separación de cuerpos, de nulidad de matrimonio o de residencias separadas. En consecuencia, la custodia del hijo(a), es el único atributo de la responsabilidad de crianza que se individualiza para el caso de los progenitores que no hacen vida en común..."

#### 6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DPIF-6-OF-6194-2009

6.2.- FECHA: 01/09/2009

#### 6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"De modo que Conforme a su negativa, la Fiscal... del Ministerio Público de esa misma Circunscripción Judicial, resolvió arrogarse el pedimento de la ciudadana antes identificada, quien aseveró, que al recurrir al Ministerio Público su interés indubitante era asumir la custodia de sus hijos..., de allí que realizó las gestiones necesarias para culminar con el convenio de los involucrados resolviendo el otorgamiento de la custodia de los mencionados niños a su progenitora,....

En relación a los particulares expuestos le señalo, que el principio de coparentalidad consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se refleja en la reforma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en varias instituciones, y se plasma de manera específica en la responsabilidad de crianza, de modo que ambos progenitores están equiparados en su deber frente a los hijos, se ha establecido el mismo principio del ejercicio de la patria potestad, vale decir, debe desempeñarse conjuntamente por ambos padres, bien sea que vivan juntos, que tengan residencias separadas, en caso de divorcio, separación de cuerpos, de nulidad de matrimonio o de residencias separadas. En consecuencia, la custodia del hijo(a), es el único atributo de la responsabilidad de crianza que se individualiza para el caso de los progenitores que no hacen vida en común.

De igual manera le indico, que el primer paso para la solución de un conflicto como el anteriormente descrito, es el mutuo acuerdo entre los padres, admitiendo que la conciliación es el mecanismo idóneo para que mediante las concesiones recíprocas los padres logren su propia decisión, porque quienes mejor que ellos pueden disponer de la suerte de los hijos, sólo en caso de que esta opción fracase se debe resolver por vía judicial.

Asimismo, la normativa vigente prevé la posibilidad de que se revise y modifiquen las decisiones en materia de responsabilidad de crianza, y establece quienes son los legitimados activos para intentar

la acción, incluyéndose la posibilidad de que el adolescente involucrado la intente, toda alteración debe estar fundada en el interés del hijo o hija.

La pretensión de la ciudadana..., debió ser gestionada desde el inicio por esa Fiscalía, quien se encontraba de guardia para el momento en que la solicitante acude al Ministerio Público, de modo que no debió usted rehusarse a procesar el pedimento, menos aún arguyendo que mal podría promover acción alguna, toda vez que en oportunidad previa había requerido la modificación de la custodia a favor del progenitor, en claro desconocimiento de lo que la propia previsión del artículo 361 contiene, que es la pertinencia de solicitar la variación de lo que se hubiere resuelto, basada en el interés superior del niño, tal parece que a su juicio si se ha realizado tal pretensión ésta se convierte en una decisión inmutable, convicción que va en claro perjuicio del interés superior del niño, niña o adolescente de quien se trate."